

ASPECTOS RELEVANTES E CRITÉRIOS NECESSÁRIOS NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Gisele Mazzoni Welsch¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1.CRITÉRIOS DECISIONAIS PROMOTORES DE SEGURANÇA JURÍDICA E RACIONALIDADE; 2.A AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE DO “AMICUS CURIAE” E A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) apresenta uma série de inovações e novos institutos para a sistemática processual civil brasileira com o objetivo de outorgar ao processo civil maior consonância com as disposições constitucionais, bem como de viabilizar uma prestação jurisdicional justa, efetiva e célere.

É possível afirmar que a nova legislação processual civil procura imprimir caráter democrático ao processo civil, por meio de institutos, técnicas e premissas tendentes a investir o Poder Judiciário de legitimidade democrática. Isso quer dizer que a ideia é viabilizar às partes, interessados e sociedade em geral maior controle e acesso ao conteúdo do processo, especialmente às razões de decidir dos julgamentos.

Nesse sentido, defende-se a necessidade de observância ao critério da participação e intervenção necessária de órgãos e agentes especializados e pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos em causas de potencial repetitivo pela natureza e matéria debatida, como as que discutem a

¹ *Visiting Scholar* na Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Professora de Direito Processual Civil de cursos de pós-graduação “lato sensu”. Autora de diversas publicações, dentre elas, o livro “Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC” pela editora Revista dos Tribunais e o livro “O Reexame Necessário e a Efetividade da Tutela Jurisdicional” pela editora Livraria do Advogado, bem como capítulos de livros e artigos jurídicos em periódicos de circulação nacional. Advogada.

prestação de serviços autorizados e concedidos e relações de consumo pela capacidade de gerarem decisões com *status* de precedente judicial com eficácia vinculante, como forma de legitimar democraticamente a decisão, especialmente em decorrência do caráter normativo, pelo diálogo institucional viabilizado, bem como meio de qualificar tecnicamente a determinação judicial, considerando a especialização desses órgãos e agentes, como, por exemplo, as agências reguladoras.

1 CRITÉRIOS DECISIONAIS PROMOTORES DE SEGURANÇA JURÍDICA E RACIONALIDADE

O escopo específico desse estudo é enumerar e analisar possíveis critérios legitimadores, no sentido político e democrático das decisões judiciais e possíveis precedentes com eficácia vinculante, especialmente a defesa de necessidade de qualificação técnica da decisão, a partir da atuação/intervenção de agentes técnicos e políticos no processo, como órgãos e entidades com legitimidade para tratar da questão de fundo debatida na lide.

Os principais agentes, dentro do contexto de implantação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil (Artigos 976 a 987)² que visa à redução das ações de massa e deslinde único para demandas idênticas (questões de direito) e, considerando o alto índice de ações que discutem prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, bem como as relações de consumo, seriam as agências reguladoras. Tais órgãos são capazes de intervir e contribuir com o processo na condição de *amicus curiae* em causas de potencial repetitivo e que serão submetidas ao julgamento por amostragem, mas de forma necessária e não apenas como uma mera faculdade do juiz quando julgar pertinente, visando à necessidade de formação de precedente adequado, justo e coerente em função do caráter vinculante, sem retirar, a toda evidência, a

² O instituto corresponde à possibilidade de suspensão de casos análogos que versem sobre idêntica questão de direito e que sejam capazes de gerar insegurança jurídica em razão da coexistência de decisões conflitantes. (risco à isonomia e segurança jurídica – Art. 976, II).

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

competência e liberdade de julgamento do Poder Judiciário, que contaria com a colaboração processual desses atores sociais para a formação da decisão/precedente judicial.

Sobre o novo instituto previsto no Novo Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que possui o condão de reduzir o número de ações de massa e tornar o Judiciário mais célere, imprimindo maior segurança jurídica e isonomia de tratamento a casos análogos, não se pode ter a ilusão de que resolverá, isoladamente, o problema da morosidade processual, pois como bem ressalta Sérgio Gilberto Porto: “não é a forma de processamento das demandas judiciais a única causa que contribui decisivamente para a demora na solução de litígios judiciais”.³ Mesmo se reconhecendo a positividade da reforma processual civil brasileira, existem particularidades concorrentes à morosidade que são exteriores ao processo e que permanecerão presentes, mesmo com a alteração legislativa futura.⁴

Destacando a necessidade de mudança cultural e operacional da comunidade jurídica para que as reformas legislativas possam colher resultados, Marco Félix Jobim pondera que, em que pese a adoção de medidas para aceleração e uniformização processual seja consenso entre os doutrinadores e operadores do direito, de nada adianta que uma solução seja proposta se não se abrir os horizontes para que novas concepções auxiliem como forma efetiva de melhoria.⁵

Dessa forma, pode-se afirmar que a proposta de incidente de resolução de demandas repetitivas visa a racionalizar a atividade judiciária e compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, prestigiando os valores da economia e igualdade no processo.⁶

³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Apontamentos sobre duas relevantes inovações no projeto de um novo CPC**. Repertório de Jurisprudência IOB: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo: IOB Thomson, V. III, n. 21, p. 747, 1ª quinzena, nov.2011.

⁴ VIAFORE, Daniele. **As ações repetitivas no direito brasileiro**: com comentários sobre a proposta de “Incidente de Demandas Repetitivas” do projeto de novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 121/122.

⁵ JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito, 2011, p. 167-168.

⁶ Frise-se que a isonomia de tratamento a casos análogos é fruto da eficácia vinculante da decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que, considerando a natureza do direito debatido e a respectiva repercussão social pelo potencial repetitivo, deverá ser aplicada a todos casos que versem sobre idêntica questão de Direito.

Destarte, considerando-se os fatores extraprocessuais que também contribuem para a demora na solução dos litígios judiciais, tal iniciativa pode ser tida como uma contribuição para a melhoria do desempenho do setor judiciário.⁷

Também no sentido de promover a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, Marco Marrafon e Sandro Kozikoski trabalham com a ideia da participação discursiva dos diversos agentes e segmentos que venham a ser afetados pela interpretação da questão jurídica debatida. Segundo os autores:

Ora, ao se considerar a nova racionalidade processual, constitucionalmente adequada e atenta às demandas de caráter transindividual, os efeitos negativos sobre a questão democrática são exponencialmente maiores. Desse modo, a recusa à discricionariedade solipsista do magistrado implica na abertura dos diferentes agentes sociais que, ao participarem dos processos de maneira objetiva ou de efeitos difusos e apresentarem seus argumentos (pretensões de validade), contribuem para: (i) atenuar a discricionariedade judicial, já que as interpretações apresentadas podem refletir dimensões sociológicas ou políticas do fenômeno constitucional não percebidas pelo órgão judicante e (ii) aproximar o Poder Judiciário de legítimas aspirações sociais, conferindo maior legitimidade e força normativa à concretização da Constituição.⁸

O Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade do juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, solicitar o admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, no prazo de quinze dias da sua intimação. Transcreve-se, *in verbis*, o art. 138 do Novo CPC, que trata da figura do *amicus curiae*:

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

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

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

⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op.cit.* 2011.

⁸ MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como *amicus curiae* no contexto da nova racionalidade processual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

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

Porém, tal previsão define uma mera faculdade do juiz em determinar a intervenção do “amicus curiae” e quando o julgador entender conveniente, o que ainda não assegura uma condição ou critério de legitimidade política e democrática para a formação da decisão judicial (que poderá vir a tornar-se um precedente judicial com eficácia vinculante), pois não possui caráter obrigatório, além de não prever objetivamente as matérias e naturezas de ações em que tal manifestação deva ocorrer, configurando mero arbítrio judicial, o que não consiste fator de segurança jurídica.

Tal possibilidade de maior participação democrática no âmbito do processo judicial é totalmente ventilada e viabilizada pela previsão do dever de diálogo judicial e do princípio da colaboração/cooperação no processo, insculpido no Novo Código de Processo Civil como diretivo e norteador do procedimento judicial no art. 6º, o qual prevê: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A ideia e conceito de uma democracia participativa no processo judicial vêm ganhando espaço e importância, justamente no sentido de outorgar às decisões judiciais maior legitimidade política e democrática e, assim, preservar o máximo possível o núcleo do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, Habermas desenvolve a ideia do “Agir Comunicativo” estabelecendo que a imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Considerando as sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.⁹

Esse modelo de democracia tem como característica principal a intervenção de cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-administrativas.¹⁰ R.C. van Caenegem estabelece, em sua obra

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 83.

¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). **Constituição, Jurisdição e processo**: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 315.

“Juízes, Legisladores e Professores”¹¹, oito critérios do bom direito, sendo que um deles é a participação de cidadãos comuns em tribunal aberto.

Além da participação da figura do *amicus curiae* no processo judicial, por meio de órgãos e entidades representativas de direitos e interesses da sociedade em geral, existem as audiências públicas para corroborar o espaço democrático em demandas que exigem determinada complexidade para o julgamento final, garantindo maior participação popular no processo.

A respeito da modalidade da audiência pública e sua contribuição para a participação popular no processo, Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espíndola referiram que a audiência pública realizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tratava do caso da lei da biossegurança, foi um marco naquilo que denominaram de processo pós-burocrático, outorgando democratização ao processo ao permitir o diálogo com a sociedade e coletivizar a responsabilidade final pelo que iria ser decidido, além de investir o julgador de responsabilidade com o diálogo processual, considerando a posição das partes do processo, mas também dos outros interessados para fundamentar sua decisão final, assumindo a responsabilidade coletiva pela decisão.¹²

Ainda sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e da democracia participativa no âmbito do processo, é esclarecedora a posição de Darci Guimarães Ribeiro:

Portanto, para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesta perspectiva, o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria

¹¹ CAENEGEM, R.C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução de: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.p.110.

¹² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individual – e liberal- ao modelo coletivo – e democrático- de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz. **Jurisdição e Processo**: efetividade e realização da pretensão material. Curitiba: Juruá, 2008. p. 70.

a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, p. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.¹³

O temor da ineficácia da supremacia judicial foi enfrentado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que buscaram apontar razões mais concretas em favor de uma postura mais contida por parte das Cortes. Os referidos autores entendem que a imposição feita aos juízes é no sentido de adotarem um comportamento judicial orientado por princípios hermenêuticos muito abertos e vagos. Assim, uma intervenção judicial só se justificaria na medida em que fosse protetora das condições da democracia.¹⁴

Segundo os autores, as perguntas não devem ser abstratas, tampouco devem os teóricos colocarem-se no lugar de juízes. As perguntas, para serem úteis à prática do dia a dia dos tribunais, precisam levar em consideração as limitações das instituições e dos seus atores. Significa dizer que os teóricos da postura judicial devem considerar que os juízes, por mais bem dotados intelectualmente e intencionados que sejam, são seres humanos normais, com limitações intelectuais e, em especial, falta-lhes tempo e as informações minimamente necessárias para exercerem a tarefa de interpretação e aplicação da Lei no caso concreto.¹⁵

Portanto, uma boa teoria norteadora da interpretação do direito pelos juízes não deve cometer o equívoco de idealizar o magistrado ou seja lá quem for o intérprete.¹⁶ É preciso atentar para as questões em jogo, para as capacidades institucionais dos atores, muitas vezes comparando-as, como, por exemplo, pode-se fazer com relação às vantagens da deliberação judicial sobre a legislativa e vice-versa.¹⁷

¹³ RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia. Para uma nova definição da democracia participativa. **Revista da Ajuris**, n. 114, jun. 2009, p. 91-103.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**. v. 101, n.4, 2003, pp. 885-951.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 317.

Nessa medida, no sentido de evitar que o Judiciário transforme-se em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.¹⁸ Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Conclui Sustain que a modéstia judicial favorece a sociedade impedindo polarizações. Os princípios gerais (compromissos dilatórios) de textura aberta e amplamente considerados permitem a reunião em comunidade de indivíduos de crenças e concepções de vida completamente distintas, o pluralismo próprio das sociedades modernas. Ao passo que a densificação desses amplos princípios, por meio dos processos de adjudicação tende a produzir essas divisões sociais que muitas vezes mostram-se perigosas à paz social.¹⁹

Nessa linha de entendimento, Luís Roberto Barroso pondera:

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da

¹⁸SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Op.cit.* 2003.p. 2.

¹⁹Idem, pp. 885-951.

discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.²⁰

Destarte, é inevitável o reconhecimento da ascensão institucional do Poder Judiciário, bem como da amplitude da jurisdição constitucional e da judicialização de questões sociais, morais e políticas, muitas vezes, por meio de práticas de ativismo judicial; porém, é necessário que se resguarde, nesse contexto, a legitimidade democrática das decisões judiciais. Para tanto, é necessário se estimular a atuação dos juízes e tribunais de forma interativa com outros atores políticos e institucionais, por meio de práticas, como ora se propõe a de necessária intervenção de órgãos e entidades, a exemplo das agências reguladoras, na formação de precedentes de provável eficácia vinculante, em função da matéria e natureza da causa de origem.

Nesse sentido, conclui Luís Roberto Barroso:

Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.²¹

Ainda dentro do propósito central deste trabalho, no sentido de se estabelecerem critérios decisórios para serem observados na prolação de decisões e formação de precedentes judiciais, no sentido de se possibilitar uma benéfica função normativa e criadora da Jurisdição e evitar arbitrariedades e decisionismos, é importante referir o papel de princípios ou postulados normativos aplicativos (metanormas)²² como balizadores e direcionadores de determinações judiciais.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicao-democracia-e-supremaciajudicial.pdf. Acesso em 14.03.2015.

²¹ Ibidem.

²² É nesse sentido a doutrina de Humberto Ávila: “Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito,

Tais critérios de justiça e racionalidade da decisão representam verdadeiros cânones interpretativos de caráter genérico e que devem ser contextualizados nos casos concretos e na incidência de regras particulares. Nesse sentido, pondera Michele Taruffo:

Si se observan más detenidamente los parámetros indicados como constitutivos de la justicia de la decisión, fácilmente se ve que éstos tienen la característica común de no estar definidos analíticamente. En realidad, cada uno de ellos es bastante vago: se trata de *standards* generales más bien que de requisitos específicos, de principios más que de reglas particulares, o – si se desea – de valores más que de conceptos rigurosos.²³

Entre esses princípios, pode-se referir o princípio da proporcionalidade e o da sustentabilidade²⁴. O princípio da proporcionalidade cumpre relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Sobre essa função discorre Paulo Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.²⁵

solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.” (ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2004. pp. 30/31.)

²³ TARUFFO, Michele. **Proceso Y Decisión**: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Marcial Pons: Barcelona, 2012. p. 234.

²⁴ O princípio constitucional da sustentabilidade pode ser inferido da leitura e interpretação dos artigos 170, VI e 225 da Constituição Federal de 1988, bem como de seu Preâmbulo que apresenta os valores supremos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, entre os quais, o desenvolvimento. Assim, uma interpretação sistemática de tais dispositivos aponta a existência e conteúdo do princípio da sustentabilidade, uma vez que tratam da necessidade da observância de princípios como a defesa do meio ambiente e análise de impacto ambiental da elaboração e prestação de produtos e serviços (art. 170, VI CF/88), bem como do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 CF/88).

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 386.

O princípio da sustentabilidade também poderia ser operado com a função de metacritério jurídico de hierarquização²⁶ e princípio de prioridade com o escopo de alcançar a máxima justiça possível no caso concreto, a exemplo do princípio da proporcionalidade, no caso de conflito entre direitos fundamentais.²⁷

A aferição da ocorrência do princípio da sustentabilidade no corpo da Constituição Federal é feita por Juarez Freitas na obra “Sustentabilidade: Direito ao Futuro”²⁸, onde o jurista apresenta a sustentabilidade como princípio norteador da ordem jurídica e abrangente, pois contempla todos os demais, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu caráter sintetizador de direitos e garantias²⁹ e pela extensão de tais proteções ao bem-estar duradouro de todos os seres vivos, sem a limitação antropocêntrica.

Tal princípio é analisado sob 5 (cinco) dimensões: 1) Ambiental; 2) Econômica; 3) Social; 4) Jurídico-Política; 5) Ética (Intersubjetividade). Cada dimensão do princípio da sustentabilidade evidenciaria sua amplitude e imperatividade na busca do bem-estar duradouro de todos, assim como demonstraria a necessidade de mudança da concepção do Direito e da forma de praticá-lo e interpretá-lo por meio de critérios intertemporais.

Nessa consideração, o princípio da sustentabilidade consiste em uma metanorma ou postulado normativo aplicativo, estabelecendo a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras, prevendo modos de raciocínio e de

²⁶ Ainda no desiderato de resolução de antinomias, Ricardo Guastini também cita a importância do método da hierarquização: “(...) pode-se resolver uma antinomia eliminando uma das duas normas em conflito: segundo os casos, a cronologicamente sucessiva (*lex posterior derogat legi priori*), ou a hierarquicamente inferior (*lex superior derogat legi priori*). Num caso, se “elimina” uma norma do ordenamento considerando-a abrogada; no outro caso, se a “elimina” considerando-a inválida. Em ambos os casos, uma das normas em conflito é tornada “ineficaz”, ou seja, subtraída (parcialmente ou totalmente) à aplicação. Desse modo, a antinomia é resolvida não mais no terreno da pura e simples interpretação, mas antes no terreno de produção jurídica, ainda que aqui, obviamente, trate-se de uma produção puramente “negativa”. Nenhuma norma é acrescida ao ordenamento, mas uma norma é expulsa – parcial ou totalmente – dele”(GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005. pp. 234/235.)

²⁷ Nesse sentido também McCormick: “(...) Quando tais princípios estiverem em conflito ou apontarem em direção a decisões diferentes, será preciso enfrentar e resolver o problema típico concernente à procura de razões que justifiquem a prioridade de um princípio sobre o outro, no contexto do caso em análise.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 173).

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁹ A respeito da distinção entre direitos e garantias, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*2006.

argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.³⁰

Dessa forma, é possível conceber o princípio constitucional da sustentabilidade como critério de aplicação de regra ou princípio³¹, bem como balizador da melhor interpretação da lei no caso concreto, visando ao resguardo e à efetivação dos princípios e valores constitucionais e da preservação da ordem jurídica. Tal concepção é viável e positiva, principalmente em um contexto em que se propugna e desenvolve a criação judicial do Direito³², com outorga de poderes interpretativos aos juízes³³, a partir de conceitos jurídicos indeterminados³⁴ e cláusulas gerais; técnicas que podem fazer com que a desejável discricionariedade judicial transforme-se em perniciosa arbitrariedade, se não existirem critérios legítimos a serem observados e elencados como motivação nos provimentos judiciais, pois é preciso “salvar a criatividade do juiz e, ao mesmo tempo, garantir um mínimo de certeza do direito”.³⁵⁻³⁶

O intérprete da norma deve, portanto, buscar a melhor conformação da norma com o caso concreto, considerando as circunstâncias e consequências da sua interpretação e aplicação, não só no contexto vigente e atual, mas também

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

³¹ Conceituando o sistema jurídico e fazendo referência à função dos princípios, cita-se CANARIS: “uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da ordem interna à característica dos princípios gerais”. (CANARIS, V. Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Menezes Cordeiro, 1989.pp.77-78).

³² Sobre a questão: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

³³ Nesse desiderato e seguindo o pensamento já apontado por Mauro Cappelletti, aduz Nicola Picardi: “A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quando da administração” (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.5.)

³⁴ Acerca da função e sistemática dos conceitos jurídicos indeterminados refere Luiz Guilherme Marinoni: “Assim sendo, chegou-se naturalmente à necessidade de normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, a partir de conceito jurídico indeterminado, quando a técnica processual, já definida na lei, pode ser utilizada, bem como o poder de individualizar, a partir das circunstâncias do caso, o instrumento processual adequado à tutela do direito material”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.)

³⁵ LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p. 169.

³⁶ A certeza e previsibilidade do Direito também estão ligadas à ideia da unidade do direito, a qual mostra-se cada vez mais presente por meio de mecanismos e institutos tendentes a promover a uniformização de aplicação do Direito, pelo menos em casos idênticos ou análogos. A esse respeito: “Compreende-se, assim, sem grande dificuldade, que o equilíbrio entre a eficácia vinculante do precedente judicial e a persuasão racional do juiz representa, sem dúvida, fator essencial para uma eficiente distribuição da justiça”. (CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 304.

considerando as decorrências de tal prática para o futuro, primando sempre pela defesa do desenvolvimento sustentável como valor maior.³⁷

Nesse sentido, Emilio Betti, ao tratar da natureza do juízo de valor que o intérprete precisa ter ao interpretar e aplicar a lei:

Ele deve, antes de tudo, referir-se às concepções dominantes na consciência social da época em que a norma foi instituída e, assim, descobrir a avaliação legislativa imanente e latente nela; além disso, deve levar em conta as modificações de orientações normativas acrescidas no ambiente em que a norma teve vigor: somente assim terá condições de entendê-la e aplicá-la segundo o seu espírito. O nexos imanente entre esclarecimento e desenvolvimento integrativo configura este último, pelo menos em linha de princípio, como um processo de auto-integração: auto-integração essa que a ordem jurídica exige, e à qual devem prover, em razão do seu ofício, os órgãos da jurisdição. Para a missão de tais órgãos, opera-se, junto à aplicação do direito e por meio da interpretação, a indispensável auto-integração da ordem jurídica.³⁸

Assim, o intérprete precisa buscar, por meio da atividade hermenêutica, a integração da ordem jurídica, tendo como diretriz o princípio da sustentabilidade e utilizando-o também como fundamentação e motivação axiológica de suas decisões³⁹. A fundamentação das decisões a partir de princípios gerais eleitos evita a desvinculação arbitrária do intérprete e a fundamentação com base no princípio síntese da sustentabilidade promove o comprometimento com o futuro.

A análise das consequências deve consistir em elemento justificador das decisões. Ou seja, é preciso que se analise a repercussão de decisões e aplicação de leis no futuro e não só no presente, pois o crescimento e desenvolvimento que se busca são o sustentável, com aptidão para produzir resultados constitucionalmente desejáveis. Nessa consideração, MacCormick desenvolve a ideia das consequências como implicações ou das “consequências jurídicas”:

³⁷ Relativamente à necessidade de realização de uma interpretação sistemática do Direito, é indispensável citar o conceito de sistema jurídico esposado por Juarez Freitas em sua obra “A Interpretação Sistemática do Direito”: (...) entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição (FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.)

³⁸ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 52/53.

³⁹ O dever de motivação das decisões judiciais já está presente no art. 93, IX da CF/88 como forma de dar publicidade aos atos judiciais, bem como possibilitando um controle democrático por parte de interessados e sociedade em geral (interesse público à informação).

Se quisermos descobrir como as consequências podem ser relevantes para justificar decisões, temos que olhar para além das consequenciais causais e dos resultados particulares. De fato, a própria atividade de justificar decisões a partir do fornecimento de razões para elas irá provar ser uma fonte dos tipos de consequências que importam. Por conta da natureza institucional e do contexto em que opera a prática dos julgamentos, e por conta dessa prática ser adequadamente governada, ao menos, pelo princípio da justiça formal que ordena tratar casos iguais de maneira igual, as decisões justificadas pressupõem razões universalizáveis ou sentenças baseadas no Direito que “cubram” a decisão particular em questão. E apenas as sentenças adequadamente justificadas poderão a seu turno justificar essas decisões.⁴⁰

Dessa forma, o princípio constitucional da sustentabilidade viabiliza e legitima uma interpretação sistemática e integrativa, mas, acima de tudo, construtiva, visando ao bem-estar duradouro. Ronald Dworkin ilustra bem tal função do Direito, na medida em que estabelece o seguinte conceito:

A atividade do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atividade fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.⁴¹

Portanto, o princípio constitucional da sustentabilidade exerce importante e complexa função no sistema jurídico (ou pelo menos possui aptidão para exercê-la), uma vez que deve atuar como critério direcionador e vinculante das decisões judiciais, além de consistir em metanorma de aplicação de outras regras e princípios visando à efetivação dos preceitos do Estado Democrático de Direito na perspectiva do desenvolvimento sustentável e bem-estar duradouro.

2 A AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE DO “AMICUS CURIAE” E A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Contudo, a proposição central deste estudo aponta para a necessária admissão ampliada da atuação do *amicus curiae* no processo e na realização de

⁴⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2008. p. 139.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**: O que é o direito. SP: Martins Fontes, 1999. p. 492.

políticas públicas abrindo a hermenêutica constitucional à sociedade e considerando que a Constituição Federal de 1988 sintetiza normativamente uma série de demandas sociais não efetivadas pelo poder político, as quais se tornam dever do Poder Judiciário, no sentido de atuação substancial. A utilização de instrumentos aptos a aproximar as Cortes das necessidades da sociedade contribui para o progressivo fomento e aperfeiçoamento da própria democracia, enquanto sistema político construtor de cidadania.⁴²

Como referido alhures, entende-se que a atuação e intervenção necessária das agências reguladoras⁴³ na condição de *amicus curiae* e como agente político legitimador democrático da produção de precedentes judiciais de eficácia vinculante em causas de potencial repetitivo e, *ipso facto*, de repercussão social e econômica, como as que envolvem relação de consumo e prestação de serviços públicos, concedidos ou autorizados, é medida que se impõe e que serviria aos ideais do Estado Democrático de Direito. Assim, cabe dispor, ainda que brevemente e como forma de respaldar a alegação central deste estudo, sobre o conceito, natureza jurídica e funcionamento no ordenamento jurídico pátrio das agências reguladoras, agente social identificado como importante personagem na formação de decisões judiciais com eficácia vinculante e que atuaria, com grande incidência, na condição de “amicus curiae” no processo.

A criação das agências reguladoras como autarquias autônomas destinadas à regulação, integrando a estrutura administrativa do Estado, encontra seu fundamento no direito de países estrangeiros, onde a regulação é desenvolvida desta maneira há bastante tempo, sendo trazida para o direito nacional há aproximadamente vinte anos.

⁴² MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como *amicus curiae* no contexto da nova racionalidade processual. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

⁴³ É oportuno referir que não se pretende adotar postura “ingênua” com relação à atuação das agências reguladoras que, considerando sua estrutura e disposição legal, podem atuar de forma política favorecendo interesses de classes, o que, em certa medida, retiraria sua capacidade de representação democrática (tutela dos interesses sociais) como órgão atrelado ao Poder Executivo. É preciso considerar que situação dessa espécie pode ocorrer em alguns casos de atuação e intervenção das agências reguladoras, porém, a sua função e capacidade de realizar o diálogo institucional dentro do processo e, portanto, na formação de precedente judicial é entendida como relevante, além de se considerar que sua necessária intervenção e participação no processo outorgaria maior compromisso com a posterior fiscalização do cumprimento e efetividade da decisão (precedente judicial) prolatada no processo em que atuou na condição de “amicus curiae”, trazendo efetiva contribuição ao Poder Judiciário (no sentido de evitar demandas judiciais com o objetivo de reclamar falhas na prestação de serviços autorizados e concedidos) e à sociedade em geral, pela preservação da ordem e justiça nas relações sociais e econômicas.

Foi na Inglaterra, a partir de 1834, que se utilizou a palavra agência para caracterizar um ente regulador de determinada atividade econômica. Esses entes eram criados para concretização dos mandamentos legais e resolução das controvérsias deles resultantes.

Mas foi nos Estados Unidos que se consolidou o sistema de regulação econômica desenvolvido por órgãos autônomos. Influenciados pela colonização Inglesa, os americanos adotaram o sistema de regulação em 1887, mas com a Depressão Econômica de 1930, várias agências foram criadas para intervir e reestruturar a economia americana, que sempre foi baseada no pensamento Liberal.⁴⁴

A ideia de regulação nasceu da necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista, sendo que no Brasil o marco da criação da regulação é a privatização. As agências reguladoras federais foram criadas a partir de 1996, inspiradas pela experiência americana como entes públicos dotados de independência em relação ao Poder Executivo.

Nos EUA, a criação de agências reguladoras foi impulsionada pelos reformadores do *New Deal* entre os anos 1930 e 1960. Representou simultaneamente o fortalecimento do Estado e o questionamento do *common law* anteriormente prevalecente. Os reformadores do *New Deal* propuseram agências autônomas, reunindo os três poderes até então separados pela Constituição; consideravam o *common law* como proteção dos direitos dos proprietários contra os riscos de intervenção indesejada do estado. Comprometidos com a redistribuição da riqueza e com a criação de novos direitos sociais, os *new dealers* defendiam a criação de agências autônomas, visando aumentar o poder regulador do executivo federal.

Assim, uma diferença fundamental a assinalar nas experiências dos EUA e Brasil refere-se à natureza das relações entre regulação e poder do Estado. A autonomia das agências, para os *new dealers*, reforçava o poder do estado; enquanto no Brasil, nos anos 1990, a concessão de independência às novas agências reguladoras buscou reduzir as incertezas, para o investidor advindas do legado intervencionista do estado.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.p. 134

As agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta, sob a forma de autarquias, possuindo personalidade jurídica de direito público. Pode-se observar que a forma autárquica é atribuída no diploma normativo criador de todas as agências existentes no direito pátrio.⁴⁵ Dessa forma, agência reguladora é uma pessoa jurídica de direito público interno, geralmente constituída sob a forma de autarquia especial ou outro ente da administração indireta, cuja finalidade é regular e/ou fiscalizar a atividade de determinado setor da economia de um país, a exemplo dos setores de energia elétrica, telecomunicações, produção e comercialização de petróleo, recursos hídricos, mercado audiovisual, planos e seguros de saúde suplementar, mercado de fármacos e vigilância sanitária, aviação civil, transportes terrestres ou aquaviários, etc.

As agências cumprem tarefa de grande relevância, pois sua função é essencialmente técnica e sua estrutura é constituída de tal forma a se evitar ingerências políticas na sua direção. Suas atribuições principais são: a) levantamento de dados, análise e realização de estudos sobre o mercado objeto da regulação; b) elaboração de normas disciplinadoras do setor regulado e execução da política setorial determinada pelo Poder Executivo, de acordo com os condicionamentos legislativos (frutos da construção normativa no seio do Poder Legislativo); c) fiscalização do cumprimento, pelos agentes do mercado, das normas reguladoras; d) defesa dos direitos do consumidor; e) incentivo à concorrência, minimizando os efeitos dos monopólios naturais, objetivando à eliminação de barreiras de entrada e o desenvolvimento de mecanismos de suporte à concorrência; f) gestão de contratos de concessão e termos de autorização e permissão de serviços públicos delegados, principalmente fiscalizando o cumprimento dos deveres inerentes à outorga, à aplicação da política tarifária; g) arbitragem entre os agentes do mercado, sempre que prevista na lei de instituição.

Assim, verifica-se que as agências reguladoras, como autarquia que são, foram entidades criadas para desempenhar de forma descentralizada funções típicas de Estado, como exemplo, regulação, fiscalização e intervenção na economia e em serviços públicos. Na esfera federal brasileira, são exemplos de agências

⁴⁵MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005, Coleção: Temas de Direito Administrativo. V. 13. p. 83.

reguladoras a ANATEL, ANEEL, ANCINE, ANAC, ANTAQ, ANTT, ANP, ANVISA, ANS e ANA.

Nos setores de infraestrutura, a regulação visa a promover a universalização do acesso aos serviços e a competição em áreas de monopólios naturais, corrigindo falhas de mercado. Já na área social, a regulação abrange os direitos dos usuários e a qualidade dos serviços. A natureza das atividades parece indicar muito mais uma atuação fiscalizadora do Estado do que propriamente a regulação de mercados ou a promoção da concorrência.

As agências reguladoras não são autarquias comuns, mas são entidades dotadas de um regime especial, imposto por lei, que lhes dá privilégios específicos capazes de garantir mais autonomia do que as de uma autarquia comum. Como traço marcante desse regime especial, observa-se a independência das agências em relação ao poder público que lhes dá autonomia política, administrativa, econômica e financeira, garantindo que, ao desempenhar suas funções, estes órgãos não serão submetidos à Administração Direta.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade, ausência de possibilidade de demissão *ad nutum* de seus dirigentes e autonomia financeira.⁴⁶

A independência desses entes também se dá em relação às entidades econômicas reguladas, pois, pela área de atuação e complexidade da atividade regulatória, as agências podem tomar atitudes que contrariem o interesse das empresas reguladas em face do interesse público e do cumprimento dos seus objetivos de acordo com os mandamentos legais.

Contudo, a independência das agências não é absoluta, uma vez que suas decisões devem estar fundamentadas no ordenamento jurídico nacional e podem ser alvo de fiscalização pelo Poder Judiciário. No exercício de suas atividades, esses entes devem buscar alcançar sua finalidade legal, podendo sua atuação ser objeto de controle por diversos órgãos.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

Ainda outra característica que se faz notória é o poder normativo atribuído às agências reguladoras, que se revela pela edição de normas, construídas por critérios técnicos, com o objetivo de regular o setor de atuação.⁴⁷

A regulamentação é cometida a chefes de Estado ou Governo. É uma função política que visa a impor regras de caráter secundário em complementação às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e dar-lhes execução. A regulação é uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e, sim, da abertura da lei para que o agente regulador pondere, de forma neutra, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais sejam efetivos.⁴⁸

A capacidade técnica dessas entidades lhes confere poder de atuação específico e direcionado na seara econômica, tendo os seus atos maior capacidade de intervenção do que os emanados pelo Poder legislativo, os quais detém caráter genérico.⁴⁹

Entretanto, verifica-se que, ao editar atos normativos, as agências devem observar os limites aos preceitos constitucionais, ao sistema de tripartição dos poderes e aos princípios da Administração Pública. Além disso, as normas criadas devem ser da competência de cada entidade reguladora, de caráter infralegal, guiadas pela especificidade de cada ente.

Pelas normas regulatórias, permite-se o exercício da capacidade técnica para dispor com maior densidade sobre as matérias necessárias para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico, distante do cidadão e sem concretude; e dos regulamentos elaborados pelo chefe do Poder Executivo em gabinetes herméticos à participação e controle da sociedade.⁵⁰

O poder de dirimir questões é privilégio dado às agências por suas leis instituidoras, que garante a solução administrativa dos conflitos no âmbito de cada

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 419, nota 5.

⁴⁸ GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? **Revista Direito GV**, v.7, n.1 São Paulo Jan./Jun. 2011.

⁴⁹ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129.

⁵⁰ GUERRA, Sérgio. *Op.cit.* 2011.

ente. Mas a atividade julgadora exercida pelas entidades reguladoras tem caráter administrativo e não afasta do Judiciário a apreciação do litígio.⁵¹

As decisões tomadas pelas agências têm força de coisa julgada administrativa, não tendo viabilidade os recursos interpostos perante outras autoridades administrativas, ou ao Ministério ao qual o ente é vinculado. Contudo, estas decisões não podem ser afastadas de apreciação pelo Judiciário, pois no ordenamento jurídico brasileiro prevalece o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88. Desta maneira, as decisões administrativas tomadas pelas agências reguladoras são passíveis de apreciação judicial, cabendo à parte inconformada provocar o Judiciário para analisar seu conflito.⁵²

Porém, é preciso considerar que o Poder Judiciário não possui habilitação técnica para decidir sobre as matérias concernentes às Agências Reguladoras, somente por meio de realização de perícia técnica. Nesse sentido, leciona Alexandre Santos de Aragão:

Em relação ao Poder Judiciário, a independência dos órgãos e entidades dos ordenamentos setoriais não pode, pelo menos em sistemas que, como o nosso (art. 5º, XXXV, C.F.), adotam a unidade de jurisdição, ser afirmada plenamente. Em tese, sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as suas decisões. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário. O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação.⁵³

Destarte, conclui-se que as agências reguladoras brasileiras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta que possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial. E, considerando as Agências Reguladoras como órgãos componentes da Administração Pública Indireta e, portanto, do Poder

⁵¹ CUÉLLAR, Leila. *Op.cit.* 2001, p. 126.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências Reguladoras independentes e a separação de poderes:** uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-ALEXANDRE-SANTOS-ARAGAO.pdf>. Acesso em: 27/02/15.

⁵³ *Ibidem*.

Executivo, pode-se afirmar que a intervenção e colaboração dessas figuras na formação de decisões judiciais atenderia ao critério da legitimação democrática, ainda mais considerando o controle que podem sofrer pelo Poder Legislativo,⁵⁴ promovendo uma verdadeira interação e integração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no ato de formação de precedentes judiciais, permitindo a qualificação técnica e justa dessas decisões e, principalmente, atendendo aos reclamos do Estado Democrático de Direito no que toca ao sistema de tripartição dos poderes previsto constitucionalmente.

O presente estudo propõe a participação das agências reguladoras na condição de *amicus curiae* em específico em função de sua competência e função legais, considerando a multiplicidade de ações discutindo a prestação de serviços públicos autorizados ou concedidos e as relações de consumo, as quais podem levar à formação de precedente com eficácia vinculante, especialmente por meio do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado pelo Novo Código de Processo Civil. Porém, também se identifica a importância da intervenção de outros atores sociais na formação da *ratio decidendi* do precedente judicial com eficácia vinculante, considerando as qualidades técnicas e atribuições legais para contribuir com a justiça e racionalidade, além de outorgarem maior legitimidade democrática na formação do precedente.

Tais agentes sociais seriam entidades de classe, autarquias federais e entes estatais, tais como a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), CVM (Comissão de Valores Mobiliários), INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), as quais possuem atribuição e competência por determinação de suas leis orgânicas e disciplinadoras para atuarem em processos que tenham relação e repercussão em assuntos e matérias de seus interesses e pertinências temáticas, como é o caso do art. 31 da Lei 6.385/76 que trata da Comissão de Valores Mobiliários.⁵⁵ Contudo, a previsão de tais leis no sentido da participação dos órgãos é de cunho facultativo, o que nem sempre contribui para a qualificação técnica e democrática da decisão, sendo

⁵⁴ O art. 49, X, da Constituição Federal prevê que é competência exclusiva do Poder Legislativo fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluindo os atos praticados pelas entidades integrantes da administração indireta. Desta maneira, as agências reguladoras podem ter os seus atos controlados pelo Poder Legislativo, que pode exigir delas justificativa para as suas decisões, até mesmo as decisões de caráter técnico podem ser alvo de questionamento pelo Legislativo.

⁵⁵ O art. 31 da citada Lei dispõe: "Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação".

necessária a determinação necessária da intimação e intervenção do *amicus curiae* nesses casos, ao menos com finalidade de colaboração técnica para a formação da prova e de fator de legitimação democrática da decisão judicial e, ainda, como forma de vincular e comprometer tais entidades com a fiscalização e supervisão da efetividade da decisão, no sentido de resguardar interesses sociais e econômicos, o que também compõe suas competências e atribuições.

Cassio Scarpinella Bueno pondera que a CVM, o CADE, o INPI e a OAB, quando atuam na condição de *amicus curiae*, atuam como *custos legis*, na medida em que verificam como e em que medida o específico direito material que caracteriza sua razão de ser, o seu ser institucional, deve ser aplicado em cada caso concreto em que sua manifestação é viabilizada. Ainda, para o referido autor, nos demais casos, não há função de *custos legis*, mas sim de atuação relacionada à produção da prova, contribuindo para a melhor formação da decisão judicial.⁵⁶

O referido artigo 31 da Lei 6.385/76 que trata da Comissão de Valores Mobiliários pode ser aplicado analogicamente aos casos de intervenção das outras entidades aptas a funcionarem como *amicus curiae*.⁵⁷

O art. 118 da Lei nº 12.529/2011⁵⁸ também prevê a intervenção do CADE nos processos em que se discutam questões relativas ao direito da concorrência na qualidade de *amicus curiae*, uma vez que tal ente estatal atua na fiscalização da forma com que os bens jurídicos que competem a ele tutelar estão sendo disciplinados.

É importante referir que a participação e intervenção do *amicus curiae* não retira a autonomia e poder de convencimento do magistrado, que não fica condicionado à posição do amigo da corte, mas também não pode ignorar o conteúdo dessa manifestação, que deve trazer elementos de contribuição para o processo.

Como já referido anteriormente, a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* em determinadas causas, considerando a natureza do objeto discutido na lide⁵⁹ e eventual repercussão social, está prevista no art. 138 do Novo Código de

⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396 e pp. 404-405.

⁵⁷ Idem. pp. 298-299.

⁵⁸ Art. 118 da Lei nº 12.529/2011: “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”.

⁵⁹ Com relação ao problema do objeto do processo, Darci Guimarães Ribeiro aponta que: “O problema analisado desde o ponto de vista do núcleo ou essência do objeto do processo se vincula

Processo Civil. Contudo, o formato da novel previsão legislativa, da maneira que está estabelecido, não possui condições de colher os melhores resultados pretendidos quanto à qualificação da decisão/precedente judicial a ser prolatada, em termos técnicos e justos, considerando a sua mera faculdade e eventualidade, conforme deliberação judicial.

Assim, como forma de estabelecer a proposição central desta pesquisa, quanto ao critério decisional apto a funcionar como verdadeiro controle democrático dos fundamentos da decisão judicial e condição de segurança jurídica e racionalidade, qual seja, a necessária qualificação técnica da decisão, a partir da atuação/intervenção de agentes técnicos e políticos no processo, como órgãos e entidades com legitimidade para tratar da questão de fundo debatida na lide, tratar-se-á brevemente do conceito, função e atuação da figura processual do *amicus curiae*.

Os principais agentes, dentro do contexto de implantação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil (Artigos 976 a 987) que visa à redução das ações de massa e deslinde único para demandas idênticas (questões de direito) e, considerando o alto índice de ações que discutem as relações de consumo e prestação de serviços públicos concedidos ou autorizados, seriam as agências reguladoras, órgãos aptos a intervir e contribuir com o processo na condição de “amicus curiae” em causas de potencial repetitivo e que serão submetidas ao julgamento por amostragem, mas de forma necessária e não apenas como uma mera faculdade do juiz quando julgar pertinente, visando à necessidade de formação de precedente adequado, justo e coerente em função do caráter vinculante.

Além disso, a intervenção e manifestação necessária das agências reguladoras nas causas de potencial repetitivo e, contexto do Novo CPC, também teria a importante função de deixar esses órgãos esclarecidos e atentos à questão discutida e debatida naqueles processos, considerando sua atuação, bem como capacidade de fiscalização posterior quanto à efetiva aplicação por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada no incidente de resolução de demandas

basicamente à identificação do conteúdo do processo civil, vale dizer, quando falamos do conteúdo do processo civil devemos responder o que é que se debate em juízo, qual é a matéria litigiosa, já que não há processo puramente abstrato que exista por si e para si”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FÉLIX, Marco Jobim (orgs). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 20.)

repetitivas, conforme disposição do art. 985, § 2º do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).⁶⁰

Quanto ao novel instituto previsto no Novo Código de Processo Civil, José Maria Tesheiner pondera que ele poderá provocar a esperada redução de litígios caso seja julgado desfavorável aos consumidores. Nas palavras do autor:

Na verdade, o incidente poderá produzir o efeito contrário de multiplicar o número de ações. Basta que se pense na hipótese, altamente provável, de decisão favorável aos consumidores, mas não obedecida pelo réu senão quando coagido, caso a caso, pelo Poder Judiciário. Pode-se, esperar, sim, a redução do número de demandas, se a decisão do incidente for desfavorável aos consumidores, caso em que aqueles que ainda não propuseram ação serão fortemente desestimulados a propô-las e, se o fizerem, defrontar-se-ão com decisão liminar de improcedência, nos termos do artigo 307 do Substitutivo do Projeto de Código de Processo Civil em tramitação na Câmara dos Deputados.⁶¹

A implantação do dispositivo mostra-se positiva e necessária em função da existência de ações de massa⁶² no Judiciário e pela falta de um sistema consolidado de tutela coletiva de Direitos⁶³, hoje ainda calcado nos microssistemas do Código de Defesa do Consumidor e leis esparsas, sem a devida codificação e unidade merecidas. Ainda é preciso considerar o problema da coisa julgada nas ações coletivas, limitada à competência territorial do órgão prolator e dependente da suficiência de provas para produzir efeito *erga omnes*.⁶⁴

⁶⁰Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...) § 2o Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

⁶¹ TESHEINER, José Maria. **Sobre o proposto incidente de resolução de demandas repetitivas**. Artigos Jurídicos e Direito em Debate. Disponível em: <http://www.ajdd.com.br/artigos/art61.pdf>. Acesso em 30 maio 2014.

⁶² Segundo Mauro Cappelletti: "(...) Essa grandiosa revolução assumiu uma característica que se pode sintetizar numa palavra certamente pouco elegante, mas assaz expressiva: "massificação". Todas as sociedades avançadas do nosso mundo contemporâneo são, de fato, caracterizadas por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa". (CAPPELLETTI, Mauro. *Op.cit.* 1993. pp. 56/57)

⁶³Teori Albino Zavaski promove importante separação entre a tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos: "Ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia, pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delinea claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo)". (ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 59.)

⁶⁴ Com relação ao regime da coisa julgada nas ações coletivas no Brasil, pondera María Carolina Eguren: "Además de la cosa juzgada *erga omnes* y de la extensión *in utilibus* – *secundum eventum litis* – el régimen brasileño se integró con la modalidad de cosa juzgada material si la reclamación colectiva resultare rechazada por insuficiencia probatoria. (EGUREN, María Carolina. La Cosa Juzgada em El

De toda a sorte, é preciso considerar que, apesar das críticas e problemas apresentados pela atual sistemática das ações coletivas no Brasil, ela tem se mostrado “como um meio muito eficaz para a realização do Direito objetivo, bem como para assegurar direitos individuais”.⁶⁵

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apresentam as seguintes críticas ao instituto previsto pelo Novo Código de Processo Civil:

É bem intencionada a sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição. A simplificação do procedimento para julgamento de demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para a obtenção da tutela do direito pelos interessados.⁶⁶

Entretanto, é necessário que tal mecanismo seja devidamente aplicado pelo ordenamento para que possa promover seus positivos efeitos e não apenas integrar o conjunto de reformas legislativas processuais incapazes de promover as tão aclamadas e necessárias efetividade e celeridade do processo civil brasileiro.⁶⁷

Com relação à possibilidade de não observância à tese adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo CPC prevê no art. 985, § 1º que “Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação”. Porém é importante referir o Projeto de Lei 2384/15, votado em 21 de Outubro de 2015 pelo Plenário da Câmara dos Deputados pretende reverter tal disposição, prevendo que caberia ação rescisória para os tribunais estaduais ou regionais federais, em vez de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de impedir o aumento de processos nas cortes superiores.

Considerando a sistematização do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, prevendo a participação de órgãos na condição de *amicus*

Proceso Colectivo. In: OTEIZA, Eduardo (coord). **Procesos Colectivos**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006. p. 401).

⁶⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. Ações Coletivas no Brasil – Atualidades e Tendência. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Temas de Direito e Processos Coletivos**. Porto Alegre: HS, 2010. p. 36.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2010.p. 178.

⁶⁷ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do CPC**. In: ROSSI, Fernando et. al. (Coords). *O Futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-235.

curiae e, principalmente pela proposição central deste livro, no sentido de estabelecer como obrigatória a manifestação e intervenção de órgão ou entidade (como uma agência reguladora) nos processos em que se discutam direitos de natureza coletiva, difusos ou individuais homogêneos, com potencial de gerar demandas repetitivas (ou formar o incidente de resolução de demandas repetitivas) e, assim, com a pré-disposição de formar precedente de eficácia vinculante “erga omnes”, cujo conteúdo deve possuir qualidade técnica, justiça e racionalidade, na perspectiva de legitimação democrática e em função da sua repercussão social e econômica, é necessário abordar algumas questões elementares sobre o instituto do *amicus curiae*.

O *amicus curiae* trata-se de um auxiliar do juízo, sendo que sua vinda ao processo pode ser determinada pelo magistrado ou pelo próprio *amicus curiae*, que tem como objetivo criar melhores condições para que a decisão seja proferida pelo Poder Judiciário.⁶⁸

Como não é parte, o *amicus* pode ser definido como terceiro, mas não “terceiro” como os protagonistas das formas de intervenção legalmente previstas, e sim “terceiro” no sentido amplo de quem não é parte.⁶⁹ Carlos Rodrigues Gustavo del Prá identifica que, dentro do conceito de sujeito do processo, os terceiros processualmente conhecidos (denunciado à lide, nomeado à autoria, assistente) possuem situações jurídicas correspondentes criadas pela lei, que são as regras que determinam em quais momentos, sob qual forma e mediante quais critérios cada um pode intervir.

Já o *amicus* atua em situações jurídicas distintas, e, ainda, um tanto nebulosas, sendo que a lei pende “ora autorizando ao juiz requisitar sua participação, ora autorizando ao próprio terceiro pleiteá-la”.⁷⁰ Sendo assim, não se pode classificar ambos os institutos com a mesma natureza jurídica e percebendo-se que a atuação de tal interveniente no processo figura, na atual configuração processual legislativa, como mera faculdade.

⁶⁸ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 130.

⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p.211.

⁷⁰ RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação de causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de processo**, n. 144, São Paulo, p. 275-285, fevereiro de 2007.

O terceiro intervém como *amicus curiae*, figura processual típica do direito anglo-americano, raramente encontrada nos sistemas de *civil law*, embora admitida no STF há algum tempo.⁷¹ Carlos Gustavo Rodrigues delPrá sugere que, para o *amicus*, cabe adequar o instituto a um dos conceitos já existentes. Entretanto, questiona o autor: será mais adequado qualificá-lo como terceiro interveniente ou auxiliar do juízo? E sugere a tomada do seguinte critério para definir a natureza jurídica do instituto: tratando-se de intervenção voluntária, é terceiro interveniente, ainda que se trate de uma intervenção diferente das previstas no CPC; tratando-se de intervenção provocada, o *amicus* seria uma espécie do gênero auxiliar do juízo.⁷²

Assim, a manifestação do *amicus curiae* pode ser entendida como uma espécie de intervenção de terceiro. Qualquer estranheza à qualificação do instituto com esta natureza jurídica certamente decorre de um paradigma no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de somente serem aceitas como espécies de intervenção de terceiros as previstas no CPC/73, o que pode ser atribuído a um conceito de relação processual fechada, oriundo do sistema romano-germânico.⁷³

Entretanto, não se compreende totalmente adequada a qualificação somente do *amicus* voluntário como terceiro interveniente, e somente do *amicus* provocado com auxiliar do juízo. Afinal, o *amicus* voluntário, tal qual o provocado, exerce a única função de cooperar com o juízo, e não litiga em prol de interesse jurídico próprio ou subjetivo na demanda, ainda que tenha algum interesse institucional de zelar pela coletividade que representa.⁷⁴

No mesmo sentido, o *amicus* provocado, quando ingressa no processo, também não deixa de ser um terceiro (no sentido de não ser parte) interveniente (no sentido de intervir em processo alheio). Dessa forma, entende-se adequada a qualificação do *amicus*, seja qual for a forma de intervenção – provocada ou

⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷² RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação de causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de processo**, n. 144, São Paulo, p. 275-285, fev, 2007.

⁷³ MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. **A figura do amicus curiae e a sua utilização no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

⁷⁴ “Também não é terceiro interessado, porquanto não tem interesse jurídico na causa, bem como porque não assume a condição de parte ou de coadjuvante de alguma delas. Ele é um terceiro indiferente, assemelhando-se a um auxiliar do juízo, na medida em que garante o magistrado de informações. Sua intervenção está sujeita a dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo, O primeiro é a relevância da matéria. O segundo, a representatividade adequada” (PINTO, Rodrigo Strobel. **Amicus curiae**: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial, p. 132).

voluntária – como um terceiro interveniente cujo requisito para intervenção no feito será a possibilidade de cooperar com o julgamento da lide. Esta conclusão quanto à natureza jurídica do *amicus* é referida na doutrina:

Aquele que atua como *amicus curiae* decerto não se inclui no conceito de parte, pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio. Também não exterioriza pretensão, compreendida como exigência de submissão do interesse alheio ao seu próprio, pois seu interesse não conflita com aquele das partes. E, dentro da conceituação puramente processual dos terceiros, devemos admitir necessariamente que o *amicus curiae* inclui-se nesta categoria. Sua manifestação deve ser compreendida como verdadeira modalidade de intervenção de terceiros, não obstante a disposição do art. 7º. Da Lei 9.868/1999 que nega peremptoriamente o uso da intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade, cristalizando o entendimento já consagrado no Regimento Interno do STF. Esta vedação deve ser compreendida como proibição do manejo das modalidades de intervenção previstas no CPC (arts. 50 a 80), o que não desconfigura o *amicus curiae* como espécie de intervenção de terceiros.⁷⁵

Considerando que o instituto do *amicus curiae* está, inegavelmente, presente no ordenamento jurídico brasileiro, e tendo já definido a sua natureza jurídica enquanto terceiro que auxilia o juízo, cabe compreender quais são os fundamentos jurídicos que justificam a sua aceitação no Brasil. Basicamente, a intervenção do *amicus* pressupõe, em qualquer sistema de direito, a atuação de indivíduos que não são qualificados como partes em determinado processo judicial.⁷⁶

O instituto do *amicus curiae* também encontra fundamento na democratização dos poderes constituídos. Nessa senda, toma-se por base a teoria do agir comunicativo de Habermas como um dos canais de comunicação que devem existir entre a sociedade e a jurisdição constitucional (aqui, a atuação do *amicus curiae*, especialmente nas ações de declaração de constitucionalidade, encontra grande fundamento). Trata-se de uma ampliação do conceito da democracia deliberativa a uma ética de discurso.⁷⁷

⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter* des öffentlichen Interesses. Revista de Processo. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004.

⁷⁶ MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. **A figura do *amicus curiae* e a sua utilização no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

⁷⁷ Sobre a democracia deliberativa, anota-se: “a democracia deliberativa tem como uma de suas características mais importantes buscar conciliar as duas principais matrizes da teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática (...). A compreensão da democracia deliberativa deve prevalecer por ser a mais conforme aos postulados (regulativos da interpretação constitucional) da ‘unidade da constituição’, da ‘integridade’ e da ‘coerência’, os quais prescrevem, em síntese, que o sistema formado pelos princípios constitucionais deve ser reconstruído de modo a se

Destarte, percebe-se que a atuação do *amicus curiae*, no âmbito do processo civil, consiste em elemento otimizador da legitimação democrática das decisões judiciais, na medida em que aproxima o Poder Judiciário da sociedade, da sua realidade e demandas, fator que tende a imprimir maior justiça e efetividade aos comandos judiciais.

Eugênio Facchini Neto aponta para duas razões básicas para o aprofundamento do papel do Judiciário na sociedade atual, e qualifica-as como irreversíveis. São elas: (a) a mudança da estrutura do sistema jurídico, observada a partir da segunda metade do século XX, e que tinha por objetivo alcançar o Estado constitucional de direito e (b) a alteração da estrutura política com o desenvolvimento deste Estado social, em consequência do maior intervencionismo do Estado na economia e na sociedade.⁷⁸ Atualmente, o Judiciário encontra-se dissociado da tradicional ideia de que o Estado apenas desempenhava duas funções, protetiva (dos atos lícitos) e repressiva (dos ilícitos), sendo razoável afirmar que as decisões advindas do Judiciário – as munidas de repercussão geral, com certeza – devem encontrar consenso com a situação atual da sociedade, com o aparato instrumental oferecido pela realidade social e política do momento presente. Assim, afirma-se que o Judiciário é figurante ativo na democracia participativa, que permite a “própria intervenção dos cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-administrativas”.⁷⁹

É exatamente nesta ideia que a abertura do Direito Processual Civil ao instituto estrangeiro do *amicus curiae* encontra fundamento. Trata-se de uma participação democrática que ocorre fora dos contornos do Poder Legislativo (o qual delimita a iniciativa popular pelo plebiscito, referendo e pelo direito de votar e ser votado). O instituto possibilita um meio de influenciar e reivindicar as decisões

compor um todo coerente, integrado e harmônico. Tais postulados se alicerçam na compreensão de que o fato de o direito conter normas que obrigam em sentido divergente é um problema, a ser corrigido pela atividade interpretativa, e não uma característica sua, essencial e insuperável. Além disso, a proposta democrático-deliberativa deve prevalecer também por ser a que melhor permite a cooperação democrática em contextos marcados por um profundo desacordo moral, i.e., pelo ‘fato do pluralismo’, o qual afasta a possibilidade de se justificar pré-politicamente a restrição da soberania popular”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19-21).

⁷⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. **Revista da ajuris**, Porto Alegre, n. 108, Ajuris, p. 139-165, dez. 2007.p. 140.

⁷⁹Idem.p. 154.

estatais-judiciais com a legítima participação de terceiros representantes da sociedade.⁸⁰

A manutenção e ampliação do âmbito de incidência do instituto, portanto, aumenta o conhecimento dos magistrados sobre o objeto julgado e, mais do que isso, possibilita um debate relevante e público sobre as matérias de maior repercussão nacional. O resultado é a democratização da jurisdição e o controle da sociedade sobre os atos judiciais, que é, aliás, um dos fundamentos do princípio da publicidade, artigos 5º, LX e 93, IX, CRFB.⁸¹ Da mesma forma, refina a interação do juiz com a realidade social, política e econômica atual, pois o mantém consciente sobre as informações técnicas específicas e relativas ao objeto da lide, bem como o ponto de vista do grupo mediante oitiva de suas entidades representativas.⁸²

O *amicus curiae* já encontra fundamentos, portanto, no ordenamento jurídico. O princípio da cooperação, consequente do contraditório, positivado no artigo 5º, LV, CRFB, exige dos sujeitos processuais a tomada de novas medidas, sendo que cabe ao magistrado o estímulo ao debate processual como forma de acertar a decisão final processual ao maior convencimento do sentenciante.⁸³

Para averiguar a natureza do interesse institucional que move o *amicus curiae*, deve-se retomar a distinção entre a intervenção provocada do amigo da corte e a intervenção espontânea. Na intervenção provocada, o juízo, por sentir esta necessidade (por determinação legal ou não), intima determinado órgão ou sujeito para intervir no feito na qualidade de *amicus curiae*. Nesses casos, como se trata de uma intervenção provocada e especificamente dirigida a outrem para auxiliar o juízo, não se perquire, necessariamente, se a intervenção está motivada por algum interesse institucional do amicus. A intervenção está motivada pela determinação judicial, a qual pode ser atendida pelo amigo da corte, apresentando sua manifestação, ou pode ser recusada, com a devida justificativa.

⁸⁰CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004.

⁸¹ ALVIM, Artur da Fonseca. Garantia constitucional da publicidade dos atos processuais. In: MOLINARO, Carlos Alberto; PORTO, Sérgio Gilberto; MILHORANZA, Mariângela (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo**: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 60.

⁸²PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, p. 131-139, 2007.

⁸³ RICCI, Eduardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 495-499, 2006, p. 497.

Por outro lado, intervenção espontânea do *amicus curiae* ocorre quando o sujeito requer, por sua iniciativa própria, o ingresso no feito. Nesse caso, cabe ao juiz, se assim entender necessário, averiguar a natureza do interesse do *amicus*, até mesmo com o intuito de adequar o ingresso aos critérios mencionados no ponto anterior, fazendo uso das diligências que entender cabíveis para atingir este fim. É na intervenção espontânea que se questiona se a natureza do interesse para a intervenção do *amicus* é de ordem individual ou coletiva.

Resta claro que o *amicus* não deve tutelar interesse jurídico próprio, portanto não se fala em direito de intervir. Para esses casos, pode o sujeito buscar a tutela de seu direito nos termos legais, como parte. O *amicus*, então, é movido por um interesse (e não um direito). Este interesse, como já dito, é institucional. Possui ordem coletiva, e não individual, justamente porque se trata de uma preocupação, por parte do *amicus*, quanto à qualidade da decisão proferida.

O amigo da corte faz questão que o magistrado tenha contato com todas as informações, todos os dados e pontos de vista que ele próprio conhece, por possuir maior intimidade com a matéria debatida no processo, ou simplesmente por se tratar de órgão (governamental ou não, público ou não) que institucionalmente representa determinado grupo direta ou indiretamente envolvido no caso. Se o seu interesse é no sentido de qualidade da decisão judicial, que é prestada pelo Estado, evidentemente que este interesse é de ordem pública, portanto coletivo. A ideia de cooperação, contraditório e ampliação dos meios de instrução também está vinculada ao caráter de interesse coletivo da intervenção do *amicus*.⁸⁴

Assim, com relação à possibilidade de atuação do amigo da corte para além das hipóteses legalmente previstas, percebe-se que ela se enquadra na liberdade para determinar os meios de prova que o magistrado dispõe (artigo 130, CPC/73) que autoriza o deferimento ou o requerimento da intervenção do *amicus* nos casos não previstos em lei.

Teresa Arruda Alvim Wambier assim define o *amicus curiae*:

Trata-se, como a própria expressão sugere, de um *amigo do juiz*, de um *colaborador do juiz*, que deve agir no sentido de que o Poder Judiciário, ao decidir, leve em conta, de algum modo, por exemplo, como vetor

⁸⁴ “O permissivo à oitiva do *amicus curiae* é a presença de interesse público no processo, o que impõe a ampliação do contraditório em virtude: a) do mandamento da participação como objetivo político do processo e b) do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório” (CABRAL, Antonio do Passo. *Op.cit.* p. 29).

interpretativo, os valores adotados pela sociedade, representada pelas suas instituições.⁸⁵

A importância do *amicus* é mais evidente em face das discussões travadas no STF, dada a amplitude de significado das normas constitucionais, assim como a complexidade fática e a disputa entre valores inerentes aos casos em que se busca a delimitação do sentido dos direitos fundamentais. Isso não quer dizer, entretanto, que a definição do sentido da lei federal também não possa exigir a intervenção do *amicus curiae* em face de questões complexas e relevantes para a vida social, ainda que fora dos “recursos repetitivos” – embora só exista previsão para estes casos.⁸⁶

A sua participação é, pois, importante, na visão de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, na medida em que as decisões sobre a existência ou inexistência de repercussão geral em determinado tema constitucional, apreciado pelo STF no recurso extraordinário, poderão ser tomadas como modelos para a solução de casos futuros idênticos.⁸⁷

A fim de ilustrar quem poderia atuar como *amicus curiae*, cita-se exemplo de Bruno Dantas:

[...] no exame da repercussão geral das questões constitucionais no RE, os *amicus curiae* podem ser, por exemplo, organizações não governamentais de defesa das liberdades civis interessadas em demonstrar ao STF o impacto que as questões em debate no recurso têm perante a sociedade. Esse impacto, é bom que se diga, é exatamente o conteúdo da repercussão geral, e será examinado no juízo de admissibilidade. Ainda nesse exemplo, embora seja do interesse dessas organizações a preservação das liberdades civis nos termos da discussão do processo em que foi deferida a sua intervenção, é igualmente relevante para elas que, no momento da adoção da decisão paradigma, o STF esteja municiado de dados suficientes a demonstrar a sua repercussão social, pois pior que perder o mérito daquele recurso é permitir que, à luz do § 5.º do art. 543-A do CPC, nenhum outro RE versando questão idêntica seja admitido (salvo revisão de tese).⁸⁸

Os ônus do *amicus curiae*, ao participar da verificação de existência, ou não, de repercussão geral na questão constitucional debatida, são de agir imparcialmente

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2008, p. 304

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 230.

⁸⁷ NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.1010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 981.

⁸⁸ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

e prestar informações que efetivamente sirvam à solução da questão. Outrossim, tem que cumprir com todos os deveres previstos no art. 14 do CPC/73,⁸⁹ tais como proceder com lealdade e boa-fé processual.⁹⁰

Já no exercício de seus poderes, permite-se que o *amicus curiae* apresente suas razões por escrito; que faça sua sustentação oralmente em igual tempo que tenha sido deferido às partes; admite-se, também, que apresente memoriais. Outrossim, sendo do interesse deste terceiro, entendem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que ele possa ser recebido pessoalmente por Ministro do STF, a fim de que, por algum desses meios, possa auxiliar no convencimento do STF pela presença ou, até mesmo, pela ausência de repercussão geral da questão constitucional aventada pelo recorrente.⁹¹

Embora a legislação e o Regimento Interno do STF apenas façam menção à admissibilidade do *amicus curiae* na fase de “análise da repercussão geral”, sendo assim entendido, por parcela da doutrina, que sua atuação deva ficar restrita apenas a esta etapa do recurso extraordinário,⁹² Nelson Rodrigues Netto sustenta que também na fase de julgamento de mérito do apelo extremo deva ser autorizada a sua participação, mesmo que a lei não o faça expressamente. Porquanto, entende o autor que “[...] o fundamento para a intervenção do *amicus curiae* resulta da representatividade que ele possui para a manifestação de um interesse institucional”.⁹³

⁸⁹Art. 14, CPC: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)“.

⁹⁰DANTAS, Bruno. *Op.cit.* 2012, p. 323.

⁹¹MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, DANIEL. *Op.cit.*2012, p.48.

⁹²AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário: hipóteses de interposição, repercussão geral, *amicus curiae*, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 54-55.

⁹³NETTO, Rodrigues Nelson. A intervenção de terceiros nos julgamentos da repercussão geral do recurso extraordinário e do recurso especial paradigmático. *In: DIDIER, Jr. Fredieet al (Coords).* **O**

Relativamente à figura do *amicus curiae* na sistemática dos recursos especiais repetitivos, pode-se referir que, com o intuito de assegurar o mais amplo debate do tema por todos os eventuais interessados, pode (o relator) solicitar informações a serem prestadas no prazo de 15 dias aos tribunais federais ou estaduais, a respeito da controvérsia (art. 543-C, §3º do CPC/73)⁹⁴, ou em razão da relevância da matéria, a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na matéria” (art. 543-C, §4º, do CPC/73 e art. 3º, I, da Resolução nº 08/2008, do STJ)⁹⁵. Tal dispositivo faculta ao relator admitir a “intervenção de pessoas, órgãos ou entidades interessadas na solução da controvérsia. Trata-se da figura do *amicus curiae* (amigo da corte)”⁹⁶.

Como já referido anteriormente, o novo CPC prevê a possibilidade de participação do *amicus curiae* na sistemática de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, conforme disposição do artigo 1038, I e II.

A permissão pela intromissão deste terceiro (*amicus curiae*) existe por dois motivos. O primeiro é tornar a situação isenta de parcialidade ou questionamento, pois ninguém poderá alegar julgamento à revelia de interessados, uma vez que há possibilidade da intervenção. A segunda permite a participação de interessados com o desiderato de evitar aplicação injusta, ou seja, uma forma de filtrar os casos que se encontram na fila para obter o mesmo fim, o mesmo teor de julgamento⁹⁷⁹⁸. Afinal o recurso sobrestado pode “ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou

terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 391.

⁹⁴§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

⁹⁵§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

⁹⁶ TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 166, dez./2008. p. 197. Sobre o tema dispõe Fredie Didier Júnior: “É o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Recurso de Terceiro:** juízo de admissibilidade. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 181.

⁹⁷ NOGUEIRA, Daniel Moura. *Op.cit.* out. 2008. p.240.

⁹⁸ Daniel Ustárroz e Sérgio Porto trazem a seguinte preocupação: “preocupa a forma pela qual a sociedade participará do debate acerca da melhor orientação pretoriana. Se, por um lado, é realmente impossível imaginar o direito de todos indivíduos interessados peticionarem nos autos do julgamento paradigma, por outro, a vedação não poderá ser absoluta, sob pena de se ofuscar a aplicação democrática do direito”. PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. Manual dos recursos cíveis. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contrarrazões”.⁹⁹

Portanto, é da natureza do próprio *amicus curiae* ser uma forma de intervenção popular no controle de constitucionalidade de leis, fortalecendo a democracia. É nesse sentido o entendimento de Rodrigo Murad do Prado:

A participação direta da sociedade no processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos administrativos, através do amigo da corte, mostra-se cada vez mais necessária em razão do aprimoramento e flexibilização da rigidez que a lei 9.868, de novembro de 1999, em seu artigo 7º, propõe ao vedar todas as hipóteses de intervenção de terceiros e, apenas, propiciar, a critério do relator do processo, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admissão da manifestação de outros órgãos ou entidades para elucidar questões pertinentes à matéria discutida.¹⁰⁰

É válido referir posicionamento contrário a respeito do papel do *amicus curiae*, o qual pode ser subvertido, se exercido por grupos de interesse e pressão política. Isabel da Cunha Bisch desenvolveu estudo comparativo das experiências americana, europeia e brasileira e estabeleceu que não faltam críticas à representação de interesses e à atuação dos grupos de pressão sobre os poderes públicos, que podem induzir os responsáveis pela elaboração, aplicação e interpretação de leis a uma visão meramente restrita do Direito, pois a necessidade de priorizar o interesse público, muitas vezes, vai de encontro aos interesses de grupos sociais, permanentemente agitados no Estado Social Contemporâneo.¹⁰¹

Portanto, diante de questões de direito de grande repercussão político-social, com várias perspectivas de abordagem ou que, uma vez decidida, pode trazer prejuízos a grupos portadores de interesses transindividuais ou a direitos fundamentais, é até mesmo aconselhável à Corte convidar *amicus* para trazer argumentos novos em nome dos terceiros não representados no recurso repetitivo.¹⁰²

Sendo assim, vê-se que o *amicus curiae* deve ser aceito como um dos principais canais para a comunicação entre o processo e a sociedade, e este é o seu

⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* maio/2008. p.219.

¹⁰⁰ PRADO, RODRIGO Murad do. **A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade**: amigo da corte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.p.143.

¹⁰¹ BISCH, Isabel da Cunha. **O *amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comprado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2013.p. 234.

principal fundamento. Conclui-se, ainda, que o instituto não somente encontra fundamentos jurídicos para a sua aplicação completa no Brasil nas teorias doutrinárias, mas também nos dispositivos legais constitucionais, infraconstitucionais e princípios processuais, ou seja, além de existir justificativa teórica para a aceitação do *amicus curiae* no Brasil, há compatibilidade entre o instituto e as regras procedimentais do processo civil.¹⁰³

Considerando a função de contribuição para o processo com dados e elementos técnicos e específicos relativos ao objeto do direito em debate, além do alargamento do contraditório e da legitimação democrática, a participação e intervenção do *amicus curiae* pode e deve ser ampliada, especialmente em um sistema jurídico composto de precedentes com eficácia vinculante, considerando a necessidade de qualificação técnica e jurídica da formação da *ratio decidendi* do precedente judicial, que será aplicada a outros casos análogos e futuros.

Portanto, o caráter obrigatório da aplicação do precedente judicial, através das técnicas instituídas, determina que o amigo da corte tenha função não apenas de atuar fornecendo os elementos técnico-jurídicos necessários à prolação da mais completa decisão judicial, mas também para garantir a concretização do contraditório, legitimando dessa maneira a aplicação desse precedente judicial nos casos futuros.

Contudo, para que isso aconteça de forma mais ampla e efetiva é preciso que se ampliem as hipóteses de atuação do amigo da corte, que não deve ficar restrita ao âmbito das decisões vinculantes decorrentes do julgamento da repercussão geral, dos recursos especiais repetitivos, das ações constitucionais, dos incidentes de inconstitucionalidade, que se constituem como precedentes judiciais vinculantes ou obrigatórios. Considerando a nova realidade de respeito a precedentes judiciais estabelecida pela dogmática do Novo Código de Processo Civil, é possível defender a necessidade de atuação e intervenção do *amicus curiae*, seja uma agência reguladora ou outro órgão ou entidade com condições para contribuir para formação do precedente judicial, nos precedentes formalmente vinculantes previstos no art. 927 da Lei nº 13.105/2015¹⁰⁴, os quais são precedentes “fortes” devido à

¹⁰³ MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. *Op.cit.* 2010.

¹⁰⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

possibilidade de impugnação direta pelo descumprimento via Reclamação (atentando para a alteração proposta pelo Projeto de Lei 2384/15), mas não apenas na hipótese prevista no § 2º de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, a qual pode ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Seria necessária a participação necessária da figura do amigo da corte na formação da *ratio decidendi* desses precedentes formalmente vinculantes como forma de pluralizar o debate e democratizar o conteúdo da decisão judicial, outorgando maior legitimidade democrática para o Poder Judiciário exercer função normativa.

Cassio Scarpinella Bueno entende que mesmo quando se trata de precedentes judiciais persuasivos, impõe-se que os julgadores insistam na necessária e adequada tarefa de melhor decidir, e, assim, a necessária intervenção do *amicus curiae* afastando, quando existentes, todos os argumentos em prol de ou contra determinada tese jurídica, com vistas a legitimar a decisão.¹⁰⁵

Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. Reconhecem que há uma tendência de se admitir a intervenção do *amicus curiae* em qualquer ação coletiva, ainda que não exista expressa previsão legal nesse sentido, mas desde que a causa tenha relevância e que o amigo da corte tenha condições de auxiliar o trabalho do magistrado, contribuindo com informações e análises para o melhor julgamento da demanda. Trata-se de da admissão de intervenção atípica de *amicus curiae*, que

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

¹⁰⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op.cit.* 2012. pp. 567-568.

visa auxiliar em uma completa prestação da tutela jurisdicional, bem como na legitimação da decisão judicial, cuja *ratio* poderá atingir um número indeterminado de sujeitos.¹⁰⁶

Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno defendem a ampla intervenção do amigo da corte para conferir legitimidade às decisões proferidas em processos coletivos, reconhecem que, com a crescente força vinculante dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, ratifica-se a necessidade de se ampliar os mecanismos argumentativos de participação social na formação da decisão judicial, como a intervenção do *amicus curiae*.¹⁰⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina ponderam que a participação do amigo da corte no processo se liga à ideia de participação procedimental democrática, garantindo-se à coletividade, representada pelo *amicus curiae*, o poder de influir na criação da solução de dado problema, que poderá atingir no futuro, um número indeterminado de sujeitos, que deduzam em juízo, caso semelhante ao já julgado.¹⁰⁸

Assim, nota-se que, seja por meio da atuação da figura do *amicus curiae* seja pela realização de audiências públicas na resolução de temas de interesse social, tem-se a participação da sociedade no processo constitucional, conforme pensamento de Boaventura de Sousa Santos, para quem os tribunais e a sociedade devem caminhar juntos para o desenvolvimento da democracia.¹⁰⁹

Destarte, a necessidade de observância a critérios e limites à discricionariedade judicial como forma de preservar o Estado Democrático de Direito mostra-se salutar e indispensável dentro da sistemática dos precedentes judiciais de eficácia vinculante e a teoria dos princípios pode auxiliar no âmbito argumentativo, no fechamento do espaço de discricionariedade do intérprete e, mesmo em caso de omissão legislativa, é possível construir a norma a partir do ordenamento jurídico,

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v.4., p. 266.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática. **Revista de Processo**. N. 192, fev. 2011, p.36.

¹⁰⁸ MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Amicus curiae. In: FREDIE DIDIER Jr.; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Terceiro no Processo Civil Brasileiro - Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496.

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortês, 2008.p. 86.

quando houver autorização expressa pelo próprio constituinte, como é o caso do mandado de injunção.¹¹⁰

Por fim, o critério da racionalidade na produção de decisões judiciais deve ser um imperativo, racionalidade no sentido de argumentação lógica e coerente das regras e princípios incidentes no caso concreto, considerando também a necessidade de qualificação técnica e dotada de justiça do *decisium*, tanto na justificação norteada por princípios universais e sob pressupostos lógicos, quanto na motivação, esta sob a liderança da retórica a fim de viabilizar a justificação.

O Direito como saber que possibilita a normatização das formas jurídicas de controle social revela-se atividade racional. Como determina Maccormick, para se analisar a racionalidade da argumentação retórica – a coerência– implica, portanto, compromisso da decisão judicial com princípios e valores que outorgam à decisão a força que a torna aceitável pelo seu auditório, impedindo ou reduzindo a arbitrariedade dos órgãos responsáveis pela jurisdição estatal.

O raciocínio jurídico manifesta-se, essencialmente, no processo judicial, na motivação do juiz em dizer o direito do caso concreto, expressando as razões da sua decisão. Com efeito, ao decidir, deve o juiz interpretar o direito de forma razoável, ponderada e aceitável a fim de transformar sua decisão em algo socialmente útil.¹¹¹

As razões de uma sentença judicial dirigem-se não apenas aos litigantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas como também o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras.¹¹²

Assim, é preciso que se considere que a viabilização de participação desses órgãos (agências reguladoras) nas causas de potencial repetitivo atende à necessidade de efetivo controle e fiscalização do cumprimento da decisão judicial, considerando as repercussões sociais e econômicas que implicam, bem como de acordo com as suas respectivas competências legais. Portanto, considerando todos os aspectos, a observância e realização efetiva de tal critério para a determinação da decisão judicial e formação de precedente com eficácia vinculante, por meio da

¹¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *Op.cit.* 2015.p.387.

¹¹¹ CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **Chaim Perelman**: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles. Porto Alegre: Linus, 2007. p. 85.

¹¹² *Ibidem*.

técnica processual cabível, é medida que se impõe e atende aos reclamos do Estado Democrático de Direito, especialmente quanto aos preceitos de participação e diálogo democráticos, racionalidade e segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Eis aqui o critério decisional a ser necessariamente observado para a obtenção da resposta constitucionalmente adequada, o qual permitirá ainda a legitimação democrática da função normativa da jurisdição, considerando o diálogo institucional entre poderes, mas dependerá de uma pertinente e ampla motivação da decisão judicial, não somente como forma de viabilizar a realização desse diálogo institucional entre poderes, mas também como meio de controle democrático do conteúdo da decisão judicial, potencialmente um precedente com eficácia vinculante, pela sociedade em geral.

Ainda, é necessário que a racionalidade seja o principal argumento para uma teoria dos precedentes, pois o juiz do caso atual tem de saber que a sua decisão poderá se tornar aplicável em um caso futuro e, portanto, consistir em um precedente, com eficácia vinculante e, *ipso facto*, com necessidade de resguardo de coerência com a Constituição, no que tange especialmente à isonomia, segurança jurídica e efetividade.¹¹³

Destarte, percebe-se que a observância e concretização do critério proposto neste estudo para a formação do precedente judicial atende à necessidade de se estabelecer a resposta constitucionalmente correta para o caso concreto na realidade do Estado Democrático de Direito; viabiliza a adequada motivação da decisão judicial, onde a aplicação da técnica da ponderação tem grande relevância, pelos amplos fundamentos, de ordem jurídica e técnica, que irão compô-la; e, ainda, outorga legitimidade e controle democráticos pela participação de órgãos de Estado pertencentes aos poderes constitucionalmente estabelecidos, minimizando as hipóteses de arbitrariedades e conduzindo para a racionalidade no julgamento.

¹¹³ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* 2015. p. 390.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. **Temas de direito processual**. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 11, p. 9-41, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não-fundamentada. Conceitos. Nulidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 22, n. 65, nov.1995.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. **ChaimPerelman: da argumentação à justiça: um retorno a Aristóteles**. Porto Alegre: Linus, 2007.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. SP: Martins Fontes, 2006.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. In: SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Servicio de Publicaciones de La Universidad de Alicante. Doxa. Caduernos de Filosofia Del Derecho. Marcial Pons, 2012.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6.ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, Herbet L.A. **The concept law**. 2.ed. Oxford: Clarendon Pressa, 1997.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. V.2.

MACCORMICK, Neil. **H.L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Legitimidade da jurisdição constitucional e a possibilidade de atuação de Senador da República como amicus curiae no contexto da nova racionalidade processual. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. v. 24. p. 1115-1137, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIGLIAVACCA, Moraes Carolina. **A figura do amicus curiae e a sua utilização no processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOTTA, Cristina Reindolffda. **A motivação das decisões cíveis**: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, p. 131-139, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. Brasília (DF): Ministério da Justiça, 2000.

RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. A imutabilidade da “justiça da decisão” como fixação de causa de pedir em demanda nova: uma releitura do art. 55 do CPC e a caracterização do interesse jurídico do assistente. **Revista de processo**, n. 144, São Paulo, p. 275-285, fev, 2007.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de Motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPOTA, Alberto G. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

TARUFFO, Michele. **La fisionomia dela sentenza in Italia**. Padova: CEDAM, 1975. p.181.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Nulidades, segundo Mitidiero**. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em: 04/07/2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale di diritto costituzionale I – Il sistema dele fonti del dirritto**. Torino: Unione Tipografico-EditriceTorinese/UTET.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 63.

WELSCH, Gisele Mazzoni. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do CPC. In: ROSSI, Fernando *et. al.* (Coords). **O Futuro do Processo Civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-235.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC (Coleção Liebman)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.