

AMICUS CURIAE E DEMOCRACIA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA ATRAVÉS DE HABERMAS E HÄBERLE

AMICUS CURIAE AND DEMOCRACY: A CRITICAL APPROACH BASED ON HABERMAS AND HÄBERLE

Alexandre Krüger Constantino

RESUMO

Este trabalho busca analisar os potenciais democratizantes do instituto do *amicus curiae*, dentro de uma abordagem procedimentalista, segundo os referenciais teóricos de Jürgen Habermas e Peter Häberle. Para tanto, buscou-se inicialmente explorar os tópicos relevantes do pensamento dos autores mencionados para, após esta fundamentação, abordar o instituto do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, sublinhando seus potenciais democratizantes, no contexto de sociedades pluralistas. Nas atuais democracias modernas, hipercomplexas e plurais, têm ocorrido um déficit de participação popular, especialmente nos assuntos de relevância social, dada a inexistência de canais adequados. Do ponto de vista do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, este problema tem sido mitigado pelo instituto do *amicus curiae* que, dada sua natureza jurídica, tem permitido constituir uma “sociedade aberta de intérpretes”, articulando soberania popular e direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Amicus curiae; Democracia; Soberania Popular; direitos humanos.

ABSTRACT

This work discusses the democratizing potential of the *amicus curiae* institute under a procedural approach, according to Jürgen Habermas' and Peter Häberle's theoretical frameworks. Initially, relevant topics of these authors' thoughts were reviewed to substantiate the discussion on the *amicus curiae* institute in the Brazilian legal system, underlining its democratizing potential in the context of pluralistic societies. In today's modern, hypercomplex and plural democracies, there has been a shortage of popular participation, especially on issues of social importance, given the lack of appropriate channels. From the standpoint of the judiciary and constitutional jurisdiction, this problem has been mitigated by the *amicus curiae* institute, which, given its legal nature, has enabled the establishment of an “open society of interpreters”, articulating popular sovereignty and human rights.

KEYWORDS: Amicus curiae; Democracy; popular sovereignty; human rights.

1. Introdução

Desde o fim da II Guerra Mundial, multiplicaram-se as nações organizadas segundo o modelo do Estado Democrático de Direito, com um ordenamento jurídico cada vez mais atrelado a uma ordem normativa e principiológica superior, representada pelas Constituições nacionais. Basicamente ancorada nos direitos fundamentais e humanos, esta nova hierarquia normativa, que tem a Constituição em seu ápice, inspira-se no marco teórico do austríaco Hans Kelsen, revitalizando o constitucionalismo moderno e inaugurando um fenômeno que se convencionou chamar de “constitucionalização de direitos”.

A disseminação de Estados democráticos e o advento do *Welfare State* colocaram como problema fundamental, para aquelas sociedades comprometidas com o princípio da igualdade e da justiça social, a questão da inclusão e integração de grupos e minorias em sua legítima busca por reconhecimento, na forma de direitos. Assim, os anos 70 presenciaram, inicialmente nas sociedades avançadas do Atlântico Norte, o florescimento do pluralismo e o desafio de preservar a legitimidade das democracias em face deste novo e dinâmico contexto social. Estariam as Constituições nacionais e mesmo os poderes Legislativo e Judiciário preparados para lidar com a enxurrada de novas demandas por direitos, sem que se colocasse em risco o próprio pacto republicano que confere unidade e força normativa à Constituição?

O crescente intercâmbio cultural e econômico, radicalizado nas últimas décadas, pelas revoluções no campo das tecnologias de comunicação e informação, globalizou o pluralismo, hoje uma realidade planetária. Como as Constituições podem permanecer legítimas, refletindo o pluralismo das sociedades, sem perder sua força normativa? Que referenciais teóricos o Direito precisa se valer para dar conta da crescente complexidade social, sem abrir mão de sua autonomia e sem cegar-se aos contextos? Em que instrumentos institucionais deve a democracia se apoiar para ampliar os canais de comunicação e participação popular, para além do rito algo esvaziado das eleições periódicas? Como articular a crescente demanda por autonomia privada, via direitos humanos, e garantir a autonomia pública, na forma de uma soberania popular representativa? Em suma: como pode o Estado Democrático de Direito permanecer simultaneamente “democrático” e “de Direito”?

Este artigo busca, de alguma forma, problematizar estas questões. Para tanto, abordar-se-á a obra de dois pensadores alemães – Jürgen Habermas e Peter Häberle – ambos

preocupados em equacionar a relação entre democracia, direito e pluralismo. O primeiro constrói uma refinada teoria social apta a espelhar as sociedades democráticas contemporâneas complexas para, num momento posterior, abordar o problema de sua reprodução, no contexto pluralista. A resposta a esta questão evidenciará a centralidade do Direito e a necessidade da ampliação e institucionalização de canais comunicativos que, precisamente, influenciassem a produção e interpretação das normas sociais, mantendo-as atuais e inclusivas. Disso dependeria a própria sobrevivência da democracia. O segundo, mais preocupado em como conservar a “força normativa” da Constituição – vale dizer, sua efetividade em garantir a democracia e os direitos humanos e fundamentais que estão em sua base – nas sociedades pluralistas, elabora uma teoria que frisa a importância de se ampliar radicalmente o rol de intérpretes do texto constitucional, a fim de se evitar que o texto se desvincule do contexto. Em outras palavras, a frieza da letra constitucional só pode manter-se viva se seu círculo de intérpretes legítimos ampliar-se para além dos burocratas legalmente competentes para fazê-lo. Assim, Häberle advoga uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” como a única forma de o texto constitucional não converter-se numa mera “folha de papel”, como dizia Lassalle, em face do pluralismo e da complexidade crescentes das democracias contemporâneas. Por caminhos diversos que os de Habermas, Häberle busca formas de se ampliar a participação popular nas engrenagens normativas do poder.

As Constituições modernas e os ordenamentos jurídicos que lhe subjazem prevêm formas inovadoras de participação. Para citar a nossa própria Constituição, basta pensar nos novos remédios constitucionais de garantia e manutenção de direitos fundamentais e na ampliação do rol de legitimados para impetrar estas ações. Igualmente importante seria pensar em mecanismos inéditos de participação. Entretanto, para as modestas pretensões deste trabalho, estudar-se-á, tendo em vista os questionamentos levantados por Habermas e Häberle, os potenciais democratizantes de um velho instituto processual, hoje revigorado: o *amicus curiae*. Segundo a tese aqui exposta, este instituto revela-se, por sua própria natureza jurídico-processual, um dos instrumentos mais promissores de participação nos mecanismos de interpretação e geração normativa, justamente por permitir que vozes e razões que se articulam legitimamente nos rincões da sociedade tenham a oportunidade de fazer-se ouvir nos espaços legalmente instituídos de tomadas de decisões, como o são os tribunais.

Isto posto, este artigo se dividirá em duas partes: a primeira tratará mais detidamente de alguns aspectos essenciais da obra de Habermas e, na segunda, articulará as conclusões desta primeira parte com o diagnóstico de uma “sociedade aberta de intérpretes”, tendo já em vista uma abordagem diferenciada do instituto do *amicus curiae*.

2. Direito e Democracia em Habermas

Jürgen Habermas nasceu em 18 de junho de 1929 em Düsseldorf, Alemanha. Entre 1949 e 1954, estudou filosofia, psicologia, história, economia e literatura nas Universidades de Göttingen, Zurique e Bonn. Em 1956 segue para o Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt, para trabalhar como assistente de Adorno. Em 1961 habilita-se para a docência em Marburg, assumindo a cátedra da disciplina de Filosofia na Universidade de Heidelberg para, em 1964, assumir o mesmo posto como professor de filosofia e sociologia da Universidade Johann-Wolfgang-von-Goethe, em Frankfurt.

Habermas é conhecido como o principal representante da “segunda geração” da Teoria Crítica da sociedade, entre nós impropriamente conhecida como “Escola de Frankfurt”, cujos mais célebres expoentes são Adorno, Marcuse e Horkheimer. Apesar de romper com estes pensadores da “primeira geração”, Habermas vincula-se ao seu pensamento pela aguda persecução das condições de emancipação social e individual, sempre dentro de uma crítica imanente, isto é, conectada à concretude da realidade social.

Dada as limitações deste trabalho, não será possível acompanhar a evolução de sua obra dos anos 50 aos 80. Assim, dado o escopo deste artigo, nossa opção será por aquelas obras que nos fornecerão elementos para a análise que aqui intentamos, qual seja: a relação entre democracia e direito. Para tanto, iniciaremos nossos estudos abordando brevemente os aspectos centrais das obras “Teoria da Ação Comunicativa” (1981) e “Facticidade e Validade” (1992).

Em sua já clássica *Teoria da Ação Comunicativa*, publicada em dois tomos em 1981, Habermas formula um novo paradigma no pensamento social – o comunicativo –, que emerge de sua extensa análise da evolução da sociedade a partir da modernidade europeia. Munido de um referencial weberiano, Habermas aponta os estágios de diferenciação estrutural pelo qual as sociedades pré-modernas libertam-se da influência do sacro ingressando, de fato, na modernidade. Neste longo processo, não apenas as estruturas de consciência se diferenciaram em âmbitos específicos, relacionados à ciência, à arte, à moral, como as próprias estruturas sociais, com a institucionalização do mercado, da esfera política, da esfera privada e de uma cultura autômatas, desvincularem-se do sagrado. De uma perspectiva sociológica, Habermas vê a sociedade moderna diferenciar-se em *sistema* e *mundo da vida*. Cada uma das estruturas de consciência e instituições passou a ser regida por uma racionalidade diferenciada, distinta daquela religiosa, produzindo uma auto-referencialidade que propiciou o surgimento do pensamento crítico. Assim, da mesma forma que a ciência passou a ter uma justificação intrínseca, baseada no método e na racionalidade

científicas, o mesmo ocorreu com a arte, com a moral e com o aparato normativo (o Direito) que veio a regular as novas instituições.

Enquanto o *sistema* engloba todos aqueles subsistemas regidos pela razão e agir instrumentais, como o mercado e as estruturas político-administrativas do Estado, o *mundo da vida* se refere ao âmbito privado da vida social, onde os indivíduos agem e interagem *comunicativamente*, não conforme uma racionalidade estratégica, voltada para o interesse pessoal, mas segundo uma racionalidade comunicativa, voltada para o entendimento intersubjetivo. Por ser um âmbito livre de coerções, é no mundo da vida que os indivíduos constituem suas personalidades, elaboram suas demandas coletivamente e sua visões de mundo – sua cultura, enfim. Todas estas esferas encontravam-se fundidas na pré-modernidade, quando a arte, a moralidade e a “ciência” justificavam-se pelo sagrado e no qual as próprias estruturas sociais – o Estado, o mercado, a vida civil, a vida privada – encontravam-se indiferenciadas pelo poder emanado da Igreja.

Entretanto, para Habermas, o projeto da modernidade, em sua fase avançada, encontra-se num impasse, pois o mesmo impulso que conduziu à diferenciação entre sistema e mundo da vida resultou na estagnação de seus potenciais emancipatórios iniciais. Se por um lado o mundo da vida se diferenciou nas inúmeras formas culturais de manifestação científica, estética e moral, constituindo uma esfera pública de indivíduos livres e autônomos, por outro, o sistema, com o avanço do capitalismo e com o desenvolvimento jurídico-administrativo do Estado, invadiu, através de sua lógica instrumental, aqueles âmbitos regidos pela racionalidade comunicativa. A este processo de constante de “insulamento” do mundo da vida, pelo qual o mercado e o Estado impõem sua racionalidade instrumental, Habermas chamará de “colonização do mundo da vida”, aos quais se relacionam três espécies de crise, que nada mais seriam que a perturbação do sistema sobre a lógica reprodutiva dos componentes do mundo da vida. Assim, tem-se o diagnóstico da “perda de sentido” para a esfera da cultura (já tratada por Weber); da “anomia social” – tendência à dissolução dos laços sociais, da solidariedade social (já diagnosticada por Durkheim); e as neuroses e outros distúrbios psíquicos, para a personalidade (já abordada por Freud, como o “mal-estar” da civilização moderna). Para Habermas, tais patologias estariam na raiz da crise de legitimidade das democracias contemporâneas: haveria um perigoso déficit de representação e participação em decorrência da obstrução de canais comunicativos da sociedade, em nome de um funcionamento meramente “sistêmico”, mecânico, da sociedade.

É importante mencionar o papel do Direito nesta fase de sua obra. Na *Teoria da Ação Comunicativa*, Habermas ainda considerava o Direito um mero instrumento sistêmico

para a consecução das garantias de segurança jurídica na esfera contratual privada e político-administrativa – em outras palavras, para a estabilidade da ação instrumental do mercado e do poder político estatal.

Entretanto, a partir da década de 90, com a difusão de sua obra na Europa e nos EUA e com o conseqüente aporte de novas reflexões, o pensamento habermasiano conferirá outro *status* ao Direito, que será convertido, de mero instrumento sistêmico, na principal via de construção de uma sociedade livre e democrática. Habermas passa a se deter nos potenciais do Direito não para a estabilização dos mercados e do aparato administrativo estatal, *mas, sobretudo, para a consolidação de consensos que se apresentam justamente na forma de demandas por direitos*. Somente a participação popular, conjugada a uma cultura propensa à igual consideração de vozes dissonantes demandantes por direitos, seriam capazes de, num contexto pluralista de valores e interesses, de modo não violento, gerar a mínima solidariedade necessária para que a sociedade não se fragmentasse em conflitos insolúveis.

Assim, a reconstrução habermasiana da modernidade, que está na base de sua teoria da evolução social, culmina na constatação do estágio “pós-convencional” das sociedades contemporâneas, no qual os sujeitos agem de acordo com princípios que podem discursivamente justificar. Conflitos surgem de pretensões de validade normativa não reconhecidas, isto é, subjetivamente sentidas pelos indivíduos na forma de *desrespeito, injustiça*. A tensão gerada pelo sentimento de desrespeito, pelo não reconhecimento de direitos, fomenta a gradual emergência discursiva de demandas por justiça, a partir das discussões geradas pela insatisfação, que se processam no mundo da vida. Discursivamente, tais demandas, relativamente inarticuladas e dispersas, ganham ares de clara exigência conforme emergem do mundo da vida, atingindo então a esfera pública, onde estas pretensões normativas embatem-se com outras, burilam-se ou fundem-se para, aos poucos, adquirem tal contundência, que não podem mais deixar de ser reconhecidas pelo legislador. Este circuito, que se retroalimenta pela *formação da vontade coletiva, lutas por reconhecimento e geração de direitos*, resultaria, segundo Habermas, num constante processo de *aprofundamento da democracia pela própria democracia* – isto é, a democracia se aprofunda pelo próprio procedimento democrático constitucionalmente assegurado, e não por conteúdos pré-determinados (concepções de “vida boa” específicos).

Desta forma, o grande objeto de “Facticidade e Validade”, obra de 1992, é o próprio Estado Democrático de Direito e a co-originalidade entre direito e democracia. Se na “Teoria da Ação Comunicativa” seu pensamento jurídico orbitava em torno de uma concepção instrumental-sistêmica do Direito (Habermas tratava dos efeitos da *juridificação* da vida

social, expressa não apenas na associação do Direito com o dinheiro e o poder, mas também no papel intervencionista e ambivalente do Estado de Bem-Estar), em “Facticidade e Validade”, o Direito, ao exprimir a autocompreensão prático-moral de uma dada sociedade, reflete o estágio de seu desenvolvimento político-institucional. O desenvolvimento do pensamento propriamente jurídico de Habermas principia com sua constatação de que o Direito, na modernidade, ao desvincular-se do sacro e do direito natural, precisa constantemente de uma justificação moral racional – o que se dá discursiva e intersubjetivamente – para poder permanecer como instrumento legítimo de poder. Falamos aqui de um Direito criticável por aqueles que o instituíram: por um lado, é inegável que a modernidade conferiu uma instrumentalização política ao Direito, sem o qual o próprio sistema não seria possível; por outro, entretanto, sem uma fundamentação moral e racional, o mesmo Direito perderia sua função integradora, por tornar-se ilegítimo.

Em *Facticidade e Validade*, o Direito é claramente deslocado do sistema, para alocar-se como *medium* entre as racionalidades sistêmicas e comunicativas, entre sistema e mundo da vida.¹ O diferencial, nesta obra, é que Habermas crê capturar o momento ofensivo da ação comunicativa, que ele enxerga na própria história das constituições e do Direito. O Direito, e não mais a revolução, é o grande agente transformador das sociedades.

Desta forma, a modernidade, se quiser insistir em seu projeto inaugural, precisa regenerar os mecanismos geradores de solidariedade social – a qual a Constituição, como unidade jurídico-político-cultural, espelha (Häberle) –, em direção a um programa de “democracia radical” a ser levado adiante com meios da ética discursiva, dentro de um Estado Democrático de Direito:

em última instância, os sujeitos jurídicos privados não poderão gozar de iguais liberdades subjetivas se eles mesmos, em comum exercício de sua autonomia política, não se aclaram acerca de interesses justificados e critérios, e não se põem em acordo sobre quais serão os aspectos relevantes sobre os quais os iguais serão tratados como iguais e os desiguais, como desiguais.²

¹ “O sistema jurídico mantém uma relação biunívoca com as diferentes formas de agir. De um lado, o Direito, por meio das obrigações contratuais e do direito de propriedade, possibilita a ação estratégica no sistema capitalista. Por outro, as noções de autonomia e dignidade são base para a ação comunicativa. Contudo, o Direito sofre também as consequências dessa dualidade de ações, sendo que sua legitimidade estaria também na busca incessante de depuração da segunda.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa: “Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: o Procedimentalismo”, in SARMENTO; Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p.7.

² Idem, p. 13.

A dinâmica do Direito como *medium* entre sistema e mundo da vida só se viabiliza mediante a constituição de uma sociedade civil ativa e de uma esfera pública³ institucionalizada, no contexto de sociedades pós-tradicionais. Pelo novo papel do Direito (que, nas sociedades genuinamente democráticas, opera como um cristizador das demandas comunicativas por reconhecimento), *a ação comunicativa passa a gozar de qualidades ofensivas – pois transformadora da realidade – via concretização de direitos.*

Assim, por um lado, o procedimento jurídico-democrático assegura não apenas a distribuição das liberdades políticas e a criação das estruturas institucionais para permitir que as opiniões, tematizações e questionamentos de todos os concernidos possam ser apresentados em igualdade de condições nos processos formais de geração da vontade coletiva, mas também que a autonomia das contribuições individuais possa ser preservada. Por outro, ao cristalizar os resultados desses embates comunicativos na forma do direito positivo, não apenas regula os processos de formação da opinião e da vontade, mas confere-lhes um caráter obrigatório, vinculante, tornando todos os cidadãos e instituições imputáveis; portanto, socialmente responsáveis, sob uma ótica republicana. Assim, vislumbra-se concretamente um caminho de emancipação “pacífico” e permanente, sem os sobressaltos de uma revolução e sem a mera passividade reformista-paternalista do Estado.

É visível, portanto, que a tensão entre facticidade e validade gera um processo circular, possível somente na modernidade, de *co-originariedade entre direito e democracia*, entre direitos humanos e soberania popular, entre autonomia privada e autonomia pública.⁴ Direitos humanos e soberania popular, para Habermas, são as principais ideias pelas quais o Direito pode ser justificado.

O cerne da compreensão habermasiana constitui a concepção de co-originalidade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar as condições sob as quais os indivíduos poderiam fazer uso da sua autonomia pública; mas sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não alcançariam uma real compreensão acerca de suas necessidades.⁵

³ O conceito de “esfera pública” (*Öffentlichkeit*) em Habermas não se confunde com o conceito dado pela literatura jurídica e da ciência política, que costuma associá-la ao espaço de atuação dos poderes públicos institucionalizados. Aqui, “esfera pública” nos remete àqueles espaços de deliberação política não estatal, onde os diversos atores da sociedade civil expõem publicamente suas demandas (em busca de “reconhecimento”), problematizando temas sensíveis que reverberam por toda a sociedade.

⁴ “Assim é que um dos argumentos centrais desenvolvidos no texto *Facticidade e Validade* é o que demonstra que há uma relação interna e condicionante – e não simplesmente histórica e contingente associação – entre as normas jurídicas e a democracia (...).” LEAL, Rogério Gesta: *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 65.

⁵ BUNCHAFT, Maria Eugênia: “A Filosofia Política do Reconhecimento”, in SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 380-381.

Para Habermas, a conexão entre direitos humanos e soberania popular é a outra face da relação entre a autodeterminação (moral) e autorrealização (ético-política). Somente indivíduos autônomos e livres e que sejam respeitados como tais podem gerar uma sociedade verdadeiramente democrática. O Estado Democrático de Direito é simultaneamente resultado e pré-condição deste circuito em que direitos humanos e soberania popular geram-se mutuamente.⁶

A validade dos direitos gerados como resposta aos conflitos da vida fática cotidiana, especialmente em contextos pluralistas, só é possível se resguardados os mecanismos procedimentais para o exercício irrestrito da soberania popular, e esta só é possível em sociedades que zelam pela formação de indivíduos livres e reconhecidos em suas múltiplas particularidades.

Da autocompreensão normativa do Direito e da percepção de sua íntima relação histórica com a democracia – ou, mais precisamente, da evolução do Estado Democrático de Direito –, Habermas, atendo-se à dimensão estruturante do Direito, que a ética do discurso descortina, retoma o fio condutor da relação entre modernidade, direito e democracia e, permanecendo fiel ao projeto da modernidade (inacabada), busca pensar a *radicalização do processo histórico democrático* dentro do marco institucional do Estado de Direito. O direito assegura a democracia e a democracia legitima o direito.⁷

Evidentemente, o pretensioso modelo de democracia deliberativa de Habermas funda-se num conceito altamente exigente de Direito, aqui responsável, simultaneamente, pela *regulação* dos processos econômicos e políticos sistêmicos e também pela *integração social*, consubstanciada em formas cada vez mais elevadas de solidariedade. O nível de consciência democrática que daí vai emergindo aprimora-se pelo binômio conflito/resolução discursiva, performance esta *racionalmente* conduzida na forma de bons argumentos (ainda que falíveis), efetuada, primeiramente, em esferas públicas de diversos níveis, penetrando e influenciando, em seguida, o parlamento, e se concretizando, enfim, em leis *efetivas*. A mesma influência dar-se-ia em relação ao Poder Judiciário, não apenas no tocante à

⁶ “Dessa maneira, sem desconhecer a tensão entre autonomia privada e autonomia pública, enfatiza, no seu estilo reconstrutivo, 'a afinidade entre soberania do povo e direitos humanos e, portanto, a co-originalidade de autonomia pública e privada' ou 'a relação de pressuposição recíproca' entre ambas.” NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviata: uma relação difícil*, op. cit., p.115.

⁷ “Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para a legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política. Não há direito autônomo sem democracia realizada.” Idem, p. 107.

possibilidade de fornecimento de “bons argumentos” na interpretação das leis e na formação da jurisprudência, mas também diretamente, dentro dos próprios processos, com a intervenção de um terceiro especial apto a munir os juízes de elementos cognitivos mais realistas – posto que discursivamente elaborados – para as suas decisões. Temos aqui, portanto, um exemplo da efetivação do aspecto material do devido processo legal, especialmente para os chamados *hard cases* de relevância social. Neste último caso, como veremos, enquadra-se o *amicus curiae*.

2.1 Procedimentalismo e Jurisdição Constitucional: a crítica habermasiana à ponderação de valores

O papel da jurisdição constitucional não é, na obra de Habermas, sua preocupação central, mas apenas um dos tópicos relativos a sua discussão da relação entre direito e democracia. Não obstante, suas reflexões abordam o tema de modo original, inserindo-se no debate com os grandes filósofos do Direito de seu tempo, como Dworkin, Alexy, Böckenförde e Rawls.

Para Habermas, a jurisdição constitucional, no âmbito da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito, permanece controversa. Argumentando contra a corrente que saúda, por exemplo, o ativismo judicial como a solução para vários dos impasses que afetam as democracias constitucionais, o filósofo alemão enxerga na jurisdição constitucional sérios problemas quanto a sua legitimidade. O cerne de sua crítica está no abuso, por parte dos Tribunais, de suas competências legiferantes, legitimadas em nome de supostos déficits – morais e formais – da atividade do legislador. Habermas critica esta “solução fácil” a um problema complexo que, a seu ver, passaria antes pela ampliação dos canais participativos no interior tanto das decisões judiciais quanto da formação das leis.

Retomando o fio condutor de sua análise sobre a crise de legitimidade das democracias ocidentais, Habermas se detém sobre a tendência observada em alguns Estados – em especial o alemão – de compensar alguns déficits dos poderes Legislativo e Executivo, exacerbando as funções típicas e atípicas do Judiciário, naquilo que posteriormente veio a ser conhecido como “jurisprudência de valores”.

O problema da mudança do paradigma do direito liberal para o direito principiológico – que justifica a “doutrina dos valores” e a relativa ascendência do Poder Judiciário sobre os demais poderes – está, para Habermas, numa excessiva consideração substancialista da Constituição, que passa a ser vista muito mais como um conjunto de

valores a ser concretizado do que como um sistema propriamente normativo. Os princípios que sustentam as normas são considerados, eles mesmos, valores.

O grande problema, nesse ponto, é que não há, pelo menos segundo Habermas, nenhum critério que possa ser utilizado de forma racional e que permita afirmar que essa ou aquela forma de se harmonizar os direitos (ou valores) envolvidos seja a mais correta. Assim, a forma utilizada pelo judiciário – o sopesamento, a “otimização” de princípios – seria tão irracional quanto o debate na arena política, quanto o debate no legislativo.⁸

Em face de tais problemas, Habermas não pretende simplesmente justificar a existência de normas universais e absolutas, em sua crítica aos valores sociais transitórios e manipuláveis ao bel prazer dos tribunais. A seu ver, o problema do sopesamento dos valores não está no método em si, *mas no círculo de legitimados para sua realização*. Em contextos pluralistas, onde é natural que valores e concepções particulares de vida boa aflorem, a moralidade e a eticidade não podem ser simplesmente invocados e aceitos nas decisões como se elas refletissem os anseios de uma comunidade uniforme, mas sim, precisam ser legitimamente *justificados* – e, no procedimentalismo habermasiano, como vimos, toda justificação racional só se produz mediante o embate intersubjetivo de argumentos. Em suma, Habermas nega enfaticamente, num mundo pós-convencional, a existência de uma “comunidade de valores homogênea”, as quais caberiam aos magistrados traduzir. As sociedades pluralistas contemporâneas constituem uma plêiade de indivíduos e pontos de vista que, como tais, precisam ser consideradas em igualdade de condições. Para Habermas, a resposta ao problema da incapacidade dos demais poderes em equacionar políticas ou gerar leis que contemplem esta pluralidade, certamente não estaria na hipertrofia do poder Judiciário ou no chamado ativismo judicial, mas sim na ampliação dos canais participativos da sociedade.

Quando Habermas questiona a excessiva ênfase dada ao aspecto material dos direitos contra os procedimentos legítimos que lhe dão origem e os justificam – os quais, vale lembrar, só podem ocorrer mediante mecanismos regulados de ampliação da participação dos implicados, isto é, dos próprios cidadãos –, ele não pretende negar a importância do conteúdo, em si, das normas, mas frisar que a validade daqueles conteúdos ou valores justos

⁸SILVA, Virgílio Afonso da, e MENDES, Conrado Hübner: “Habermas e a Jurisdição Constitucional” in TERRA, Ricardo e NOBRE, Marcos (orgs.): *Direito e Democracia: um guia de leitura*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p.181

só pode verdadeiramente se dar por meio de um *procedimento legítimo*, isto é, *gerado pela garantia da participação isonômica e intersubjetiva de todos os concernidos*. Evidentemente, nada disso é simples. Para funcionar, o proceduralismo habermasiano requer uma democracia plenamente consolidada, não apenas no tocante à existência de múltiplos canais comunicativos que ressoem os problemas e as demandas por direitos que fermentam nos rincões do mundo da vida, mas também à própria predisposição cidadã que, por habituada ao ambiente democrático, mostre-se aberta à discussão de valores e de pontos de vista distintos. Entretanto, o fato de a democracia ser um construto complexo e problemático jamais justificaria soluções fáceis – como estas que Habermas critica – as quais poderiam vir até mesmo a comprometer a legitimidade dos próprios entes responsáveis pela reprodução do Estado Democrático de Direito.

A crítica de Habermas à jurisprudência de valores reside, portanto, na crítica à concepção da Constituição como repositório de uma autocompreensão ético-normativa de uma dada “comunidade”, a qual caberia aos Tribunais Constitucionais, em face de um Poder Executivo ineficiente e de um Legislativo dominado por *lobbies*, zelar e traduzir. Trata-se de um viés comunitarista que o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro abraçou. Embora a crítica aos Poderes proceda, como no caso brasileiro, Habermas não vê como legítima a mera transferência da responsabilidade para a concretização dos princípios fundamentais ao Poder Judiciário. Se a Constituição, ao contrário de estabelecer aprioristicamente ao povo um tipo de vida boa concreta, fixa, sim, os procedimentos políticos pelos quais os cidadãos, exercendo seu poder de autodeterminação – precisamente a soberania popular –, põem-se de acordo quanto a um projeto de vida em comum, somente os próprios cidadãos, por canais específicos, podem decidir o que é ou não mais ou menos “valorável” na sua auto-organização social:

Neste sentido, a “teoria do discurso” sustenta que a conformação da vontade democrática e sua força legitimadora não derivam de uma convergência prévia de convicções éticas, mas sim de pressupostos comunicativos e procedimentos que, no processo deliberativo, permitam que os melhores argumentos venham à tona. Consequentemente, o procedimento democrático não pode mais retirar sua força legitimadora do acordo prévio de uma comunidade ética pressuposta, senão somente de si mesmo.⁹

Sintetizando, o núcleo da crítica de Habermas à jurisprudência de valores reside no fato de que se optou simplesmente por transferir aos tribunais competências que deveriam

⁹LEAL, Mônica Clarissa Hennig: *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 138.

ser, a princípio, dos parlamentos, com o agravante de que os magistrados não são eleitos pela vontade popular. Aos Tribunais Constitucionais caberia, sobretudo, zelar pela proteção da autonomia pública e privada.¹⁰ Assim, os Tribunais deveriam tanto garantir a plena possibilidade de participação nos procedimentos democráticos, quanto proteger implacavelmente aqueles direitos que assegurem as liberdades privadas, propícias à geração de indivíduos livres e autônomos¹¹. Como vimos, em Habermas, este circuito entre autonomia pública e privada se retroalimenta. Dessa forma, a função dos Tribunais Constitucionais desloca-se de um papel paternalista para um papel promovedor do *status activus* da cidadania.

A jurisprudência constitucional exigida por Habermas é aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política. Assume, nos termos de Habermas, um papel de “tutor” do processo político, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional, não de “regente”, que avoca para si uma responsabilidade paternalista de promover as condições éticas de convivência da comunidade.¹²

Como se vê, em Habermas, tal crítica à jurisdição constitucional e ao ativismo judicial não resvala para uma defesa mecanicista do papel do parlamento, como observado usualmente nas discussões sobre a “dificuldade contramajoritária”. De acordo com a ética do discurso e com o agir comunicativo, Habermas está interessado, antes, nos meios de multiplicação das arenas formadoras de consensos, em processos inclusivos de formação e manifestação da vontade, nos quais os cidadãos atuam ao mesmo tempo como autores e destinatários de suas normas. Por este procedimento democrático, os diversos consensos discursivamente forjados atingiriam e influenciariam o “núcleo duro” do poder tripartite.

Tendo em vista o arcabouço teórico da teoria da democracia e do direito de Jürgen Habermas, passemos agora ao estudo das ideias de Peter Häberle e do instituto do *amicus curiae*. Este instituto será tomado como exemplo paradigmático de efetivação do que aqui foi

¹⁰“Os cidadãos nem mesmo chegam a adquirir *direitos humanos* se eles próprios não definirem, pelo uso de suas liberdades políticas oriundas da *soberania popular* da qual são titulares, as condições de validade do processo democrático de produção de direitos. (...) Assim, se a autonomia privada e a pública pressupõem-se reciprocamente (...) somos obrigados a inferir que o intérprete da norma constitucional não pode pressupor a prevalência dos direitos humanos nem a da soberania popular, já que cada uma das duas categorias só pode ser validade à custa da outra.” LEITE, Roberto Basillone: *A Chave da Teoria do Direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2008, p. 161.

¹¹Com isso, Habermas, em parte, se alinha a uma leitura do neoconstitucionalismo semelhante àquela defendida por Daniel Sarmento, para quem o neoconstitucionalismo deve ser visto “como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instancias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia.” SARMENTO, Daniel: “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades” in SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 146.

¹²SILVA, Virgílio Afonso da, e MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p.177-178.

exposto – um meio pelo qual a sociedade civil pode intervir nos processos jurisdicionais, sem que se apele para uma “politização” interna da atividade jurisdicional.¹³

2. A Constituição aberta a seus intérpretes: o potencial democratizante do *Amicus Curiae*

3.1 Peter Häberle e o pluralismo de intérpretes da Constituição

Antes de abordar especificamente o instituto do *amicus curiae*, é fundamental que abordemos o pensamento jurídico de Peter Häberle, cuja contribuição para os estudos do constitucionalismo moderno serão imprescindíveis para a ponte que aqui pensamos em estabelecer: entre a teoria do Estado Democrático de Direito de Habermas e os potenciais democratizantes do *amicus curiae*. Pretendemos levar adiante esta reflexão dentro de uma perspectiva na qual a Constituição não apenas representa o ápice normativo de uma sociedade¹⁴ – espelhando seu grau de desenvolvimento moral e civilizatório –, como ela mesma, sendo um produto político-cultural desta sociedade, tanto molda seu meio como é por ele moldada.

Peter Häberle nasceu na Alemanha em 1934 e realizou seus estudos jurídicos entre 1953 e 1957 nas Universidades de Tübingen e Freiburg. Obteve seu doutorado em 1961 nesta mesma instituição, tendo sido orientado por Konrad Hesse. Em 1969 tornou-se docente na Universidade de Marburg, posteriormente seguindo para Augsburg e Bayreuth entre 1976 e 1981, lecionando Direito Público e Filosofia do Direito. Atualmente é presidente do Instituto de Direito Europeu e de Direito Cultural, fundado em 1999 em Bayreuth.

Häberle desenvolve uma concepção bastante original de Constituição, que rapidamente se espalhou pelos círculos de estudos neoconstitucionalistas, devido ao caráter aberto, plástico e permeável conferido ao texto constitucional, e por espelhar, assim, uma sociedade pluralista que não apenas se consolidava no âmbito europeu e norte-americano, como tencionava aprofundar estes potenciais democratizantes. Frente a um quadro de extremo dinamismo social, surge o problema de como compatibilizar institucionalmente uma sociedade tão ávida por expressar sua diversidade, sem que com isso se recaísse em anomia,

¹³ “(...) expressões correlatas, como judicialização da política, e politização da justiça, buscam indicar os efeitos da expansão do poder judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.” XIMENES, Julia Maurmann: “O Supremo Tribunal Federal e a Cidadania à Luz da Influência Comunitarista”, Revista Direito GV, São Paulo, 6(1), Jan-Jun 2010, p. 119-142. p. 127-128.

¹⁴ Trata-se do fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito*, “(...) no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle da constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais.” BARROSO, Luis Roberto: “A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo”, in SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 345.

decorrente da incapacidade de um ordenamento jurídico rígido e estanque em refletir o pluralismo que lhe conferia legitimidade e razão de ser. Portanto, o grande foco de Häberle é o *processo de interpretação constitucional*, passível de tornar a norma, rígida na letra, plástica em seus significados.¹⁵

Decorre desta dialética hermenêutica – que conecta Constituição e sociedade – uma concepção culturalista de Constituição, tida como “um elemento vivo, resultante das interações e cristalizações acontecidas entre o texto normativo e o entorno cultural que o envolve”.¹⁶ Similarmente a Habermas – mas por caminhos diversos – Häberle conclui que o Direito é simultaneamente produto e causa do substrato cultural da sociedade: “o direito se apresenta, então, simultaneamente como um produto e também como uma causa cultural, isto é, condiciona e conforma a cultura, mas é igualmente influenciado por ela”¹⁷. Neste esquema, a Constituição se torna um plexo que, por um lado, recebe os *inputs* da sociedade e, por outro, libera *outputs* que reverberam no meio, transformando-o.¹⁸ Nem é preciso, neste contexto, reiterar a centralidade da interpretação constitucional, que se altera no espaço e no tempo, *pari passu* à própria cultura de uma sociedade.

Uma vez admitida a ideia de que a Constituição é fruto de uma sociedade pluralista e democrática, e que uma sociedade pode aprofundar ainda mais seu pluralismo e democracia mediante uma interpretação alargada da Constituição (Häberle, portanto, sustenta a tese de que o pluralismo democrático gera a Constituição e esta sustenta e aprofunda este mesmo pluralismo), os mecanismos de interpretação da Constituição não podem nem devem restringir-se aos provenientes das instituições estatais e seus órgãos oficiais, especialmente os tribunais superiores. Toda sociedade – e Häberle enfatiza a sociedade civil, a esfera pública

¹⁵ Häberle considera a atual situação da interpretação constitucional muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, que reduz “seu âmbito de investigação na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados”. HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1997, p. 12.

¹⁶ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.115.

¹⁷ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño” *Estudios Constitucionales*, Año 8, No 1, 2010, pp. 283 – 304, p. 285.

¹⁸ Para Häberle, a constituição é, “a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade” e “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, op. cit., p.13.

(*Öffentlichkeit*) – possui legitimidade para interpretar a Constituição, através da qual esta, por sua vez, se torna mais legítima e representativa, conservando assim sua força normativa. “Aberta”, a Constituição se renova e cria novas “realidades públicas”. “Fechada”, ela se torna anacrônica e perde seu “feedback” social e, portanto, sua validade.

Sob esta ótica, “a Constituição é vista como uma *res publica*, como uma tarefa que diz respeito a todos e a cada um, abrindo-se espaço, assim, para a noção de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*”¹⁹. A implicação desta tese é radical: ou a Constituição de uma democracia pluralista é potencialmente aberta a todos, ou nem a Constituição, tampouco a sociedade que lhe deu origem, são genuinamente democráticas.

Para Häberle, a interpretação constitucional sempre foi objeto exclusivo de um “círculo fechado”, formalista, de especialistas do Estado. Mas dentro de uma sociedade pluralista, onde os intérpretes legítimos são tantos quanto forem aqueles que vivenciem a norma, não se poderia restringir os intérpretes legítimos da Constituição a um *numerus clausus*. Cidadãos, grupos, organizações da sociedade civil – todos seriam intérpretes legítimos da Constituição para além de seu núcleo institucional. Isso conduz a uma “personalização” da interpretação e jurisdição constitucionais. O cidadão deve “viver a Constituição” – “nesta perspectiva, aparecem como fundamentais o reconhecimento e o exercício de um *status activus*, compreendido como um elemento central da democracia”.²⁰

Tal qual Habermas, Häberle aborda, ainda que indiretamente, a questão da legitimidade no Estado Democrático de Direito. Para ambos, a expressão máxima da democracia não reside no sufrágio universal nem na manifestação das maiorias parlamentares. A democracia é vivida cotidianamente, no dia a dia, e reverbera por meios indiretos – mas consistentes – no núcleo institucional do Estado. A própria Constituição é vivida diariamente, e a soberania popular, idealmente refletida na supremacia da Constituição, não decorre da rigidez formalista do texto, mas da plasticidade do contexto.

A interpretação constitucional não é mais, assim, tarefa exclusiva dos juízes. Estes, no máximo, deveriam atuar como fomentadores e orientadores da manifestação dos demais intérpretes legítimos para, imparcialmente, sintetizar a interpretação coletivamente gerada. Nota-se, portanto, que a noção de “ativismo judicial”, muitas vezes até considerada um produto das teses de Häberle, na verdade pode até constituir-se em seu oposto. Häberle

¹⁹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, op. cit, p. 116.

²⁰ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño”, op. cit., p. 287.

jamais coadunaria com uma “tirania de juízes” manifestando pontos de vista próprios como se fossem oriundos de uma percepção da vontade coletiva. Da mesma forma, a “abertura” da interpretação constitucional jamais pode se confundir com uma “abertura da mente” de juízes supostamente progressistas, e sim deve se constituir numa abertura fática, real, participativa.

Embora Häberle não trate aprofundadamente do *procedimento* que asseguraria tal participação, atendo-se mais aos aspectos de sua interpretação, paira em toda a sua obra uma interrogação sobre *como* efetivar tal abertura. Em nossa opinião, esta questão poderia ser tratada proficuamente pela confrontação teórica das obras de Habermas e Häberle, dentro de uma análise complementar, cujos frutos, infelizmente, não poderemos explorar aqui em toda sua dimensão. Häberle e Habermas, contudo, certamente concordam tanto com a necessidade de um procedimento que seja inclusivo, como com a salvaguarda do núcleo dos direitos fundamentais enquanto motor gerador de mais e mais democracia:

Como associada a estes aspectos está também a necessidade de uma máxima realização dos direitos fundamentais, sua concretização – para que não se converta arbitrária – necessita reconhecer um novo papel à dimensão processual/procedimental; dando, assim, um novo impulso à noção de *status activus* originalmente desenvolvida por Jellinek, mas em uma perspectiva mais ampla e efetiva, compreendida como um *processo* aberto e permanente: uma noção de *status activus processualis*, como aquele defendido por Häberle. Isto porque tais direitos – fundamentais – se caracterizam e se pressupõem como um efetivo direito de participação.²¹

O trecho acima aponta para uma possível complementaridade dos posicionamentos teóricos de ambos os pensadores alemães. Adicionalmente, para nosso intuito, é importante frisar que, para ambos, o que está em jogo, também, é o aperfeiçoamento de *canais comunicativos democráticos*: em Habermas, entre os diversos ramos da sociedade civil e o núcleo central do poder estatal, especialmente o parlamento e o judiciário; em Häberle, entre os intérpretes legítimos da Constituição e os juízes. Da mesma forma que Habermas propugna uma proliferação de esferas públicas a sensibilizar os formadores e intérpretes do direito, Häberle professa não apenas que os juízes devem estar propensos a uma interpretação pluralista e aberta da Constituição, como também os demais poderes que, de uma forma ou outra, interpretam a Constituição, dentro de suas competências. Tem-se, portanto, que a ideia de uma rígida separação de poderes, como nos primórdios do Estado moderno, fica

²¹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño”, op. cit., p. 287.

“esfumaçada” (embora, certamente, jamais abandonada) por essa multiplicação de “intrusos legítimos” por entre tais instâncias, operando novos canais de comunicação inter e intra poderes. Vale lembrar que a noção de separação de poderes constitui algo impreciso: o poder é uno – portanto, seria mais correto falar em uma “diferenciação” de poderes do que propriamente em uma separação.

As reflexões de Häberle levam a uma relativização da hermenêutica constitucional, pois como são variados os participantes do processo de interpretação, o juiz já não interpreta de forma isolada. É necessário não esquecer que os intérpretes tradicionais da Constituição, não o são de forma autônoma, pois embora sejam os legítimos intérpretes (ou pré-intérpretes, se se preferir), subsiste sempre o papel da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. A esse respeito assinala Häberle:

A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia de sua abertura e espontaneidade. Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os ‘filtros’ sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.²²

À primeira vista pode parecer que a efetivação da Constituição aberta, em Häberle, se assemelharia a um puro *brainstorm* interpretativo, à mercê das paixões coletivas. Entretanto, Häberle frisa que a Constituição é, sobretudo, *ordem fundamental*, vale dizer, “ela também deve (e precisa) ser capaz de *constituir*”²³. A dialética entre pluralismo e norma resolve-se no próprio princípio da unidade da Constituição²⁴, que não pode se perder em contradições normativas e principiológicas, conservando sua inerente função estabilizadora. Logo, este processo ininterrupto de transformação e estabilização baliza-se na ideia da conservação do “todo material” da Constituição. Segundo o autor, a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as medidas e formas de participação. Desse modo, “no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao tribunal zelar para que não se perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição.”²⁵

²²HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, op. cit. pp. 43-44.

²³ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, op. cit, p. 123.

²⁴ “A Unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.” HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, op. cit. pp.32-33.

²⁵ Idem, p. 46.

Häberle defende que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais, tais como as audiências públicas, devem ser ampliados e aperfeiçoados, de forma a proporcionar uma maior interação entre intérpretes em sentido lato e estrito, ampliando as possibilidades de decisão em virtude do aporte de vários pontos de vista e de interpretação.

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode tornar-se, correspondentemente, mais elástica e ampliativa (...)²⁶

Uma interpretação aberta da Constituição não equivale considerá-la livre de tensões, um simples acomodamento harmônico de consensos fáceis. Pelo contrário, a interpretação aberta vive em constante estado de conflito e compromisso, e é justamente esta tensão que lhe confere dinamismo e capacidade de adaptação à realidade social. A interpretação da Constituição “reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através do qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto”.²⁷

Diante da pluralidade de atores e procedimentos considerados legítimos para interpretar a Constituição, cabe a pergunta acerca de qual método interpretativo seria o mais adequado. Até aqui, os diferentes critérios de interpretação de uma Constituição referiam-se a um conceito fechado de Constituição, voltado para os juristas.

Häberle não responderá plenamente a esta questão, limitando-se a argumentar que os procedimentos típicos da jurisdição não esgotam as possibilidades de um tratamento hermenêutico aberto da Constituição. Aponta o papel do próprio legislador, que em sua atividade legiferante não deixaria de agir como um intérprete, atividade esta pouco contemplada pela teoria da hermenêutica constitucional.

Entretanto, o texto se encerra sem perscrutar melhor os mecanismos pelos quais a esfera pública poderia participar mais ativamente como intérprete da Constituição. A princípio, este seria um tema cuja elaboração mais avançada deveria envolver outras disciplinas, como a Sociologia e a Filosofia Política, em análises que conjugassem teoria da sociedade e teoria da democracia. A elucidação dos canais pelos quais a vontade

²⁶ Idem, p. 48.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1195.

interpretativa dos diversos segmentos de uma sociedade pluralista poderia incidir na hermenêutica constitucional deve necessariamente passar pela compreensão dos mecanismos de estratificação e participação social – isto é, da própria estrutura social pela qual a democracia se recria cotidianamente, e não apenas seu aspecto normativo.

Do ponto de vista analítico, cremos que a aproximação do pensamento de Habermas e Häberle, conforme explorado nos limites deste trabalho, deixou claro os potenciais teóricos de enriquecimento recíproco acerca do exame das possibilidades de aprofundamento do Estado Democrático de Direito.

A partir daqui, exploraremos o instituto do *amicus curiae*, cujas funções, numa sociedade democrática e pluralista, se coadunam perfeitamente ao papel de intérprete da Constituição e canal comunicativo de sensibilização – por meio do Direito – de demandas do mundo da vida ao sistema.

3.2 O instituto do Amicus Curiae e seus potenciais para o pluralismo democrático: uma breve abordagem do caso brasileiro

O instituto do *amicus curiae* é antigo no âmbito do Direito. Existem relatos de sua existência já no Direito romano (embora com atributos outros que aqueles que observamos na atualidade), e sua previsão pode ser encontrada no Direito inglês medieval, nos chamados *Year Books*, nos séculos XIV a XVI.²⁸ Sua função na corte inglesa era meramente informativa e supletiva, mas de considerável importância.

Somente após a II Guerra Mundial consolidou-se este papel que hoje atribuímos ao *amicus curiae*. Com a revolução do sistema internacional de direitos, oriunda do fortalecimento da comunidade global em face dos horrores da guerra, em prol dos direitos humanos – e com o desenvolvimento dos chamados direitos de segunda e terceira geração – o instituto passou a constar do ordenamento jurídico de diversas nações democráticas do Ocidente, instrumentalizando as Constituições politicamente.²⁹ Assim, no âmbito do Direito internacional, organismos de defesa dos direitos humanos passaram a participar ativamente de processos envolvendo violação destes direitos, na condição de *amici curiae*. Portanto, após longa evolução,

²⁸PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del: *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p. 25.

²⁹ “As Constituições do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, já podem ser consideradas 'políticas'. Diante do pluralismo das sociedades contemporâneas, da necessidade de se defender o reconhecimento e a igualdade, o político é reabilitado nos estudos da teoria constitucional. Assim, a Constituição passa a ser vista como uma ordem integradora, que expressa valores e princípios, ressaltando-se o seu caráter dinâmico e 'politizando' o texto constitucional.” XIMENES, Julia Maurmann, op. cit., p. 120.

(...) podemos identificar algo que nos parece ser um atributo, fruto de uma tendência indissociável do instituto: a figura do *amicus curiae* é instrumento de participação em processos cuja questão debatida possua caráter, transcendência ou interesse público. Ou seja, ainda que se trate de lide individual, a transcendência do objeto para além das partes litigantes parece justificar a sua admissão.³⁰

Evidentemente, o instituto possui suas particularidades, variando de ordenamento para ordenamento. Nos Estados Unidos, por exemplo, a admissão do *amicus curiae* é aceita em praticamente quaisquer causas (independentemente da questão da transcendência temática), posto que no *common law* não há disciplina similar à intervenção de terceiros. Já em nosso ordenamento, de matiz romano-germânica, o *amicus curiae* acaba fazendo as vezes do terceiro, em posição similar a do assistente. Assim, o que realmente caracteriza o instituto é o problema da *relevância social da questão debatida*, passível de autorizar sua admissão.

Dada sua configuração moderna, o instituto consolidou-se como um importante instrumento de participação da sociedade em assuntos de seu interesse. Assim, sob a denominação “*amicus curiae*” verifica-se, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas de atuação: a primeira, quando o julgador vale-se de um terceiro como meio de prospecção de dados fáticos ou jurídicos, com vistas à melhor fundamentação da decisão – neste caso, a atuação do *amicus curiae* liga-se aos *poderes instrutórios* do juiz, sem confundir-se com a figura do perito ou da testemunha, posto que sua manifestação é livre e não se restringe ao fato – e, a segunda, *de consideráveis implicações democráticas*, refere-se a sua participação voluntária em questões de transcendência coletiva: “nesse caso, sua atuação constitui verdadeira hipótese de intervenção de terceiro, também em benefício da corte, mas como forma de participação na administração da justiça em casos de interesse coletivo (em sentido amplíssimo).”³¹

Em nosso ordenamento, o *amicus curiae* enseja divergências doutrinárias quanto a sua natureza jurídica. Isso ocorre devido às modalidades de intervenção do instituto aqui disciplinadas. Quando analisado sob a hipótese da intervenção voluntária, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, a doutrina afirma tratar-se de intervenção de terceiro; quando analisadas sob as hipóteses de intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo, a

³⁰PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del: *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.*, op. cit., p. 30.

³¹ Idem, p. 53.

doutrina o trata como mero auxiliar do juízo. Tal divergência está ligada àquelas manifestações gerais do *amicus curiae*, comentadas no parágrafo anterior: este pode adentrar na lide como instrumento de informação do juiz ou participar ativamente em questões de interesse social.

A despeito do significado das inovações procedimentais que instituíram aquelas modalidades de *amici curiae*, sua importância restringe-se ao aspecto técnico-processual, isto é, a CVM, o CADE e o INPI apenas munem o juiz de informações mais precisas, que balizarão sua decisão.

Não é esta, entretanto, a modalidade que nos interessa explorar neste artigo. A atuação do *amicus curiae* como meio de participação democrática, atuando como *intérprete da Constituição* e como *porta-voz de demandas várias da sociedade civil*, só ocorreria quando o legislador brasileiro admitiu o *amicus curiae* no âmbito do controle de constitucionalidade, abrindo portas para que também se pudesse pensar esta figura até mesmo para além da jurisdição constitucional.

Como sabemos, a controle judicial da constitucionalidade das leis, embora não totalmente difundida pelos diversos Estados democráticos, constitui uma inovação jurisdicional considerável no âmbito das democracias modernas. A preservação do texto constitucional contra as contingências e ingerências políticas passageiras, bem como o reconhecimento de um núcleo intocável de direitos – chamados de “fundamentais” e “humanos” – lançou, por assim dizer, as bases de um desenvolvimento “autossustentável” da democracia. Este zelo pelo texto constitucional e, sobretudo, pelo seu núcleo fundamental, permite que a democracia constantemente se recrie e se aprofunde.

Häberle já havia apontado para o fato de que a ampliação da participação não se dá apenas com a legitimação de novos entes para a propositura de ações, mas também nos meios de informação dos juízes e do enriquecimento do processo: “Há, portanto, ingente necessidade de prover o juiz constitucional de informações, possibilitando-lhe a análise mais realista e concreta do alcance da norma impugnada e dos reflexos que a decisão acarretará.”³²

Em função do exposto, a legitimidade do controle da constitucionalidade é ampliada, especialmente se considerarmos que, no Brasil, tem ocorrido um fortalecimento do controle concentrado em detrimento do difuso o que, a princípio, poderia representar um retrocesso. De fato, a vantagem do controle difuso é que este se dá caso a caso, com a

³² Idem, p. 76

participação das partes e dos juízes, numa progressiva construção jurisprudencial baseada em erros e acertos. A desvantagem do controle concentrado estaria em seu círculo restrito de intérpretes. É precisamente aqui que se evidencia a importância do *amicus curiae*: ampliar o rol de intérpretes qualificados, retirando dos ombros dos juízes o processo de fundamentação de decisões que potencialmente teriam ampla ressonância social.

O controle concentrado de constitucionalidade possui um caráter objetivo e é realizado *in abstractu*, isto é, ali não cabe a defesa de interesses subjetivos dos legitimados para sua propositura e presta-se à verificação em tese da conformidade da norma em questão com a Constituição Federal. Não há dúvidas que a proibição, no *judicial review*, da intromissão de interesses mais amplos, acarreta um *minus* de legitimidade. Em contraste com os princípios democráticos e participativos que emanam da Constituição, esta restrição soa como um contrassenso à ideia de uma sociedade aberta de intérpretes. O próprio sentido do controle abstrato não se resume a uma mera aferição da legitimidade da lei perante o texto constitucional, mas envolve um plexo de elementos jurídicos e também fáticos que só podem ser considerados quando trazidos ao processo mediante a participação de determinados atores sociais.

Por tais razões que, em 1997, o então Advogado-Geral da União, hoje ministro do STF, Gilmar Mendes Ferreira, apresentou um projeto de lei – no mesmo ano da publicação de sua tradução da célebre obra de Peter Häberle sobre a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição – com vistas à regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, nas quais se prevê a manifestação de diferentes atores, órgãos e entidades, pessoas físicas e jurídicas, da sociedade civil, tanto por via de requisição judicial quanto pela vontade do próprio interveniente. Tal projeto concretizou-se na Lei 9.868/99.

O art. 7º, § 2º da referida lei dispõe que “o relator, considerando a relevância da matéria e representatividade dos postulantes, poderá, por despacho, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Neste parágrafo fica expressa a intenção do legislador ao atribuir um *status activus* àqueles que, voluntariamente, desde que cumpridos alguns pré-requisitos, desejem participar do processo. O legislador dispõe que a manifestação não é ampla e irrestrita, mas somente para “*outros órgãos ou entidades*”, devendo-se com isso entender que “a porta somente estará aberta” desde que estejam presentes os requisitos exigidos expressamente, que são a *relevância da*

*matéria e a representatividade do postulante*³³. Para os demais casos – professores, juristas, ONGs, etc. – a entrada não está fechada, mas é essencial o convite do magistrado. O § 1º do art. 9º trata destes casos, ao possibilitar ao relator, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, requisitar “informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, *ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*” Quanto à Ação Declaratória de Constitucionalidade, tanto o já mencionado art. 7º, §2º como o art. 20, §§ 1º e 2º possibilitam uma abertura pluralista do procedimento, prevendo a manifestação de um terceiro especial – o *amicus curiae* – igualmente nas espécies *voluntária* ou *por requisição do relator*. Por fim, no processo de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, as mesmas formas estão previstas, respectivamente, no art. 6º, §§ 1º e 2º.³⁴

A Lei 9.868/99 é especialmente importante, pois se trata do primeiro registro do instituto “em um texto legal (ainda que não com esta denominação) com características próprias, constituindo-se em figura autônoma, distinta daquela da simples intervenção de terceiros e da assistência tradicionais no âmbito do processo civil”.³⁵ Logo – eis uma característica marcante do *amicus curiae* –, seu interesse como “terceiro” não é processual (“interesse de ação”), e sim de ordem material.

Já a primeira manifestação literal do instituto aparece somente em 2004, na Resolução nº 390 do Conselho de Justiça Federal, que em seu art. 23, § 1º, dispõe que as partes poderão apresentar memoriais, realizar sustentação oral, o mesmo se permitindo para eventuais interessados, entidades, ONGs, etc., na “função de *amicus curiae*”. Por fim, é importante ainda mencionar a participação do *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/01 –, que prevê a intervenção deste terceiro especial para os casos de *pedido de uniformização de interpretação de lei federal* (art. 14.) e de *recurso extraordinário* (art. 15.), nos julgamentos realizados nos âmbitos desses juizados.

³³ *Idem*, p. 85.

³⁴ Vale lembrar que no controle difuso de constitucionalidade, é possível também a manifestação do *amicus curiae*, conforme redação do art. 482, §§ 1º a 3º do CPC. “Como se pode observar, a lei criou o mesmo mecanismo de intervenção de terceiros para o controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Trata, porém, aparentemente de forma diversa a questão da iniciativa da manifestação, conquanto certamente imbuída do mesmo propósito inspirador: a implementação de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*”. PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del.: *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. op. cit., p. 97.

³⁵ LEAL, Mônica Clarissa Hennig: “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño”, op. cit., p. 296.

Enfim, com tais dispositivos, a lei avança significativamente, não apenas ao ampliar o rol de intérpretes da Constituição, mas construindo um canal direto de comunicação entre setores relevantes da sociedade civil e a corte. Nestas verdadeiras esferas públicas que se constituem, com o amparo da lei, o magistrado é impelido a acatar o produto dos fatos e argumentos que se digladiam nesta nova arena, valendo-se dele como fundamento *racional* – isto é, *intersubjetivamente* elaborado – para sua decisão. Em suma, as regras inscritas nos dispositivos legais mencionados e que legitimam a intervenção processual do *amicus curiae* “têm por objeto pluralizar o debate constitucional, contribuindo, como se disse, para a democratização da atividade jurisdicional e para a consolidação da própria democracia”.³⁶

Dado seu potencial democratizante, para além da mera interpretação da Constituição, é importante apontar outras hipóteses que poderiam ser compreendidas como manifestações do *amicus curiae*. Del Prá cita a presença do *amicus curiae* na intervenção da União Federal na forma e nas causas de que trata o art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97. Cita, ainda, a hipótese de intervenção dos Presidentes dos Conselhos ou das Subseções da OAB nos processos em que sejam ofendidos seus inscritos, conforme a Lei 8.906/94 – EAOAB, art. 49, parágrafo único.

Analisamos o papel de intérprete do *amicus curiae* no tocante à salvaguarda dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e também algumas outras situações em que esta figura é admitida. Sua finalidade precípua, portanto, é pluralizar o debate constitucional. Considerando, entretanto, os reais benefícios trazidos pela atuação direta dos cidadãos nos assuntos que lhe dizem respeito – lembrando que, nas palavras de Habermas, nas democracias o cidadão é autor e destinatário de suas normas – por que não pensar na atuação do *amicus curiae* também naquelas questões em que, embora não relacionadas a direitos fundamentais, refiram-se à administração dos assuntos comuns à sociedade, isto é, relevantes socialmente? Por que restringir a manifestação do *amicus curiae* no âmbito da jurisdição constitucional? Por que não admitir esta figura *sempre que houver relevância social e coletiva*?

Trata-se aqui, conforme exposto em toda a discussão teórica empenhada na primeira parte deste trabalho, da questão da ampliação do acesso à justiça; do aprofundamento da participação democrática não mais restrita ao ato do voto; da multiplicação de canais

³⁶Idem, p. 300.

discursivos entre sociedade civil e o núcleo do poder tripartite; do próprio questionamento de soluções aparentemente progressistas – como o chamado “ativismo judicial” – que, na verdade, segundo nossa opinião, apenas obstruem possibilidades legítimas de participação popular nos rumos da democracia por ela mesma engendrada. Principalmente no tocante à atividade jurisdicional de relevância social, tantas são as situações em que esta relevância está presente, tão complexas por vezes as questões ali envolvidas, que nos parece, na verdade, anacrônico apelar à sabedoria de magistrados que, munidos de uma tábua de valores *supostamente* representativa da comunidade, fazem valer decisões *supostamente* acordes com estes valores. Não vivemos, contudo, numa comunidade homogênea, e sim numa sociedade pluralista, hipercomplexa e mutável. “Nesse sentido, o poder judicial deixa de ser um instrumento apenas do Estado, passando a ser, também, da sociedade, o que acarreta uma *politização* do Direito.”³⁷ Daí a defesa que aqui fazemos destas novas formas de participação, da qual o *amicus curiæ* é apenas uma de suas possibilidades.

Sumarizando, a função do *amicus curiæ*, no ordenamento brasileiro, é tipicamente desvinculada das partes, não participando de sua defesa direta, embora possa fazê-la indiretamente por conta da defesa de seu interesse legítimo, que é público, ao atuar em benefício da corte. Por esta razão, não se deve confundir o instituto com a função assumida pelo *assistente*, que age direta e interessadamente na defesa de uma das partes. Quando age por requisição judicial, ou seja, compulsoriamente, o *amicus curiæ* atua como um *auxiliar do juízo*. Quanto a sua natureza jurídica, pode-se concluir que, agindo voluntariamente, o *amicus curiæ* opera como uma forma especial de *intervenção de terceiro*. No caso de requisição judicial, estamos diante de um caso comum de auxílio de juízo. Dentro deste último caso, conforme nossa análise, enquadram-se aquelas intervenções efetuadas no *exercício do poder de polícia* (CVM, CADE e INPI).

Assim, como expressão do princípio democrático, o instituto do *amicus curiæ* tem paulatinamente relativizado, conforme se observa na evolução de seu *status* legal, o princípio processual da singularidade, que confere um caráter fechado ao processo, restrito às partes. Diante do direito cada vez mais incontornável de participação na administração da justiça, especialmente quando há *relevância social do objeto da lide*, destaca-se a legitimidade ampliada da intervenção deste terceiro, que é o *amicus curiæ*, com fundamento no art. 341. do CPC. Este artigo dispõe que “compete ao terceiro, *em relação a qualquer pleito*”,

³⁷ XIMENES, Julia Maurmann, op. cit., p. 128

“informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento” e “exibir coisa ou documento que esteja em seu poder”. Além da ampliação do rol de intérpretes do Direito, a possibilidade de manifestação do *amicus curiae*, sem autorização expressa, pode atenuar algumas tendências antidemocratizantes de nossas cortes, não apenas no tocante a um ativismo judicial fundamentado em convicções éticas de um juiz particular, mas também, por exemplo, no procedimento de sumulação das decisões do STF, com efeito vinculante. Havendo relevância social do objeto da lide e desvinculação do terceiro dos interesses de qualquer uma das partes, por que não permitir a manifestação do *amicus curiae*?³⁸

A nosso ver, o instituto do *amicus curiae*, apesar de antigo, tem se transformado e se adequando às exigências de uma sociedade inevitavelmente pluralista e complexa, constituindo um instrumento importante de aprofundamento democrático e de ponderação. As sociedades e os valores individuais, na atualidade, tornaram-se complexos demais, impondo aos operadores do Direito a necessidade de se abrir mão de pontos de vista personalistas para poder, como atualmente se diz, “pensar em rede”. Isto envolve simultaneamente capacidade de despreendimento de preconceitos e talento para articulação visões de mundo conflituosas e, por vezes, inconciliáveis, em nome não apenas da coesão social, cada vez mais tomada por forças “centrífugas” e dissolutivas, mas da própria unidade da Constituição, que nada mais faz que refletir a unidade da própria sociedade.

4. Considerações Finais

John Rawls, um dos maiores juristas e teóricos da democracia do séc. XX, direcionou toda sua vasta produção intelectual em torno da seguinte questão: “Como é possível uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?” Em outras palavras, como pode a sociedade permanecer coesa a despeito de sua diversidade?

A pergunta é atualíssima e reflete bem a questão do pluralismo, já evidente nas sociedades europeias e norte-americanas desde os anos 70. As manifestações estudantis, feministas e culturais, cujas demandas, em boa parte, já se tornaram direitos e se incorporaram ao rol das conquistas civilizatórias do nosso tempo, retratam bem aqueles anos. Mas o mundo social não deixou de ser complexo para se tornar um cenário de consensos

³⁸ É claro que não defendemos aqui uma intervenção descriteriosa, de má-fé, que poderia tumultuar o processo. Sua manifestação deve estar sempre ligada àqueles critérios que mencionamos exaustivamente aqui.

harmoniosos; pelo contrário, desde então, a sociedade adentrou numa espiral pluralista, em que as demandas por mais reconhecimento e mais participação são parte do cotidiano de qualquer nação minimamente democrática.

Um mundo hipercomplexo, interligado, no bojo de enormes transformações tecnológicas e comunicativas, onde espaço e tempo se comprimem e culturas distintas se confrontam: eis a sociedade “profundamente dividida” não apenas por visões de mundo, crenças e valores “razoáveis”, mas também por anacronismos e obscurantismos. Como garantir uma sociedade simultaneamente justa, coesa e democrática?

O Direito precisa equacionar estas questões e este trabalho foi uma modesta tentativa de colaborar na discussão deste dilema. O constitucionalismo contemporâneo tornou-se, em função das enormes exigências que se depositam sobre as Constituições – naquelas nações genuinamente comprometidas com um projeto inclusivo e democrático – um campo de intensos debates interdisciplinares. Não há como o Direito valer-se por si só, como nos tempos do jusnaturalismo e do positivismo, dispensando a contribuição de outras disciplinas. Hoje os pensadores e operadores do Direito precisam conhecer o meio em que vivem, palco de profundas transformações políticas e sociais. A fundamentação do Direito, por sua vez, requer uma intensa contribuição da filosofia moral, que hoje tem de lidar com o dilema do *universalismo* (que supostamente deve se concretizar nas normas, enquanto vontade popular) versus *particularismo*, expressos nos diversos valores, crenças e visões de mundo, nem sempre conciliáveis, que constituem o tecido social.

Não por acaso, portanto, que utilizamos aqui, como pilares teóricos para a análise posteriormente feita do instituto do *amicus curiae*, dois autores profundamente ligados ao problema do papel do Direito e sua relação com as democracias pluralistas. Não há como tratar de questões envolvendo o binômio Direito e Democracia sem um suporte teórico multidisciplinar. Com isso, evitam-se lugares-comuns, idealizações e maniqueísmos, que apenas contrapõem uma posição teórica qualquer ao seu oposto, como se observa facilmente no debate entre liberais e comunitaristas, e entre ativismo judicial e legislativo. A resposta para estas contendas não está simplesmente em tomar partido de uma ou outra posição.

De Habermas, em nossa brevíssima abordagem, pretendemos demonstrar como, a partir de um conceito imanente de emancipação, logrou-se desenvolver tanto uma teoria da complexidade social de uma sociedade cingida em sistema e mundo da vida, quanto uma teoria do direito e da democracia, tratadas como instituições co-originárias.

Desde a sua *Teoria da Ação Comunicativa*, de 1981, a emancipação passa a ser compreendida em sua relação com os potenciais comunicativos liberados no longo processo

de transformação social desencadeado pela modernidade. O ocaso das tradições e da centralidade do sagrado, paulatinamente fez brotar uma concepção descentrada de mundo, com âmbitos de ação e razão justificadas em termos próprios. A partir de então, a reprodução do saber teórico, das normas sociais e das manifestações estético-expressivas passam a justificar-se mediante processos reflexivos e críticos racionalmente levados a cabo por todos os concernidos. O próprio Direito, em sua evolução, deixa de justificar-se na vontade imutável de Deus, manifesta na ordem do mundo – como no Direito natural –, para forjar-se numa moralidade discursiva, cotidianamente construída na base dos melhores argumentos. A categoria central do Direito deixa de ser “ordem” para ser “consenso”, racionalmente motivado por aqueles que o criam, e não mais o recebem pronto do céu. Assim, desde *Facticidade e Validade (Democracia e Direito)* de 1992, Habermas trabalha com uma concepção discursiva e “dessubstanciada” de emancipação, que extrai seu “núcleo normativo” da pretensão de uma “auto-organização democrática da sociedade”. Tal ideia pressupõe que os procedimentos democráticos que geram mais e mais democracia só podem estar plenamente justificados pela participação discursiva e intersubjetiva de todos os implicados. Disso surge a ideia de que direito e democracia, na modernidade avançada, são co-origenários; vale dizer, um Direito sem participação popular é apenas instrumento de ordem do sistema, e uma democracia não sustentada pelo direito intersubjetivamente legitimado não pode perdurar, reproduzir-se. Para que este círculo virtuoso opere, é fundamental a multiplicação de canais comunicativos institucionalizados entre a sociedade civil e o núcleo do poder tripartite, de modo que as melhores razões em torno de demandas sensíveis por reconhecimento, que brotam no seio da sociedade, imponham-se pela “violência pacífica” dos melhores argumentos. Só assim, num mundo complexo e plural, é possível manter a sociedade tolerante, inclusiva e coesa. O Direito desponta, neste quadro, como a principal instituição mediadora deste processo, no qual as Constituições democráticas representam seu o ápice, por articularem direitos humanos e soberania popular.

Peter Häberle, como discípulo de Konrad Hesse, preocupa-se com a manutenção da “força normativa” da Constituição num mundo plural, onde o contexto tende a se sobrepor ao texto. Como pode a Constituição manter-se una, normatizadora, integrativa e representativa – isto é, não decair a um mero “pedaço de papel” (Lassalle) – num contexto social pluralista, instável, sob constante mutação? A força do texto, para Häberle, só pode conservar-se se o universo daqueles que o interpretam ampliar-se, para abarcar, sobretudo, aqueles que o constituíram: os cidadãos. Para Häberle, o texto constitucional só adquire vida quando interpretado, e essa interpretação não pode circunscrever-se a um círculo limitado de técnicos

hermeneutas supostamente capacitados para extrair do texto sua “verdade”, apenas por estarem investidos de tais competências. A “verdade do texto” é produzida por aqueles que o interpretam, e a Constituição será tão mais viva quanto mais amplo for o acesso e o número de cidadãos dispostos a apresentar suas razões perante a norma. Häberle não tece uma teoria social da democracia nem se preocupa em identificar o papel de Direito em relação ao mundo, apenas afirma que só possível extrair do texto constitucional direitos – portanto, só é possível mantê-lo vivo, normativamente forte – se os cidadãos participarem ativamente não apenas da sua formação, mas de sua interpretação, isto é, exercerem um *status activus processualis*. Daí seu revolucionário conceito de uma “sociedade aberta de intérpretes” da Constituição.

Em suma, tanto Habermas quanto Häberle trabalham com uma perspectiva de Estado Democrático de Direito essencialmente participativo, jamais justificado apenas enquanto uma “supremacia do povo” (*Herrschaft des Volkes*) estática, mas sobretudo enquanto uma “democracia pelo povo” (*Demokratie durch das Volk*) participativa.

Qual o significado heurístico do instituto do *amicus curiae*, dentro desta concepção inclusiva e ativa de democracia, cotidianamente gerada? Como vimos, o *amicus curiae* é uma forma especial de intervenção de terceiro no processo que, por não atuar em defesa ou auxílio de qualquer das partes, mas em benefício da corte e, sobretudo, em nome de um interesse público, nada mais faz que ressoar a vontade popular, naqueles assuntos de relevância social, possibilitando-a exercer sua soberania, de maneira racional, discursiva e intersubjetiva. Sua manifestação na corte visa enriquecer o processo com pontos de vista e argumentos que poderiam estar ausentes, dada a rigidez com que o processo historicamente se formalizou. Em síntese, é a mitigação do *princípio processual da singularidade* em nome do *princípio democrático*, plenamente justificado em face da Constituição naqueles casos, como já apontados, de relevância social e coletiva, no contexto de uma sociedade pluralista.

Finalizando, parece que a resposta ao mote de Rawls permanece em aberto e por muitos anos ainda se configurará no grande desafio das democracias constitucionais. Entretanto, se o pluralismo multiplica tensões e inseguranças quanto ao futuro das sociedades, ele mesmo parece indicar os caminhos concretos pelo qual a democracia é cotidianamente recriada. E, ao que a experiência histórica indica, sempre que as democracias titubearam face ao projeto de modernidade inclusiva que as originou, regrediram para formas abertas ou mascaradas de autoritarismo. A democracia, como a própria modernidade, “é um projeto inacabado”, segundo Habermas. Por isso, a sina da democracia é que ela só pode sobreviver com mais democracia.

Bibliografia

- BARROSO, Luis Roberto: “A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo”, in SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009
- BUNCHAFT, Maria Eugênia: “A Filosofia Política do Reconhecimento”, in SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa: “Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: o Procedimentalismo”, in SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009
- HÄBERLE, Peter: *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1997
- HABERMAS, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band I und II, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1995
- _____ *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998
- LEAL, Rogério Gesta: *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig: *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007
- _____ “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el Derecho brasileño” *Estudios Constitucionales*, Año 8, No 1, 2010, pp. 283 – 304
- LEITE, Roberto Basilone: *A Chave da Teoria do Direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2008
- NEVES, Marcelo: *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, Marzins Fontes, São Paulo, 2008
- PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues del: *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba, Juruá Editora, 2008
- SARMENTO, Daniel: “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades” in SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009
- SILVA, Virgílio Afonso da, e MENDES, Conrado Hübner: “Habermas e a Jurisdição Constitucional” in TERRA, Ricardo e NOBRE, Marcos (orgs.): *Direito e Democracia: um guia de leitura*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008
- XIMENES, Julia Maurmann: “O Supremo Tribunal Federal e a Cidadania à Luz da Influência Comunitarista”, *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), Jan-Jun 2010, P. 119-142.