

As decisões administrativas, políticas e judiciais sofrem influências mútuas em uma sociedade plural e não há mais espaço para uma única unidade de poder. Embora se reconheça contrastes diversos entre grupos e categorias, impera a tolerância pelas diferenças, especialmente em um sistema democrático, cuja finalidade precípua é atender os interesses do maior número de cidadãos.

Marcelo Pereira de Almeida
Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira Lima

A sociedade aberta de interpretes da constituição proposta por Peter Häberle e uma possível concretização na figura do amicus curiae – necessária releitura do ensino jurídico diante da perspectiva de processo democrático

The open society of constitution's interpreters proposed by Peter Häberle and a possible concretization in the figure of the amicus curiae brief - necessary re-reading of legal education before the perspective of democratic process

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA*

MARIA CLARA GALACHO QUARESMA DE OLIVEIRA LIMA**

Resumo

O presente artigo tem por escopo apresentar a sociedade aberta de intérpretes traçada por Peter Häberle e a necessidade de participação efetiva dos componentes de uma sociedade pluralista nos processos judiciais que discutem questões de abrangência coletiva, o que sugere uma releitura do

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense/UFF. Pós-doutorando em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro/UERJ; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito/PPGD da Universidade Estácio de Sá/UNESA. Professor do PPGD da Universidade Católica de Petrópolis/UCP. Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro/EMERJ. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da UFF; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual/IBDP; Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDpro; Email: mpalmeida04@yahoo.com.br

**Pós-Graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e pela Universidade Gama Filho. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, RJ; Email: mcquaresma@yahoo.com.br

ensino jurídico, de sorte a demonstrar a importância dessa participação num plano democrático. O texto transita pela origem, conceito, posituação e principais aspectos do instituto do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil e ao final, procura expor a influência e expansão da sociedade aberta de Häberle sobre o instituto do amigo da corte.

Palavras-chave: Peter Häberle. Sociedade aberta de intérpretes. Constituição. *Amicus curiae*. Novo código de processo civil.

Abstract

The scope of this article is to present the open society of interpreters drawn up by Peter Häberle and also to demonstrate the need for effective participation of the components of a pluralistic society in legal process that debate matters of collective scope, which suggests a remake of legal education, in order to demonstrate the importance of this participation in a democratic plan. The work goes through the origin, concept and positivation and main aspects of the institute of the *amicus curiae brief* in the New Civil Procedure Code and in the finally, seeks to expose the influence and enlargement of the open society of Häberle on the institute of the court friend.

Keyword: Peter Häberle. Society interpreters open. Constitution. *Amicus curiae brief*. New civil procedure code.

Introdução

O texto tem por escopo demonstrar que o *amicus curiae* regulado no Novo Código de Processo Civil pode significar a materialização legal da sociedade aberta de intérpretes idealizada por Häberle, de modo a resguardar a participação democrática e qualificar o debate processual.

A abordagem sugere a necessária releitura no ensino jurídico no intuito de permitir uma mudança de perspectiva em relação ao modelo de processo jurisdicional que veicula questões de abrangência social, de sorte a criar um cenário que permita a participação eficaz dos interessados na tomada de decisão em processos dessa natureza.

Na percepção dos autores, essa mudança de perspectiva só se mostra possível se houver alteração significativa na metodologia do ensino que tangencia os sistemas de tutela dos direitos. Desse modo, demonstra-se a importância da participação dos intérpretes da sociedade nessa esfera pública de discussão, cada vez mais comum diante da transferência para o Poder Jurisdicional a solução de questões com essa magnitude.

Atualmente, com uma ótica contemporânea sobre o processo e a sociedade clamando por maiores resultados, os profissionais do direito não podem mais olhar o processo como mero sistema de composição de lide. É preciso mais, atingir o âmago humanístico e social do debate posto em juízo.

Peter Häberle, em sua obra “Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição” (2002, p. 11), demonstrou que os intérpretes da Constituição são todos aqueles que vivem o texto constitucional e não só os juízes e tribunais, intérpretes clássicos, que participam da realização da Constituição.

O autor, como se verá no desenvolver do texto, sugere o afastamento do modelo de sociedade fechada e enfatiza a necessidade de abrir novos horizontes, momento em que surgem as chamadas ‘sociedade aberta de intérpretes’.

Por este perfil de sociedade há a preocupação em envolver e estimular a participação democrática, ouvindo o maior número possível de pessoas, seja antes ou depois de construção da norma.

A finalidade precípua da sociedade aberta é concretizar os desejos de uma sociedade plural, mediante a participação dos mais diferentes grupos sociais, e orientar, tanto o legislador (fase pré-norma), quanto a interpretação constitucional posterior à produção da norma dos juízes e Tribunais.

A concretude da sociedade aberta, idealizada por Häberle (2002), está cada dia mais ascendente no ordenamento jurídico pátrio. A inclusão do *amicus curiae* no artigo 138, do Novo Código de Processo Civil, revela-se um grande exemplo, uma vez que o instituto possibilita ampliar o debate jurídico e possibilita a exposição de novos paradigmas sociais, culturais e coletivos, transformando o processo judicial em esfera pública, um verdadeiro *locus* de democracia.

A sociedade aberta de Peter Häberle

Por muito tempo, apenas uma fatia da sociedade era posta a interpretar o texto constitucional. Imbuídos pela primazia da interpretação da norma constitucional e pelo manto da representatividade legislativa, o ‘poder’ de interpretar e elaborar as normas postas na constituição era atribuído aos juízes, tribunais e aos participantes formais do processo.

A dialética do pensamento da democracia representativa, égide da teoria clássica do direito, era usada como fundamento para legitimar esse ‘poder’ de dizer a constituição àqueles que descreviam as normas.

A atuação passiva da sociedade nas decisões do parlamento e dos julgadores era compreendida com base no raciocínio de que a constituição era produto da vontade popular que simplesmente outorga poderes para representá-la. Era uma ‘sociedade fechada’, dirigida pelos juízes e parlamentares.

Sob o paradigma de uma sociedade fechada, onde somente parcela da sociedade possuía atribuição de interpretar a Constituição, foi que Peter Häberle (2002) defendeu a existência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, no intuito de viabilizar a participação social nas tomadas de decisão. Neste sentido escreveu:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. [...] Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta. Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p. 12)

Diante da necessidade em atender os anseios sociais, de forma a tornar o processo de interpretação o mais democrático possível e corresponder com o maior número de destinatários, Häberle (2002) demonstrou o quanto era imprescindível permitir a participação popular no processo democrático.

A interpretação constitucional contemporânea aponta para uma ampliação dos processos de efetivação e concretização das democracias, tanto no âmbito da elaboração e produção da norma como no momento de sua interpretação.

A concepção de uma interpretação (constitucional ou legal) com uma postura mediata do cidadão, afastada da manifestação direta, revela-se cada vez mais retrógrada, cuja tendência é ficar como memórias para os estudiosos da matéria.

Sem olvidar dos intérpretes já consagrados, Häberle (2002) fez nascer o que denominou de ‘sociedade aberta de intérpretes’, de maneira a legitimar a participação social tanto no processo de elaboração como o de interpretação da norma. Trouxe a ideia de uma sociedade com apoio na concepção de uma democracia efetiva, de inclusão do cidadão no processo interpretativo das normas jurídicas, especialmente aquelas de cunho constitucional. Assim disse o autor:

Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a

norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p. 14)

O pensamento de Häberle (2002) é propiciar uma integração entre todos: órgão públicos e seus agentes com cidadãos e qualquer outro segmento da sociedade no processo de interpretação constitucional. O objetivo é uma maior integração social, sem estabelecer uma relação taxativa, fechada, como diz o autor, *numerus clausus* de intérpretes. Os critérios de interpretação constitucional devem ser os mais abertos possíveis de maneira a abarcar uma sociedade pluralista, formada pelos mais diferentes segmentos.

As decisões administrativas, políticas e judiciais sofrem influências mútuas em uma sociedade plural e não há mais espaço para uma única unidade de poder. Embora se reconheça contrastes diversos entre grupos e categorias, impera a tolerância pelas diferenças, especialmente em um sistema democrático, cuja finalidade precípua é atender os interesses do maior número de cidadãos.

O sistema plural permite a exposição dos mais diferentes pensamentos e estimula a participação de vários grupos sociais na vida democrática. Valoriza e, inclusive, estimula que diversos segmentos ideológicos façam parte dos processos democráticos. Resguarda-se a heterogeneidade social, no seu mais amplo sentido.

Na visão de Häberle (2002), todo aquele que vive sob as influências e regulamento de uma norma é seu intérprete, e isso lhe qualifica para a participação ativa nas tomadas de decisão. O autor destaca:

Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade! (HÄBERLE, 2002, p. 18)

Portanto, Häberle (2002), atrelado ao compromisso de uma sociedade plural e aberta, defendeu a participação do titular do poder constituinte originário – o povo – nas tomadas de decisões políticas e jurídicas.

Mendes (2009), grande defensor da obra desenvolvida por Peter Häberle, além de ser o responsável pela tradução de sua obra para o português, escreveu artigos como “Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil”, no qual ressaltou a contribuição inestimável do autor para o desenvolvimento do direito constitucional no país. Sustentou ainda não estar sozinho na defesa de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, ressaltando que muitos são os doutrinadores brasileiros

defensores da consolidação dessa ideia.

Destacou ainda que a concepção de sociedade aberta de intérpretes da Lei Fundamental

[...] deve ser alargada para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. (MENDES, 2009)

Pode-se assim dizer que o *Amicus Curiae* é o instrumento processual que permite a participação social com o fim de democratizar as decisões. Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil (Novo CPC) disciplinou sobre o citado instituto, o que permitiu ampliar a participação democrática para o controle difuso.

O cerne da Sociedade Aberta de Häberle é proporcionar a participação efetiva do cidadão desde a elaboração das leis até a sua aplicação concretamente, de forma a resguardar decisões democráticas e garantir a existência eficaz de uma sociedade pluralista.

***Amicus curiae* no Novo Código Civil Brasileiro**

Muitas são as controvérsias no direito pátrio sobre a origem do instituto do *amicus curiae*. Proveniente do latim a terminologia *Amicus Curiae* (amigo da corte) é considerado autêntico auxiliar do juízo nas tomadas de decisão.

Nos moldes traçados por Elisabetta Silvestri (apud BUENO, 2012, p. 111), o *amicus curiae* originou-se no direito penal inglês da época medieval. Da Inglaterra, o instituto derivou para outros países, em especial para os Estados Unidos. A autora também reconhece a existência de teses que afirmam que a origem mais remota do amigo da corte seria no direito romano. A doutrina e a jurisprudência norte-americanas, ressaltam que a origem do *amicus* adveio do direito romano (BUENO, 2012, p. 114).

De origem controvertida, seja fundada no direito inglês, seja no direito romano, fato é que o instituto cresceu no direito norte-americano e no Brasil a doutrina ensina que o primeiro ingresso ocorreu com o advento do artigo 31, da Lei n. 6.385/1976¹, que requisita a intervenção da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) nos processos cujo objeto envolva matéria de competência dessa autarquia.

Posteriormente, o instituto teve sua previsão estabelecida no artigo 89, da Lei n.º 8.884/1994², Lei Antitruste que impunha a intimação do Conselho

¹ Artigo 31, da Lei n.º 6.385/1976 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

² Artigo 89, da Lei n.º 8.884/1994 - 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. Por certo que este artigo foi revogado expressamente pela Lei n.º 12.529/2011.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nas causas relacionadas ao direito de concorrência.

O artigo 49, Lei nº 8.906/1994³, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que permite aos Presidentes dos Conselhos e Subseções agir legitimamente contra eventuais infratores da lei, bem como o art. 5º, da Lei nº 9.469/97⁴, que dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta. E o artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999⁵, que disciplinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), quando permitiu a manifestação de outros órgãos e entidades nos processos de controle de constitucionalidade.

Não se pode olvidar do artigo 14, §7º, da Lei nº 10.259/2001⁶, que ao regular os Juizados Especiais Federais admitiu a intervenção no processo de eventuais interessados, no que tange ao incidente de uniformização jurisprudência. E, também, o artigo 3º, §2º, da Lei nº 11.417/06⁷, que versa sobre a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF).

Independentemente da origem, a função precípua do *amicus curiae* é levar ao processo informações específicas, capaz de contribuir para a legitimidade social das decisões.

Segundo Elisabetta Silvestri (apud BUENO, 2012, p. 115), no direito inglês vigente, a atuação do *amicus* é específica aos casos em que o *Attorney General* (função que se assemelha a desenvolvida pelo Procurador-Geral da República ou pelo Advogado-Geral da União no sistema brasileiro), se envolve para assegurar o interesse público ou para resguardar interesses da Coroa inglesa.

Diz Bueno (2012), que a intervenção do *amicus* no direito inglês ocorre “no máximo quando juízo entende necessária a intervenção de um *amicus* para esclarecimento de alguma questão, mesmo que de direito”. Como por exemplo, “quando, entidades profissionais intervêm para fornecer elementos

³ Artigo 49, da Lei nº 8.906/1994 - Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei. Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

⁴ Artigo 5º, da Lei nº 9.469/97 - A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

⁵ Artigo 7º, da Lei nº 9.868/1999 - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁶ Artigo 14, §7º, da Lei nº 10.259/2001 - Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei: §7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

⁷ Artigo 3º, §2º, da Lei nº 11.417/06 - São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: §2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

de esclarecimento ao juízo com relação aos interesses que tutelam”.

Hoje o instituto do *amicus curiae* está contemplado no Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), no artigo 138.

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

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

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

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

A inserção do instituto do *amicus curiae* no Novo CPC cria a possibilidade de o juízo analisar a *res in iudicium deducta* (a relação deduzida no processo) no seu conteúdo, de maneira a extrair do amigo da corte a verdadeira vontade social e humanística de uma sociedade pluralística.

Outrossim, não somenos importante, muitos foram os debates traçados no direito pátrio acerca da natureza do *amicus curiae*. Alguns autores entendiam ser um ‘terceiro especial’, outros um ‘auxiliar informal da corte’, um ‘assistente’ ou um ‘assistente *sus generis*’, ‘terceiro interveniente’.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 12) o *amicus curiae* “é um terceiro que ingressa no processo para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa.”

Em sintonia com a esta posição Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 105) ressalta que

[...] o assistente é titular da própria relação jurídica deduzida no processo ou de uma relação jurídica a ela vinculada. O amicus curiae não é sujeito de qualquer dessas relações jurídicas (e, por isso, não pode ser assistente). O que legitima a intervenção do amicus curiae é um interesse que se pode qualificar como institucional.

Segundo Neves (2016, p. 304) o *amicus curiae* demonstra existir um interesse institucional, que se assemelha com o interesse público, mas com ele não se confunde. O interesse institucional objetiva a melhor e mais adequada solução da controvérsia, através do mais amplo conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão.

Por certo que esse interesse, meramente institucional, afasta o *amicus*

curiae da natureza de assistente, uma vez que o assistente, diferentemente do *amicus*, compõe a própria relação jurídica deduzida no processo (assistente litisconsorcial) ou ao menos a ela é vinculada (assistente simples).

Vale destacar que o próprio assistente inclusive poderá requerer a intervenção do *amicus curiae*, tamanha a distinção entre os institutos. Nesse Diapasão, manifestou-se o Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC) ao editar o Enunciado nº 388: “o assistente simples pode requerer a intervenção de *amicus curiae*”.

Outro ponto que diferencia o *amicus curiae* do assistente é o fato deste último ter os mesmos poderes processuais que o assistido, enquanto que o amigo da corte só terá os poderes que o juiz ou relator lhe outorgar, como será visto adiante.

De toda sorte, não se trata de representação nem substituição processual.

Daniel Neves (2016, p. 303), concorda plenamente tratar-se de intervenção de terceiro típica, mas que prefere escrever como espécie de terceiro interveniente atípico até que o Supremo Tribunal Federal reveja seu posicionamento. Nesse sentido:

Amicus Curiae: Processo Objetivo de Controle de Constitucionalidade e Interesse Recursal. Não são cabíveis os recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, nesses incluídos os que ingressam no feito na qualidade de amicus curiae. [...] Vencidos os Ministros Carlos Britto e Gilmar Mendes que conheciam dos embargos de declaração, reputando presente o interesse recursal, ante o fato de ter havido sustentação oral do embargante. ADI 3615 ED/ PB, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.3.2008. (ADI-3615)

Cassio Scarpinella Bueno (2012) chega a dizer que o *amicus curiae* atua como perito, em razão da amplitude de sua intervenção na demanda. Ressalta o autor: “não me parece nem um pouco despropositado equiparar o *amicus curiae* a uma das funções que, entre nós, o Ministério Público sempre exerceu e continua a exercer, a de fiscal da lei (custos legis) e, em menor escala, ao perito” (BUENO, 2012, p. 114).

Utilizando-se de Bueno, o perito apresenta uma análise minuciosa da matéria e apresenta um trabalho de excelência em razão de sua técnica. Nesse escopo, assemelha-se com a missão desempenhada pelo amigo da corte ao intervir na demanda, pois sem sombra de dúvida, só justifica atuar como *amicus curiae* o *experts* sobre a matéria deduzida em juízo ou fora dele.

De fato, a natureza do *amicus curiae* também sempre suscitou controvérsia na jurisprudência. Nítida a oposição de conceitos existente entre os próprios Ministros do Supremo. O Min. Maurício Correia, ao decidir a ADI nº 2.581, disse que o *amicus curiae* seria um colaborador informal da corte, e por isso não seria hipótese de intervenção de terceiros. Enquanto que o Min. Celso de Mello, na ADI nº 2.130, consagrou ser autêntica intervenção processual.

Poder-se-ia, então, considerar o *amicus curiae* como um terceiro típico, uma vez que a positivação do instituto, em capítulo próprio, no título que versa sobre a intervenção de terceiros, consolidou o entendimento do Min. Celso de Mello. Mas sem sombra de dúvidas não tem interesse jurídico na relação deduzida em juízo, nem com ela qualquer tipo de vinculação, há sim, um interesse institucional, que visa engrandecer o debate jurídico com o vasto e específico conhecimento trazido ao processo.

Outro ponto relevante diz respeito aos requisitos legais subjetivos e objetivos para figurar como amigo da corte, expressos no *caput*, do artigo 138, do Novo CPC.

No que concerne aos requisitos subjetivos, o amigo da corte poderá ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, pública ou privada, não há restrições quanto ao sujeito. Assim, poderá figurar como *amicus curiae* por exemplo a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, uma associação civil, uma fundação, um instituto ou mesmo uma pessoa natural como um médico, um professor, um engenheiro etc.

O sujeito deve demonstrar sua representatividade adequada para atuar no processo, ou seja, ter um interesse institucional, que possa contribuir concretamente com a qualidade da decisão em razão da experiência que detém sobre a matéria deduzida em juízo.

A representatividade adequada não se confunde com interesses meramente corporativos, mas sim com a capacidade de apontar elementos úteis para a melhor e mais adequada composição da lide. Trata-se de um conceito abstrato e indeterminado, mas que poderá ser avaliado a partir da qualidade técnica, cultural, científica, etc., apresentada pelo terceiro.

Nesse contorno, merece destaque o Enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC) que menciona: “a representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

No que tange aos requisitos objetivos a lei exigiu expressamente que a intervenção do *amicus* somente se justifica caso haja relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia. Ressalta-se que Donizetti (2017, p. 315) incluiu a representatividade adequada entre os requisitos objetivos.

A relevância da matéria exige que a questão jurídica objeto da controvérsia ultrapasse o mero interesse subjetivo das partes. Está diretamente relacionada ao conceito de repercussão geral exigida, em regra, nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidades.

A especificidade do tema revela a ideia de utilidade e eficácia na colaboração do *amicus curiae*. Permitir que um terceiro desinteressado e estranho à relação jurídica possa nela intervir justifica-se em razão do conhecimento específico e aprofundado sobre o tema deduzido em juízo, como forma de propiciar uma melhor e mais adequada prestação da tutela jurisdicional. Desta feita, é preciso ter em mente que jamais poder-

se-ia olvidar desta função primordial do *amicus curiae*, pois caso o amigo demonstre desinteresse em colaborar com o juízo, sem sombra de dúvidas que, sua intervenção será inócua e desprovida de justificativas.

A repercussão social da controvérsia traduz a importância da inserção do instituto do *amicus curiae* no Novo CPC. O julgador deve ampliar seus horizontes e não se ater apenas aos aspectos jurídicos da demanda, mas, também, os efeitos que a controvérsia pode acarretar no meio social, a fim de gerar maior democratização da decisão. Assim, o julgador deve buscar o verdadeiro sentido objeto da lide, de maneira a ultrapassar aos interesses exclusivos das partes para dar azo à vontade coletiva. Cassio Scarpinella Bueno ressalta:

Ele, o amicus curiae, tem que ser entendido como um adequado representante destes interesses que existem, queiramos ou não, na sociedade e no Estado ("fora do processo", portanto) mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada "dentro do processo". O amicus, neste sentido, atua em juízo em prol destes interesses e é por isto mesmo que, na minha opinião, sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele, amicus, apresenta-se no plano material (isto é: "fora do processo") como um "adequado representante destes interesses." (BUENO, 2012, p. 118)

Outrossim, importante dizer que a intervenção do *amicus curiae* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a possibilidade de recurso contra a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos moldes do parágrafo primeiro, do artigo 138, do Novo CPC.

Vale lembrar que a competência em razão da pessoa é de natureza absoluta, o que significa dizer que dependendo do terceiro que ingressa no feito pode acarretar o deslocamento da competência. Diferentemente do que ocorre com a intervenção do amigo da corte em que, independentemente da pessoa que ingressa no processo, não há modificação da competência. Assim, caso a União intervenha, na qualidade de *amicus curiae*, em uma demanda em trâmite na Justiça Estadual, o processo não será remetido para a Justiça Federal.

Em total consonância com o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, o Novo CPC não atribuiu legitimidade recursal ao amigo da corte, contemplando duas exceções: (I) o cabimento de embargos de declaração, e (II) cabimento de recurso contra a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (§3º, do artigo 138, Novo CPC).

No parágrafo segundo o Novo CPC previu que o juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir o *amicus curiae* também definirá os seus poderes. Embora não seja parte, para bem desempenhar seu papel, os poderes concedidos pelo julgador devem ser os mais amplos possíveis, a fim

de atender as diversidades de uma sociedade pluralista.

Deste modo, o juiz ou relator poderá estabelecer que o *amicus curiae* apresente provas documentais e orais, requeira prova pericial ou elabore quesitos para serem respondidos por peritos, faça sustentação oral perante o tribunal, participe de audiências públicas etc.

Alexandre Câmara já escreveu sobre os poderes processuais do *amicus curiae*:

Cabe ao magistrado, então, a decisão acerca da possibilidade de o amicus curiae ir além da mera apresentação de uma petição com os elementos que possa oferecer ao juízo. É possível, por exemplo, o magistrado estabelecer que o amicus curiae poderá juntar documentos, elaborar quesitos para serem respondidos por peritos, fazer sustentação oral perante o tribunal, participar de audiências públicas etc. (CÂMARA, 2016, p. 107)

A interpretação a ser extraída da norma apresentada deve ser a mais extensiva possível, de maneira a legitimar e concretizar a vontade social, pois só assim se justifica a intervenção do *amicus*.

Por fim, cabe destacar que a intervenção do *amicus curiae* pode ser espontânea, quando o sujeito manifesta seu interesse ou provocada, quando determinada de ofício pelo julgador ou a requerimento de qualquer das partes. A decisão que admitir ou inadmitir sua intervenção é irrecorrível e uma vez admitido terá o prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir de sua intimação, para manifestar-se.

Amicus curiae e sua ligação com a sociedade aberta de intérpretes de Peter Häberle

A disciplina traçada pelo Novo CPC sobre o *amicus curiae* está em total sintonia com a sociedade aberta de intérpretes proposta por Peter Häberle (2002). Muito embora, o autor tenha desenvolvido para o controle concentrado, o Novo CPC ao consagrar o instituto ampliou significativamente sua aplicação para o controle difuso.

Ainda são poucos os estudos do instituto sob a ótica traçada pelo novo código, mas, sem embargo, a celebração do amigo da corte já revela um passo largo dado a viabilizar a participação direta da sociedade na elaboração e interpretação não só no controle concentrado, mas como, agora também, no controle difuso.

Com o modelo participativo de democracia no Brasil, como disse Gomes Canotilho (GRINOVER, 2016, p. 10), “democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização da participação direta e ativa da sociedade nos processos de decisão”, é imprescindível viabilizar a participação de todos os componentes de uma sociedade pluralista.

O Supremo Tribunal Federal, com consonância com o pensamento de Häberle, resolvendo questão de ordem, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.777, Relator Ministro Cesar Peluso, decidiu, por maioria, permitir a sustentação oral do *amicus curiae*, o que até então era restrito ao advogado da parte, ao advogado-geral da União e ao Ministério Público. O Min. Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.777-8 - São Paulo, fundamentou seu voto na construção do pensamento de Häberle afirmando que o autor

[...] não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de 'alternativas' para a interpretação constitucional. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.777-8)

Registre-se que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277 (em conjunto com ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132) apresentada pelo Procurador-Geral da República à época, cujo objeto abrange o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, foi possível observar a manifestação de uma interpretação pluralista, caracterizada pela participação dos *amicus curiae*.

No deslinde do julgamento 'amigos da corte' puderam exprimir seus pensamentos acerca do caso em concreto, com isto ficou claro que a Corte Constitucional considerou que não se tratava de um evento exclusivamente estatal, ou unilateral, ou, ainda, uma sociedade fechada de intérpretes, mas ao contrário, foi possível vislumbrar, e aqui merece destaque o voto formulado pelo Ministro Marco Aurélio, a perfeita ligação com a sociedade aberta de intérpretes de Häberle.

A sociedade aberta de Häberle (2002) e sua concretude no instituto do *amicus curiae* no novo código de processo civil viabilizará sua atuação nos mais amplos e diversos modelos de processo, especialmente quando a lei trouxer aplicação subsidiária do novo código e não apenas nas demandas de controle de constitucionalidade em curso na Suprema Corte.

A teoria da sociedade aberta construída por Häberle (2002), desenvolvida para a interpretação constitucional, no ordenamento jurídico pátrio passa a ter contornos muito mais extensos, haja vista que consagrado o instituto do amigo da corte no novo código de processo a sua atuação amplia-se para o controle difuso. Desta maneira, toda e qualquer demanda, mesmo nas relações privadas, o *amicus* poderá intervir com o escopo de resguardar o caráter democrático da decisão judicial.

Conclusão

Com o Neoprocessualismo, a nova ordem processual civil está vivendo uma nova fase. O processo não pode se exaurir em folhas de papel, exige-se

buscar o real sentido do tema posto em debate, a fim de atender os anseios de uma sociedade pluralista e alcançar a efetividade do processo.

Como escreveu Peter Häberle, em sua obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, contribui para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição todo aquele que vive sob a égide de uma norma é, mesmo que indiretamente, intérprete da constituição.

A retrógrada ‘sociedade fechada’ em que somente um braço da sociedade possuía legitimidade para interpretar a constituição ficará meramente como estudos para a história.

A ideia contemporânea de sociedade aberta de intérpretes, embora seja uma proposta desafiadora, o instituto do *amicus curiae*, especialmente após sua inserção no novo código de processo civil, concretiza passos largos dados na incansável busca pela efetivação dos anseios sociais. É a realização do caráter pluralista no processo brasileiro de interpretação constitucional.

Os destinatários das normas, a corte constitucional ou a decisão judicial, seja no momento de aplicação, seja no processo de elaboração da norma, deverão juntos perseguir os desejos de uma sociedade pluralista. Não há dúvidas de que a figura do *amicus curiae* em muito já contribuiu (e contribuirá) para a legitimação da democracia.

Por certo que a eficácia do instituto dependerá de sua aplicação. O primordial é assegurar-lhe ampla atuação para que possa promover o seu verdadeiro conteúdo.

Conclui-se assim, que a teoria desenvolvida por Peter Häberle, de uma sociedade aberta de intérpretes, com a participação efetiva dos mais variados ramos, aperfeiçoa a decisão e inflama o reconhecimento da pessoa como parte de um conjunto social.

O instituto do *amicus curiae* é a realização da sociedade aberta de intérpretes, que com olhos voltados para os valores humanísticos propicia maior legitimação social às decisões, por viabilizar a inserção de classes representativas no processo.

Sendo assim, pode se inferir que a efetivação de um processo jurisdicional com perspectiva democrática passa pela implementação de instrumentos que fomentem a participação da sociedade de modo a legitimar, ou, ao menos, diminuir o déficit de legitimidade da decisão a ser tomada e, neste contexto, há a necessidade de se modificar a metodologia do ensino jurídico para permitir uma necessária mudança de concepção acerca do processo jurisdicional.

O amigo da corte é a voz da sociedade nas tomadas de decisão na Suprema Corte e, agora, com a positivação do instituto no novo código de processo civil amplia-se sobremaneira a aplicação da sociedade aberta de Häberle, uma vez que alcança o controle difuso, não se restringe mais apenas ao controle concentrado.

Desta forma, ainda que o objeto deduzido em juízo seja estritamente

privado, o amigo da corte poderá intervir de maneira a resguardar e garantir a legitimação democrática da decisão.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**. Um terceiro enigmático. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro**. Cassio Scarpinella **Bueno**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2007.

Donizetti, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O amicus curiae no processo administrativo. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, ano 12, n. 75, p. 5-15 nov./dez. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. Tradução: Flavio R. Kothe. 1984.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**, Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 1-84.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Consultor Jurídico**, *Revista Consultor Jurídico*, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, S.D. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Amicus Curiae: processo objetivo de controle de constitucionalidade e interesse recursal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 17 a 28 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo499.htm#>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 28 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 02 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%204277>>. Acesso em: 17 abr. 2017.