



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ANA CAROLINA SILVEIRA BUZINGNANI

**A ÉTICA DO DISCURSO E A AUDIÊNCIA PÚBLICA:
LEGITIMAÇÃO DA NORMA JURISDICIONAL**

Londrina
2011

ANA CAROLINA SILVEIRA BUZINGNANI

**A ÉTICA DO DISCURSO E A AUDIÊNCIA PÚBLICA:
LEGITIMAÇÃO DA NORMA JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia

Londrina
2011

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

B992e	<p>Buzingnani, Ana Carolina Silveira. A ética do discurso e a audiência pública: legitimação da norma jurisdicional / Ana Carolina Silveira Buzingnani. – Londrina, 2011. 147 f.</p> <p>Orientador: Bianco Zalmora Garcia. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós- Graduação em Direito Negocial, 2011 Inclui bibliografia</p> <p>1. Direito processual – Teses. 2. Audiência de instrução e julgamento – Teses. 3. Legitimidade – Teses. 4. Poder judiciário – Discursos, ensaios, conferências – Teses. 5. Ética discursiva – Teses. 6. Democracia – Teses. I. Garcia, Bianco Zalmora. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU 343.02</p>
-------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ANA CAROLINA SILVEIRA BUZINGNANI

**A ÉTICA DO DISCURSO E A AUDIÊNCIA PÚBLICA: LEGITIMAÇÃO
DA NORMA JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia
UEL – Londrina – PR

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho
UEL – Londrina – PR

Prof. Dr. Marcos Vinício Chein Feres
UFJF – Juiz de Fora – MG

Londrina, 16 de dezembro de 2011

Dedico aos amores da minha vida: Maria Luísa
e Enrico.

AGRADECIMENTOS

A Bianco Zalmora Garcia, meu orientador, por não se limitar a esta nomenclatura, por respeitar minhas opiniões, por sua dedicação, paciência, apoio e confiança no meu trabalho.

A Wilian Zandrini Buzingnani pelo amor e compreensão, por tudo que faz e representa para mim.

Aos meus filhos, Maria Luísa e Enrico, pelo amor ingênuo e incondicional, por me proporcionarem alegria, colaborando para minha felicidade.

A minha família que apesar da distancia, mantenho viva a presença de todos no meu coração.

Aos amigos, colegas, funcionários e professores da Universidade Estadual de Londrina que conviveram comigo durante essa fase especial da minha vida, especialmente ao Francisco, pelo carinho e amizade.

As palavras têm a leveza do vento e a força da
tempestade.

(Victor Hugo)

BUZINGNANI, Ana Carolina Silveira. **A Ética do Discurso e a Audiência Pública: legitimação da norma jurisdicional.** 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o recurso da convocação da Audiência Pública com a inclusão do instituto do *Amicus Curiae* como instrumentos de participação e legitimação democrática na produção de normas. Para alcançar tal objetivo reconhece-se a Audiência Pública como esfera pública sob o enfoque de Jürgen Habermas e o *Amicus Curiae* como representante de parte da sociedade e um dos interpretes constitucionais propostos por Peter Haberle junto ao Poder Judiciário. Contextualiza-se sob o enfoque habermasiano o agir comunicativo que ocorre na relação processual formada na Audiência Pública, abordando dentro da concepção pragmática austiniana universal os atos elementares de fala apresentados na comunicação mediada pela linguagem, bem como as pretensões de validade observadas na interação participativa. Defende-se, por fim, que a participação efetiva do *Amicus Curiae* como meio de legitimar os provimentos jurisdicionais não se concretiza somente pelo fato de representar uma parcela da sociedade atingida pela norma a ser criada, mas também por constituir a Audiência Pública uma esfera de debate público e, principalmente, por fazer parte de um processo de criação baseado na forma ético discursiva.

Palavras-chave: Democracia. Legitimidade. Ética discursiva. Audiência pública. *Amicus curiae*.

BUZINGNANI, Ana Carolina Silveira. **The Discursive Ethics and the Public Audience:** legitimation of the jurisdictional norm. 2011. 147 p. Dissertation (Masters Degree Program in Negocial Law) – Londrina State University, Londrina.

ABSTRACT

This paper aims to present the appeal of the Public Audience convocation with the inclusion of the Amicus Curiae as instrument of participation and democratic legitimacy in the production of norms. To reach this goal the Public Audience is recognized as a public sphere in the Jurgen Habermas' approach and the Amicus Curiae as a representative part of society and one of the constitutional interpreters proposed by Peter Haberle within the Judiciary. It contextualizes under the habermasian focus on communicative action that occurs in the procedural relationships formed at the Public Audience, addressing within the austinian universal pragmatic conception the elementary speech acts presented in communication mediated through language, as well as the validity claims observed on participative interaction. It is argued, finally, that the effective participation of Amicus Curiae as a means of legitimizing the jurisdictional provisions is not realized only by the fact that it represents a portion of society affected by the norm to be created, but also for the Public Audience being a sphere of public debate, and especially, to be part of a creation process based on discursive ethics.

Key Words: Democracy. Legitimacy. Discursive ethics. Public audience. Amicus curiae

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SOBERANIA DO POVO COMO PROCESSO	13
1.1 O ESTADO E AS CONCEPÇÕES CONTRATUALISTA	14
1.2 O ESTADO E O DESENVOLVIMENTO DA CONSOLIDAÇÃO DO PODER	20
1.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	33
1.4 DIREITO E SOBERANIA DO POVO SOB O ENFOQUE HABERMASIANO.....	42
1.5 ATIVISMO JUDICIÁRIO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	52
2 LEGITIMIDADE DO DIREITO NA ÉTICA DO DISCURSO DE HABERMAS	59
2.1 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A RACIONALIDADE	59
2.2 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	62
2.3 PRESSUPOSTOS NORMATIVOS DOS ATOS DE FALA	65
2.4 ÉTICA DO DISCURSO, CONSENSO, PRINCÍPIOS	69
2.5 FUNDAMENTAÇÃO DA ÉTICA DO DISCURSO - PRINCÍPIO U	70
2.6 ÉTICA DO DISCURSO, SITUAÇÃO IDEAL DE FALA, PRINCÍPIO DO DISCURSO	76
2.7 FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO - DA DEDUÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA	82
2.8 LEGITIMIDADE NO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	88
3 AUDIÊNCIA PÚBLICA E A ÉTICA DO DISCURSO – DEMOCRACIA DELIBERATIVA-PARTICIPATIVA-DIRETA	95
3.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: ORIGENS E PREVISÃO NORMATIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	95
3.2 AMICUS CURIAE-INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO	101
3.2.1 Origens, Previsão Normativa e Hipóteses de Incidência.....	101
3.2.2 Natureza Jurídica e Legitimidade	106
3.2.3 Momento Processual e Poderes Processuais	115
3.3 O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO — VOZES DA SOCIEDADE	121

3.4	AUDIÊNCIA PÚBLICA: ESFERA PÚBLICA DE DELIBERAÇÃO - E AMICUS CURIAE: INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA POPULAR	127
3.5	AUDIÊNCIA PÚBLICA E A ÉTICA DO DISCURSO – DEMOCRACIA DELIBERATIVA- PARTICIPATIVA-DIRETA - LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA NORMA JURISDICIONAL	132
4	CONCLUSÕES	138
	REFERÊNCIAS	142

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal diante de questões de significativa relevância e complexidade na matéria destaca situação de extrema fragilidade do poder judiciário por não possuir a racionalidade suficiente para abordar e solucionar casos complexos sem o auxílio de terceiros conhecedores das áreas interligadas ao tema debatido, se integrando, assim, adequadamente aos aspectos políticos-sociais-econômicos que norteiam a causa litigada, possibilitando evitar incongruências no mundo jurídico. Com a regulamentação das audiências públicas pela Emenda 29 do Regimento Interno da Corte, publicada em 20 de fevereiro de 2009, consolidou-se a necessidade da intervenção da sociedade civil na figura do *Amicus Curiae*, cujo instituto abre espaço para a manifestação pública realizada por entes ou órgãos admitidos e habilitados no processo como informantes e, ainda, permite a participação de qualquer cidadão com o envio de documentos referentes ao assunto, possibilitando desta forma, com base no agir comunicativo, uma convergência entre dois domínios de integração social – sistêmico e mundo vivido - com intuito de se alcançar uma solução mais justa a casos complexos e de interesse público.

Por um lado há o direito jurídico que se transforma em legislação implícita, colocando em risco a racionalidade do exercício do direito e a legitimação do poder judiciário. Por outro há a presença de „terceiros intervenientes“ que podem contribuir para a formação da norma trazendo para junto do conhecimento dos magistrados os verdadeiros anseios da sociedade.

Nessa seara surge o questionamento de como se verifica a legitimidade da norma jurisdicional, uma vez que os membros que compõem a Corte não foram eleitos democraticamente, portanto, não representam, adequadamente, a vontade do povo. Indaga-se também por qual modo a democracia pode ser auferida na sua forma mais próxima do ideal proposto por Jürgen Habermas.

Para dar conta de responder essas questões o presente estudo propõe analisar o processo de relação que se forma nas Audiências Públicas, através da ação comunicativa, entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos ou entes manifestantes e representantes da opinião pública que são admitidos no processo na figura do *amicus curiae* e a analisar a possibilidade de se obter a partir desta interação entre o mundo da vida e o sistema jurídico a democratização da norma jurídica jurisdicional, tendo como referencial teórico o pensamento de Jürgen

Habermas, principalmente com relação a tese da ética do discurso, sua abordagem sobre os atos de linguagem e os conceitos de poder, soberania e democracia.

Tal proposta se insere em um movimento contemporâneo da teoria da filosofia do direito, comprometidos com idéias de renovação em busca de novo paradigma, qual seja o da comunicação como meio de se atingir o entendimento mútuo em busca de um consenso com base no melhor argumento. O processo de legitimação do direito defendido por Jürgen Habermas requer a participação de sujeitos autônomos e com condições igualitárias para que possam atribuir direitos fundamentais que irão regular suas próprias convivências dentro da comunidade. O direito só pode se estabelecer como legítimo se for concebido dentro de condições de igualdade e liberdade de comunicação, isto é, o sujeito deve ter acesso as informações para que possa de forma racional avaliar e interpretar os argumentos como também de questionar e contra-argumentar a fim de encontrar juntamente com os demais participantes uma escolha que seja de comum acordo, a melhor escolha naquele momento para todos que „vivenciam“ a norma.

O *Amicus Curiae* atuando de forma participativa junto ao judiciário representa, de forma direta e de certo modo, a opinião pública, uma vez que expõe a realidade e os anseios da sociedade e, assim, influencia efetivamente na interpretação da norma a ser concebida. Enquanto agir comunicativo, fundamentando-se na teoria do discurso de Habermas, essa participação direta dos cidadãos em procedimentos de deliberação implementados no interior do sistema judiciário possibilita a legitimidade da norma jurídica jurisdicional produzida.

Em Habermas a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação, e esta busca sua justificativa no princípio da soberania do povo. Para ele direitos subjetivos e soberania do povo devem se pressupor mutuamente no processo de formação de norma.

Seguindo este pensamento, entende-se que o estado de direito é condição, requisito primário para que se alcance a soberania popular que se almeja, sendo que o Estado de direito tinha como premissa controlar o poder, protegendo e garantindo os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, já o Estado democrático de direito pretende superar as estruturas sócio-políticas que deixaram a desejar no antigo regime, tendo como escopo principal a incorporação de instrumentos que permitissem o acesso do povo à participação no exercício do poder.

Para a fundamentação dos princípios do estado de direito, é necessário uma reconstrução intersubjetiva da soberania popular com base na teoria do discurso. Para Habermas a soberania não está concentrada em um único sujeito, mas sim dispersa na esfera pública e de vontade, na qual se forma o agir comunicativo.

O presente trabalho busca partir do estudo da teoria geral do Estado, da filosofia político-jurídica e do direito processual constitucional sem, contudo, exaurir todas as suas idéias, mas apenas trazer elementos correlacionados com o desenvolvimento do pensamento habermasiano com relação ao ideal de soberania e democracia. Portanto, o que se almeja é demonstrar que a idéia de democracia não pode ser mais concebida como simplesmente na prerrogativa eleitoral periódica. A democracia possui muito mais tentáculos de libertação do indivíduo. Ela está, sobretudo, na escolha racional e livre de cada um que e deve ter o mesmo peso de decisão. A legitimidade do consenso sobre essas deliberações estão ancorados na concreta participação de cidadãos em debate realizado de forma livre sem qualquer tipo de coerção física ou moral e todos em iguais condições e capacidades para argumentar e contra-argumentar.

Com esses objetivos traçados, dividiu-se o trabalho em três partes. No primeiro capítulo realiza-se um levantamento histórico-evolutivo das concepções de Estado, registrando os principais aspectos das teorias jusnaturalista-contratualista, abordando as relações de poder no decorrer da evolução do Estado Democrático de Direito e, por fim, apresenta-se a concretização da Soberania popular no enfoque habermasiano, sem esquecer de pontuar o ativismo judicial que exerce, bem na verdade, muito mais do que pano de fundo para o debate proposto.

O segundo capítulo é dedicado a análise das teorias de Jürgen Habermas, sobretudo os aspectos da Teoria da Ação Comunicativa e da Ética do Discurso e sua concepção de legitimação democrática do direito, bem como o seu entendimento sobre o papel da Jurisdição Constitucional.

Por fim, no terceiro capítulo procura se desenvolver um paralelo entre as concepções habermasianas da Ética do Discurso e da legitimação do direito pela forma democrática deliberativa e o instituto da Audiência Pública ocorrido no Supremo Tribunal Federal com a presença da figura do Amicus Curiae como representante direto do povo influenciando na formação da norma jurisdicional.

1 ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SOBERANIA DO POVO COMO PROCESSO

A jurisdição constitucional realizada no Brasil decidiu sua concepção com a escolha do poder judiciário “à luz da experiência histórica”¹. Da mesma forma, Jürgen Habermas defende que “a história da teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito”².

Destarte, para poder entender todo o processo de construção da concepção de democracia que se pretende nesse trabalho, nesta primeira parte apresenta-se a concepção dos contratualistas sobre a origem e a legitimação do Estado e em seguida faz-se uma excursão sobre a evolução histórica política e social da sociedade contrapondo as concepções de Estado que foram se concretizando ao longo dos séculos, juntamente com a oscilação e consolidação do poder. Ao longo do texto ainda serão imprimidos os aspectos necessários na formação e concretização do Estado Social Democrático de Direito.

Também para alcançar o objetivo proposto na presente dissertação se fez necessário trazer no item 1.4 a abordagem de Jürgen Habermas sobre o nexo entre soberania e direitos humanos, tema este controverso na doutrina. Do mesmo modo, se mostrou essencial o estudo sobre o ativismo judiciário, uma vez que, sob o enfoque proposto, age em conjunto com as vozes da sociedade na formação da norma.

Estes aspectos teóricos e históricos formam a base para entender a evolução do ideário de democracia com base na soberania do povo proposto por Jürgen Habermas e que, no presente trabalho, é elemento chave para a compreensão da situação (ideal) que se pretende formar no âmbito da Audiência Pública.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 156.

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1. p. 128.

1.1 O ESTADO E AS CONCEPÇÕES CONTRATUALISTA

Estruturalmente entende-se que o Estado nasce quando ocorre a comunhão dos três elementos: população (homogênea), território (certo, irrestrito, inalienável) e governo (soberano). Contudo, antes desta concretização do Estado acontecer, existia uma composição de pessoas formando uma comunidade que seguiam regras gerais de comportamentos advindas do direito natural e que ao se fixar em um determinado território viu a necessidade de se organizarem social, política e juridicamente.

O nascimento do Estado é apresentado na tese contratualista como uma forma artificial criada pelo homem, tendo como estrutura básica o contrato social mediando a passagem do estado de natureza (estágio pré-político) para o estado civil (sociedade civil) e, assim, embasando, ao mesmo tempo, a origem do Estado e o fundamento do poder político.

O estado de natureza configura-se hipoteticamente como um conceito formulado pelos contratualistas (jusnaturalistas) com a finalidade de explicar e legitimar a criação e existência de um Estado Civil, ou seja, ele não existiu realmente ou historicamente, é uma “hipótese lógica negativa” usada para se contrapor a idéia de sociedade política organizada.

Dentre os contratualistas, Hobbes entende o estado de natureza como um meio selvagem, que está em constante estado de guerra, dominado pelas emoções e pelos mais fortes, o que gera, portanto, nos homens inseguranças e incertezas. Para melhor entendimento do pensamento do filósofo, colacionam-se alguns trechos esclarecedores da sua obra.

No estado de natureza, todos os homens têm desejo e vontade de ferir, mas que não procede da mesma causa [...]

Mas a razão mais freqüente por que os homens desejam ferir-se uns aos outros vem do fato de que muitos, ao mesmo tempo, têm um apetite pela mesma coisa; que, contudo, com muita freqüência eles não podem nem desfrutar em comum, nem dividir; do que se segue que o mais forte há de tê-la, e necessariamente se decide pela espada que é mais forte.

[...] não haverá como negar que o estado natural dos homens, antes de ingressarem na vida social, não passava de guerra, e esta não ser uma guerra qualquer, mas uma guerra de todos contra todos³.

³ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. (Coleção Clássica). p. 33-38.

Para Hobbes o homem é ambicioso, pensa somente na sua glória e prazer, invejando sempre o que é do outro, são indivíduos “isolados, não associados, embora associáveis, que atuam de fato seguindo não a razão (que permanece oculta ou impotente), mas as paixões, os instintos ou os interesses”⁴, sendo que as associações entre os homens, quando ocorrem, provém do medo recíproco de uns com os outros e não de boa vontade⁵.

Para Rousseau, por outro lado, no estado de natureza há uma simbiose do homem com a natureza, tanto com sua natureza interna quanto com a natureza externa. Sob essa perspectiva de pensamento afirma:

O homem nasce livre [...]

Essa liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em zelar pela própria conservação, seus primeiros cuidados são aqueles que se deve a si mesmo, e, assim que alcança a idade da razão, sendo o único juiz dos meios adequados para conservar-se, torna-se, por isso, senhor de si.⁶

“No estado de natureza, o homem não é livre (embora seja feliz), porque obedece não à lei, mas aos próprios instintos”⁷, contudo, com o passar do tempo o homem foi desenvolvendo algumas virtudes que o diferenciavam dos demais animais e lhe trouxeram benefícios, mas também lhe desgraçaram a vida, pois lhe tiraram da condição primitiva e de felicidade „perfeita”⁸, levando-o a potencializar e desenvolver sua inteligência, linguagem, enfim, aperfeiçoar-se o que gerou desigualdades e com ela as desavenças, a rivalidade e a violência.⁹

Já em Locke esse momento da sociedade é tido por ele como de paz relativa, uma vez que os homens, apesar do ambiente desordenado, têm ao menos um pouco de racionalidade, que limitam os impulsos selvagens e favorecem

⁴ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.p. 39.

⁵ HOBBS, op. cit., p. 32.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 22-23. (Os Pensadores, v. 6).

⁷ BOBBIO, op. cit.p. 71.

⁸ “Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui da natureza, ganha outras de igual monta: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que se os abusos dessa nova condição não o degradassem freqüentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez, de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem”. ROUSSEAU, op.cit., p. 36.

⁹ Ibidem, p. 80.

o discernimento do que cada homem pode desfrutar como garantias e direitos naturais (vida, liberdade e bens). Contudo, diante dos conflitos, inexistente uma força que impeça que estes desentendimentos gerassem uma guerra ou que imponha coerção, penas e o cumprimento das decisões¹⁰

Assim, o estado civil surge em decorrência das falhas do estado de natureza, é uma criação racional dos homens que por vontade própria e em conjunto estabelecem um pacto que servirá para passarem de um estágio selvagem para um estágio político social, como também serve como fundamento para legitimar a formação deste novo Estado. Todos os contratualistas se utilizam do objeto contrato social para demonstrar esta passagem, no entanto há diferença entre eles na concepção destes pactos.

Para Hobbes o pacto firmado entre os homens se dá “devido ao medo que sentimos uns dos outros” e, assim, “entendemos que convém nos livrarmos dessa condição”¹¹, transferindo seus poderes em favor de um terceiro (homem ou conselho), a fim de viver em segurança: “ a segurança é o fim pelo qual nos submetemos uns aos outros”¹².

[...] os homens não devem conservar o direito que têm, todos, a todas as coisas, e que alguns desses direitos devem ser transferidos ou renunciados.

[...]

Renuncia absolutamente a seu direito quem, por sinal suficiente ou símbolos adequados, manifesta a vontade de que deixe de ser lícito (lawful) ele fazer aquilo a que antes tinha direito. E transfere seu direito aquele que, por sinal suficiente ou símbolos adequados, declara a outro que é sua vontade que se torne ilícito ele resistir-lhe, naquilo que antes poderia resistir.¹³

Assim, para por fim a guerra, a insegurança e as incertezas da vida no Estado de natureza todos os homens transferem seus poderes para um terceiro não participe (o soberano – Leviatã), que em contrapartida fornece segurança para a preservação da vida. Deste modo, “o pacto social consiste num acordo para a constituição de um poder comum”¹⁴, defendendo, portanto, a monarquia como

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32-33

¹¹ HOBBS, op. cit., p. 39

¹² Ibidem, p. 117. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32-33.

¹³ Ibidem, p. 46-47.

¹⁴ BOBBIO, op. cit., p. 69.

melhor forma de governo, ou seja, “para Hobbes o poder é absoluto, indivisível e irresistível”¹⁵.

Devemos portanto providenciar nossa segurança, não mediante pactos, mas através de castigos, [...]

Portanto, como é necessário, para segurança dos particulares – e, por conseguinte, para a paz comum-, que o direito de usar o gládio do castigo seja transferido a algum homem ou conselho, necessariamente se entende que esse tenha direito ao poder supremo na cidade.¹⁶

Na concepção de Hobbes no estado de natureza todos os homens têm iguais direitos a todas as coisas, sendo lícito fazer o que quiser e contra quem quiser¹⁷, contudo, entende o autor, que os efeitos desse direito são os mesmos que se não houvesse nenhum¹⁸. A convivência é permanentemente em desarmonia com os demais, por isso o homem busca no contrato social a segurança. Ao passar todos os seus poderes ao soberano ou a um conselho, surge a possibilidade de um poder ilimitado, pois não há restrições para a sua atuação, uma vez que a transferência de direito consiste na não resistência¹⁹. Dessa união se faz a sociedade civil ou a cidade definida por Hobbes como “uma pessoa cuja vontade, pelo pacto de muitos homens, há de ser recebida como sendo a vontade de todos eles; de modo que ela possa utilizar todo o poder e as faculdades de cada pessoa particular, para a preservação da paz e a defesa comum”²⁰.

De outro modo, Locke entende que o contrato social é um “pacto de consentimento”, pois serve para preservar e consolidar os direitos já inerentes do estado de natureza, ou seja, os direitos e garantias naturais que já faziam parte da convivência entre os homens antes da realização do contrato social. Portanto, o pacto não é criado para se obter garantias e direito, mas sim para resguardá-los como fundamentais. Vale dizer que, para Locke, firma-se o pacto com intuito de

¹⁵ Ibidem, p.75. Bobbio na seqüência esclarece o seguinte: “Se por poder absoluto se entende um poder sem limites, nenhum dos escritores de que estou me ocupando defendeu, na verdade, o caráter absoluto do poder. Poder absoluto, nesse sentido, é somente o de Deus.”

¹⁶ HOBBS, op. cit., p. 118.

¹⁷ Ibidem, p.36-37.

¹⁸ “Mas foi pequeno benefício para os homens assim terem um comum direito a todas as coisas; pois os efeitos desse direito são os mesmos, quase, que se não houvesse direito algum. Pois, embora qualquer homem possa dizer, de qualquer coisa, “isto é meu”, não poderá porém desfrutar dela, porque seu vizinho, tendo igual direito e igual poder, irá pretender que é dele essa mesma coisa”. Ibidem, p. 38.

¹⁹ Ibidem, p. 47.

²⁰ Ibidem, p. 109.

impedir o surgimento e crescimento de conflitos e, também, legitimar uma sociedade política e social que possa ter força coercitiva para por fim aos desentendimentos. Para a passagem de um estado de natureza para o estado civil é dado o consentimento unânime de todos, mas depois, quando da formação do governo, prevalece o princípio da maioria.²¹

Desse modo, percebe-se que para Locke o contrato social ao mesmo tempo em que garante os direitos pré-existentes no estado de natureza, limita o poder transferido para o soberano no estado civil, existindo, assim, como leciona Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, um duplo contrato: o de associação, quando se funda a sociedade civil, e o de submissão, instituidor do poder político.²² Sendo assim, “ao contrário de Hobbes, para Locke, o poder estatal é essencialmente um poder circunscrito. O erro do soberano não será a fraqueza, mas o excesso. E, para isso, admite o direito de resistência²³.”

Em outra vertente, tem-se o entendimento de Rosseau, contrário ao de Hobbes, considerando, portanto, que o homem não é o lobo do homem, mas que ele se transforma no lobo do homem durante o processo da história. No seu entendimento a passagem do estado de natureza para o estado civil o homem substitui na sua conduta o instituto selvagem pela justiça, integrando às suas ações o uso da razão e o aspecto moral, inexistentes até então²⁴. Passa, então, Rousseau a formular suposições direcionando seu pensamento a fundamentação do pacto social.

Suponhamos os homens chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepõem, pela sua resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano, se não mudasse de modo de vida, pereceria.²⁵

Assim, os homens buscando sua própria conservação unem-se em uma soma de força e liberdade, instrumentos estes que todos devem colocar no pacto social, pois assim podem “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual

²¹ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 33-35.

²² STRECK; MORAIS, op. cit., p. 36.

²³ Ibidem, p. 36.

²⁴ ROUSSEAU, op. cit., p. 36.

²⁵ Ibidem, p. 31.

cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”²⁶

Explica, o filósofo que a legitimidade do poder advém da vontade geral dos homens que se unem, renunciando cada um de seu interesse em particular em prol da coletividade. Sendo assim, tudo é (torna-se) público e, portanto, a titularidade da soberania não é do monarca, mas sim, do povo que terá como limitação de seus poderes somente o conteúdo do contrato originário do Estado. Assim, afirma Rousseau que “Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda”²⁷.

A convenção estabelecida entre todos os membros da comunidade projeta a vontade geral constituindo, assim, o poder do soberano, “permitindo que se entenda a obediência como exercício de liberdade e a soberania com a ação do povo que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei”.²⁸

Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e, hoje, o de *república* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo, e *potência* quando comparado a seus semelhantes.²⁹

Para esse filósofo a lei é a manifestação positiva da vontade geral do povo que é o real e único soberano, superior até mesmo ao rei, pois não há direito divino, mas sim direito legal decorrente da soberania nacional que é absoluta e intransferível. Portanto, a nação institui um governo através da nomeação de sujeitos que representam a vontade do povo e que terão como função promover o bem comum, podendo ser substituídos caso não correspondam aos anseios da nação.

Observa-se, portanto, em síntese, que o modelo filosófico do contrato social evidencia a relação existente entre direito natural (estado de

²⁶ Ibidem, p. 32.

²⁷ Ibidem.

²⁸ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 40

²⁹ ROUSSEAU, op. cit., p. 33.

natureza) e direito positivo (estado civil) e que dependendo da interpretação o contrato social é de submissão e cria um governo absoluto (Hobbes 1588-1679). Em outra vertente (Locke 1632-1704), entende-se que o contrato social, na verdade, assegura a igualdade de todos e os direitos naturais pré-existentes no estado de natureza (vida, propriedade, liberdade).

1.2 O ESTADO E O DESENVOLVIMENTO DA CONSOLIDAÇÃO DO PODER

Na época Medieval ou Medievo três elementos se faziam presentes na sociedade e que o caracterizavam, a saber: o cristianismo, as invasões bárbaras – constantes situação de guerra - e o feudalismo.

Após as invasões bárbaras o poder temporal foi a ruína, sobrevivendo a toda esta crise a Igreja que impôs seu prestígio acalentando as almas dos homens conquistando cada vez mais poder em relação ao Estado e sobre as decisões de seus governantes. Com a solidificação do Estado medieval, o Papa São Gelásio I formulou a teoria da separação e coexistência dos dois poderes que, em síntese, explica que Deus quis separar o poder espiritual do poder temporal com o objetivo de impedir abusos que poderiam ocorrer devido o acúmulo dos dois poderes; afirmando ser o Bispo superior ao Imperador quando o assunto era de tema eclesiástico, contudo quando se referia ao domínio das coisas laicas era a palavra do Imperador que reinava sobre a do Bispo³⁰, ou seja, “ guiada pelo Papa *in spiritualibus* e pelo Imperador *in temporalibus*”³¹.

Até os cinco primeiros séculos o poder temporal e espiritual pertenciam ao Imperador considerado “o defensor da fé, o tutor dos direitos das igrejas e de todos os pobres, fracos e marginalizados sociais,(...) garante da paz e da unidade na cristandade ocidental”³², mas a partir do século VII deu-se início a doutrina da supremacia do poder espiritual sobre o poder temporal, ou seja, mesmo diante da teoria de separação dos poderes a Igreja tinha superioridade frente ao Estado, pois acreditavam que o poder temporal vinha de Deus e que o poder espiritual governava as almas e o poder laico o corpo, contudo a alma era superior ao corpo. O poder, portanto, se fundamentava no divino, sendo que “apenas Deus

³⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968., p. 121-122.

³¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 4. ed. Brasília: EDUNB, 1992. v. 1. p.625

³² Ibidem.

concede aos que os homens escolheram como chefes o “direito” de governar”. Assim “a teoria do direito divino dos reis, desenvolvendo a frase de São Paulo, *Null potestas nisi a Deo*, fundamentava e justificava o Poder, definindo-o como a prerrogativa que “mandamento de Deus” confere”³³

São Tomás de Aquino defendia a idéia de que à Igreja incumbia as almas e ao Estado o corpo, no entanto, em caso de conflitos deve imperar a autoridade do Papa, da Igreja, eclesiástica que é originária e superior.

Durante a Idade média as relações feudais, surgidas após a queda do Império Romano Ocidental, aumentaram a migração para a zona rural, decompondo a estrutura da cidade e, conseqüentemente, causando a perda de poder do rei. Os feudos eram muitas vezes doados diretamente do rei criando o vínculo de vassalagem primeiro com os nobres mais importantes como os condes e duques que por sua vez poderiam dividir suas terras e passá-las a vassalos de menor nobreza como os viscondes e barões, constituindo, assim, uma ordem hierárquica de suserania e vassalagem dentro da nobreza. Com a cessão de feudos entre os mais variados níveis de nobres criou-se uma rede de dependência entre suseranos e vassalos, sendo que em muitas vezes um vassalo também era suserano de outro vassalo, e assim por diante. O fornecimento de terras e alimentos por parte dos suseranos em troca do trabalho na terra e/ou pagamentos dos impostos pelos vassalos impõe forte vínculo entre estes como também tornou dependente a relação criada entre a aristocracia e o imperador.

A concepção de Estado começou a ter contornos mais específicos a partir do século XII com a expansão urbana e comercial que teve seu desenvolvimento alavancado pela disputa de poder e da necessidade de unificação do mesmo, entre a Igreja, monarcas, nobreza, senhores feudais e burguesia mercantil. As invasões constantes que ocorriam por posse de terras e as freqüentes insatisfações da população devido a tributação desenfreada que era imposta pelos reis que se revezavam no poder e pelos senhores feudais donos das terras, mantinham uma situação de guerra que já não era mais suportada pelo povo. Diante disso, começa a busca pela unidade de comando a fim de se conseguir e manter a paz.

³³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p.276.

Com o fim da idade média, as monarquias se desvencilharam do comando eclesiástico dando início a forma absolutista de poder, época de transição para os tempos modernos. Assim, uma nova forma estatal começa a ser construída com base na concentração de todo o poder nas mãos de um soberano, originando, deste modo, as monarquias absolutistas. A realeza vislumbra a vantagem de integrar as concepções latinas e feudais de autoridade (*imperium* e *senhoriagem*), fazendo personificar o Estado na figura do rei (*L'État c'est moi* – ‘o Estado sou eu’ – de Luiz XIV) e, assim, o rei tem poder de *imperium*, um direito absoluto até perante o Estado. Este poder atribuído ao rei sustentava-se pela idéia da origem divina, ou seja, o rei era tido como um representante de Deus, sendo assim, seus poderes não poderiam sofrer limitações de qualquer outro poder terreno.³⁴

Por outro lado, os reis eram senhores dos Estados da mesma forma que os senhores feudais do medievo. Este modo de governar foi útil para resguardar a unidade territorial dos reinos, que é um dos elementos fundamentais da forma estatal moderna³⁵, essa característica de unidade territorial dotada de um poder soberano é a base do Estado Moderno.

O primeiro a se utilizar do termo „Estado” foi Nicolau Maquiavel em 1513 na obra “O Príncipe”, porém, foi somente com a assinatura de Paz de Westfália que o conceito de Estado fundou mais definitivamente suas diretrizes, tendo sua existência documentada e estabelecendo características como, por exemplo, a delimitação territorial determinando as fronteiras nacionais. Para Nicolau Maquiavel, o príncipe para poder governar e manter seu reinado deve ser um “homem de grande engenho e virtude”³⁶ e, ainda, deve ser prudente.

[...] todo o príncipe prudente deve fazer: não só remediar o presente, mas prever o os casos futuros e preveni-los com toda a perícia, de forma que se lhes possa facilmente levar corretivo, e não deixar que se aproximem os acontecimentos, pois deste modo o remédio não chega a tempo, tendo-se tornado incurável a moléstia.[...] Assim se dá com as coisas do Estado: conhecendo-se os males com antecedência, o que não é dado senão aos homens prudentes rapidamente são curados: mas quando, por se terem ignorado, se têm deixado aumentar, a ponto de serem conhecidos de todos, não haverá mais remédio àqueles males³⁷.

³⁴ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 44-45

³⁵ Ibidem, p. 45.

³⁶ MACHIAVELLI, Nicoló. **O príncipe**: escritos políticos 5. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. (Os pensadores; v. 4.), p. 27.

³⁷ Ibidem, p. 12.

Considerado o fundador da ciência política moderna, Maquiavel dizia ainda que o príncipe deve ser ao mesmo tempo amado e temido, mas se isso não for possível, melhor que seja temido. Afirmava Maquiavel que para se manter é necessário que o príncipe “aprenda a poder ser mau e que se valha ou deixe de valer-se disso segundo a necessidade”³⁸.

Quem se torna príncipe mediante o favor do povo deve manter-se seu amigo, o que é muito fácil, uma vez que este deseja apenas não ser oprimido. Mas quem se tornar príncipe contra a opinião popular, por favor dos grandes, deve, antes de mais nada, procurar conquistar o povo.³⁹

Assim, com o objetivo de impedir a desordem, mantendo seus súditos unidos, o príncipe deve saber empregar com conveniência a piedade, sem importar em ser chamado de cruel quando na verdade sua atuação tirana é em prol do povo⁴⁰. Devendo, portanto, nos dizeres de Maquiavel “muito mais seguro ser temido que amado”⁴¹, uma vez que os homens são, em geral, ingratos, volúveis, dissimulados e covardes, abandonando facilmente seu pólo quando se confronta com necessidades e desvantagens que possam lhe atingir. Portanto, aconselha Maquiavel que “os homens hesitam menos em ofender aos que se fazem amar do que ao que se fazem temer”⁴².

Surgem com a constituição de um Estado territorial problemas com a organização do poder que antes eram atribuídos e distribuídos aos diversos senhorios feudais e que agora passa, de forma mais centralizada, a um governante representado pelo príncipe no comando, que agora é mais político do que pessoal, e de todos os territórios unidos, cria-se um novo território e junto a ele, a soberania territorial. Superada às pretensões de se obter um poder político fundado na fé religiosa, findou-se as guerras religiosas, prevalecendo, entre o policentrismo fundado em um poder dos senhorios feudais e a monocracia do rei baseada na divindade, a terceira alternativa inserida pela burguesia: a do poder concebido como ordem externa necessária para garantir e manter a segurança dos cidadãos por

³⁸ Ibidem, p. 63.

³⁹ Ibidem, p. 40

⁴⁰ Ibidem, p. 69.

⁴¹ Ibidem, p. 70.

⁴² Ibidem.

meio da administração e serviços públicos gerenciado por uma pessoa que detém o poder, obtido através do povo, o governante ou príncipe.

A partir de então não mais se fundamenta a política na fé e na religião, mas sim para os fins que se destina a realizar, ou seja, a ordem, a segurança, a paz e o bem estar dos cidadãos.

O Estado Moderno passa a ter o caráter institucional e organizacional, cabendo-lhe a instituição de procedimentos técnicos e administrativos preestabelecidos, referentes ao chamado Estado-aparelho, que tem como intuito estabelecer a ordem dentro das relações sociais, impondo regras gerais, estabelecendo limites, direitos, deveres e sanções.

Assim, o contrato social que simboliza a passagem do Estado de natureza para o Estado civil reflete, em verdade, a tomada de consciência dos homens de sua situação diante do poder que tem para gerenciar sua própria vida, de seus entes bem como de seus bens e pertences perante os demais cidadãos e frente à força do Estado. Percebe o homem que sua vida encontra-se sujeita a vida do outro. Que o que o outro decide em sociedade de alguma forma pode lhe afetar. Toma consciência das capacidades de que dispõe para controlar, organizar, gerir e utilizar os condicionamentos naturais por quais está sujeita a sua vida para sua sobrevivência e para seu crescimento e bem-estar.⁴³

Contudo, na tomada de consciência, se atem o homem também sobre a magnitude e abrangência de poder que quem ocupará o espaço mais alto da sociedade política, o Governante, terá nas decisões de ingerência sobre a vida e relações na sociedade. Surge daí o interesse entre dois grupos sociais em destaque em exercer o cargo de comando da comunidade: o grupo social tradicional e o grupo em formação, as classes.

Na emergência de se estabelecer um poder de hegemonia, o grupo em formação, que representava a força econômica e movimentava a esfera financeira apóia a figura do príncipe como detentor do monopólio da força legítima e em troca pretendia obter poder de palavra nas decisões sobre questões que lhe afetam. Esta burguesia reivindicava distribuição mais justas dos encargos fiscais, maior estímulo a atividade manufatureira e comercial, a redução dos privilégios dados a nobreza e também uma participação ativa na política.

⁴³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. op.cit. p.428

Assim, dentro de um interesse comum constituído pelo motivo financeiro, foi se formando a moderna sociedade civil engajada na defesa de seus interesses privados, estratificada em classes sociais.

Na era absolutista a burguesia, interessada em desfrutar do poder econômico, abdicou-se do poder político, delegando-o ao soberano. Expandiu-se vigorosamente, favorecida, muitas vezes, pela própria monarquia, que com o tempo não mais obtinha meios de conter o avanço do capitalismo burguês, que buscava, agora, a aquisição do poder político que é iniciada com a Revolução Francesa.⁴⁴

Da mesma forma, a população sofrida e escravizada começou a tomar consciência de seu direito de liberdade dando força ao movimento anti-absolutismo que nascia em resposta aos devaneios exercidos pelos soberanos. Nessa seara destacou-se John Locke que difundia a idéia da limitação do poder estatal com prevalência da proteção do homem natural. Escreveu em sua obra, Segundo Tratado do Governo Civil, a teoria contratualista formulada com fundamentos liberais, a defesa da separação dos poderes legislativos e executivo e o direito de insurreição dos súditos, isto é, o direito de resistir às ordens do soberano quando realiza um mau governo⁴⁵. Defende John Locke que o homem possui direitos naturais que são anteriores ao surgimento do Estado e que este nasce devido a necessidade de segurança e proteção entre os homens, para tanto, realizam um pacto onde todos os homens consentem em outorgar a um único homem o comando civil.

O liberalismo teve suas origens na Inglaterra onde o absolutismo monárquico não conseguiu se instalar como o fez nos demais países do continente europeu, devido a luta constante e o „espírito liberal“ de seu povo contra as pretensões absolutista da época. Seu sistema de governo era de uma monarquia constitucional inglesa limitada pela presença de um Parlamento composto por líderes que representavam a soberania do povo. Essas idéias de liberais ganharam força na França e desembocaram em uma revolução popular (1789) que influenciando sobre as concepções políticas passaram a atribuir a titularidade da soberania ao

⁴⁴ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 47-49

⁴⁵ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. op. cit., p. 81.

povo⁴⁶, instituindo, assim, uma concepção individualista que leva o Estado liberal a decadência.

O Estado Moderno assume, na tradição liberal dos anos 1700/1800, a visão do poder público visto como inimigo da liberdade individual, uma vez que, para a burguesia enriquecida, a liberdade contratual era tida com um direito natural dos indivíduos.

[...] aceitava-se como exceção a interferência do Estado nos assuntos em que fosse predominante o interesse individual, sendo raros os que não eram assim considerados [...]. Assim, o Estado Liberal resultante da ascensão política da burguesia, organizou-se de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se com o Estado mínimo ou o Estado polícia, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas.⁴⁷

Várias constituições foram promulgadas entre o século XVII e XIX em decorrência das contra-revoluções francesas, implementando sempre, em primeiro lugar os direitos naturais e sagrados do homem, o direito de liberdade, mas não esquecendo-se dos direitos sociais e dos deveres para com a sociedade. A Constituição de 4 de junho de 1814 foi a que trouxe maiores definições dos direitos refletindo melhor o modelo de Estado liberal que se almejava, catalogando-os em uma tríplice divisão: “a) direitos políticos(de cidadania); b) direitos públicos, propriamente ditos(civis positivos); e, c)direitos de liberdade (civis negativos)”⁴⁸, que são os denominados direitos fundamentais do homem.

A Revolução Francesa ocorrida em data de 1789 é o marco tido como início do processo da modernização, ou seja, grandes e profundas mudanças provocadas nas esferas políticas, econômicas e sociais. Estes processos de transformação se desenvolveram e se propagaram para fora da sociedade européia ocidental, influenciando e determinando, mesmo que de forma lenta e paulatina, o surgimento de formas políticas, econômicas e sociais que se caracterizam como modernos por apresentar distinções peculiares da época.

Observando a evolução histórica dos Estados observa-se o quadro que se configura dos sistemas políticos, por conseguinte, do poder político exercido

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 70.

⁴⁷ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 61

⁴⁸ MALUF, op. cit., p. 141-142.

historicamente que no caso do Estado Moderno se traduz nas peculiaridades que lhe são inerentes como a centralização do poder em uma instância mais ampla, princípio da territorialidade da obrigação política, impessoalidade do comando político.

Observa-se, portanto, que o fenômeno do Poder se encontra presente em praticamente quase todo tipo de relação onde tenha duas pessoas ou mais, ou seja, é sua característica essencial a sociabilidade e, por certo, a bilateralidade⁴⁹. Contudo, é no plano político que o poder tem sido mais decisivo. Já no sentido jurídico, a relação entre Poder e Direito é intrínseca na medida em que o Direito aparece como uma das formas de exercício de Poder. O Direito tem o Poder como instrumento para resolver os conflitos sociais⁵⁰ através da força, seja jurídica, como poder estatal, passa a ser a energia suprema que o Estado retira da sociedade nacional para empregar na consecução de seus fins. No sentido jurídico, finalmente, o poder é a sua própria energia criadora que contém, em si, a promessa da realização da idéia social que representa. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do Poder** (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.p.36. seja força física. Da mesma forma o Estado e a política têm em comum o fenômeno do Poder, uma vez que a Teoria do Estado se sustenta na teoria dos três poderes e das relações entre eles, como também no estudo da teoria política cabe analisar o fenômeno do poder⁵¹.

Distinguem-se dentro da filosofia política⁵² três teorias fundamentais do poder: 1) a substancialista – o poder é uma coisa que se possui e se usa como um bem que pode ser a inteligência, a força ou a riqueza; 2) a subjetivista – o poder é a capacidade de obter certos efeitos como o poder do soberano de fazer leis; e 3) a relacional – poder é a relação entre dois sujeitos, onde um subjuga o outro

⁴⁹ Para o estudo do Poder Social: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29-42

⁵⁰ No sentido antropológico, o poder se origina num diferencial de capacidade, sempre presente, dada a natural desigualdade entre cada ser humano, que a vontade pode utilizar para produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. Sua etiologia prende-se, assim, à teoria das necessidades e se interpenetra na Psicologia, com a teoria das atitudes. No sentido sociológico, o poder é o princípio motor da instituição, o acréscimo energético, o quantum que faz do costume uma instituição, tornando-a impositiva para organizar o meio social segundo uma idéia. No sentido político, o poder é um elemento diferenciador que o caracterizará: o fundamento da relação comando-obediência, a energia que move os indivíduos e as instituições ; uma vez concentrado,

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 76-77.

⁵² Dentre tantas áreas que se dedicam ao estudo do fenômeno do poder, acolhemos a da filosofia política por ser, além da jurídica, a que sustenta o presente trabalho.

conseguindo um comportamento, que em caso contrário, não ocorreria⁵³. Esta última teoria tem sido a mais aceita dentro da política contemporânea.

Aristóteles, fundador da filosofia e da ciência política, conhecido pela celebre frase “o homem é um animal político por natureza”, pois possui razão e palavra, entende que o homem se realiza na comunidade política e não pode ser compreendido fora das suas relações com os seus semelhantes⁵⁴. Em sua obra a Política apresenta a primeira classificação de poder e governo, de acordo com seu uso e distribuição; podendo ser de três formas diferentes dependendo de como é exercido: o poder do pai sobre o filho, do senhor sobre o escravo e do governante sobre os governados⁵⁵. Também compara as formas de constituições ou regimes de poder na comunidade e indica suas formas normais (monarquia, aristocracia, república) e pervertidas (tirania, oligarquia, timocracia)⁵⁶, utilizando o critério do interesse. Para o filósofo:

O governo é a suprema autoridade do Estado e está naturalmente nas mãos de uma pessoa, ou de um pequeno grupo de pessoas, ou da massa de cidadãos. Quando o poder esta com uma pessoa ou com um pequeno número de pessoas, ou com a maioria do povo, e é exercido no interesse comum, as instituições são justas e válidas. Se o poder for exercido no interesse unicamente de uma pessoa, de um pequeno grupo ou das massas, isso representa um desvio em relação aos casos acima mencionados. Se os primeiro casos são definidos como monarquia, aristocracia e república, as degenerações correspondentes seriam a tirania, a oligarquia e a democracia (interesse abusivo dos muitos em relação ao poucos)⁵⁷.

Também Jonh Locke contribuiu para que se opere a separação entre os poderes em Executivo, Legislativo e Federativo. Contudo, apesar de distinguir a existência de três tipos de poderes, propõe uma separação dual ficando de um lado o Poder Legislativo e do outro o Poder Executivo e o que ele chama de Federativo⁵⁸. Segundo leciona Eros Roberto Grau, John Locke assim descreve os tipos de poderes:

⁵³ BOBBIO, op. cit., p. 77-78.

⁵⁴ BARAQUIN, Noella; LAFFITTE, Jacqueline. **Dicionário universitário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 19.

⁵⁵ BOBBIO, op. cit., p. 78.

⁵⁶ BARAQUIN, op. cit.

⁵⁷ MAYOR, Frederico e FORTI, Augusto. **Ciência e Poder**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Papyrus, 1998. p. 26

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 170.

[...] o Poder Executivo compreende a execução das leis naturais da sociedade, dentro dos seus limites, com relação a todos que a ela pertencem. O Poder Federativo, a gestão de segurança e do interesse do público fora dela, juntamente com todos quantos poderão receber benefício ou sofrer dano por ela causado. O Poder Legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido de preservação dela própria e de seus membros.⁵⁹

Entende John Locke que os poderes Legislativo e Executivo devam ser separados devido a fraqueza humana que estaria exposta a tentação de amoldar a lei em favor delas mesmas contrariando aos interesses da sociedade e do governo, pois seriam as mesmas pessoas a elaborar e a aplicar a lei. Por outro lado, defende que é impraticável separar os Poderes Executivos e Federativos colocando-os em mãos distintas, uma vez que ambos são a força da sociedade e a força do Estado, e, fazendo com que fiquem separados, “a força do público ficaria sob comandos diferentes, o que poderia ocasionar, em qualquer ocasião, desordem e ruína”⁶⁰

Já Montesquieu, em sua obra *Do Espírito das Leis*, apresentou outras diretrizes sobre o poder, desenvolvendo uma “política pragmática, antiutópica, que avalia a racionalidade das instituições em função da sua conveniência aos respectivos fins que elas buscam”⁶¹. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, “o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite”⁶². Dentro dessa linha de pensamento, Montesquieu concebe e divide o poder:

⁵⁹ Ibidem, p. 168-169

⁶⁰ Ibidem, p. 169

⁶¹ BARAQUIN, op. cit., p. 221

⁶² MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção os Pensadores, XXI.) p. 156

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar, e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança, para que tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁶³

Assim, Montesquieu estabeleceu a necessidade de independência dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), teoria denominada de Separação dos Poderes, a fim de que se fiscalizem mutuamente e refreiem seus próprios excessos, vez que “os três poderes são os serventuários da norma, emanada da soberania popular”⁶⁴.

Graças a Montesquieu a teoria da „separação“ dos três poderes é acolhida como verdadeiro dogma⁶⁵, primeiro pela América do Norte que a incluíram em suas constituições estaduais⁶⁶ e depois pela Europa, foi assim mencionada na Declaração dos Direitos do Homem, art. 16: “Toda sociedade, na qual a garantia dos

⁶³ Ibidem, p. 157

⁶⁴ CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 225.

⁶⁵ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de poderes na constituição de 1988. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 16-10, abr./jun. 1995. p. 17.

⁶⁶ Segundo informa Pedro Calmon a primeira Constituição a incluir a separação dos três poderes foi a da Virgínia de 1776.

direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”⁶⁷.

O poder tem relação intrínseca com a idéia de força, isto é, “a possibilidade física de fazer observar uma ordem mesmo contra a efetiva resistência de seus destinatários”⁶⁸, sendo esta o elemento diferenciador do poder político com os demais poderes, vez que só o Estado pode usá-lo de forma coativa. Nessa concepção, Jellinek diferencia dois tipos de poder, um dominante e outro não-dominante, sendo neste ausente o elemento força que obriga a execução das ordens. Já o poder dominante, que o autor atribui ao Estado, possui força e tem como característica ser originário e irresistível⁶⁹.

O poder inerente ao Estado deve originar-se de si mesmo, ou seja, é o próprio Estado que atribui a si mesmo e estabelece os limites do seu poder, sendo que este não pode ser insuficiente ao ponto de não conseguir a submissão de seus integrantes às suas ordens.

Seguindo essa linha de pensamento, Jellinek conclui que no Estado plenamente desenvolvido o poder dominante deverá ter o caráter jurídico, pois entende que o conceito de poder do Estado está contido no conceito de ordem jurídica, não precisando, portanto, separá-lo do conceito de soberania, vez que esta, para ele, é um atributo do poder⁷⁰.

Para Weber, “poder é a competência de ditar ordens ou tomar decisões que devem ser obedecidas, mesmo ocorrendo resistência, quando então é empregável a força”⁷¹. Fundamenta-o na legitimidade, classificando o Poder legítimo em três tipos puros: 1) o poder legal – funda-se na lei, isto é, o ordenamento jurídico determina a função do detentor do poder, estabelecendo, assim, regras tanto para quem obedece como para quem pode e deve comandar, característico da sociedade moderna; 2) o poder tradicional – baseia-se no caráter sacro do poder, isto é, entende-se que sempre existiu o fenômeno do poder entre as pessoas, pois há o forte e o fraco, o sábio e o ignorante, o rico e o pobre, um ou uns tendo mais poder do que os outros; e o 3) poder carismático - se sustenta na afetividade à pessoa

⁶⁷ CALMON, op. cit., p. 226

⁶⁸ WEBER, Max apud GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 42

⁶⁹ DALLARI, op. cit., p. 94

⁷⁰ Ibidem, p. 95.

⁷¹ WEBER, Max apud GUSMAO, op. cit., p. 42.

detentora do poder que é visto como um líder, um herói, um profeta é os indivíduos que obedecem são seus discípulos.⁷²

Verificam-se, na doutrina, duas correntes predominantes: uma quer caracterizar o poder do Estado como poder político, vez que em princípio há a soberania, existe o poder antes do direito; e outra corrente quer caracterizá-lo como poder jurídico, pois “nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos”⁷³. Hans Kelsen, filiado a esta última, defende a idéia de que o poder do Estado submete os homens vinculando sua conduta a um dever jurídico, logo, o poder é exercido para assegurar a consecução de fins jurídicos⁷⁴, ou seja, antes existe o direito e depois vem o poder.

Para os defensores da teoria do poder político a soberania deve ser entendida como um poder de direito, autorizado e regulado por uma norma superior independentemente da origem (divina, natural ou fundamental) desta norma, sendo ela derivada da tradição ou do costume. Por outro lado, os teóricos do poder jurídico pretendem demonstrar que um sistema normativo somente pode ser considerado creditado como direito positivo se houver aparelhos de poder distribuídos por diversas instancias capazes de fazer acatar as normas que o compõem.⁷⁵

Talcott Parsons identifica o Poder, dentro do sistema político, com a função de tornar efetivos os objetivos coletivos, definindo-o como “a capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema da organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e, portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar”⁷⁶. Nesse sentido, o poder torna-se uma propriedade do sistema. É o que constata Carlos Ari Sundfeld ao realizar uma análise da evolução histórica jurídica do poder político.

⁷² WEBER, Max. **Três tipos puros de poder legítimo**. 1922. Disponível em: < http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao.pdf>. p. 1-18.

⁷³ DALLARI, op. cit., p. 95.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 240

⁷⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 4. ed. Brasília: EDUNB, 1992. v. 1. p. 941

Perceba como as normas sobre o exercício do poder se ampliam. Até então, em todas as épocas anteriores, destinavam-se a impor – praticamente sem limites e sem controles – a obediência das pessoas às determinações do poder político. Agora, cuidarão ainda de fazer prevalecer o poder político sobre os indivíduos (que pagarão impostos ao Estado, submeter-se-ão ao seu julgamento, obedecerão as leis por ele produzidas); mas também – e sobretudo – de organizar o Estado para limitar e controlar seu poder (os cidadãos escolhem em eleições os parlamentares, o Parlamento faz normas para regular a cobrança de impostos pelo Executivo, um Tribunal pode anular a lei feita pelo Parlamento, o indivíduo pode mover uma ação judicial para se furtar da cobrança ilegal de impostos...).⁷⁷

Extraí-se, assim, o conceito de Estado de Direito em oposição ao Estado de Polícia onde não havia limitações ao poder político, agora há uma ordem jurídica estabelecida que rege as atividades estatais, vale dizer, o Estado se subordina ao Direito.

1.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“O Estado de Direito não é uma noção secundária e transcurável, mas essencial, primária, um postulado, um pressuposto teórico do direito público”⁷⁸, vale dizer que no momento racional em que se encontra a humanidade o mínimo esperado é que se estabeleça e se mantenha um Estado que, como a exemplo de seus cidadãos, se sujeita as normas jurídicas, ou seja, é o Estado da razão e do entendimento ou, ainda, nas palavras de Bockenforde citado por Inocêncio Mártires Coelho “é o Estado do direito racional, o Estado que realiza os princípios da razão na e para a vida em comum dos homens, tal e como esses princípios estavam formulados na tradição da teoria do direito racional”⁷⁹. O mesmo doutrinador também indica, baseado na doutrina alemã, os aspectos fundamentais necessários para imprimir o Estado de Direito.

⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 36.

⁷⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues apud SUNDFELD, p. 37

⁷⁹ Ernst Wolfgang Bockenforde apud MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 63.

- a) está afastada, desde logo, qualquer idéia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competência do Estado de Direito;
- b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos;
- c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.⁸⁰

Em suma, o Estado de Direito implica a vinculação do Estado à lei e a limitação da sua atividade na esfera da liberdade do cidadão. Para tanto, se fez mister que as funções de poder exercidas por ele fossem repartidas, a fim de evitar incongruências na gerência estatal e abusos do poder em face da liberdade política e proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. Assim, quem faz as leis (Legislativo) não pode aplicá-las (Executivo) como também não pode resolver os conflitos (Judiciário). Cada função deve pertencer a autoridades distintas e independentes⁸¹. Montesquieu com sua sistemática teoria da „separação“ dos poderes apregoava que para o homem possuir liberdade é imprescindível que o “poder freie o poder”⁸².

Acresce que mais do que separação do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas „a boca que pronunciava as palavras da lei“; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa. As três potências seriam o rei, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político que surgia era combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política que sairia favorecida.⁸³

Também defendia a idéia de que liberdade “é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem,

⁸⁰ Ibidem, p. 64

⁸¹ SUNDFELD, op. cit., p. 38.

⁸² MONTESQUIEU, op. cit., p. 156.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud RODRIGUES, Marilene Talarico op. cit. p. 20

não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”⁸⁴, portanto, só é livre o cidadão que cumpri a lei, pois do contrário, no caso de ser permitido a todos fazerem o que bem entenderem, não haveria mais liberdade, uma vez que todos os demais cidadãos teriam o poder de fazer qualquer coisa uns contra os outros. E, nessa seara, afirmava Montesquieu que “uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”⁸⁵.

Todavia, Montesquieu “não sustenta a impenetrabilidade, um pelos outros, dos poderes que refere”⁸⁶, pois existe pontos de contatos entre eles no desempenho de suas tarefas. A especificação de função de cada um do poderes, em verdade, apenas implica uma prioridade, onde cada poder deve exercer uma função principal, sem haver uma absoluta restrição de que o outro poder colabore ou exerça tarefa que a rigor não é sua⁸⁷.

Distingue em sua obra o significado do que chama de faculdade de estatuir da faculdade de impedir – esta sendo o que se entende pelo direito de veto – atribuída ao poder Executivo em relação às decisões do Legislativo. Nas palavras de Montesquieu:

Chamo faculdade de estatuir o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, o que constitui o poder dos tribunos de Roma.

[...]

Se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes⁸⁸.

Sustenta, ainda, que o poder Legislativo não precisa da mesma faculdade de veto atribuída ao Executivo, “porém, se num Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser

⁸⁴ MONTESQUIEU, op. cit., p. 156.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ GRAU, op. cit., p. 170

⁸⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 22

⁸⁸ MONTESQUIEU, op cit., p. 159.

executadas”⁸⁹. Da mesma forma, por um lado afirma que o poder de julgar não compete ao legislativo, no entanto, expõe exceções onde cabe a moderação da lei pelo corpo de legislativo em seu próprio favor. A construção do pensamento de Montesquieu, em verdade, “não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que não obstante devem atuar em clima de equilíbrio”⁹⁰.

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo.

Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.⁹¹

Celso Bastos neste sentido assinala que “poderia ter sido melhor chamada de tripartição de funções, uma vez que o poder ao povo pertence. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meras funções desempenhadas pelo Estado que exerce o poder em nome do povo”⁹². Assim, além da clássica divisão das funções do poder em executivo, legislativo e judiciário⁹³ – já que todo poder é uno – o Estado de Direito deve conter um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que observem, no mínimo, as seguintes exigências fundamentais: superioridade ou império da lei, como expressão da vontade geral; legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material⁹⁴, sendo que “a separação dos poderes, a superioridade da lei, a Constituição, não são valores em si mesmos, antes existem para tornar efetiva, permanente e indestrutível a garantia de direitos individuais”⁹⁵.

⁸⁹ Ibidem, p. 160.

⁹⁰ GRAU, op. cit., p. 171. “Montesquieu, como vimos, além de jamais ter cogitado de uma efetiva separação dos poderes, na verdade enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras; daí por que, como observa Althusser (1985/104), a “separação dos poderes” não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e ao “povo”. Ibidem, p. 174.

⁹¹ MONTESQUIEU, op. cit., p. 161

⁹² BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 149

⁹³ Trata-se de classificação orgânica ou institucional construída sobre a teoria da separação dos poderes.

⁹⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 65.

⁹⁵ SUNDFELD, op. cit., p. 48

Tais exigências foram paulatinamente conquistadas ao longo da história “após séculos de luta e sofrimento, na eterna contenda por novas liberdades contra velhos poderes”⁹⁶, e correspondem, na tipologia do Estado de Direito às etapas liberal, social e democrática, que deram início a partir da Revolução Francesa, passando pela pós-segunda Guerra trazendo inúmeras transformações de ordem social e, terminando, com a consolidação dos direitos fundamentais, agregando aos direitos civis e políticos os direitos econômicos, sociais e culturais, “cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito”⁹⁷.

O Estado de direito tinha como premissa controlar o poder, protegendo e garantindo os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. O Estado democrático de direito pretende superar as estruturas sócio-políticas que deixaram a desejar no antigo regime, tendo como escopo principal a incorporação de instrumentos que permitissem o acesso do povo à participação no exercício do poder.

Democracia, conforme leciona Norberto Bobbio, para os antigos, significa o que a palavra significa literalmente: poder do démos, ou seja, o poder de em reunião todos resolverem por si próprio suas decisões e não por intermédios de terceiros representando suas vontades, nem sempre fiel e verdadeiramente representadas. Mesmo que depois, explica o doutrinador, o termo démos, significado no sentido de comunidade dos cidadãos, tenha estendido seu entendimento, sendo definido como „os muitos“, „a massa“ e, assim, a democracia entendida como o poder dos muitos ou poder da massa não impinge a idéia de que o poder do povo era o de simplesmente eleger quem deveria decidir, mas sim o de decidir.⁹⁸ É a democracia direta.

No entendimento dos modernos o significado do termo democracia remete ao da democracia representativa, aquela relacionada ao ato de votar em alguém para ser eleito representante de uma parcela do povo. Assim, a concepção de democracia na atualidade se restringiu, no pensamento da maioria do povo, ao

⁹⁶ BOBBIO, Norberto apud MENDES; COELHO; BRANCO op. cit., p. 65

⁹⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 66.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. 2000. Op. cit. p. 372.

processo eleitoral conquistado. Mas este não é exclusivo desta forma de governo, podendo, e está muitas vezes, presente dentro da monarquia e da aristocracia.⁹⁹

Até mesmo Rousseau, considerado um grande apoiador do modelo de governo democrático, não acreditava que ela poderia existir, exceto em Estados muito pequenos onde as pessoas pudessem se conhecer umas as outras e então reunir-se para deliberar.¹⁰⁰

A democracia moderna fundamenta-se no poder soberano, originário do povo, isto é, de cada um dos cidadãos, pois parti de uma concepção individualista da sociedade, tendo como documento fundador as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão. E, como assevera Norberto Bobbio, “hoje o individualismo está na base do estudo das decisões coletivas: as escolhas deste ou daquele grupo são analisadas partindo-se das escolhas de cada indivíduo que decide”¹⁰¹.

Lento é o processo de conquista para se alcançar a real democracia. Mas qual será a real, verdadeira democracia? Como encontrar essa resposta se nem ao menos ao conceituar o termo há um consenso entre os doutrinadores? Nesse sentido, já firmava Marilena Chauí: “A democracia é invenção porque, longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstituição permanente do social e do político”¹⁰².

Guillermo O’Donnell¹⁰³, cientista político, pesquisou sobre países que saem de um regime autoritário e passam para um modelo democrático, encontrando nesses países, geralmente da América Latina, uma situação que chama de “democracia delegativa”. Defende que esse tipo de democracia possui uma premissa básica, qual seja: a pessoa que ganha a eleição, tornando-se presidente, tem a autorização de governar o país como bem entender, sem se preocupar em realizar o que prometeu durante a campanha, cabendo a ele definir o que fazer de acordo com as relações de poder e os interesses existentes. Explica o autor que este tipo de governo paternalista, que tem como obrigação um cuidado

⁹⁹ Ibidem, p. 371-373.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 376

¹⁰¹ Ibidem, p. 381.

¹⁰² CHAUI, Marilena apud LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 7.

¹⁰³ O’DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991.

com a nação, tem como sustentação um “movimento” e não apenas um partido, pois os vitoriosos são colocados acima de todas as partes, acima dos partidos políticos e dos interesses organizados, são como ídolos, salvadores da pátria para a nação.¹⁰⁴

Leciona Streck que a eleição de dois turnos é um artifício utilizado para sustentar o mito da delegação legítima, já que nas eleições diretas e/ou no primeiro turno não se conseguiu o voto da maioria. Enfatiza ainda, o voto individualista de cunho mais emocional, uma vez que os eleitores escolhem a pessoa e não o partido com base no que entende seja a pessoa mais preparada e adequada para cuidar da nação.¹⁰⁵

Além do Brasil¹⁰⁶, Argentina¹⁰⁷ e Peru se encaixam no modelo de democracia delegativa defendida por O’Donnell e, averiguando os seus últimos presidentes e seus mandatos, firma-se a idéia, junto com o cientista político, que:

A transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente não encerra a tarefa de construção democrática. É necessária uma segunda transição, até o estabelecimento de um regime democrático. A escassez de instituições democráticas e o estilo de governo dos presidentes eleitos caracterizam uma situação em que, mesmo não havendo ameaças iminentes de regresso ao autoritarismo, é difícil avançar para a consolidação institucional da democracia. A experiência do modelo de democracia delegativa mostra que a delegação (caráter hobbesiano da democracia) não deve prevalecer sobre a representação (caráter lockiano da democracia).¹⁰⁸

A Constituição de 1988 consagrou em seu preâmbulo¹⁰⁹ e artigo 1º, caput¹¹⁰, o modelo republicano¹¹¹, fundamentado no exercício do poder político

¹⁰⁴ STRECK, op.cit., p. 108-109.

¹⁰⁵ STRECK, op. cit., p. 110.

¹⁰⁶ Presidente Fernando Collor foi o primeiro a ser eleito após a ditadura, assumindo a posição de salvador da pátria, justificava seus desatinos e decisões incertas pelo fato de ter sido votado por trinta e cinco milhões de pessoas. Também no governo de Fernando Henrique Cardoso, que não cumpriu com suas promessas de campanha nem foi leal com sua conduta enquanto mero professor sociólogo na defesa do intervencionismo estatal como forma de desenvolvimento de países atrasados. Pelo contrário, promoveu intensa privatização, foi recordista em edição de medidas provisórias (decretismo de O’Donnell), aprovando em emenda constitucional a reeleição do Presidente.

¹⁰⁷ Presidente Menem prorrogou seu mandato e aprovou emenda para permitir sua reeleição.

¹⁰⁸ Ibidem, p.112.

¹⁰⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

realizado por representantes (agentes públicos) que recebem mandato e são escolhidos periodicamente pelo povo através de eleições. Por outro lado, haja vista a representatividade indireta demonstrar certa precariedade no exercício fidedigno de mandatário da vontade real do povo, os constituintes entenderam por bem incluírem mecanismos de participação popular direta do poder, conforme se anuncia no parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”¹¹²

São esses mecanismos o plebiscito, o referendo e as iniciativas populares de leis. Tais conquistas democráticas que se somam ao Estado de Direito formando o Estado Democrático de Direito, Carlos Ari Sundfeld exemplifica com os seguintes dizeres:

Os direitos garantidos pela Constituição aos indivíduos – que no mero Estado de Direitos se limitavam à proteção das manifestações individuais em face do poder: direito de exercer um a profissão, direito de não ser preso indevidamente, direito de possuir bens – se ampliam em outros de diversa qualidade: no asseguramento jurídico da participação popular nas decisões do Estado. Surgem não apenas os direitos de votar, de ser votado, de fundar e participar de partidos políticos – correspondentes à garantia imediata da participação no poder – como seus necessários sustentáculos : os direitos à liberdade de expressão do pensamento e de imprensa, de reunião, de informação , e outros mais.¹¹³

Passou-se, assim, a maior permissão, como sendo direito e dever do cidadão, de participação nas decisões políticas caracterizando a chamada democracia. Contudo, “a democracia não se configura apenas com a vontade geral da maioria, mas também, e principalmente, com a garantia de representação e de proteção às minorias”¹¹⁴, sendo, portanto, necessário que a idéia do exercício de

¹¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

¹¹¹ “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente. São, assim, características da república a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. A eletividade é instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância no poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular.” ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. ix.

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹¹³ SUNDFELD, op. cit., p. 51

¹¹⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 751, p. 32-50, maio 1998. p. 48.

democracia seja difundido em todas as instancias de poder, isto é, não somente na esfera Legislativa, mas também no Executivo e no Judiciário.

Nesse íterim, o Poder Judiciário, apoiado no sistema de freios e contrapeso, atua como órgão realizador da Justiça e não simplesmente um aplicador da lei. A atividade judicial libertou-se das garras do mecanicismo das codificações extremamente extensivas que buscavam, em verdade, legislar sobre todas as coisas da vida e, assim, impedir a criativa interpretação dos magistrados, passando a intensificação do ativismo do judiciário.¹¹⁵ Podendo-se, “afirmar que a separação das funções estatais não é tão rígida num Estado Democrático de Direito: os poderes exercem controle recíproco uns sobre os outros, num sistema de pesos e contrapesos” .¹¹⁶

Por outro lado, com a crise do pós-guerra foi necessária atuação ativa do Estado que passou a interferir na vida econômica da sociedade seja instalando e financiando indústrias, serviços e empregos, seja defendendo mais direitos e benéficas trabalhistas, culminando, assim, no papel de Estado Social, “positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)”¹¹⁷

Nesse caminhar, conquistou-se o direito de exigir a atuação positiva do Estado frente aos direitos básicos e sociais elencados na Constituição como: o direito à educação, à saúde, à previdência social. No entanto, parte da doutrina sustenta que tais direitos não podem ser verdadeiramente exigidos, devendo ser “vistos apenas como programas a serem alcançados”¹¹⁸.

Portanto, juridicamente o Estado brasileiro, atualmente, é definido como Estado Social e Democrático de Direito devendo conter os seguintes elementos: “constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social”¹¹⁹.

¹¹⁵ LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 174-180, jun. 2010.

¹¹⁶ Ibidem, p. 180.

¹¹⁷ SUNDFELD, op. cit., p. 54

¹¹⁸ LAGE, op. cit., p. 181.

¹¹⁹ SUNDFELD, op. cit., p. 56.

1.4 DIREITOS E SOBERANIA DO POVO SOB O ENFOQUE HABERMASIANO

Para balizar a construção da abordagem realizada no presente trabalho mostrou-se necessário o entendimento de Jürgen Habermas sobre direitos e soberania do povo. Para tanto se utilizou estudo intitulado “Para a reconstrução do Direito(I): o sistema do direito”, capítulo que integra sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume 1.

No seu trabalho Jürgen Habermas introduz o direito moderno na ótica do agir comunicativo, vez que, entende que uma teoria crítica da sociedade não pode ser realizada baseada no ponto de vista de uma pessoa sobre a tensão existente entre pretensão da norma e realidade/facticidade social.

Passa então a reconstruir a autocompreensão das ordens jurídicas modernas, tomando como ponto de partida os direitos que os cidadãos tem que atribuir aos outros para que consigam regular legitimamente a convivência por meio do direito positivo. Reflete-se deste ponto a existência de uma tensão entre facticidade e validade em torno do direito, devido a característica ambivalente da validade jurídica.

O conceito de direito subjetivo como conceito de liberdade de ação subjetiva é ponto chave para desvendar o direito: “[...] direitos subjetivos (rights) estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade”¹²⁰. Assim, são estabelecidas liberdades de ação iguais para todos os portadores de direito, tanto pessoa física como pessoa jurídica. É o que se desprende do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, citado por Jürgen Habermas.

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de igual direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de lei.¹²¹

Para Kant, conforme este artigo, toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e de todos. Este é o princípio geral de direito formulado por ele. Já no entendimento de

¹²⁰ HABERMAS, 2003a, v.1.op. cit., p. 113.

¹²¹ Ibidem, p. 113-114.

Rawls, “todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais”¹²², que seria o primeiro princípio de justiça.

Assim, Jürgen Habermas conclui que lei e direito expressam o mesmo conceito de igualdade de direitos entre todos os sujeitos, vez que no conceito de direito estão as leis gerais e abstratas. O direito deve satisfazer as exigências funcionais de uma sociedade complexa como o faz a economia e também levar em conta as condições precárias de uma integração social que se realiza através da aceitação de pretensões de validade.

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo.¹²³

Jürgen Habermas sustenta ser um paradoxo ter as normas legitimidade a partir da legalidade, explicando que “esses direitos dos cidadãos têm, de um lado, a mesma estrutura de todos os direitos os quais abrem ao indivíduo esferas da liberdade de arbítrio”¹²⁴, ou seja, os direitos políticos como os demais direitos devem poder ser vistos como liberdades de ação subjetivas, fazendo do comportamento legal um dever, o sujeito tem um comportamento conforme a lei. Também, há a expectativas da norma que vai ser formulada pelo legislativo por quem vai recebê-la, isto é, a comunidade, uma vez que o próprio legislativo tem que extrair e identificar sua força legitimadora do processo de entendimento dos sujeitos em comunidade sobre suas regras de convivências. Nesse contexto, tem o direito a função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, e o faz realizando um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo.

Jürgen Habermas explica o nexos existente entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia do cidadão sob o enfoque de dois contextos: 1) a relação não esclarecida entre direito subjetivo e público no âmbito da dogmática

¹²² RAWLS, 1975, 1981 IN: Ibidem, p. 114

¹²³ Ibidem, p. 114-115

¹²⁴ Ibidem, p. 115.

jurídica; 2) a concorrência não apaziguada entre direitos humanos e soberania do povo – autonomia pública e privada.¹²⁵

O direito subjetivo alemão foi influenciado pela filosofia do direito idealista¹²⁶, ficando minado com a II Guerra devido ao regime do Nacional-socialismo estabelecido pelos líderes alemães. Passada a guerra introduziu-se o direito natural na tentativa de se restaurar o nexó entre a autonomia privada e moral. Depois o liberalismo ortodoxo com base nessa mesma compreensão individualista reduzida dos direitos subjetivos fez algumas renovações que geraram interpretações

¹²⁵ Em ambos o caso pode ser explicado a partir da filosofia da consciência como também a partir da subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral. Com o estudo kantiano sobre direito e moral, o autor demonstra que o princípio da democracia não pode se sujeitar ao princípio da moral como fez Kant.

¹²⁶ Para **Sauvigny**, uma relação jurídica garante “o poder que compete à pessoa singular: uma região onde domina a sua vontade – e domina com nosso consentimento” (p.116). Tem-se nesse conceito, a idéia de nexó entre as liberdades subjetivas de ação do sujeito e o reconhecimento intersubjetivos pelos demais sujeitos.

Para **Puchta**, o direito é essencialmente direito subjetivo, explicando que “o direito é o reconhecimento da liberdade que advém em igual medida aos homens como sujeitos que detém o poder da vontade”.

Nesse sentido, entende-se o direito subjetivo como direito negativo que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade.(p.116). Nessa esfera, o direito é o protetor da autonomia privada, ficando ela garantida.

Contudo, no século XIX ficou demonstrado que “o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo durante o tempo em que a autonomia privada do sujeito do direito estivesse apoiada na autonomia moral da pessoa” (p.117). Ocorre que o direito em geral perdeu sua fundamentação idealista, perdeu o núcleo normativo de uma legítima liberdade da vontade que necessitava de proteção.

A liberdade de arbítrio e a vontade autônoma de pessoa foi o único laço estabelecido por Kant que manteve a força legitimadora por algum tempo ainda. Após o rompimento deste laço, o direito passou a firmar-se como a forma que reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática, segundo a interpretação positivista.

Para **Windscheid**, “direito é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica”.

Para **Ihering**, conforme sua interpretação utilitarista, “o direito subjetivo é conceitualmente um poder jurídico, conferido ao indivíduo através da ordem jurídica, cujo fim consiste em ser um meio para a satisfação de interesses humanos”.(p.117/118). As características de do direito privado subjetivo no tocante ao gozo e interesse do sujeito é estendido aos direitos em geral.

Hans Kelsen determina o direito subjetivo em geral como interesse protegido, objetiva e juridicamente, e como liberdade de arbítrio (ou poder querer), assegurada objetiva e juridicamente. As proposições do direito estabelecem liberdades de ação devidas (dever-ser), que são compreendidas de modo empírico e não deontológico, como a validade que o legislador político confere as suas decisões. Assim, o poder de sanção estatal eleva a vontade do legislador ao nível de vontade do Estado.

Savigny interpreta de modo individualista o conteúdo moral dos direitos subjetivos, não existindo a vontade livre ou poder de dominação de uma pessoa, onde a autonomia privada merece ser protegida do ponto de vista moral.

Kelsen, na outra vertente interpretativa do direito privado, separa o conceito de direito do de moral, como também da pessoa natural, pois entende que um sistema jurídico autônomo tem que sobreviver com suas autoproduções. Esse pensamento, permite a interpretação pura funcionalista dos direitos subjetivos.

dos direitos privados, sendo utilizadas para o intercambio econômico capitalista. Sobre o tema leciona Coing:

o pensamento do direito subjetivo mantém viva a idéia de que o direito privado e a proteção do direito, fundamentado por aquele, serve, em última instância, para a manutenção da liberdade do indivíduo na sociedade e de que a liberdade individual constitui uma das idéias fundamentais, em função da qual existe o direito. Pois, no âmbito do pensamento do direito subjetivo, o direito privado é o direito dos membros do direito, independentes entre si, agindo de acordo com suas próprias decisões.¹²⁷

Jürgen Habermas leciona que quando o Estado social tenta concretizar o domínios nucleares do direito privado burguês, L. Raiser sente-se instigado a limitar o conceito de direito subjetivo às clássicas liberdades de ação. O indivíduo assume posição de membro; devendo existir além dos direitos fundamentais o direito social, pois aqueles não conseguem garantir à pessoa a proteção jurídica necessária quando ela está inserida em um contexto maior, supra-individuais.¹²⁸

Jürgen Habermas enfatiza que na mudança de paradigma do direito formal burguês para o direito materializado do Estado social os princípios e conceitos fundamentais na mudam, não são revisados, apenas são interpretados de forma diversa.

Os direitos subjetivos apóiam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos do direito que cooperam.

[...]

Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. Nesse sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.¹²⁹

¹²⁷ COING, H. "Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“" apud HABERMAS, op. cit., p.119.

¹²⁸ Ibidem, p. 120

¹²⁹ Ibidem, p. 120-121

Sintetiza Jürgen Habermas dizendo que “a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes”¹³⁰. Segundo o autor, o verdadeiro problema é não conseguir esclarecer de onde o direito positivo obtém legitimidade, uma vez que o direito subjetivo se subordina ao direito objetivo e ambos se legitimam na legalidade de uma dominação política, interpretada sob o ponto de vista do positivismo do direito ao invés, de na verdade, o direito subjetivo ter autoridade moral independente da legalização democrática. Afirma, pois, que a legitimidade do direito positivo não está muito bem explicada. Que a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação, e esta busca sua justificativa no princípio da soberania do povo. Para ele direitos subjetivos e soberania do povo devem se pressupor mutuamente no processo de formação de norma.¹³¹

Jürgen Habermas acredita que Sauvigny poderia supor a legitimação do direito privado a partir de argumentos da razão, como um sistema de direitos negativos e procedimentais que garantem a liberdade, logo, sustenta o autor: a partir de si mesmo. Também a seu ver, Kant contrapondo a teoria de Hobbes estabeleceu com o princípio da autonomia, na verdade, uma idéia de autolegislação que não responde claramente à questão da legitimação de leis gerais, bem como não consegue esclarecer a relação entre princípio da moral, do direito e da democracia.¹³²

Jürgen Habermas para explicar a relação que acredita ser correta entre autonomia privada e pública realiza uma excursão pelas teorias de Hobbes, Kant e Rousseau, demonstrando onde está o erro em cada um no tocante a relação privado e público e também com relação à conseqüente legitimação do direito.

Tomando a perspectiva de Kant, Jürgen Habermas descreve Hobbes como um “teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado”¹³³. Em Hobbes o soberano usando o direito moderno garante uma ordem que propicia aos cidadãos liberdades subjetivas segundo leis gerais, ou seja, protege o seu povo de guerras internas e externas permitindo que aproveitem os bens que conquistaram. Para ele, não pode o problema da legitimação ser regulado no interior da ordem jurídica que já

¹³⁰ Ibidem, p. 121

¹³¹ Ibidem, p. 122.

¹³² Ibidem

¹³³ Ibidem, p. 123

esta fundamentada, isto é, não pode regular sobre os direitos dos cidadãos e processos da legislação democrática, devendo, sim, estar junto da constituição do poder do Estado. Sendo assim, o problema da legitimação desapareceria, pois, segundo Hobbes, a sociedade ao ser constituída de modo absolutista se justificaria como uma ordem instrumental a partir da vontade e dos interesses de todos os participantes, não precisando, portanto, de uma fundamentação normativa do exercício da dominação política conforme o direito, sendo que, na interpretação habermasiana, “a tensão entre facticidade e validade, embutida no direito, dissolver-se-ia, caso pudéssemos representar *per se* a dominação constituída juridicamente como a manutenção de um sistema do egoísmo ordenado, preferido por todos”¹³⁴.

Na crítica de Jürgen Habermas, Hobbes esqueceu-se de levar em conta que as pessoas tomam suas decisões a partir de suas preferências pessoais, em uma “perspectiva da primeira pessoa do singular”¹³⁵, circunstancia esta que afeta o acordo realizado no contrato, pois os partidos no estado natural devem pretender trocar suas liberdades naturais por liberdades do direito privado, conforme leis gerais. Habermas questiona a inexistência de demonstração por Hobbes da compreensão que o sujeito deveria ter sobre o significado da reciprocidade presente no contrato social. O sujeito no estado natural não teria aprendido a assumir a posição do outro, como também não tem condições de se considerar como uma segunda pessoa quando na perspectiva de outros sujeitos. Não há o reconhecimento recíproco. Por outro lado, também, não teriam condições de supor o que seria de interesse e bom para todos, ou seja, não podem “assumir a perspectiva social de uma primeira pessoa no plural”, necessária aos partidos que fecham contratos¹³⁶.

Kant, diante da fracassada tentativa de Hobbes em legitimar o poder e o direito, questiona-o sobre o uso de um modelo contratual do direito privado para fundamentar direitos subjetivos, alegando haver diferença estrutural entre o contrato social e o contrato privado no que concerne a legitimação. Para ele o contrato social é um fim em si mesmo, diferentemente dos contratos que possuem uma determinada finalidade, pois aquele “não tem, por sua natureza, um conteúdo

¹³⁴ Ibidem

¹³⁵ Ibidem, p. 124

¹³⁶ Ibidem, p. 125.

especial, pois ele constitui em si mesmo o modelo para uma socialização sob o domínio do princípio do direito”¹³⁷.

Ao separar a moral de direito, Kant afirma que a obediência ao direito não está vinculada ao consciente moral de uma pessoa, mas sim na coação, ação externa realizada pelo Estado ao submeter a todos as normas. Sustenta como Jürgen Habermas que a soberania não esta nas mãos de um governante como pretendia Hobbes, mas sim nas mãos do povo. Estabelece as condições sob as quais uma ordem, sendo considerada legítima, obtém validade, entendendo que “o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei geral”¹³⁸. O contrato social serve para institucionalizar o direito natural a iguais liberdades de ação subjetivas que, no seu entendimento, está fundamentado na vontade autônoma dos indivíduos.

Para Kant, os sujeitos autônomos, enquanto pessoas morais dispõem do ponto de vista social de uma razão que analisa as leis, podendo, assim, fazer sua fundamentação moral e não apenas passar do estado de natureza para o estado civil. Do mesmo modo, o direito humano precisa colocar-se em um sistema de direitos que o diferencie, tendo a liberdade individual e a igualdade para com os demais, positivadas como lei, no caso, leis públicas que requerem a vontade de todos os cidadãos autônomo e unidos para almejem legitimidade.¹³⁹

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta no interior do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.¹⁴⁰

Assim, é a autonomia política dos indivíduos que positivam as liberdades subjetivas, ocorrendo assim, a mediação entre o direito dos homens e a soberania do povo. Contudo, Jürgen Habermas não se satisfaz com o entendimento

¹³⁷ Ibidem, p. 126.

¹³⁸ Kant, I. *Über den Gemeinspruch*. vol.VI, p.144 In Ibidem

¹³⁹ Ibidem, p. 127.

¹⁴⁰ Ibidem

kantiano acerca dos conceitos princípio moral, princípio do direito e princípio da democracia, entendendo que “em ambos (Kant e Rousseau), existe uma não confessada relação de concorrência entre direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania do povo”¹⁴¹.

Jürgen Habermas defende que “a história da teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito”¹⁴². Habermas faz uma excursão sobre a cultura e a socialização que influenciaram o direito desde as primeiras codificações do final do século XIX. Explica que nas doutrinas do direito natural clássico, (principalmente o aristotélico que vigorou até o século XIX) e o do direito natural cristão (transformado por Tomás) se reflete um ethos da sociedade de forma geral, existindo uma ligação entre as diferentes camadas sociais, o que fez que os padrões de valores culturais e instituições existente entre as camadas fosse suficiente para motivar as ações realizadas, mantendo legítimas as ordens pois fazia a ponte com os membros da eticidade, da política e do direito¹⁴³. Contudo esse elo fora perdido. Segundo Jürgen Habermas o impulso do desenvolvimento que ele chama de racionalização do mundo da vida fora rompido.

As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser tema dos próprios atores. Em igual medida, diferenciam-se as práticas consuetudinárias e se transformam em simples convenção os padrões de interpretação de uma eticidade de decisões práticas, as quais passam pelo filtro da reflexão e da formação autônoma do juízo.¹⁴⁴

Surgem, então, especializações e idéias modernas de auto-realização e auto-determinação que caminham para dois discursos conforme o questionamento seja ético ou seja moral. Com isso, à ética aristotélica é atribuído novo sentido subjetivista. Nasce “uma espécie de reflexão que modifica os enfoques de cada um com relação à própria vida”¹⁴⁵, o sujeito busca o auto-entendimento,

¹⁴¹ Ibidem, p. 128.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem, p. 128-129

¹⁴⁴ Ibidem, p. 129.

¹⁴⁵ Ibidem.

realizando uma sondagem crítica interna e individualista do seu conhecimento e existência. Assim, na análise habermasiana:

A conduta pessoal de vida e a tradição cultural são transpostas cada vez mais para discursos de auto-entendimento.[...] A história vai substituir as auto-interpretações religiosas ou metafísicas, tornando-se o médium da autoconscientização de culturas e povos.[...] Durante o século XIX, formou-se a primeira figura de uma identidade pós-tradicional, sob o signo de um amálgama de historicismo e nacionalismo.¹⁴⁶

À medida que as especializações vão se concretizando surge também o pluralismo de formas de vida, e com isso, a importância de refletir sobre as normas que regem a convivência em comum, buscando incluir nelas orientações de valores universais. Sendo assim, verifica-se o crescimento da necessidade de legitimação dessas normas, o que só se satisfaz, segundo Jürgen Habermas, “através de discursos morais”, pois “estes estão voltados ao regulamento imparcial de conflitos de ação”¹⁴⁷. Portanto, nos dizeres de Jürgen Habermas:

Sob o ponto de vista moral do igual respeito por cada um e de uma consideração simétrica dos interesses de todos, as pretensões normativas de relações interpessoais legitimamente reguladas passam a ser problematizadas. No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela idéia da autodeterminação. A isso equivale, no âmbito da constituição de uma sociedade justa, a liberdade política do direito racional, isto é, da autolegislação democrática.¹⁴⁸

Ainda é possível justificar o direito por meio das idéias de direitos humanos e soberania do povo, conteúdos que não se deixam subordinar pelas dimensões de autodeterminação e de auto-realização, expressões surgidas com a efetiva distinção entre questões morais de questões éticas. No entanto, esses conceitos se encontram na interpretação política americana (liberais e republicanas), onde expressam direitos humanos como autodeterminação moral e a soberania do povo como a auto-realização ética, sendo considerados, portanto, concorrentes e não complementares.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Ibidem, p. 130.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 131.

¹⁴⁸ Ibidem

¹⁴⁹ Ibidem, p. 133.

Os liberais defendem os direitos individuais pré-políticos e a limitação da ação do soberano frente a esses direitos. Para eles os direitos humanos são impostos ao saber moral, desde o estado natural. A prioridade reside nas liberdades negativas que asseguram o exercício da autonomia individual. Já os republicanos pretendem alcançar uma sociedade conscientizada politicamente e organizada pelos seus cidadãos, onde os direitos humanos serão inseridos na medida em que forem reconhecidos pela comunidade que está em construção. “No primeiro caso, prevalece o momento moral-cognitivo, no segundo o ético-voluntário”¹⁵⁰.

Segundo Jürgen Habermas, Kant e Rousseau, contrários a esta idéia, “tomaram como objetivo pensar a união prática e a vontade soberana no conceito de autonomia, de tal modo que a idéia dos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se interpretassem mutuamente”¹⁵¹. Não conseguiram, contudo, conciliar os dois conceitos, sendo que, para Jürgen Habermas, Kant é mais liberal e Rousseau mais republicano do ponto de vista político. Por um lado, a interpretação de Kant parte do princípio de que ninguém, no princípio de sua autonomia como cidadão, pode aderir a leis que insurgem contra sua autonomia privada já garantida pelo direito natural, isto é, direitos primordiais inerentes ao homem “aos quais ele não poderia renunciar, mesmo que quisesse”¹⁵². Portanto, Kant não entende a ligação entre soberania popular e direitos humanos como restrição, ao contrário explica o seu conceito de autonomia política a partir do nexo entre esses dois elementos. Por outro lado, em Rousseau a autonomia política não advém dos direitos naturais, uma vez que está inscrito na soberania do povo através da linguagem da lei o direito a iguais liberdades subjetivas, enquanto direito fundamental. Portanto, no entendimento de Rousseau

[...] o conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. Através do *médium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui *per se* todos os interesses não-universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas.¹⁵³

¹⁵⁰ Ibidem, p. 134.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² KANT, Über den Gemeinspruch, vol. VI, 161. In: Ibidem, p. 135

¹⁵³ Ibidem, p. 136.

Contudo, segundo Jürgen Habermas não há razão no pensamento de Rousseau haja vista não ser possível o conteúdo normativo do direito humano originário surgir somente na gramática de leis gerais e abstratas, pois as qualidades lógico-semânticas de leis gerais são insuficientes para esclarecer o seu sentido de igualdade, contidos na pretensão de legitimidade do direito.¹⁵⁴

A forma gramatical de mandamentos universais nada diz sobre sua validade. A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional – todos os possíveis envolvidos deveriam poder dar a ela o seu assentimento, apoiados em boas razões. E isso só pode evidenciar-se sob as condições pragmáticas de discursos nos quais prevalece apenas a coerção do melhor argumento, apoiado nas respectivas informações.¹⁵⁵

Assim, segundo Jürgen Habermas, o nexó interno entre soberania popular e direitos humanos pode se estabelecer, contudo, somente se “o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente”¹⁵⁶.

A partir dessas considerações apresentadas por Jürgen Habermas pode se verificar o ponto de encaixe que se pretende abordar, qual seja, a abertura que o momento da Audiência pública permite às vozes da sociedade, estabelecendo através de meios de comunicação uma situação mais próxima do ideal democrático habermasiano.

1.5 ATIVISMO JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com o crescente desenvolvimento da sociedade moderna houve a necessidade de se instaurar um Estado interventor e protetor econômica e socialmente, o Estado Social ou o Welfare State, que para se fazer presente se utilizou do aparelho administrativo gerando um enorme fenômeno de criação de novas leis.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 137.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 138

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, freqüentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.¹⁵⁷

Contudo, mesmo diante do intenso movimento de codificação que se realizou na Europa Continental, que teve início com os códigos iluministas de Codex Bavaricus, de 1756, de Max José III da Baviera; o Código Josefino, de 1786, de José II da Áustria; e o Código Civil da Prússia, de 1794, de Frederico, o Grande; culminando com o de maior expressão em importância para a história do direito, o Código Napoleônico de 1804¹⁵⁸, o direito judiciário não foi eliminado inteiramente do caminho¹⁵⁹.

A expansão do direito legislativo no Estado Moderno tinha a pretensão de legislar sobre todos os acontecimentos que pudessem ocorrer no mundo da vida, impedindo, assim, interpretações que causassem incertezas ou insegurança jurídica. Entretanto, o que se deu foi ao contrário do esperado, pois a farta produção de leis gerou a intensificação da produção de direito por obra dos juízes no afã de adaptar o direito posto à realidade.¹⁶⁰ Nesse sentido, Mauro Cappelletti afirma que “na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso [...] num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno”.¹⁶¹

As novas leis que surgiam se limitavam a indicar os princípios gerais e as finalidades, deixando as particularizações para a legislação específica. No entanto, tais leis não criadas a tempo de regular a situação jurídica, mais amplo e vago tornava-se o espaço de discricionariedade, que cabia ao judiciário estabelecer quando diante de caso que objetivava um fim, obrigando ao magistrado tomada de decisão que possibilitasse tornar efetivo o programa social que a nova lei se comprometia a fazer.

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 41

¹⁵⁸ LAGE, op. cit., p. 168.

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 18.

¹⁶⁰ LAGE, op. cit., p. 169.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 19.

Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir, e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupos.¹⁶²

Já está patente na doutrina a questão da existência da interpretação na atividade do magistrado sendo para “preencher lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambigüidades”¹⁶³, precisando para tanto certo grau de criatividade ou escolha ou discricionariedade que não deve ser confundido com liberdade do interprete.¹⁶⁴

“Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.”¹⁶⁵

A maior intensidade da atividade criativa do juiz tem como início, segundo lições de Mauro Cappelletti, o movimento de várias escolas¹⁶⁶ contra o formalismo que acentuava o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional ao mesmo tempo em que renegava o aspecto interpretativo e discricionário do juiz, na tentativa de impingir-lhe a característica de mero declarador do direito.

Mauro Cappelletti ao abordar em específico a “função supletiva dos juízes” leciona que a expressão „direito judiciário“ (judiciary law) foi usada pelo

¹⁶² Ibidem, p. 44.

¹⁶³ Ibidem, p. 22.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 33.

¹⁶⁶ “É bem compreensível que, nas diferentes partes do mundo, tal revolta tenha visado a alvos diversos. Enquanto nos Estados Unidos e, de forma talvez mais acentuada, em outros ordenamentos de Common Law, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do case method, em França e nas áreas de influência francesa dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.” Ibidem, p. 31-32

filósofo e jurista Jeremy Bentham, a mais de um século e meio, quando definiu e condenou o fato de que no ordenamento inglês a atividade do juiz ultrapassava a de simplesmente declarar o direito existente, sendo ele, na realidade, criador de direito.¹⁶⁷

Autores a favor do ativismo judiciário sustentam sua necessidade “no desenvolvimento do Estado liberal de direito que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social”¹⁶⁸. As críticas que se insurgem contra a jurisdição constitucional em sua maioria estão relacionadas à distribuição de competências entre o Legislativo e o Judiciário, pois “cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade”¹⁶⁹. Questionam entre outras coisas a submissão do legislador à decisão definitiva da Corte que não foi eleita democraticamente e, portanto, não possui a legitimidade delegada pelo povo necessária para criar leis como tem o legislador eleito. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes sustentam que as respostas a essas questões são freqüentes e reiteradas, mas não fortes o bastante a ponto de fazer desaparecer a instituição de controle¹⁷⁰.

Com a evolução do Estado de Direito a Constituição se firmou como lei maior, regente de todo o ordenamento jurídico, estabelecendo a estrutura política e com ela a Separação dos Poderes. Hans Kelsen em “Quem deve ser o guardião da Constituição” defende a legitimidade do Tribunal Constitucional como poder legítimo para realizar a elaboração de leis constitucionais. Por outro lado, Carl Schimt afirma na obra “A defesa da Constituição” de que seja o chefe do executivo o legítimo guardião da Constituição.

Em defesa às críticas de Carl Schimt que afirma ser a criação de um Tribunal Constitucional entre outras objeções uma invasão nas esferas de poder do legislativo, realizando função política sem ter sido eleito democraticamente, Hans Kelsen se posiciona no sentido de que em verdade o Tribunal exerce também função política, pois o poder político não se limita ao legislativo, ele também está

¹⁶⁷ Ibidem, p. 17-18.

¹⁶⁸ HABERMAS, op. cit., p. 298

¹⁶⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 260.

presente nas decisões que solucionam os conflitos de interesses.¹⁷¹. Para Hans Kelsen o conflito jurídico é um conflito de interesses ou de poder, sendo assim, “toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”, portanto pode ser decidida como controvérsia jurídica, uma vez que a jurisdição não é mera reprodução do direito¹⁷². Explica Hans Kelsen que:

Se enxergamos “o político” na resolução de conflitos interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação política – mas não a verdadeira jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva.¹⁷³

Para fundamentar seu entendimento de que o controle de constitucionalidade é atividade jurisdicional com caráter político, esclarece Hans Kelsen que não existe diferença qualitativa entre lei e sentença, uma vez que ambas são produção do direito, portanto sendo a decisão de um tribunal constitucional um ato de legislação – como crê Carl Schmitt – é de produção de direito e, logo, é um ato de jurisdição. Entende que a „decisão“ tanto está contida na função legislativa quanto na função judicial, portanto ambas possuem caráter político.¹⁷⁴

Com relação a falta de eleição democrática dos membros do Tribunal, Hans Kelsen resolve essa crítica propondo que como os demais poderes o Tribunal Constitucional também possa passar pelo crivo da eleição pelo povo, entendendo, ainda, que mesmo na estrutura que está formado há o caráter democrático presente no modo como são nomeados seus membros e no posicionamento jurídico que tomam.¹⁷⁵

Esse déficit de legitimidade democrática, apontado por muitos doutrinadores, inerentes aos membros da magistratura tem a defesa de algumas

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251

¹⁷² Ibidem, p. 251-252.

¹⁷³ Ibidem, p. 251

¹⁷⁴ Ibidem, p. 259.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 291.

criações judiciais como as de Peter Haberle com os interpretes da constituição e a sociedade aberta e de Jürgen Habermas com a legitimação do direito por meio da ética do discurso. Ambas as teorias endossam a necessidade de abertura o processo de interpretação constitucional aos verdadeiros titulares da soberania, o cidadão. Portanto, malgrado não serem submetidos às eleições democráticas e populares, o Judiciário não se configura de todo antidemocrático, uma vez que se rege pela lei constitucional, tendo como escopo proteger os valores supremos independentemente se vão de encontro aos direitos das minorias ou das majorias, na meta de consolidação da democracia. Nesse sentido é a defesa que Mendes, Coelho e Branco fazem do „direito judiciário“.

Se tivermos presente, igualmente, que a defesa das constituições democráticas é, também, a defesa dos valores que elas reconhecem e proclamam; que é muito mais facial aos grupos minoritários, com uma singela petição, acionar a jurisdição constitucional contra as leis que os discriminem do que fazer abaixoassinados ou gritar palavras de ordem, de resto incapazes de inibir esses e outros abusos legislativos; se atentarmos para tudo isso, enfim, acabaremos admitindo de longe de ser politicamente ilegítima, como dizem os seus detratores históricos essa superlegislatura acabará se mostrando uma instituição das mais democráticas.¹⁷⁶

Não obstante, concordam os doutrinadores que esse órgão com função revisora, tem de ser neutro e superior aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para Carls Schimt a função revisora caberia ao Executivo. Para Hans Kelsen o controle de constitucionalidade no Estado de Direito não pode ser exercido por órgãos controlados, uma vez que “é a busca político-jurídico por garantias da Constituição, controlando órgão a ela subordinados”¹⁷⁷, portanto, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos quais deve ser impostos limites para que haja segurança no exercício de suas funções

Hans Kelsen prega o Tribunal Constitucional como órgão neutro, acima do Poder Judiciário, atuante apenas quando chamado a resolver questões de conflitos de poder e de elaboração de leis. É um órgão independente do Executivo e do Legislativo, criado exclusivamente para a garantia da constituição, portanto deve “decidir sobre a constitucionalidade de atos do parlamento (leis) e-ou do governo (decreto) que não tenham sido contestados, cassando tais atos, em sua

¹⁷⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, op cit., p. 165

¹⁷⁷ KELSEN, op. cit., p. 239.

inconstitucionalidade, e julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação”¹⁷⁸.

Assim, com base na experiência histórica e tendo em conta que se trata de uma prerrogativa soberana o Tribunal Constitucional foi constituído, sendo que “essa escolha, naturalmente, acabou recaindo nos *menos perigosos*, naqueles agentes políticos que não empunham a espada, nem controlam a bolsa, precisamente os juizes”¹⁷⁹. No Brasil como nos Estados Unidos o tribunal constitucional, como é chamada normalmente a cúpula suprema, faz parte do Poder Judiciário como sugere Kelsen. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional é o órgão superior no Brasil responsável pela interpretação constitucional como também pela coerência jurídica, realizando o controle de constitucionalidade de normas abstratas e decidindo os recursos constitucionais, além de resolver discussões entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Apesar das críticas a doutrina pátria entende que a resolução dos “fatores reais de poder”, para a atualidade, a jurisdição constitucional se faz essencial “pelo menos enquanto não descobriremos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça”¹⁸⁰.

Importante ressaltar que não é objetivo do trabalho abordar toda a gama de discussão que envolve o tema do ativismo judiciário no Brasil e nem caberia no texto tal atenção. Ventila-se na presente dissertação apenas situar o que se acredita poder coexistir em harmonia: o trabalho do judiciário com a contribuição participativa democrática da sociedade em decisões políticas e de caráter de resguardo da Constituição.

Assim, apesar da jurisdição constitucional não ser vista por muitos “como instituição própria de regimes democráticos”¹⁸¹, o debate em desfavor dela recaí sobre justamente o que se busca no presente trabalho: legitimidade na criação do direito.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 248

¹⁷⁹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 157

¹⁸⁰ Ibidem, p. 155.

¹⁸¹ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 14.

2 LEGITIMIDADE DO DIREITO NA ÉTICA DO DISCURSO DE HABERMAS

Para o presente trabalho se utiliza da filosofia habermasiana a fim de fundamentar a legitimidade do direito à luz da teoria do agir comunicativo. O foco principal desta segunda parte é o estudo da fundamentação da ética do discurso para poder compreender a legitimação do direito. Inicia-se a análise da compreensão de Jürgen Habermas da sociedade moderna e sua reconstrução sobre a racionalidade, seguido da apresentação da Teoria da Ação Comunicativa e das formulações dos princípios da Universalização, do Discurso e, por fim, o da Democracia. Finaliza-se essa parte abordando a jurisdição constitucional e a legitimidade de sua atuação no enfoque de Jürgen Habermas.

2.1 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A RACIONALIDADE

Nesses dois últimos séculos, XX e XXI, tem-se observado um crescente progresso da humanidade constituindo uma conseqüente complexidade nas esferas que compõem a sociedade moderna. Fragmentada em diversos subsistemas especializados, valorizam cada um „o seu saber“ específico e estabelecem regras e linguagens próprias que não se identificam com as demais áreas, gerando um reducionismo no diálogo entre as ciências e, assim, inviabilizam a busca de soluções de problemas universais que requerem o conhecimento interativo e integrador das diversas ciências, como a destruição do meio ambiente, a segurança e a miséria.

Jürgen Habermas compreende a sociedade moderna subdividida em dois mundos: mundo da vida, onde estão inseridos os sujeitos dentro de um cotidiano pré-definido com suas relações interpessoais; e os sistemas especializados, que é formado pelos diversos ramos de ciências que surgiram do mundo da vida, tornaram-se independentes deste e foram se especificando com base em um modelo próprio de racionalidade. Em Técnica e Ciência como “Ideologia” com base na concepção de racionalidade definida por Max Weber e partindo da análise dos conceitos de trabalho e interação, Jürgen Habermas formula novo entendimento sobre a chamada racionalização, estabelecendo com isso a distinção entre o mundo da vida e o mundo dos sistemas. Para Max Weber racionalidade define: a forma da atividade econômica capitalista, as relações sociais

regidas pelo direito privado burguês e a dominação burocrática. A racionalização, assim entendida, reflete a idéia de submissão das esferas sociais a critérios de decisões racionais, correspondente à industrialização do trabalho social e a respectiva ação instrumental que acaba por fazer interferências em outros campos da vida.¹⁸²

Considerando o trabalho (ou ação racional teleológica) Jürgen Habermas compreende ser ou a ação instrumental orientada por regra técnicas apoiadas no saber empírico conforme os acertos e os erros vivenciados por outros na mesma situação ou para a mesma decisão; ou o comportamento da escolha racional (ação estratégica) orientada por estratégias baseadas no saber analítico segundo as máximas ou valores de preferência que influenciam a situação ou decisão do outro ou, também, a combinação destas duas. Já por interação entende ser a ação comunicativa simbolicamente mediada e orientada por normas de vigência obrigatória, reforçadas por sanções, que determinam as expectativas de comportamento, devendo ser entendidas e reconhecidas por, no mínimo, dois sujeitos, objetivando compor a esfera da comunicação lingüística do cotidiano.¹⁸³

Jürgen Habermas distingue em Teoria da Ação Comunicativa a ação racional com respeito a fins (ação instrumental e ação estratégica) de ação comunicativa, afirmando que:

El modelo de acción racional con arreglo a fines parte de que el actor se orienta primariamente a la consecución de una meta suficientemente precisada en cuanto a fines concretos, de que elige los medios que Le parecen más adecuados en la situación dada, y de que considera otras consecuencias previsibles de la acción como condiciones colaterales del êxito. El êxito viene definido como la efectuación en el mundo del estado de cosas deseado, que en una situación dada puede ser generado causalmente mediante acción u omisión calculadas. [...] A una acción orientada al êxito la llamamos instrumental cuando la consideramos bajo el aspecto de observância de reglas de acción técnicas y evaluamos el grado de eficácia de la intervención que esa acción representa al contexto de estados y sucesos; y a una acción orientada al êxito la llamamos estratégica cuando la consideramos bajo el aspecto de observância de reglas de elección racional y evaluamos su grado de influencia sobre las decisiones de um oponente racional. [...] Hablo, en cambio, de acciones comunicativas cuando los planes de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocêntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “Ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 45.

¹⁸³ Ibidem, p. 57

comunicativa los participantes no se orientan primariamente al próprio êxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre si sobre la base de una definición compartida de la situación.¹⁸⁴

O modelo de ação racional intencional parte de que o ator se orienta primeiramente para alcançar um objetivo preciso enquanto fins específico, elegendo os meio que lhe parecem mais adequados em dada situação, e que considera outras conseqüências previsíveis da ação como condições de garantia do êxito. O sucesso é definido com a efetivação no mundo do estado de coisas desejado, que em uma determinada situação pode ser gerado causalmente por ação ou omissão calculada. [...]Uma ação orientada para o sucesso chamamos de instrumental quando consideramos sob o aspecto do cumprimento das regras técnicas de ação e avaliamos o grau de eficácia da intervenção que esta ação representa no contexto de estados e eventos; e a ação orientada para o sucesso nos chamamos de estratégia quando considerada sob o aspecto do cumprimento das regras de escolha racional e avaliamos o seu grau de influência sobre as decisões dos oponentes racionais. [...] Falo, no entanto, de ações comunicativas quando os planos de ação dos atores envolvidos não se coordenam através de resultados de cálculo egocêntrico, mas através de atos de entendimento. Na ação comunicativa os participantes não são primeiramente orientados pelo próprio sucesso; antes perseguem seus objetivos individuais sob a condição de que seus planos de ação podem ser harmonizadas com os outros com base em uma definição compartilhada da situação. (tradução da autora)

Assim, tem-se que na ação racional com respeito a fins o sujeito se orienta para a realização de seus próprios objetivos de forma egoística, calculando e planejando suas ações ou omissões mediante o que estas produzirão no mundo físico, obtendo o resultado desejado. São chamadas de *instrumentais* as ações que são seguidas de regras técnicas e avaliadas a partir do ponto de vista da eficácia de uma intervenção do sujeito no mundo físico. As ações *estratégicas* são aquelas em que o sujeito se utiliza de regras de escolha racional, influenciando as decisões de um sujeito oponente. Por último, as *ações comunicativas* estão presentes quando as interações sociais são coordenadas através de operações cooperativas de interpretação dos participantes que buscam se entenderem a fim de alcançar um acordo em comum.

Dentro do mundo da vida prevalece a racionalidade comunicativa onde o entendimento mútuo entre as pessoas é o *telos* da linguagem ordinária. Já na esfera sistêmica, como predomina o uso de meios para se alcançar uma

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social.** Madrid: Taurus Humanidades, 2003. v. 1. p. 366-367.

finalidade determinada, a relação se faz pela racionalidade instrumental ou estratégica. Perante isso, verifica-se a predominância de uma ou de outra ação racional dentro de cada sistema social em que permeiam os indivíduos, indicando, portanto, se o sistema se enquadra como uma sociedade ou um mundo vital sociocultural onde predomina a ação comunicativa ou se no sistema prevalece as ações instrumentais ou estratégicas como no sistema econômico ou o aparelho estatal¹⁸⁵.

Ocorre que, com a complexidade crescente da sociedade moderna, estes „dois mundos“ chegaram ao ponto de não conseguirem mais assegurar uma relação de entendimento entre si, sendo a racionalidade comunicativa impotente para fazer ressoar suas pretensões no conjunto dos sistemas especializados, e, estes, cada vez mais, por meio da política e da economia, tentam colonizar o mundo da vida, e a dirigir a vida das pessoas de forma não comunicativa.

Essa invasão no mundo da vida pelos meios não lingüísticos, poder e dinheiro advindos dos subsistemas, geram, pela análise habermasiana, uma tensão entre o mundo dos sistemas e o mundo da vida. A partir disso Jürgen Habermas explora os resultados patológicos surgidos no seio da sociedade, realiza um diagnóstico acerca do futuro da sociedade moderna, e propõe uma teoria da ação comunicativa, realizando, assim, uma mudança de paradigma dentro da filosofia: da razão reflexiva que ocorre na consciência no estado monológico kantiano para a razão comunicativa que ocorre no mundo lingüístico.

2.2 TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

Em sua Teoria da Ação Comunicativa (1981-1983) Jürgen Habermas propõe estudo da dimensão da pragmática lingüística fazendo uma interação entre o mundo da vida e o mundo dos sistemas por meio da linguagem. Com base em estudos de diversos autores, parte, principalmente, da análise da teoria da racionalização do direito de Weber e da teoria da razão pura de Kant, reformulando alguns conceitos destes autores, constrói a teoria da ação comunicativa.

¹⁸⁵ HABERMAS, op. cit., 1993, p. 60

Para Jürgen Habermas o agir social não pode mais ser entendido apenas no aspecto estratégico como Weber entendia ser¹⁸⁶, mas sim como uma ação comunicativa com objetivo comum de entendimento entre as pessoas, vez que, conforme sustenta, a razão se manifesta de forma lingüística.

Em Teoria da Ação Comunicativa Jürgen Habermas afirma que o “El tema fundamental de la filosofía es la razón” (o tema fundamental da filosofia é a razão)¹⁸⁷, e, sendo assim, desde sempre se utilizaram de princípios racionais na tentativa de explicar os fenômenos do mundo. Contudo, a filosofia não deve mais se referir ao mundo como se obtivesse todo o saber¹⁸⁸, pois é preciso entender e aceitar que a razão manifesta-se histórica e linguisticamente. Defende ser a comunicação, meio pelo qual os sujeitos interagem reciprocamente, o mecanismo racional que orienta o processo evolutivo histórico social da humanidade, devendo, portanto, ser a partir do meio lingüístico que a filosofia deve se ater para compreender o mundo e seus fenômenos.

La teoría de la argumentación cobra aquí una significación especial, puesto que es a ella a quien compete la tarea de reconstruir las presuposiciones y condiciones pragmático-formales del comportamiento explícitamente racional.¹⁸⁹

A teoria da argumentação cobra aqui um significado especial, pois é a ela que compete a tarefa de reconstruir as pressuposições e condições pragamático-formais do comportamento explicitamente racional.

(tradução da autora)

Aponta Jürgen Habermas a “atitude dos participantes da prática comunicativa cotidiana”¹⁹⁰ como ponto de partida para o esclarecimento das intuições sociais, pela filosofia. Propõe na teoria do agir comunicativo, substituir a razão prática, que não mais dá conta de fundamentar o direito racional, pela razão comunicativa que, ao contrário da primeira, não está adstrita a nenhum ator singular como também a nenhum macrossujeito sociopolítico.¹⁹¹

¹⁸⁶ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 360

¹⁸⁷ Ibidem, p. 15.

¹⁸⁸ “La filosofía ya no puede referirse hoy al conjunto del mundo, de la naturaleza, de la historia y de la sociedad, en el sentido de un saber totalizante”. Ibidem, p. 16.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989., p. 67

¹⁹¹ HABERMAS, op. cit., 2003. p. 20.

A razão comunicativa só é possível por causa do médium lingüístico, “através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”. As pessoas se relacionam através de meios de comunicação sendo o meio lingüístico um deles, onde precisam ter atitude performativa e aceitar alguns pressupostos para então ir de encontro ao entendimento de um com o outro, reconhecendo, assim, intersubjetivamente as pretensões de validade expostas na fala. A racionalidade comunicativa, ao contrário da razão prática, não tem a capacidade de ditar normas aos atores de que formam devem agir, contudo, possuem conteúdo normativo como os pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual que são obrigatórios durante a ação comunicativa, ou seja, que irão validar o discurso, pois orientam os sujeitos que agem comunicativamente e estão obrigados a “empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros”.¹⁹²

Portanto, o que se observa é que tais pressupostos de validade devem ser estabelecidos previamente para que não haja discussão acerca deles, pois eles orientam a relação entre os participantes, como devem agir dentro da discussão. Estão ligados a atos de fala, que são inteligibilidade, verdade, correção e veracidade, sendo que o uso comunicativo da linguagem ocorre quando estas quatro pretensões de validades citadas estiverem presentes.

Assim, para entender o mundo em que vivem as pessoas se utilizam da linguagem como meio, fazendo uso da expressão racional, ou seja, quando manifestamos de forma lingüística os nossos pensamentos, estabelece-se uma estreita ligação entre racionalidade e o conhecimento, sendo que estes, portanto, se revestem de uma estrutura proposicional¹⁹³, ou como leciona Jürgen Habermas, “os pensamentos articulam-se através de proposições”¹⁹⁴.¹⁹⁵

Ação comunicativa é, portanto, aquela interação nas quais as pessoas agem em conformidade umas com as outras, buscando a compreensão entre as ações de seus concernidos a fim de que, no entendimento um do outro e de

¹⁹² Ibidem

¹⁹³ HABERMAS. Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social. 2003, op. cit., p. 24

¹⁹⁴ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2003, op. cit., p. 28.

¹⁹⁵ Portanto, as manifestações lingüísticas são enunciados (ou proposições) que expressam um conhecimento e são passíveis de verdade. Pretensões de validez normativas estão, primeiramente, inseridas nas normas e só em um segundo momento são observadas nos atos de fala. Já as pretensões de verdade são verificadas apenas nos atos de fala.

todos ao mesmo tempo, encontrem um ponto comum de acordo que satisfaça a todos. Assim, um participante age racionalmente sobre o outro na busca de que este adere a sua argumentação. Na Ação estratégica, por outro lado, as pessoas interagem uma com as outras almejando interesse individual e egoísta na concretização de seus fins.¹⁹⁶

2.3 PRESSUPOSTOS NORMATIVOS DOS ATOS DE FALA

Na concepção habermasiana da ação comunicativa o agir social é mediado por tipos diferentes de ações racionais, qual sejam: as chamadas ações comunicativas orientadas para o entendimento mútuo e as ações teleológicas orientadas para um fim com relação a interesses egoísticos. Conforme mencionado nos itens anteriores, estas ações orientadas ao êxito são aquelas onde o sujeito intervém dentro de um contexto físico no mundo com o objetivo de alcançar algo previamente desejado, portanto suas ações foram planejadas no interesse de obter sucesso para si. Por outro lado, as ações comunicativas o sujeito se utiliza da linguagem para com o outro sujeito chegarem a um entendimento comum sobre algo no mundo, ocorrendo, assim, uma ação de adesão de um com relação ao argumento do outro que ocorre devido ao “efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita”¹⁹⁷

Jürgen Habermas se utiliza da teoria dos atos de fala de John Austin para poder explicar que na linguagem dos participantes se tem incutido regras condicionantes para que ocorra o entendimento recíproco. Segundo a distinção austiniana há: ato locucionário, ato ilocucionário e ato perlocucionário. Sendo que, resumidamente, ato locucionário é o conteúdo das orações enunciativas ou da oração enunciativa nominalizada, onde o falante expressa estado de coisas, diz algo. No ato ilocucionário fixa o modo em que se emprega uma oração, por exemplo: afirmação, promessa, mandato, confissão, etc; se expressa mediante verbo ativo empregado em primeira pessoa do indicativo. Já com o ato perlocucionário o falante busca causar efeito sobre o ouvinte.¹⁹⁸

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. 1989., op.cit. p.79.

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. 1989, op.cit. p. 79.

¹⁹⁸ HABERMAS. Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social. 2003, op. cit., p. 370-371.

Assim, quando o sujeito ao dizer algo, pratica uma ação tem-se um ato ilocucionário que possui força de entendimento, são auto-suficientes e emitidos pelo falante quando este tem intenção comunicativa de que o ouvinte entenda e aceite sua emissão.¹⁹⁹ Portanto, segundo Jürgen Habermas o ato de fala comporta uma pretensão de validade que corresponde à força ilocucionária, elemento que admite a relação interpessoal, isto é, possui uma capacidade de estabelecer uma relação interpessoal de fazer coisas ao agir comunicativamente. Nas lições de Delamar José Volpato Dutra:

Habermas traduz o conceito de força ilocucionária por pretensões de validade. Essas pretensões de validade exigem reconhecimento intersubjetivo e têm que estar fundadas em razão. Por isso, o significado de um ato de fala são suas condições de aceitabilidade. Entende um ato de fala quem entende suas condições de aceitabilidade.²⁰⁰

O conceito de agir comunicativo faz com que as suposições contrafactuais dos participantes adquiram importância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais, “pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas”²⁰¹, o que significa, segundo Jürgen Habermas, que a tensão entre facticidade e validade que está incluída na linguagem e no uso dessa linguagem retorna no modo de integração de indivíduos socializados e que requer seja trabalhada por esses sujeitos. Assim, o autor constrói o conceito sobre o uso da linguagem orientada pelo entendimento.

Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação.²⁰²

Para Jürgen Habermas o entendimento é um processo de obtenção de um acordo entre pessoas lingüística e interativamente competentes. Portanto, não basta que haja apenas um acordo entre os participantes, mas sim que este

¹⁹⁹ Ibidem, p. 371

²⁰⁰ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 47.

²⁰¹ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2003, op. cit., p. 35.

²⁰² Ibidem, p. 36.

acordo seja baseado em um entendimento racionalmente motivado, não podendo existir imposições por nenhuma das partes, nem pode haver a intervenção de ação instrumental ou estratégica, sendo que, para ele nem mesmo os acordos forçados por terem sido alcançados mediante influencia externa ou uso da força, não podem ser tidos como acordos verdadeiros, pois estes tem que serem baseados em convicções comuns²⁰³.

As ações orientadas para o entendimento são as quais os sujeitos a partir de uma contrariedade sobre algo no mundo iniciam um processo dialógico na busca do esclarecimento e da compreensão da questão posta em pauta com intuito de entrarem em um consenso mútuo. Para que este processo se desenvolva adequada e honestamente de forma a propiciar um possível entendimento entre os participantes faz-se necessário a pressuposição de algumas premissas que orientem a ação comunicativa. Essas condições prévias são denominadas de pretensões de validade e confere validade a fala dos participantes, vez que na medida em que o sujeito manifesta-se linguisticamente expondo seu entendimento sobre a questão dada, este seu argumento é colocado para a análise crítica dos demais, podendo ser considerado válido ou não.

A pretensão de validade levantadas em um ato de fala permite motivar o ouvinte a aceitar os argumentos, devido ao fato de que o falante assume, nesse ato, „*uma garantia suficiente e digna de fé*’, de que precisando se esforçará para resgatar sua pretensão por meio de razões.²⁰⁴ A partir do vínculo de confiança estabelecido entre as partes, passa a entrar “em vigor as obrigações relevantes para a seqüência da interação que estão contidas no significado do que foi dito”²⁰⁵. Sendo assim, o falante poderá resgatar sua garantia no caso de pretensões de verdade e correção, de forma discursiva, ou seja, aduzindo razões; já no caso de pretensões de sinceridade, pela consistência de seu comportamento.²⁰⁶

O ato de fala traz embutido na sua própria estrutura as quatro pretensões de validade que são segundo Jürgen Habermas os atos ilocucionários presentes na fala. Tais pretensões de validade que são em número de quatro devem

²⁰³ HABERMAS. Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social. 2003, op. cit., p. 368-369.

²⁰⁴ HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2003. op. cit., p. 37; HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo., 1989 p. 79.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. op. cit.1989. p.79/80.

²⁰⁶ Ibidem

ser justificadas ao mesmo tempo, para que possa haver condições de realizar a ação comunicativa.

Isto porque o falante pretende **verdade** para o conteúdo proposicional afirmado; **retitude**, ou adequação, para com as normas que justificam a relação que quer estabelecer; **veracidade** na manifestação de suas intenções [...] E, finalmente, a **inteligibilidade** tem que ser cumprida como pressuposto da própria compreensão do ato. Essas quatro pretensões são condição de possibilidade da realização do ato da fala, ou melhor, da ação comunicativa. Elas constituem o consenso. Estas pretensões de validade estão inscritas na própria estrutura da fala.²⁰⁷

Portanto, no processo de entendimento formado entre os participantes, a inteligibilidade é pressuposto que se faz essencial para a compreensão dos próprios atos de fala emitidos durante a comunicação lingüística. Já as demais pretensões de validade são em comum acordo previamente estabelecidas entre os participantes para que assim possam obter: a) verdade quando desejam entender sobre algo (mundo objetivo), b) veracidade nos seus próprios discursos (mundo subjetivo); ou seja, que cada participante possa acreditar e ser acreditado por aquilo que diz; e c) retitude que se refere à adequação e reconhecimento das normas entre os participantes considerando-as, assim, legítimas.²⁰⁸

Sendo assim, o que vincula uma pessoa a confiar nas pretensões de validade é a posição que o ouvinte toma com relação a essas pretensões advindas do falante, ou seja, elas serão reconhecidas, necessariamente, pelo ouvinte e ainda devem estar em condições de oferecer justificção, pois será assim que se fundará o consenso racionalmente motivado.²⁰⁹

Jürgen Habermas coloca a verdade proposicional e a correção normativa como as duas pretensões de validades discursivamente resgatáveis. A pretensão de verdade se fundamenta pela certeza da experiência em um primeiro momento, e não sendo isto suficiente passa-se ao discurso teórico. Com a pretensão de retitude a fundamentação se dá com base nas normas vigentes na sociedade, e caso ainda seja insuficiente, continuando a pretensão problemática, justificar-se-á em discurso prático. Já a pretensão de veracidade é exigida para o

²⁰⁷ DUTRA, op. cit., p. 49-50.

²⁰⁸ HABERMAS, 1989. op. cit. p.79

²⁰⁹ DUTRA, op. cit., p. 54

conhecimento das intenções do outro dentro do processo comunicativo, e se houver problemas na transparência da subjetividade expressa do outro, propõe o autor que se recorra a coerência prática da ação da pessoa relacionado ao que ela manifesta. Quanto a inteligibilidade, esta é condição primária, podendo ser corrigida com o objetivo de esclarecer pontos obscuros por meio do discurso hermenêutico.²¹⁰

2.4 ÉTICA DO DISCURSO, CONSENSO, PRINCÍPIOS

Na substituição do paradigma da consciência para o da linguagem que se deu com o giro lingüístico, Habermas concebe a razão como manifestação histórica e lingüística, ou seja, a linguagem é a expressão exteriorizada da razão. Assim o ponto chave da ação comunicativa é de que os sujeitos se comunicam lingüisticamente para poder se entenderem entre si. Portanto, o discurso argumentativo é um meio de se alcançar este entendimento mútuo entre os sujeitos participantes dentro de uma comunidade.²¹¹

Superando as interpretações pessimistas acerca da sociedade moderna, Jürgen Habermas dentro da reconstrução que fez da teoria da ação comunicativa concebe a sociedade como um mundo vivido e dentro dele as relações intersubjetivas e suas ações comunicativas cotidianas, e no âmbito da esfera sistêmica as instituições movidas pelas ações racionais estratégicas e instrumentais, correspondendo a integração social e a integração sistêmica, respectivamente. Nessa vertente, tem-se o que o autor denominou de „colonização do mundo da vida“, ou seja, a invasão da esfera sistêmica com seus sistemas especializados e o êxito como fim na esfera do mundo da vida, reduzindo o âmbito de atividade comunicativa racional voltada para o entendimento mutuo dentro do dia-a-dia das pessoas, acarretando em reducionismo dos sentimentos nobres entre as pessoas como a solidariedade e, de modo oposto, uma ação de desconexão dos sistemas específico entre si e com o mundo da vida e a conseqüente e incessante evolução na complexidade dos mesmos.

Ocorre, portanto, que a integração social decorrente do mundo da vida almeja que a ação dos sujeitos se realize por meio da solidariedade e do senso de justiça presente na intersubjetividade do reconhecimento recíproco. Por outro

²¹⁰ Ibidem, p. 55

²¹¹ Ibidem, p. 9-32.

lado, os sistemas sociais, o mercado e a política têm cada um uma ciência e regras próprias, distintas do mundo da vida, impossibilitando a integração comunicativa na busca do entendimento entre os dois níveis sociais, pois a sociedade está sujeita à instrumentalização e ao comando dos sistemas.

Nesse viés, propõe Jürgen Habermas a ação comunicativa e o entendimento recíproco entre os sujeitos participantes do discurso como télos da linguagem. Assim, no paradigma da linguagem a relação dos sujeitos não se restringe mais as ações de cunho racional estratégico e instrumental, passando a incluir o aspecto do entendimento entre os falantes sobre algo no mundo. Para tanto, os atos de fala dos sujeitos devem estar balizados pelas pretensões de validade e por princípios morais para que haja no processo argumentativo intersubjetivo condições favoráveis e regras norteadoras ao alcance do entendimento sem risco de incorrer em erro, para poder em fim chegar a um consenso.

Neste novo paradigma lingüístico, a racionalidade, agora comunicativa, se forma entre sujeito-sujeito, e não mais entre sujeito-objeto. O entendimento mediado pela linguagem só é alcançado mediante pessoas inteligíveis e autônomas, ou seja, que possam compreender o que o outro fala e que sejam livres e responsáveis por suas ações.

A partir dessa idéia esboçada é que Habermas dirige-se para uma fundamentação pragmática universal da sua Ética do Discurso verificada em sua obra *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, dividida, em síntese, em dois momentos principais: “em primeiro lugar, apontar um princípio que permita resolver conflitos de forma racional”, qual seja: o princípio da universalização que é introduzido como regra da argumentação de todos os discursos práticos; “em segundo lugar, fundamentar este princípio”²¹², ou seja, fundamentar o princípio da universalização a partir de pressupostos da pragmática universal e das pretensões de validades normativas.

2.5 FUNDAMENTAÇÕES DA ÉTICA DO DISCURSO - PRINCÍPIO U

Quando da fundamentação da ética, Jürgen Habermas defende que as normas éticas podem ser fundamentas de forma análoga aos enunciados

²¹² Ibidem, p. 152

verdadeiros, ou seja, deduz que as pretensões de validades das normas têm um sentido cognitivo, podendo ser tratadas de forma semelhante às pretensões de verdade.²¹³

À primeira vista, as proposições assertóricas empregadas em atos de fala constatativos parecem estar para os fatos numa relação análoga à maneira pela qual as proposições normativas empregadas em atos de fala regulativos se relacionam a relações interpessoais legitimamente ordenadas. A verdade das proposições significa a existência de estados de coisas assim como, analogamente, a correção das ações significa o preenchimento de normas.²¹⁴

Assim, Jürgen Habermas considera discursivamente resgatáveis duas das pretensões de validade: a verdade proposicional relativa ao ato de fala constatativo e a correção normativa que se refere ao ato de fala regulativo, mas destaca haver diferenças acerca da coordenação de ações que desempenham.²¹⁵ Ambas as pretensões podem ser resgatáveis, uma vez que possuem argumentos com força ilocucionária capaz de convencerem os sujeitos dentro de um processo comunicativo a reconhecerem-nas. O discurso é este processo comunicativo realizado por meio de argumentos onde os participantes analisam a questão em pauta e se posicionam racionalmente com o objetivo de se chegar a um entendimento, a um consenso.

Llamo argumentación al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectada de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizadas. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. Esta se pone de manifiesto, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez en litigio.²¹⁶ Chamo argumentação o tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade as quais tornaram se duvidosas e tratam de desempenhá-las ou de recusá-las por meio de argumentos. Uma argumentação contem razões que estão conectadas de forma sistemática com a pretensão de validade da

²¹³ HABERMAS. Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social. 2003, op. cit., v. 1, p. 38.

²¹⁴ HABERMAS, 1989, op. cit. p.80.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ HABERMAS. Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social. 2003, op. cit., v. 1, p. 37.

manifestação ou emissão problematizada. A força de uma argumentação se mede em um contexto dado pela pertinências das razões. Esta se demonstra, entre outras coisas, se a argumentação é capaz de convencer os participantes de um discurso, isto é, se é capaz de motivá-los a aceitar a pretensão de validade em litígio. (tradução da autora)

Portanto, é por meio da vontade racional dos participantes dentro do discurso voltado para a cooperação da busca da verdade e da prevalência reconhecida do melhor argumento que se chega a um consenso. Difere da ação comunicativa veiculada no cotidiano lingüístico das pessoas, “o discurso, pelo contrário, serve para a fundamentação das pretensões problemáticas de validade de opiniões e normas”²¹⁷, ou seja, as normas devem ser justificadas pelo discurso.

Jürgen Habermas explica que “ as pretensões de verdade residem apenas em atos de fala, enquanto que as pretensões de validade normativas tem sua sede primeiro em normas e só de maneira derivada em atos de fala”²¹⁸, pois para que uma norma seja formulada deve existir primeiro a vontade de regular uma referida conduta social, contudo o fato de existir uma norma imposta por decisão não significa que será admitida e constatada no seio da sociedade. Nesse sentido o autor ressalta que “temos que distinguir entre o fato social do reconhecimento intersubjetivo e o fato de uma norma ser digna de reconhecimento”²¹⁹, pois o fato de uma norma ser vigente não quer significar que é legítima, como também uma norma válida e legítima as vezes não é reconhecida pela sociedade.

Para Jürgen Habermas “a imposição de normas está duplamente codificada, porque os motivos para o reconhecimento de pretensões de validade normativas podem remeter tanto a convicções quanto a sanções, ou a uma mescla complicada de discernimento e violência”. Assim, não há legitimidade na norma que foi violentamente imposta, uma vez que as pessoas não tiveram vivencia desta situação e por isso não a aceitam por falta de reconhecimento.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Teoria e práxis. 1990, p. 29

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. 1989, op. cit. 81.

²¹⁹ Ibidem, p. 82.

Esses amálgamas, porém, são interessantes na medida em que constituem um indício de que não basta a entrada em vigor positivista da norma para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.²²⁰

Portanto, o discurso racional pretende o entendimento entre as pessoas participantes através de argumentos que os levem a um acordo sobre quais normas devem ser formadas, motivadas pelo contexto histórico-social a quem será endereçada, sem que haja imposições e coações durante o processo de criação.

Dentro desse contexto, Jürgen Habermas vê a necessidade de introduzir um princípio-ponte, enquanto regra de argumentação, para o discurso prático que equivalha ao princípio da indução no discurso teórico das ciências empíricas. Tomando por base as idéias éticas de Kant²²¹ e sua fórmula do Imperativo Categórico, o autor estabelece como princípio-ponte o princípio moral, pois ele “exclui como inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis”²²² o que coaduna com o conceito de consenso onde a validade das normas advém da vontade racional e universal dos participantes dentro do discurso.

Universalizar a máximas subentende-se de que elas devem passar pelo crivo de todos os concernidos, ou seja, todas as pessoas que serão atingidas pela norma devem reconhecê-la como válida. Para isso a norma a ser examinada não deve cuidar de conteúdo específico de uma classe de pessoas, mas sim ter caráter comum a todos, de interesse geral de todos, e, portanto, ser levada a análise sob os diversos ângulos e perspectivas de cada um dos participantes, formando, dessa maneira, um juízo imparcial, pois “força *cada um*, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectivas de *todos os outros*”²²³. Assim, o discurso terá o aspecto universal, englobando as diferentes

²²⁰ Ibidem, p. 83.

²²¹ Kant estabelece um critério, uma fórmula para a ação moral que ele denomina de imperativo categórico. Para Kant uma ação moral deve estar de acordo com o imperativo categórico por ele formulado e ter como motivação o respeito à lei, é aquela que se autodetermina com independência de todo fim, um fim que não precisa realizar, é sim uma condição restritiva do nosso arbítrio que não especifica conteúdo algum.

²²² HABERMAS, 1989, op. cit. p.84

²²³ Ibidem. p.86.

concepções acerca de um mesmo objeto. Segundo Jürgen Habermas, portanto, deve a norma válida satisfazer a seguinte condição:

– que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades de alternativas e conhecidas de regramento)²²⁴

Referida condição é o que Jürgen Habermas chamou de princípio U ou princípio da universalização, mas com um viés público de legitimação, pois exclui a aplicação monológica observada em Kant e John Rawls²²⁵ de que a norma possa ser produzida dentro de uma experiência e consciência individualista, afirmando o seguinte:

Introduzi (U) como uma regra de argumentação que possibilita o acordo em Discursos práticos sempre que as matérias possam ser regradas no interesse igual de todos os concernidos. É só com a fundamentação desse princípio-ponte que poderemos dar o passo para a ética do Discurso. Todavia, dei a (U) uma versão que exclui uma aplicação monológica desse princípio; ele só regula as argumentações entre diversos participantes e contém até mesmo a perspectiva para argumentações a serem realmente levadas a cabo, às quais estão admitidos como participantes todos os concernidos.²²⁶

Deste modo, para Jürgen Habermas deve existir necessariamente um esforço de cooperação entre todos na tarefa da argumentação. As

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Em síntese: John Rawls em sua obra “Uma Teoria da Justiça” preconiza a existência de princípios previamente estabelecidos sob um contrato entre pessoas racionais, livres e iguais enquanto estão na situação originária que ele chama de véu da ignorância, pois sem saber da posição em que cada um ocupa dentro da sociedade e na busca de satisfazer seus próprios interesses as pessoas acabariam por aceitar uma posição de igualdade entre todos. A pessoa que desconhece seu status e suas particularidades como religião e situação financeira dentro da sociedade como também desconhece essas mesmas características dos outros, não tem como manipular as decisões para as suas preferências. Esse é o véu da ignorância, é a posição originária que irá garantir a igualdade. Contudo, as pessoas devem se lembrar de algumas coisas como: que a sociedade deve ter o mínimo de organização, que deve existir cooperação entre as pessoas, que deve existir o mínimo de organização política e justiça. Propõe o que denominou de equilíbrio reflexivo que é a adequação entre os princípios de justiça e os juízos cotidianos de casos particulares do que é justo ou não. Segundo Rawls “ de acordo com o objetivo provisório da filosofia moral, devemos dizer que a justiça enquanto equidade é a hipótese de que os princípios que seriam escolhidos na posição original seriam idênticos aqueles que combinem com nossos julgamentos considerados e assim esses princípios descreveriam nosso senso de justiça”. In: Uma teoria de justiça, 1999, p.48

²²⁶ HABERMAS, 1989, op. cit. p.86/87

argumentações morais vão sendo realizadas de forma reflexivas pelos participantes com intuito de dirimir conflitos da ação e, assim, restaurar o consenso que foi de alguma forma perturbado. Primeiro há a pretensão de validade controversa, para em seguida se encontrar a solução do problema ou substituí-la por outra pretensão.²²⁷

Jürgen Habermas explica que não basta que um indivíduo sozinho pense se a norma poderia ser aceita e que nem mesmo se todos os indivíduos refletissem, cada um por si, sobre a questão para depois apresentar seus conhecimentos aos demais alcançaria um acordo de vontades que representassem a real vontade de todos. Entende que é preciso uma argumentação real da qual todos participem ativamente e cooperativamente, pois “ só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva; só então os participantes podem saber que eles chegaram a uma convicção comum”²²⁸.

Por conseguinte, o imperativo categórico de Kant sob a perspectiva adotada por Jürgen Habermas sofre uma reformulação, “é desligado da filosofia transcendental da consciência e reconstruído em termos de análise da linguagem”²²⁹. A máxima de cada um será apresentada para todos os demais para ser colocada em análise discursiva de sua pretensão de universalidade, e só depois, em sendo aceita por todos os concernidos é que a norma será reconhecida como universal. Nesse sentido, propõe que:

Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal.²³⁰

Entende-se, portanto, que a norma moral para ter a atribuição de validade universal não deve ficar adstrita a racionalidade interpretativa individual, mas sim passar pelo conhecimento e crivo de todos que de forma cooperativa e argumentativa passaram de um dissenso para um consenso.

²²⁷ Ibidem. p.87/88

²²⁸ Ibidem. p.88.

²²⁹ DUTRA, op. cit., p. 155.

²³⁰ HABERMAS, 1989, op. cit. p.88

Atenta-se ainda Jürgen Habermas ao fato de que “as necessidades são interpretadas à luz de valores culturais”, ou seja, os interesses das pessoas afloram a partir de uma tradição cultural e de experiências vividas por eles dentro de sua comunidade. Estes valores singulares que orientam a interpretação do que vem a ser necessário a todos “não pode de modo algum ser um assunto do qual os indivíduos disponham monologicamente”²³¹. Nesse contexto Jürgen Habermas explica:

As normas fundamentais do direito e da moral não são absolutamente da competência da teoria moral; elas devem ser consideradas como conteúdos que precisam ser fundamentados em Discursos práticos. Como as circunstâncias históricas mudam, cada época lança sua própria luz sobre as representações básicas de natureza moral-prática.²³²

Em vista disso, o princípio da universalização não tem condições de ser usado para resolver todas as questões práticas, vez que somente as questões relacionadas ao direito e a moral podem ser avaliadas de forma universal. As questões pragmáticas e éticas por terem cunho egoístico e individualista no sentido do que é bom para aquele que realiza a ação, não podem ser respondidas de forma universal como requer e exige o processo de validação das normas na perspectiva habermasiana.

2.6 ÉTICA DO DISCURSO, SITUAÇÃO IDEAL DE FALA, PRINCÍPIO DO DISCURSO

Jürgen Habermas sustenta haver a necessidade de junção do princípio do Discurso com o princípio da universalização (U) para a fundamentação das normas de ação, alertando para não serem confundidos um com o outro, pois aquele já exprime a idéia fundamental da Ética do Discurso. Assim, como complemento da fundamentação das normas o Princípio do Discurso “já pressupõe que a escolha de normas pode ser fundamentada”, ou melhor, “uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem

²³¹ Ibidem

²³² Ibidem. p.109.

(ou possam chegar), enquanto *participantes de um Discurso prático*, a um acordo quanto à validade dessa norma”²³³.

A Ética do discurso de Habermas, portanto, exige para comprovação do princípio moral da universalização como consequência dos pressupostos de argumentação, a ciência dos participantes do discurso, mesmo que tácita, dos pressupostos comunicacionais universais e necessários do discurso argumentativo, acrescido, ainda, do entendimento de o que é justificar uma norma de ação.²³⁴ A distinção entre o princípio U e o princípio do Discurso deve estar clara para os participantes do discurso, pois U é a regra da argumentação dos discursos práticos, não fazendo parte do conteúdo das questões colocadas em pauta no processo argumentativo. Já por princípio do discurso (D) deve-se entendê-lo como motivador da cooperação no objetivo de validar uma norma comum a todos.

A proposta ética de Habermas não comporta conteúdos. Ela é formal. Ela apresenta um procedimento, fundamentado na racionalidade comunicativa, de resolução de pretensões normativas de validade. O processo concreto de justificação de normas é falível, é histórico, mas não o procedimento como tal, pois este é fundado na racionalidade comunicativa.²³⁵

Deste modo, “a ética do discurso não dá nenhuma orientação contedutística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo”²³⁶ e, sendo a partir destes aspectos processuais que o discurso argumentativo apresentando-se como um processo comunicacional, deve ele atender a algumas condições para que se forme uma situação próxima daquela concebida por Jürgen Habermas a qual ele chamou de “situação ideal de fala”.

²³³ Ibidem. p.86

²³⁴ Ibidem. p. 109/110.

²³⁵ DUTRA, op. cit., p. 158

²³⁶ HABERMAS, 1989, op. cit. p. 148

Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por la coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones solo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla.²³⁷

Chamo de ideal uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêm impedidas por influxos externos contingentes, como tampouco pelas coações que se seguem a partir da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala excluem as distorções sistematicas da comunicação. E a estrutura da comunicação deixa de gerar contrangimentos somente se para todos os participantes no discurso é dada uma distribuição simétrica das oportunidades para escolher e executar atos de fala.
(tradução da autora)

Diferentemente da ação comunicativa existente na realidade do mundo da vida, no discurso argumentativo proposto por Jürgen Habermas os participantes comportam-se e comunicam-se de forma extremamente polida, sem haver repressão ou desigualdade entre eles. Referida situação tida como ideal é estabelecida pelo autor ao propor os pressupostos de argumentação para que se excluam quaisquer coerções externas que interfiram no processo de busca da verdade, a não ser a coerção do melhor argumento. Afirma nesse sentido:

[...] hoje ainda, parece-me acertada a intenção de reconstruir aquelas condições universais de simetria que todo falante competente, na medida em que pensa entrar de todo numa argumentação, tem que pressupor como suficientemente preenchidas. [...] Os participantes de uma argumentação não podem se esquivar à pressuposição de que a estrutura de sua comunicação, em razão de características a se descreverem formalmente, exclui toda coerção atuando do exterior sobre o processo de entendimento mútuo ou procedendo dele próprio com exceção da coerção do argumento melhor, e que ela assim neutraliza todos os motivos, com exceção do motivo da busca cooperativa da verdade.²³⁸

Para se conseguir um entendimento entre os participantes e encontrar um acordo comum, Jürgen Habermas sustenta ser imprescindível o discurso por meio de argumentos racionais. E para haver a possibilidade do entendimento, quem participa do discurso deve admitir certas condições que quando

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. (Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns). 3. ed. Madrid: Cátedra, 1997. (Colección Teorema, Serie Mayor.) p. 153.

²³⁸ HABERMAS, 1989, op. cit.p.111/112

efetivadas, estabelecem a “situação ideal de fala” que é o invólucro, a estrutura, a parte formal da ação comunicativa. Sobre o ponto Jürgen Habermas assevera que:

[...] partindo da análise das condições necessárias do entendimento em geral, é possível desenvolver, pelo menos, a idéia de uma intersubjetividade intacta capaz de possibilitar um entendimento não coagido dos indivíduos no seu relacionamento recíproco[...] Intersubjetividade intacta constitui a manifestação de condições simétricas de reconhecimento recíproco livre. Entretanto, esta idéia não deve ser carregada com as cores da totalidade de uma forma de vida reconciliada e projetada no futuro, nos moldes de uma utopia; ela contém nada mais, mas também nada menos do que a caracterização formal de condições necessárias para formas não antecipáveis de uma vida não fracassada.²³⁹

Portanto, verifica-se que a situação ideal de fala está dentro dos diversos entendimentos, como também, quando orientada pelo princípio do discurso, é posta antecipadamente como condição de racionalidade comunicativa, uma suposição contrafática pelo fato da comunicação sofrer distorções.²⁴⁰ A comunicação ideal, pura sem interferências externas limitadoras é praticamente impossível de ocorrer dentro da realidade do mundo da vida. Sabendo disso é que Jürgen Habermas propõe a situação ideal de fala como uma condição a ser previamente estabelecida a fim de criar uma situação em que se possa alcançar legitimidade e validade do consenso auferido em discurso.

A ética discursiva não tem o condão de estabelecer o conteúdo das normas positivas, pois estas são identificadas no desenrolar histórico da sociedade. A proposta habermasiana pretende a partir da racionalidade comunicativa dos concernidos estabelecer um procedimento democrático de justificação de normas. Nesse sentido, segundo Jürgen Habermas em Teoria da Ação comunicativa: complementos e estudo prévios, a situação ideal de fala deve cumprir duas condições comuns, quais sejam, os postulados da igualdade comunicativa e o da igualdade da fala:

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 182.

²⁴⁰ DUTRA, op. cit., p. 86-89

1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y réplicas, preguntas y respuestas.

2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y de problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y a la crítica.²⁴¹

1) Todos os potenciais participantes em um discurso tem que ter a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de sorte que em todo momento tenham a oportunidade tanto de abrir um discurso como de perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas.

2) Todos os participantes em um discurso tem que ter igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificações e de problematizar, dar razão ou recusar as pretensões de validade dessas afirmações, de modo que em última análise qualquer prejuízo fique subtraído da tematização e da crítica.

(tradução da autora)

A estas duas condições Jürgen Habermas adiciona, ainda, outras duas: os postulados da veracidade e da sinceridade, e da correção das normas. Segundo estas, os sujeitos devem realmente efetivar um discurso e não serem iludidos de que participam ativamente, quando na verdade não realizam a ação comunicativa, pois estão sob certa forma de coação.

3) Para el discurso solo se permiten hablantes que como agentes, es decir, en los contextos de acción, tengan iguales oportunidades de emplear actos de habla representativos, esto es, de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Pues solo la recíproca sintonización de los espacios de expresión individual y la complementariedad en el juego de proximidad y distancia en los contextos de acción garantizan que los agentes, también como participantes en el discurso, Sean también veraces unos con otros y hagan transparente su naturaleza interna.

4) Para el discurso solo se permiten hablantes que como agentes tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos, es decir, de mandar y oponerse, de permitir y prohibir, de hacer y retirar promesas, de dar razón y exigirla. Pues sólo la completa reciprocidad de expectativas de comportamiento, que excluye privilegios en el sentido de normas de acción y valoración que sólo obliguen unilateralmente, puede garantizar que la equidistribución formal de las oportunidades de abrir una discusión y proseguirla, se

²⁴¹ HABERMAS. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. 1997, op. cit., p. 153

emplee también fácticamente para dejar en suspenso las coacciones de la realidad y pasar al âmbito de comunicación exento de experiência y descargado de acción que es el discurso.²⁴²

3) Para o discurso somente se permite falantes como agentes, é dizer, nos contextos de ação, tenham iguais oportunidade de empregar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas atitudes, sentimentos e desejos. Pois apenas o recíproco ajuste dos espaços de expressões individuais e a complementariedade do jogo de proximidade e distancia no contexto de ação garantem que os agentes, também como participantes em um discurso, sejam também verdadeiros um com os outros e tornam hajam transparente sua natureza interna.

4) Para o discurso somente se permite falantes que como agentes tenham a mesma oportunidade de empregar atos de fala regulativos, é dizer, de mandar e opor-se, de permitir e proibir, de fazer e retirar promessas, de dar razão e exigir-la. Pois somente a completa reciprocidade de expectativas de comportamento, que excluem privilégios no sentido de normas de ação e valoração que apenas obriguem unilateralmente, podem garantir que a distribuição formal das oportunidades de abrir uma discussão e prosseguir-la, se empregam também factualmente para deixar em suspenso as limitações da realidade e passar ao âmbito de comunicação livre de experiência e descarregado de ação que é o discurso.

(tradução da autora)

Para se realizar um discurso e com ele obter um consenso racional, devem-se preencher as quatro condições mencionadas e, assim, „construir“ a situação ideal de fala, ou seja, tem que haver antecipadamente uma pressuposição da existência da situação em termos real e não apenas fictício, uma vez que um consenso racional somente pode ser distinguido de um consenso enganoso quando se tem a referencia de ter sido realizado em uma „situação ideal de fala“.²⁴³ Mas uma comunidade considerada ideal onde todos os participantes seriam competentes no sentido de ter “a capacidade de distinguir confiadamente entre ser e aparência, essência e fenômeno, ser e dever-ser, para poder julgar competentemente acerca da verdade dos enunciados, a veracidade das emissões e a retitude das ações”²⁴⁴, é quase impossível de se concretizar, contudo, ela deve ser sempre perseguida como um ideal a fim de se aproximar ao máximo de um efetivo consenso racional e legítimo.

²⁴² Ibidem, p. 153-154

²⁴³ Ibidem, p. 154-156.

²⁴⁴ Ibidem, p. 104

Apesar desta formulação apresentada por Jürgen Habermas, ele demonstra preferir usar a formulação²⁴⁵ criada por Alexy e que, segundo lições de Delamar José Volpato Dutra, pode ser resumida da seguinte forma:

- a) Todos podem participar de discursos;
- b) todos podem problematizar qualquer asserção;
- c) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;
- d) todos podem manifestar suas atitudes, desejos e necessidades;
- e) todos podem exercer os direitos acima.²⁴⁶

Assim, Jürgen Habermas formula o princípio D do seguinte modo: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”²⁴⁷, com base na idéia de que todos os concernidos devam estar em situação de igualdade e agir em prol do entendimento mútuo para poder chegar a fundamentar imparcialmente uma norma de ação.

2.7 FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO - DA DEDUÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA

Jürgen Habermas ao fundamentar um sistema de direitos que considera compatível com a autonomia privada e pública dos cidadãos afirma haver a necessidade da contemplação dos direitos fundamentais, que são aqueles que os cidadãos são obrigados a atribuir uns aos outros a fim de regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Tais direitos são introduzidos, inicialmente, sob a perspectiva do sujeito imparcial, ou seja, “de alguém que não esta participando”²⁴⁸.

Para chegar a uma fundamentação dos direitos, Jürgen Habermas partiu da história dos dogmas do direito subjetivo, mostrando como a legitimidade surge paradoxalmente da legalidade; interpreta o conceito de autonomia com base na teoria do discurso, fazendo com que se identifique um nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo; depois apresenta a relação complementar entre direito e moral, estabelecendo formalmente a distinção entre norma jurídica e normas gerais de ação.

²⁴⁵ HABERMAS, 1989, op. cit. p.110-112

²⁴⁶ DUTRA, op. cit. p. 226

²⁴⁷ HABERMAS, 2003, op. cit. p. 142

²⁴⁸ Ibidem. p. 154.

O *médium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. A liberação do arbítrio dos atores orientados pelo sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber, o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora.²⁴⁹

Deste entendimento obtêm-se o valor dos direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas do cidadão. Ficam garantidas a autonomia privada de cada um, ou melhor, liberação das obrigações da liberdade comunicativa, pois as liberdades subjetivas, protegidas pelo direito, eximem o sujeito das obrigações. A obrigação ilocucionária esta diretamente ligada a liberdade comunicativa, pois esta depende de uma relação intersubjetiva, onde os participantes estão dispostos a coordenar seus planos de ação a um consentimento em que estejam dispostos a fundamentar a pretensão levantada com os atos de fala. Já na liberdade subjetiva, os sujeitos agem sem interesse no argumento e decisão do outro, “por isso, a autonomia privada de um sujeito do direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influencia recíproca”²⁵⁰.

Habermas, seguindo Klaus Gunther, entende a liberdade comunicativa como a possibilidade de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade por ele levantadas, que dependem de um reconhecimento recíproco intersubjetivo.

Jürgen Habermas interpreta o princípio kantiano que estabelece o direito as liberdades subjetivas de ação da seguinte forma: “deve ser constituído um código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa”²⁵¹, ressaltando que o princípio jurídico deve exigir além das liberdades subjetivas em geral, também iguais liberdades subjetivas, ou seja, “ a liberdade de cada um deve poder conviver com a

²⁴⁹ Ibidem. p. 155.

²⁵⁰ Ibidem. p. 156.

²⁵¹ Ibidem. p. 156-157.

igual (gleiche) liberdade de todos, segundo uma lei geral”²⁵². Institui-se, assim, a legitimidade do direito positivo, uma vez que em Kant o direito se subordina a moral.

Na formulação kantiana do princípio do direito, a “lei geral” carrega o peso da legitimação. E aí o imperativo categórico está sempre presente com pano de fundo: a forma da lei geral legitima a distribuição das liberdades de ação subjetivas, porque nele se expressa um bem-sucedido teste de generalização da razão que examina leis.²⁵³

Contudo, referida concepção kantiana não se coaduna com a idéia de uma autonomia realizável no *medium* do próprio direito, pois “a idéia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”²⁵⁴. Para conferir legitimação ao processo de normatização, Jürgen Habermas introduz um princípio indiferente a moral e ao direito, que surge da interligação do princípio do discurso e do conceito de forma jurídica, e passa a assumir, pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia, podendo assim “construir uma legitimidade própria ao direito, mais ampla que a legitimidade moral, na medida em que há uma ampliação dos argumentos aceitáveis no discurso”²⁵⁵. Segundo Jürgen Habermas:

[...]o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como um *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer com núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.²⁵⁶

²⁵² Ibidem. p. 157.

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ibidem

²⁵⁵ DUTRA, op. cit., p. 230

²⁵⁶ HABERMAS, 2003, op. cit., p. 158

Conforme lições de Delamar José Volpato Dutra o conceito de forma jurídica é obtido pela distinção entre moral e direito pelo viés kantiano, portanto, constituído pela liberdade subjetiva de ação e a coação. Por outro lado, o princípio do discurso advém do conceito de racionalidade comunicativa, podendo ser especificado em princípio de universalização e princípio da democracia, aplicados a moral e ao direito, respectivamente.

Sendo assim, a conexão do princípio do discurso e da forma jurídica resulta na gênese lógica do sistema de direitos, formados, conforme Jürgen Habermas, por cinco direitos fundamentais que geram o código jurídico²⁵⁷, “uma vez que determinam o status das pessoas de direito”²⁵⁸. Estes direitos, que devem ser reconhecidos pelos sujeitos reciprocamente, são divididos em três momentos. Em primeiro, Jürgen Habermas buscou, com a apresentação dos três primeiros direitos elencar os direitos que tem origem na aplicação do princípio do discurso à liberdade subjetiva de ação dos sujeitos, um dos elementos formadores da forma jurídica, são eles a saber: os direitos que resultam do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, os que conferem status de membro a determinada associação e os que resultam da possibilidade de postulação judicial.

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.²⁵⁹

Com esses direitos os sujeitos tem definido seu status, podendo fazer uso das liberdades subjetivas de ação, tendo, como destinatários da lei, a garantia da sua autonomia privada.

O princípio do discurso dá a legitimidade aos direitos fundamentais indicados no item (1)²⁶⁰, vez que distribui igualmente as liberdades subjetivas de

²⁵⁷ DUTRA, op. cit., p. 225-227

²⁵⁸ HABERMAS, 2003, op. cit., p. 159

²⁵⁹ Ibidem

ação, portanto, “a igualdade é o princípio da legitimação”²⁶¹, pois o princípio do discurso revela que todos têm um direito à maior medida possíveis de iguais liberdades de ação subjetivas. São legítimas somente as regulamentações que fazem jus a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos”²⁶².

Regras do direito são válidas em uma sociedade concreta, pois são criadas por um legislador que analisa as necessidades de um determinado número de pessoas contidas em um delimitado espaço geográfico e tempo histórico. Portanto, não cabe um direito regular moralmente condutas de forma universal, para todos. Os direitos dispostos no item (2)²⁶³ se referem ao fato do direito ser espaço-temporalmente limitado como também ao aspecto da definição de quem se aplica as regras, isto é, determina a distinção de quem terá o status de membros cidadãos e quem não.²⁶⁴

Com os direitos postos no item (3)²⁶⁵ tem-se estabelecido “a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa valer suas pretensões”²⁶⁶. O sujeito ao tornar-se membro cidadão cede seu direito de uso de força a uma instancia que exerce o monopólio do poder de fazer uso da força, em casos de conflitos, de forma imparcial por meio de tribunais independentes e efetivos. Tais tribunais devem dar livre acesso aos cidadãos para que esta autorização ao uso da força possa ser conferida. Contempla-se, assim, o direito de tratamento igual perante a lei.²⁶⁷

No entendimento de Jürgen Habermas, “não existi nenhum direito legítimo sem esses direitos”²⁶⁸, são eles categorias de direitos que não estão saturadas para especificação de direitos fundamentais, devendo, portanto, o legislador constituinte utilizá-los como princípios jurídicos.

²⁶⁰ São exemplos: “os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc” HABERMAS, 2003, op. cit.. p. 162.

²⁶¹ DUTRA, op. cit., p. 228

²⁶² HABERMAS, 2003, op. cit. p. 160.

²⁶³ São exemplos desses direitos: “a proibição de extradição, o direito de asilo [...]” HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. p. 163

²⁶⁴ HABERMAS, 2003, op. cit.. p. 161

²⁶⁵ São exemplos desses direitos: “as garantias processuais fundamentais [...]proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido do mesmo delito, a proibição de tribunais de exceção, bem como a garantia da independência pessoal do juiz” Ibidem.. p. 163.

²⁶⁶ Ibidem. p. 162.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

Em um segundo momento Jürgen Habermas empreende uma mudança de perspectiva ao fixar o direito do cidadão de participação no processo de criação das normas as quais ele mesmo terá que seguir, ou seja, aplicar por si mesmo o princípio do discurso tornando-se autor de sua própria ordem jurídica. Os direitos de número (4) estabelecem o seguinte:

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.²⁶⁹

O processo de produção de leis faz com que de sujeitos de direitos os cidadãos passem a “se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários”²⁷⁰ e, assim, conseguirem autonomia. É nessa perspectiva que o princípio do discurso se transforma em princípio da democracia. “Trata-se, portanto, de um conjunto de direitos políticos visando a participação de todos os atingidos nos processos de decisão, de modo a que a liberdade comunicativa de argumentar possa vir à tona nos processos legislativos”²⁷¹. Conforme Jürgen Habermas:

A idéia da autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador. [...] Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta *exige*, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos.²⁷²

Referidos direitos políticos fundamentais levam ao princípio constitucional: “todo o poder emana do povo”, devendo ser especificado, segundo Jürgen Habermas, por exemplo, na forma de:

²⁶⁹ Ibidem. p. 159.

²⁷⁰ Ibidem. p. 163.

²⁷¹ DUTRA, op. cit., p. 232

²⁷² HABERMAS, 2003, op. cit. p. 163/164

[...] liberdades de opinião e de informação, de liberdades de reunião e de associação, de liberdades de fé, de consciência e de confissão, de autorizações para a participação em eleições e votações políticas, para a participação em partidos políticos ou movimentos civis, etc.²⁷³

Por fim, tem-se a implicação dos direitos fundamentais de número (5) que resultam dos direitos de (1) a (4) expostos anteriormente: “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”²⁷⁴. São direitos exigidos pelos anteriores e que, em sociedades onde os quatro primeiros direitos fundamentais estão vigendo com eficácia, não tem a necessidade de serem formulados, por isso são considerados relativos, ao contrário dos demais que são absolutos e devem estar presentes em todo tipo de sociedade, uma vez que “remetem à possibilidade da própria legitimidade do ordenamento jurídico”²⁷⁵

2.8 LEGITIMIDADE NO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para uma fundamentação dos sistemas de direito a partir da teoria do discurso, Jürgen Habermas em *Direito e Democracia*, apresenta uma distinção entre princípio moral e princípio da democracia. Estabelece, assim, que “o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”²⁷⁶ e, portanto, se refere no nível de institucionalização externa e eficaz de participação dos sujeitos, limitado na medida das normas do direito, pressupõe a possibilidade da decisão racional de questões práticas, enquanto o princípio moral atua no nível de constituição interna de argumentações, atua na decisão racional de questões morais e pode-se estender a todas as normas de ação justificáveis.²⁷⁷

Pressupondo de que é possível uma formação política racional de opinião e da vontade, o princípio da democracia afirma como esta pode ser institucionalizada através de um sistema de direitos que garante participação simétrica num processo discursivo de formação de normas. O princípio da democracia, portanto, estabelece um processo legítimo de normatização, mas

²⁷³ Ibidem. p. 165.

²⁷⁴ Ibidem. p. 160.

²⁷⁵ DUTRA, op. cit., p. 233.

²⁷⁶ HABERMAS, 2003, op. cit. p. 145

²⁷⁷ Ibidem. p. 145/146.

também tem como condão orientar a produção do próprio *medium* do direito, ou seja, como é produzido de forma artificial por meio da reflexão intencional de criar uma norma efetiva para um objetivo, se faz necessário “estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização desta comunidade”.²⁷⁸

O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais.²⁷⁹

Assim, observa Jürgen Habermas que o direito “faz parte do componente social do mundo da vida”, como também transita nos sistemas de instituições sociais, portanto é um sistema de saber e de ação, podendo ser entendido como um texto de proposições e interpretações normativas, ou, ainda com uma instituição reguladora.

O processo de legitimação do direito defendido por Jürgen Habermas requer a participação de sujeitos autônomos e com condições igualitárias para que possam atribuir direitos fundamentais que irão regular suas próprias convivências dentro da comunidade. O direito só pode se estabelecer como legítimo se for concebido dentro de condições de igualdade e liberdade de comunicação, isto é, o sujeito deve ter acesso as informações para que possa de forma racional avaliar e interpretar os argumentos como também de questionar e contra-argumentar a fim de encontrar juntamente com os demais participantes uma escolha que seja de comum acordo, a melhor escolha naquele momento para todos que „vivenciam“ a norma. Portanto, nesse sentido de acordo com Jürgen Habermas:

²⁷⁸ Ibidem. p. 146

²⁷⁹ Ibidem. p. 150

Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.²⁸⁰

Os sujeitos devem participar ativamente na formação de opinião contribuindo com o conteúdo da norma social a ser incluída como direito, pois este faz parte do mundo da vida e, como a cultura, emerge da integração e do agir comunicativo da sociedade.

Assim, a proposta habermasiana contempla a ligação entre direitos humanos e soberania do povo para legitimar o direito, ressaltando a necessária permanência do caráter revogatório das leis criadas, devendo estar em constante análise e possíveis reconstruções e alterações posto que “ toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito”²⁸¹

O controle de constitucionalidade na atualidade é exercido pelo Poder Judiciário. Há quem julgue não haver legitimidade nessa atividade haja vista, baseado na teoria contratualista principalmente a de Rousseau, o legislador ser o representante legítimo do povo na elaboração de leis, vez que foi eleito democraticamente. Também consideram os críticos haver afronta a tripartição dos poderes, uma vez que o Judiciário exerce papel não originário de sua competência.

Jürgen Habermas alerta para os motivos que direcionam as decisões na formação da lei na casa legislativa. Menciona o autor que em muitos casos na elaboração das leis o legislador se vincula a outros interesses particulares que se sobressaem aos interesses éticos e morais direcionados a satisfazer a vontade geral do povo. Estas criações feitas sob um desvirtuamento das reais metas levam ao comprometimento da legitimidade das leis, permitindo, assim, que haja uma revisão com fins fiscalizadores quando se verifica que a vontade do povo não foi respeitada conforme os princípios democráticos visados em um Estado Democrático de Direito. Nesta revisão cabe averiguar quais os argumentos que fundamentam a nova lei e verificar se estão de acordo com os princípios constitucionais e a vontade soberana do povo.

²⁸⁰ Ibidem. p. 167

²⁸¹ Ibidem. p. 166

A política é exercida de forma estratégica com tendências a recair suas decisões sob influências muitas vezes dominadoras da vontade da maioria, contrariando os preceitos democráticos. Nesse contexto, para Jürgen Habermas com vistas às possíveis deturpações que podem ocorrer na elaboração da Lei pelo Legislativo que age estrategicamente, se justifica a presença de um tribunal constitucional de forma procedimental, no papel de guardião que assume os direitos de participação e vontade do povo

Contudo, quando o Judiciário toma as decisões que deveriam ser do povo (seja na forma representativa do legislativo ou participativa direta) está sendo paternalista²⁸². Críticas como estas são combatidas por Jürgen Habermas para qual o tribunal “não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”²⁸³, pois assim estaria ocorrendo em verdade a usurpação de um dos Poderes em relação a autonomia de vontade do povo.

O problema de legitimação do direito é esclarecido pelos dizeres de Ingeborg Maus citado por Jürgen Habermas:

Em nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da constituição, seja através da vontade popular atual que o precede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instancias que aplicam o direito que legitimam-se pelo simples direito; isso, porem, impede que elas mesmas o normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito...²⁸⁴

Seguindo esse pensamento é que Jürgen Habermas, de forma procedimentalista, defende o papel do tribunal constitucional de guardião da constituição, uma vez que para ele a defesa da legitimidade do direito também ocorre no Supremo Tribunal, já que sua competência é justamente verificar se as condições processuais de elaboração da lei foram realizadas de forma democrática.

²⁸² Ibidem. p. 344.

²⁸³ Ibidem. p. 347

²⁸⁴ MAUS (1989), 208 In: Ibidem, p. 324

Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.²⁸⁵

Por outro lado, Jürgen Habermas defende que o controle de constitucionalidade seja exercido pelo legislativo através de um sistema de revisão de seus próprios atos. E nos casos em que a racionalidade incorre em risco visto que o que está em pauta na verdade são negociações de interesses particulares, o Tribunal Constitucional poderia atuar, ou seja, como segunda opção, retomando a racionalidade do direito.

É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados. Tal internalização da auto-reflexão sobre decisões próprias teria a vantagem de levar o legislador a manter presente, durante as suas deliberações, o conteúdo normativo de princípios constitucionais.²⁸⁶

Chega a afirmar que “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador”²⁸⁷. Esclarece que no Estado de Direito a distribuição de competências entre os poderes pode ser entendida como “cópia dos eixos históricos de decisões coletivas”, uma vez que :

²⁸⁵ HABERMAS, 2003, op. cit. p. 326

²⁸⁶ Ibidem. p. 300

²⁸⁷ Ibidem. p. 301

A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade.²⁸⁸

Partindo dessa concepção é que Jürgen Habermas julga que para a realização da atividade interpretativa do caso concreto “a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro”²⁸⁹ Contudo, adverte que a jurisdição “está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas”²⁹⁰. Nesse contexto, questiona se “a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer a exigência de uma legitimação democrática”²⁹¹, evitando também uma possível usurpação da função do legislativo, haja vista sua palavra final sobre decisão estabelecida por órgão competente e elegido pelo povo para tal função. Assim, seguindo o entendimento explanado por Ely, Jürgen Habermas defende a inclusão de instrumentos participativos junto ao poder judiciário na formação da lei de forma democrática.

Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pela estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaços para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que tem entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.²⁹²

Portanto, para o abrandamento das questões erguidas e uma possível justificativa que legitime a atuação do tribunal constitucional impõe-se a necessária introdução de procedimentos políticos inerentes aos direitos fundamentais dos cidadãos, permitindo a eles, assumirem seu direito de autodeterminação e, assim, participarem ativamente cooperando da formação de

²⁸⁸ Ibidem. p. 305.

²⁸⁹ Ibidem. p. 306.

²⁹⁰ Ibidem. p. 324.

²⁹¹ Ibidem. p. 325.

²⁹² Ibidem. p. 327/328.

leis que possam produzir condições mais justas de vida, ou seja, o Superior Tribunal Federal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza”²⁹³. Assim, fundamentado pela sua teoria da ética do discurso, Jürgen Habermas afirma que a formação democrática da vontade se legitima pelos pressupostos comunicativos e procedimentos que permitam ser escolhido o melhor argumento durante o processo deliberativo²⁹⁴, sendo que esses argumentos advém de um discurso realizado no âmbito da esfera pública, apresentada como “ a ante-sala do complexo parlamentar e como a periferia que *inclui* o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político”²⁹⁵.

²⁹³ Ibidem. p. 327.

²⁹⁴ Ibidem. p. 345

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, v. 2, p. 187

3 AUDIÊNCIA PÚBLICA E A ÉTICA DO DISCURSO – DEMOCRACIA DELIBERATIVA-PARTICIPATIVA-DIRETA

3.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: ORIGENS E PREVISÃO NORMATIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A audiência pública é instrumento de democratização, pois abre espaço para que a comunidade tenha a possibilidade de participar da tomada de decisão influenciando a decisão dos membros competentes. Sua convocação tem o objetivo de fornecer esclarecimentos e informações acerca do tema em pauta com intuito de suprir carências para concluir o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que esta possibilidade tem previsão desde 1999 na Lei n.º9.868, que dispõe sobre o processo e julgamentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) art. 9º, §1º ²⁹⁶, e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) art. 20, §1º ²⁹⁷, como também se encontra na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) prevista no art.6º, §1º da Lei n.º9.882²⁹⁸.

A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal se deu em decorrência do ajuizamento da ADI 3510 pelo procurador-geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, na qual requeria a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei n.º11.105/2005 ²⁹⁹(Lei da

²⁹⁶ Art. 9o Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1o Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator 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.

²⁹⁷ Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1o Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator 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.

²⁹⁸ Art. 6o Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1o Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

²⁹⁹ Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

Biossegurança) defendendo a tese, em síntese, de que “ a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”³⁰⁰ e os dispositivos da referida Lei eram atentatórios aos postulados constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida. Em contrapartida, o então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, expos a opinião de que a permissão do material embrionário se devia ao fato do mesmo estar em vias de descarte e de sua utilização ser para fins de pesquisa e terapia, fundamentando sua defesa no direito à saúde e o direito de livre expressão da atividade científica. A mesa do congresso, em sede de informações, seguiu na mesma linha.³⁰¹

O Ministro Carlos Ayres Brito por entender se tratar de tema complexo que levantava inúmeras indagações de cunho não jurídico somente, resolveu, por bem, atender a solicitação do Procurador Geral da Republica, designando a realização de audiência pública que, conforme sustentou, “além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão”³⁰².

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

³⁰⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=594135&tipo=TP&descricao=ADI%2F3510>

³⁰¹ Decisão publicada no Diário de Justiça da União em 1º de fevereiro de 2007, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=23&dataPublicacaoDj=01/02/2007&incidente=2299631&codCapitulo=6&numMateria=1&codMateria=2>>.

³⁰² Decisão publicada no Diário de Justiça da União em 1º de fevereiro de 2007 disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=23&dataPublicacaoDj=01/02/2007&incidente=2299631&codCapitulo=6&numMateria=1&codMateria=2>>. DECISÃO: Vistos, etc. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por alvo o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Ação pela qual o Chefe do Parquet Federal sustenta que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (fls. 12). Argumenta, ainda, que: a) a vida humana se dá a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias. 3. A seu turno, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Isto por entender que, “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para

Contudo, não obstante a audiência pública estar prevista em Lei, haver sido agendada e sua indicação recebida com clamor pela doutrina jurídica e sociedade civil, não existiam, ainda, regras disciplinadoras sobre o procedimento a ser observado. Incitando, assim, o relator da ADI 3510 a aplicar as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados referentes a realizações de audiências na Casa Legislativa, naquilo em que forem compatíveis.³⁰³

utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstanciam-se em valores amparados constitucionalmente” (sic, fls. 115). A mesma conclusão, aliás, a que chegou o Congresso Nacional (fls. 221/245). 4. Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte. 5. Esse o quadro, determino: a) a realização de audiência pública, em data a ser oportunamente fixada (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99); b) a intimação do autor para apresentação, no prazo de 15 (quinze) dias, do endereço completo dos expertos relacionados às fls. 14; c) a intimação dos requeridos e dos interessados para indicação, no prazo de 15 (quinze) dias, de pessoas com autoridade e experiência na matéria, a fim de que sejam ouvidas na precitada sessão pública. Indicação, essa, que deverá ser acompanhada da qualificação completa dos expertos. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2006. Ministro CARLOS AYRES BRITTO

Relator

³⁰³ DECISÃO: Vistos, etc. Ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a ser pessoalmente ouvidos. 2. Pois bem, como fiz questão de realçar na decisão de fls. 448/449, “a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte”. Sem embargo, e conquanto haja previsão legal para a designação desse tipo de audiência pública (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99), não há, no âmbito desta nossa Corte de Justiça, norma regimental dispondo sobre o procedimento a ser especificamente observado. 3. Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 usque 258 do RI/CD). Às Secretarias Judiciária e das Sessões para as providências cabíveis. Publique-se. Brasília, 16 de março de 2007. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=62&dataPublicacaoDj=30/03/2007&incidente=2299631&codCapitulo=6&numMateria=40&codMateria=2> Contudo, não obstante a audiência pública estar prevista em Lei, haver sido agendada e sua indicação recebida com clamor pela doutrina jurídica e sociedade civil, não existiam, ainda, regras disciplinadoras sobre o procedimento a ser observado. Incitando, assim, o relator da ADI 3510 a aplicar as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados referentes a realizações de audiências na Casa Legislativa, naquilo em que forem compatíveis. 303. Com a primeira audiência pública sendo realizada em abril de 2007, abriu-se as portas a manifestação do “povo” que deixava “de ser passivo espectador. para ser um ativo condutor do seu próprio destino”³⁰⁴. A partir de então outras audiências foram realizadas com a participação pública (interrupção de gravidez por anencefalia ADPF-54; importação de pneus usados ADPF 101, o uso de células-tronco ADI3510, Políticas de Ação Afirmativa de reserva de vagas no ensino superior ADPF 186, audiência pública saúde).

Com a primeira audiência pública sendo realizada em abril de 2007, abriu-se as portas a manifestação do “povo” que deixava “de ser passivo espectador para ser um ativo condutor do seu próprio destino”³⁰⁴. A partir de então outras audiências foram realizadas com a participação pública (interrupção de gravidez por anencefalia ADPF-54; importação de pneus usados ADPF 101, o uso de células-tronco ADI3510, Políticas de Ação Afirmativa de reserva de vagas no ensino superior ADPF 186, audiência pública saúde).

Diante disso, houve a necessidade de se adequar a lei às exigências da modernidade. Para tanto foi criada a Emenda 29³⁰⁵ do Regimento Interno da

³⁰⁴ Entrevista concedida pelo Ministro Carlos Ayres Brito, do STF, no Programa Fórum, Tv Justiça. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler>

³⁰⁵ Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009

Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal faz editar a Emenda Regimental, aprovada pelos Senhores Membros da Corte em Sessão Administrativa realizada em 11 de fevereiro de 2009, nos termos do art. 361, inciso I, alínea a, do Regimento Interno.

Art. 1º O art. 13 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subseqüente para inciso XIX:

“Art. 13.

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência.

XIX – praticar os demais atos previstos na lei e no Regimento.”

Art. 2º O art. 21 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subseqüente para inciso XIX:

“Art. 21.

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

XIX – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento.”

Art. 3º Ficam acrescidos ao art. 154 do Regimento Interno o inciso III e o parágrafo único:

“Art. 154.

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

Corte, publicada no Diário Oficial em data de 20 de fevereiro de 2009, que regulamenta as audiências públicas realizadas na Corte do Supremo Tribunal Federal, modificando os artigos 13, 21, 154 e 363 do Regimento Interno da Corte suprimindo, desta forma, a carência que antes existia. O STF informa que referida emenda

[...] permite ao presidente do tribunal e ao relator do processo convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e conhecimentos específicos em determinada matéria. Segundo a norma, a audiência pública será realizada sempre que o presidente ou o relator entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal.³⁰⁶

Com a alteração no Regimento Interno da Corte pela Emenda 29 somada à legislação já existente, os procedimentos da realização das audiências públicas ocorridas no Supremo Tribunal Federal ficaram devidamente regulamentados, permitindo, assim, que o verdadeiro titular do poder estatal, isto é, o povo possa vir a manifestar sua vontade por meio de debate político.

Passaram, assim, o Presidente e o Relator do Supremo Tribunal Federal a possuir a atribuição de convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante como também a poder decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos

Diante disso, houve a necessidade de se adequar a lei às exigências da modernidade. Para tanto foi criada a Emenda 29305 do Regimento Interno da

do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.”

Art. 4º Fica acrescido ao art. 363 do Regimento Interno o inciso III:

“Art. 363.

III – Despacho – para designar a realização de audiência pública de que trata o art. 13, XVII, deste Regimento.”

Art. 5º Esta Emenda Regimental entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Gilmar Mendes, Presidente.

Publicada no DJ eletrônico de 20-2-2009

³⁰⁶ <http://www.conjur.com.br/2009-fev-25/supremo-regulamenta-procedimento-audiencias-publicas-corte?pagina=1/2>

procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da presidência ou, no caso do ministro relator, nos processos de sua relatoria (artigos 13, XVII e XVIII e 21, XVII e XVIII do Regimento Interno da Corte).

Deverá haver extensa publicidade dos atos processuais que ordenam a organização das audiências públicas indicadas nos artigos 13 e 21 da Emenda, sendo o despacho de convocação amplamente divulgado permitindo abranger o maior número de participantes de diversas correntes de opinião (art. 154, I, II do RIC).

Ordinariamente o Ministro expede convite para, querendo, participarem das audiências públicas Excelentíssimos Senhores: Ministros do Supremo Tribunal Federal, Presidente do Congresso Nacional, Procurador Geral da República, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e os demais representantes de órgãos e entidades de conhecimento amplo e notório à sociedade e que tenham relação com o tema em debate.

Outros interessados deverão requerer sua participação na audiência pública indicando representante juntamente com os pontos que pretendem defender. Findado o prazo estipulado para os interessados requererem sua participação, caberá ao Ministro que presidir a audiência selecionar entre os inscritos àqueles que deverão ser ouvidos, formulando lista dos habilitados e fixando o tempo que cada um terá disponível para se manifestar sobre o tema ou questão em debate exclusivamente (ART. 154, III, IV do RIC).

As pessoas que não conseguirem espaço na habilitação ainda poderão se manifestar por escrito enviando documentos via impressa ou eletrônica para fazer parte do acervo de consulta da audiência pública.

A audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, ambos com alcance em todo o território brasileiro, divulgando de forma ampla e transparente a atividade do Poder Judiciário (ART. 154, V do RIC).

Na composição dos membros participantes da audiência pública ao Ministro Relator ou Presidente cabe a escolha, de forma equilibrada, de pessoas que possam trazer múltiplas visões sobre o mesmo tema o que contribuirá subsidiando os ministros no julgamento. Estas pessoas serão além das indicadas pelo requerente e requerido, também as que forem convidadas e as que requisitarem sua participação, formando juntamente com os Ministros um espaço de debate ou como

aduz Gilmar Ferreira Mendes “um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas”.³⁰⁷

3.2 AMICUS CURIAE – INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO

3.2.1 Origens, Previsão Normativa e Hipóteses de Incidência

A origem da figura do *amicus curiae* ou em tradução amigo da corte tem indícios mais remotos no direito romano, segundo fontes citadas por Cassio Scarpinella Bueno, realizando o papel de colaborador neutro dos magistrados em questões não jurídicas e como auxiliar dos juízes para que estes não cometessem erros de julgamento.³⁰⁸ Sobre este entendimento, Damares Medina sobre estudo de Michael Lowman, explica que:

[...] das raízes romanas, emergiu o *amicus curiae* na concepção inglesa do common Law, como um terceiro desinteressado que, a pedido da corte ou sob sua permissão, oferecia argumentos jurídicos, alertava acerca de erros manifestos (como a morte da parte), ou praticava oral shepardizing. Esse tipo de ajuda era bem recebida nas cortes do Common Law e os amici se comprometiam com essa atividade, sob o fundamento de que, ao ajudar a corte e evitar erros, os amici contribuía para a sua honra e integridade.³⁰⁹

Outros autores defendem a tese da origem medieval do direito penal inglês, passando deste país para os demais, e desenvolvendo-se, principalmente, no direito norte-americano³¹⁰ estando previsto como instrumento participativo na Rule 37 do Regimento Interno da Suprema Corte – Brief for an Amicus Curiae. O surgimento do *amicus curiae* na Suprema Corte dos Estados Unidos foi motivado pela resistência do sistema do Common Law à intervenção de terceiros no processo, devido ao fato de na disputa privada haver “repercussões na fixação dos contornos do sistema federalista”³¹¹, o que gerou a necessidade de abertura procedimental que se deu com a viabilização da “participação de terceiros em processos nos quais eles

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. 2011. op. cit., p. 12

³⁰⁸ BUENO, op. cit., p. 88.

³⁰⁹ MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010. (Série IDP).p.36.

³¹⁰ CABRAL, op. cit., p. 12

³¹¹ MEDINA, op. cit. p.75.

não eram originalmente parte³¹². Em contrapartida, no Brasil o *amicus curiae* “surgiu em resposta a vedação de participação de terceiros interessados no modelo concentrado de constitucionalidade”³¹³, com a diferença de que já estavam elencados como legitimados na lei. Outro motivo para o seu surgimento se deve a necessidade de superar o déficit de legitimação do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas em controle da constitucionalidade e eficácia erga omnes³¹⁴.

A previsão normativa do instituto no Brasil, segundo afirma a doutrina³¹⁵, existe desde 1978 quando incluída pela Lei 6.616/78 nova redação ao artigo 31 da Lei 6.385/1976³¹⁶ prevendo a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) “em causas em que sejam debatidas questões que no plano administrativo incluem-se dentro das atribuições fiscalizadoras da entidade”³¹⁷

O assunto também é tratado na Lei 8.884/1994 que transformara o CADÊ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em uma autarquia; no artigo 14, §7º, da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001), como também é observado nos artigos 31 e 32 da Lei 9.784/1999 que regula o procedimento administrativo no âmbito federal.³¹⁸

Do mesmo modo, verifica-se no Código de Processo Civil que o instituto foi acrescentado em 1999 pela Lei 9.868, em seu §3º, artigo 482³¹⁹, prevendo, assim a intervenção do *amicus curiae* quando o relator entender estar diante de matérias relevantes e considerando importante a representatividade dos postulantes. Da mesma forma, mais recentemente com a introdução da repercussão

³¹² *Ibidem*, p. 59

³¹³ *Ibidem*, p. 75.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

³¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil*. CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes*.

³¹⁶ Art. 31 - 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. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

³¹⁷ CABRAL, *op. cit.*, p. 13-14.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 14

³¹⁹ Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

[...]

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)

geral, também, foi considerada a admissão do *amicus curiae*, prevista no §6º, art. 543-A³²⁰, do Código de Processo Civil.³²¹

Por outro lado, observa-se que no direito brasileiro não existe na legislação a expressão do nome *amicus curiae*, mas sim diversas situações jurídicas que se enquadram com sua figura. No entanto, referida denominação pode ser encontrada em ato normativo: artigo 23, §1º, da Resolução n.390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho de Justiça Federal.

Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de “*amicus curiae*”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

Destaca-se, ainda, que o instituto do *amicus curiae* consolidou-se no julgamento da ADIN 2.130-MC/SC, ocorrida em 2001, no voto do Ministro Celso de Mello, transcritas abaixo certas partes, em especial.

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimidade social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem relevantes grupos, classes ou estratos sociais [...] não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade as suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir a Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusáveis importância e de inquestionável significação.³²²

³²⁰ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

[...]

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³²¹ MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. (Série IDP).p.31.

³²² Decisão publicada no DJ em 02/02/2001, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2130%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia.>>

Assim, verifica-se que no sistema brasileiro o Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião máximo da Constituição Federal, realiza o exercício do controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade se utilizando de três ações: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, a, da CF), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (§1º, art. 102, da CF) criadas com a Constituição de 1988, contudo, apenas em 1999 foram devidamente regulamentadas pelas Leis 9.868 e 9.882, respectivamente.

Complementando o sistema de controle de constitucionalidade, têm-se a modalidade incidental ou concreta realizada pelo Supremo Tribunal Federal em processo subjetivo, ou seja, com partes e interesses contrapostos. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu-se o requisito da repercussão geral³²³ para admissão do recurso extraordinário, devendo, portanto, o recorrente demonstrar a existência de relevância do ponto de vista social, econômico, político ou jurídico, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Referida introdução do requisito inaugurou uma nova forma de controle de constitucionalidade, conforme leciona Damares Medina:

A introdução do requisito da repercussão geral inaugurou uma nova forma de controle de constitucionalidade que se dará em um processo híbrido. Ora com feições objetivas (participação do *amicus curiae*, eficácia erga omnes e efeito vinculante da decisão), ora com feições subjetivas (os interesses concretos e subjetivos das partes em litígio moldaram o desenvolvimento do processo e estão em verdadeiro contencioso constitucional).³²⁴

Portanto, observa-se que o *amicus curiae* poderá intervir em processo de controle constitucional concentrado (ADI, ADC e ADPF) com previsão na Lei n.º9.868/1999 no art. 7º, §2º³²⁵, que dispõe sobre o processo e julgamentos

³²³ Ressalta-se que não é objetivo do trabalho e nem se pretende aprofundar as diversas e profundas questões que envolvem o assunto.

³²⁴ DAMARES, op. cit., p. 31

³²⁵ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 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

de Ação Direta de Inconstitucionalidade e no art. 20, §1º³²⁶ de Ação Declaratória de Constitucionalidade, como também se encontra na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista no art.6º, §1º e 2º³²⁷ da Lei n.º9.882/1999.

Também há a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em processos chamados de híbridos por conter certa objetividade (Recurso extraordinário com repercussão geral cujas decisões serão vinculantes e a ADPF incidental) como, do mesmo modo, podem incidir nas demais ações que integram o modelo incidental de controle de constitucionalidade, como o mandado de segurança e o habeas corpus.³²⁸ Ressalta-se, ainda, que não cabe no presente trabalho sistematizar todas as hipóteses de incidência do *amicus curiae* no modelo incidental de controle de constitucionalidade, bem como as demais interpretações de leis que cabem sua incidência, mas apenas chamar a atenção para a nova abertura procedimental.

Evidencia-se, assim, que não obstante a vedação à intervenção de terceiros³²⁹ nos processos objetivos³³⁰ de controle da constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio foi positivada ao prever a admissão de

³²⁶ Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator 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

³²⁷ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

³²⁸ DAMARES, op. cit. p. 90.

³²⁹ A vedação a intervenção de terceiro, no caso, se deve ao fato da objetividade do processo de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que este não envolve pessoas ou interesses concretos, limitando-se a verificação da compatibilidade de uma determinada norma com outra hierarquicamente superior, ao contrário dos processos intersubjetivos, de caráter individual, que objetivam a solução de conflitos em torno de direitos subjetivos ou interesses concretos. Portanto, não existindo direito ou interesse concreto deduzido pelo autor e resistido pelo réu, não há interesse jurídico que possa a vir detonar a intenção, direta ou indiretamente, de que um terceiro queira intervir em demanda alheia. Neste sentido, MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 1999, p. 571. BUENO, op.cit.p.135-136.

³³⁰ Conforme ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes o processo objetivo é "um processo sem sujeito, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente, que pressupõe a defesa de situações subjetivas". MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 250.

manifestação de outros órgãos ou entidades na Lei específica, “ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões”³³¹. Todavia, o seu ingresso ficou vinculado ao juízo discricionário do ministro relator, baseado na existência do binômio relevância da matéria e adequada representatividade do postulante (questões enfrentadas a seguir), ou seja, “é decorrente do princípio do livre convencimento do juiz, que pode e deve lançar mão de todas as alternativas informacionais para melhor decidir”³³²

3.2.2 Natureza Jurídica e Legitimidade

Amicus curiae refere-se a pessoa, órgão ou entidade que tem como objetivo auxiliar a instrução processual, são denominados, conforme leciona Cássio Scarpinella Bueno, de „assistência especial ou diferenciada“, „atípica“, „anômala“, „sui generis“ ou „natureza excepcional“, ou seja, sempre usando de um adjetivo diferenciando-os dos casos regulados no Código de Processo Civil³³³. A diversa nomenclatura utilizada pelos doutrinadores revela a discussão travada³³⁴ sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*.

Todo ser humano pode ser sujeito da relação processual, como também as pessoas jurídicas que são entidades e que a lei lhes concede a possibilidade de serem sujeitos de direito, e, ainda, algumas organizações formais, que não sendo reconhecidas como pessoas jurídicas são tratadas como se fossem para fins processuais (ex: massa falida, espólio, herança jacente, etc.).³³⁵ Portanto, podem ser sujeitos do processo todas as pessoas que estão diretamente ou indiretamente relacionadas a demanda, ou seja, são sujeitos do processo todos aqueles que participam do processo, mesmo que apenas como auxiliares da justiça. São eles autor, réu, terceiros interessados na relação jurídica, serventuários da justiça, os advogados, o Ministério Público, peritos, contadores, oficiais de justiça, os órgãos e seus representantes que julgarão os recursos de decisões proferidas pelas instancias inferiores, etc.

³³¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1174

³³² DAMARES, op. cit. p.98.

³³³ BUENO, op. cit., p. 127 e 349.

³³⁴ Ibidem, p. 132.

³³⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 210.

O *amicus curiae* compõe o quadro dos sujeitos processuais, como pontua Rodrigo Strobel Pinto, “é o sujeito processual, pessoa natural ou jurídica, de representatividade adequada, que atua em processos objetivos e alguns subjetivos, cuja matéria for relevante”³³⁶, mas, ainda, não há definição unânime na doutrina com relação a sua natureza jurídica. Os autores, em sua maioria, concordam que é um „terceiro“, mas que “atua em qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos terceiros-intervenientes”³³⁷.

Na busca de um conceito de terceiros, deve-se ter em mente o significado de parte, pois “será terceiro todo aquele que não for parte”³³⁸. Sendo assim, segundo lições de Pontes de Miranda citado por José Raimundo Gomes da Cruz, “partes são as pessoas para as quais e contra as quais é pedida a tutela jurídica. As partes é quem pedem ou é contra elas que se pede”³³⁹. Giuseppe Chiovenda citado por Luis Guilherme Marinoni define parte como sendo “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”³⁴⁰.

O conceito de terceiro não apresenta o mesmo consenso que encontra o de parte na doutrina³⁴¹. Por definição de Moacyr Amaral Santos terceiros “são pessoas estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material que àquele se liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio”³⁴², por conseguinte, são pessoas que possuem legitimidade para participar e com isso, pretendem conseguir uma “utilidade adicional”³⁴³.

Será terceiro interessado quando possuidor de algum interesse jurídico vinculado a solução da demanda e que ao ingressar no processo, passa a adquirir poderes de partes, contudo, sem assumir esta posição. Por terceiro

³³⁶ PINTO, Rodrigo Strobel. **Amicus Curiae**: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, ano 32, n. 151, p. 131-137, set. 2007. p. 131

³³⁷ BUENO, op.cit., p. 136.

³³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 90.

³³⁹ MIRANDA, Pontes apud CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 146.

³⁴⁰ Giuseppe Chiovenda apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1, p.161.

³⁴¹ CRUZ, op. cit., p. 163

³⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2. p. 164.

³⁴³ CABRAL, op. cit., p. 15.

desinteressado entende-se ser aquele que não possui vínculo ou interesse no resultado da demanda, sendo eles, por exemplo, os juízes e auxiliares da justiça.³⁴⁴

Apesar de, em algumas situações, obter legitimidade para participar do processo, não pode o *amicus curiae* ser incluído no conceito de parte, uma vez que não é um dos titulares da relação jurídica em litígio, como também não faz pedido muito menos é demandado ³⁴⁵. Inclui-se, portanto, na modalidade de intervenção de terceiros, não obstante a negação disposta na Lei 9.868/99 sobre a admissibilidade de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, pois esta se refere à proibição do uso das modalidades previstas nos artigos 50 a 80 do CPC. Por isso, “o amigo da Corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica”³⁴⁶.

A divergência na natureza do instituto recai, basicamente, sobre o exame do interesse e dos efeitos, no sentido de direitos, deveres e ônus da demanda que incidem sobre ele. Na defesa de que o *amicus curiae* não passa de um auxiliar da justiça estão os argumentos de que sendo terceiro deveria existir um interesse em ajudar uma das partes ou interesse próprio, contudo não lhe interessa o resultado da demanda de forma parcial, seu interesse é institucional na defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade. No mais, os que defendem referida tese entendem que o *amicus curiae* não pode sofrer os efeitos da sentença, pois não participa do contraditório realizado entre as partes. “Têm deveres como todo agente público e seus poderes são dimensionados a partir da complementariedade dos serviços que prestam. Nesse sentido o *amicus curiae* evidentemente cumpre uma nova função de auxiliar da justiça”.³⁴⁷

Há quem acredite que o instituto possa se enquadrar na figura de perito, uma vez que este é considerado o auxiliar eventual do juízo que o assiste quando a prova do fato controvertido depender de conhecimentos técnicos ou científicos indispensáveis a formação de seu convencimento. Na contramão deste entendimento, Fredie Didier Junior esclarece sua posição expondo as distinções entre as duas figuras.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 170

³⁴⁵ CABRAL, op. cit., p. 16

³⁴⁶ Ibidem, p. 17.

³⁴⁷ DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 116.

Não se confundem peritos judiciais e *amicus curiae*, aqueles têm a função clara de servir como instrumento de prova; estes, podem atuar a partir de sua própria solicitação. E mais, o *amicus curiae* não está sujeito à suspeição ou impedimento, não tem direito a honorários profissionais, nem prazo pré-fixado para entrega de laudo, enquanto que o perito do juízo o está e se subsume aos demais itens contrastados.³⁴⁸

No mais, faz-se imperioso destacar que o *amicus curiae* “não pode se manifestar sobre as questões de fato ou de direito”, o que significa dizer que “não lhe cabe provar os fatos alegados pelas partes, tampouco se manifestar sobre o direito invocado”, sendo que, em verdade, “o seu objeto de trabalho são as questões de fundo”³⁴⁹.

Há ainda muitos autores que afirmam que o *amicus curiae* não se enquadra na modalidade de intervenção de terceiro, pois ao ingressar um terceiro em processo pendente a relação jurídica se altera subjetivamente, fazendo com que uma das partes seja substituída ou acrescentando mais sujeitos que passarão a integrar a relação ou formarão outra relação nova com uma das partes, ou seja, a intervenção transforma o terceiro em parte, ou seja, “os terceiros mantêm essa qualidade, até que intervenham, quando, então, assumem a condição jurídica de parte, secundária ou principal, conforme o caso”³⁵⁰.

Deve, também, o terceiro demonstrar que tem interesse jurídico na demanda, que o seu resultado pode lhe afetar, sendo que, inclusive, estando como terceiro, os efeitos do julgamento e autoridade da coisa julgada irão lhe atingir. Nesse sentido, Luiz Fux leciona que em que pese o artigo 472³⁵¹ do CPC haver estabelecido limites subjetivos da coisa julgada, afirmando que quem não participou do processo não poderá ser atingido da decisão, é cediço que “as relações jurídicas não subsistem isoladas e estanques entre os seus protagonistas”, sendo que em muitos casos as decisões judiciais proferidas entre as partes, “acabam por invadir a órbita jurídica alheia, direta ou indiretamente”, o que demonstra não ser absoluto referido dispositivo. A existência das exceções, fez com que o legislador permitisse o

³⁴⁸ DIDIER JUNIOR; Fredie. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 185

³⁴⁹ PINTO, op. cit., p. 136.

³⁵⁰ FUX, Luiz. **Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6

³⁵¹ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

ingresso de pessoas que poderiam ser partes, mas que não figuram originariamente no processo, através da intervenção de terceiros, tendo, assim, a oportunidade de exercer o contraditório.³⁵²

Por outro lado, o *amicus curiae* não se agrega a relação processual, pois não tem interesse em fazer parte da relação processual, mas sim de participar. Os efeitos da sentença não lhe atingem, não ficando impedido de discutir a matéria em outra ocasião. “Sua intervenção é política e seu interesse é ideológico”, decorrente do direito à participação, não tendo que demonstrar interesse jurídico.³⁵³ Antonio de Passo Cabral elucida o tema expondo que:

Outra diferença crucial entre a intervenção de terceiros em geral e o *amicus curiae* reside nos efeitos do julgamento e da autoridade da coisa julgada sobre os terceiros. Já restou salientada a utilidade da intervenção: para o terceiro, no sentido de escapar os efeitos reflexos da sentença; para as partes, a busca de estender aos terceiros o título executivo e a autoridade da coisa julgada que reveste o julgamento. Trata-se da denominada “eficácia da intervenção” (*Interventionswirkung*), por vezes confundida com a coisa julgada, mas pertinente à eficácia preclusiva dela decorrente (*Präklusionswirkung*), que impede que o terceiro discuta a matéria já debatida em outro processo, “a justiça da decisão”, na dicção do art. 55 do CPC, dispositivo com previsão análoga em outras legislações, como no § 68 da *Zivilprozessordnung* alemã. O *amicus curiae* não se sujeita a esta peculiar preclusão resultante da coisa julgada, podendo livremente discutir a matéria que motivou sua intervenção em outros processos.³⁵⁴

Alguns autores ainda insistem em compará-lo com o assistente simples, pelo fato do altruísmo característico suposto em ambos. Contudo, tal afirmação não se verifica verdadeira, pois o assistente tem como um dos requisitos, estampados no artigo 50 do CPC³⁵⁵, a demonstração de interesse jurídico para poder intervir no processo pendente e assistir uma das partes.

No mais, não há no sistema brasileiro exigência de interesse jurídico³⁵⁶ para a admissibilidade ou não da intervenção do *amicus curiae*. Esta

³⁵² Ibidem, p. 3-5

³⁵³ CABRAL, op. cit., p. 18-19.

³⁵⁴ Ibidem, p. 20.

³⁵⁵ Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra

³⁵⁶ O interesse em seu sentido lato sensu possui conteúdo axiológico amplo e variável, pois sua atuação é deixada ao livre arbítrio dos sujeitos, já o interesse jurídico, tem seu âmbito reduzido,

decisão cabe ao relator que se utilizará para tanto a análise do binômio relevância-representatividade, isto é, um requisito objetivo, a relevância da matéria debatida e outro requisito subjetivo, a representatividade dos postulantes³⁵⁷.

Na doutrina dominante o entendimento, baseado nas tradicionais regras do processo civil, é de que quem tem legitimidade para propor ação também tem para intervir no processo, ou seja, todos aqueles que estão listados no art. 103³⁵⁸ da Constituição Federal estão autorizado a intervir como *amicus curiae* quando não tenham proposto eles mesmos a ação³⁵⁹. Neste ponto, faz-se mister colacionar o esclarecimento de Cássio Scarpinella Bueno sobre qual „veste“ o co-legitimado poderá intervir na ação.

O que pretendemos afirmar com isso – e é nessa linha de entendimento que caminham a doutrina e a jurisprudência – é que os legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade podem, querendo, intervir no processo. Só não o farão, propriamente, na qualidade de assistentes litisconsorciais, mas, diferentemente, na qualidade de *amicus curiae*. E afirmamos que não se trata, propriamente, de uma intervenção na qualidade de assistente litisconsorcial, porque os co-legitimados, ao buscarem uma tal intervenção, não postularão direito “seu” em juízo.³⁶⁰

diretamente ligado a pessoas e coisas, de modo que as pessoas tenham sobre as coisas poderes, direitos, vantagem, faculdades ou prerrogativas, tendo ainda, o interesse jurídico valor escrito na norma, o interesse lato sensu, não esta balizado naquela, sendo livre e flexível e desenvolve-se no plano de fato, no plano da existência e nascem independentemente dos valores éticos-normativos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 20–21

³⁵⁷ PINTO, op. cit., p. 132

³⁵⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³⁵⁹ BUENO, op. cit., p. 141-142

³⁶⁰ Ibidem, p. 144.

A jurisprudência brasileira tem, ultimamente, requerido a demonstração da „representatividade adequada“³⁶¹ pelo amicus curiae, “assim entendida a necessidade de o objeto da ação (da norma a ser declarada inconstitucional) guardar alguma relação de afinidade com seus objetivos institucionais”³⁶², pois em se tratando de meros interesse próprios ou corporativos não são suficientes para a admissão do instituto³⁶³. Por outro lado, outros autores questionam referida exigência, já que o amicus curiae não age como legitimado extraordinário que vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, sendo que, além disso, as partes estão presentes no debate, inexistindo, assim representação inadequada.³⁶⁴

Assim, atentos à representatividade dos postulantes candidatos à posição de amicus curiae bem como se a sua inclusão trará significativa contribuição ao debate que até o momento não fora cogitada³⁶⁵, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de admitir como amicus curiae não só aqueles que figuram como legitimados na letra da lei, mas também órgãos ou entidades de notória representatividade e que possuem conexão com o tema.³⁶⁶

Com relação a relevância da matéria como requisito de admissibilidade, entende-se ser relevante “a matéria que respeitar aos valores essenciais da sociedade hodierna, especialmente a dignidade da pessoa ou o interesse público”³⁶⁷. Como sustenta Antonio do Passo Cabral, é relevante toda a matéria que há interesse público, sendo este compreendido os interesses transindividuais (difusos ou coletivos) como também os interesses individuais homogêneos³⁶⁸, ou seja, quando o interesse transborda o contorno individual da demanda entre as partes autor e réu, alcançando “terceiro (cidadão ou ente público),

³⁶¹ “E terá representatividade adequada quando gozar de reputação ilibada na sua área de conhecimento, bem como quando houver relação de pertinência entre o sue ramo de atuação e o objeto do processo”. PINTO, op. cit.

³⁶² BUENO, op. cit., p. 145

³⁶³ Ibidem, p. 147

³⁶⁴ CABRAL, op. cit., p. 20-21.

³⁶⁵ “Cabe destacar que esta dimensão participativa do contraditório fundamenta peculiar requisito que alguns ordenamentos estabelecem para a intervenção do amicus curiae. Se não existe necessidade de demonstração de um interesse jurídico, o conteúdo da manifestação do amigo da Corte deve ser apto a prestar uma relevante contribuição para a decisão. Assim, a Rule 37 do Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana não menciona o interesse como requisito para a intervenção. Ao contrário, dispõe que poderá ocorrer a manifestação quando o amigo da Corte trazer “matéria relevante”, ainda não aduzida pelas partes”. Ibidem, p. 29.

³⁶⁶ BINENBOJM, op. cit., p. 9-10.

³⁶⁷ PINTO, op. cit.

³⁶⁸ CABRAL, op. cit., p. 31.

também interessado na solução da controvérsia”, ou ainda, “quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado”³⁶⁹.

Cássio Scarpinella Bueno destaca inteligentemente que a matéria enseja relevância pelo simples fato do objeto da ação dizer respeito à constitucionalidade da norma. Acredita, ainda, que o requisito de relevância seja preenchido quando “seja indicativa da necessidade ou, quando menos, da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais”³⁷⁰.

Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que o interesse está diretamente relacionado com vantagem econômica, com o lucro, com benefício pecuniário, como também está diretamente ligado a conotações sociais e jurídicas. “Sob esse prisma, fala-se em “interesse social”, “público”, “geral”, tendo todos esses termos por núcleo comum o fato de se referirem a interesses metaindividuais, portanto, transcendentais ao indivíduo isoladamente considerado”.³⁷¹

Cumprido destacar que embora a figura do *amicus curiae* em sua origem advém de um sujeito processual que auxilia o juízo de forma imparcial, não possuindo interesse direto no resultado do julgamento, alguns autores³⁷², sustentados por estudos e casos concretos, entendem que, na realidade, o *amicus*

³⁶⁹ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae: intervenção de terceiros*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, p. ini.-fin., jan./mar. 2003. p. 40-41. Onde se lê: “Essas realidades imantam a necessidade de ampliado acesso ao Judiciário, por si, abrindo o pórtico ao terceiro (cidadão ou ente público), também interessado na solução da controvérsia. A rigor, dir-se-á que lhe falta o interesse subjetivo individualizado para a ação. No entanto, em casos tais, o litígio prende-se à solução apropriada, permitindo fluir o “interesse subjetivo público”, legitimador da sua participação processual, desde que a pretensão deduzida seja juridicamente defensável. Para o necessário equilíbrio no processo, como participante extraordinário, o *amicus curiae* pode ser legitimado, contribuindo para a derribada de controvérsia em torno de múltiplas reivindicações. Essa participação ganhará mais relevo quando, nos litígios entre pessoas diversas (privadas ou públicas), o *thema decidendum* da ação, insista-se, tenha típicas razões de interesse público, ou seja, quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado. Destaca-se: é o direito subjetivo público, com efeitos próprios, exigindo solução cativa ao interesse público (definido ou heterogêneo).”

³⁷⁰ BUENO, op. cit., p. 140

³⁷¹ MANCUSO, op. cit., p. 25.

³⁷² Ver MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 106, p. 281-284, abr./jun. 2002. p. 281-284 onde se lê: “É o caso de *amicus curiae* do direito norte-americano, que, vez por outra, se traduziria mais num *amicus partis* ou num *amicus causae*: o terceiro que comparece ao processo alheio vem, na realidade, mais com o intuito de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimento ao tribunal”. MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010. (Série IDP). Onde se lê: “[...] constatou-se que o *amicus* influencia o processo de tomada de decisão no STF, aumentando as chances de conhecimento do processo, bem como as possibilidades de êxito da parte que ele apóia. [...] No STF, o *amicus curiae* ingressa no processo para apoiar um dos lados da disputa, o que confere a ele um perfil partidário: amigo da parte.” p. 168-169.

curiae tem a intenção de ajudar uma das partes e não de fornecer informações e esclarecimentos ao tribunal, alegando que “ desde sua feição inglesa, o caráter de neutralidade foi comprometido, assumindo o amicus um viés partidário e litigante”³⁷³, afirmando Damares Medina ser, atualmente, esta a sua característica.

A defesa de que um suposto interesse público institucional ligar-se-ia ao perfil neutro e imparcial do *amicus* reflete uma visão idealizada. [...] O perfil parcial, partidário e diretamente interessado do *amicus curiae*, na forma como ele é hoje praticado, não coaduna com o pressuposto da defesa de um interesse que se qualifique como institucional [...]³⁷⁴

Contudo, entende-se para o presente trabalho que a suposta intenção „ética“ do amicus curiae não prejudica e nem impede o objetivo maior que é o de promover a pluralização da jurisdição constitucional, permitindo, assim, com que mais destinatários da norma possam vir a participar e influenciar na sua construção. Insta, porém, destacar que deva sim existir um equilíbrio processual entre as partes, permitindo, portanto, que diferentes posicionamentos postos sobre o litígio sejam ouvidos, havendo proporcionalidade na quantidade e qualidade dos amicus curiae tantos quantos forem os pontos e teses que mereçam defesas sob pena do resultado realmente tornar-se pendente para um dos lados por falta de informações e esclarecimentos que deveriam ter sido realizados no decorrer do processo. Damares Medina nas conclusões de sua recente obra reforça a existência dessa realidade sugerindo como uma das soluções à amenizar a assimetria, a adoção da audiência pública³⁷⁵.

Assim, em que pese ainda não ser seguro o conceito de amicus curiae na doutrina brasileira³⁷⁶, de fato ele é um terceiro interveniente. Terceiro porque não faz parte da relação jurídica, não é parte, está fora do processo. Interveniente porque deseja intervir, adentrar na demanda e participar do processo.

³⁷³ MEDINA, op. cit., p. 37

³⁷⁴ Ibidem, p. 39-40

³⁷⁵ Ibidem, p. 170. Onde se lê: “Ao apoiar um dos lados do processo, o amicus curiae atua na revelação de informações relevantes que endossam o ponto de vista defendido pela parte que ele suporta. Esse desequilíbrio informacional fará com que a parte que não possui o apoio de amicus tenha uma desvantagem informacional, que diminuirá suas chances de êxito, à medida que o juiz disporá de menos alternativas interpretativas para adotar a perspectiva jurídica defendida por esse pólo do processo. Ao oferecer um maior número de alternativas interpretativas ao juiz, a parte e seus amici, em vantagem informacional, aumentam suas chances de êxito, à medida que aumentam a probabilidade de apresentar um argumento que vá ao encontro das preferências interpretativas do julgador”.

³⁷⁶ PEREIRA, op. cit., p. 44

Todavia, é um terceiro interveniente atípico com características próprias, ou melhor, esclarecendo: “o *amicus curiae* é voluntário partícipe na construção de assentamentos judiciais para o ideal de pretendida “sociedade justa”, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção”³⁷⁷, “não é terceiro interessado, [...] é um terceiro indiferente, assemelhando-se a um auxiliar do juízo, na medida em que garante o magistrado de informações”³⁷⁸, por outro lado, também se verifica que “o *amicus* pode atuar na defesa de interesses dos grupos por ele representados no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada”³⁷⁹.

3.2.3 Momento Processual e Poderes Processuais

Em que pese o §2º, art. 7º da Lei 9.868/99 dispor que para a manifestação de outros órgãos ou entidades será observado o prazo fixado no parágrafo anterior que, embora vetado, remetia ao prazo das informações referido no art.6º, parágrafo único, isto é: de 30 dias a contar do recebimento do pedido, a maioria da doutrina e da jurisprudência entende que o prazo para admissão do *amicus curiae* se estende até antes do início do julgamento.³⁸⁰ Defendendo, ainda, alguns autores como Cássio Scarpinella Bueno, a idéia da intervenção do *amicus curiae* equiparado a um ato de instrução do processo.³⁸¹

Este entendimento se deve ao fato de que o §1º do art. 7º onde se lia: “Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”; tratava da prerrogativa dos demais legitimados à propositura da ação de intervir no processo, situação esta distinta daquela prevista pelo §2º, onde há a possibilidade de outros órgãos ou entidades intervirem, após despacho do relator. Gustavo Binenbojm, a esse respeito esclarece o seguinte:

³⁷⁷ *Ibidem*

³⁷⁸ PINTO, op. cit.

³⁷⁹ MEDINA, op. cit., p. 47.

³⁸⁰ BUENO, op. cit., p. 157.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 158.

É dizer: enquanto os demais legitimados poderiam, na forma do §1º, manifestar-se dentro do prazo das informações, independentemente de qualquer despacho, os demais órgãos ou entidades (não legitimados à propositura) dependeriam de uma decisão do relator, após a qual teriam o mesmo prazo para apresentarem a sua manifestação. Logo, o termo a quo do prazo para a manifestação do terceiro, em um e outro casos, é distinto: no caso do §1º, o termo inicial do prazo era a data do recebimento do pedido de informações; já no caso do §2º, o termo inicial é a data da publicação da decisão que admite a intervenção do *amicus curiae*.³⁸²

Os outros órgãos e entidades a que o §2º³⁸³, art. 7º da Lei 9.868/99 se refere, dependem para se manifestar da decisão do relator, ou seja, o prazo do *amicus curiae* para intervir no processo tem início a partir da data em que o relator, em decisão irrecorrível, passa a admitir o *amicus curiae*. Assim, fica entendido que é a sua admissão que poderá ser aceita a qualquer tempo, desde que seja antes de iniciado o julgamento³⁸⁴, ou seja, não deverá ser admitido “naqueles casos em que não houver dúvidas quanto ao encerramento da “fase instrutória” da ação direta e, conseqüentemente, estar o feito em condições para julgamento”³⁸⁵. Torna-se forte este motivo, ao observar que o debate deva ser pluralizado pelo *amicus curiae* antes do início do debate realizado entre os ministros, pois por óbvio, só assim haverá contribuição na formação dos conteúdos que darão ensejo a discussão. Contudo, não pode ser excluída a possibilidade de que, a pedido de um dos julgadores, o *amicus curiae* seja ouvido novamente ou um novo interveniente possa se manifestar durante o julgamento³⁸⁶.

Com relação ao prazo para manifestação do *amicus curiae* há os que, fundamentados no silêncio da lei e sustentando que a intervenção “não se vincula ao prazo das informações” do parágrafo único do art. 6º, comungam do entendimento de que “não existe um limite procedimental (ou temporal) pré-fixado para sua intervenção”³⁸⁷. Entretanto, na prática, se faz necessário a fixação de um

³⁸² BINENBOJM, op. cit., p. 11

³⁸³ § 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.

³⁸⁴ Em que pese a maioria doutrinária lograr por esse entendimento há grandes juristas que pregam a admissão do *amicus curiae* até o final da fase instrutória do processo, no caso de Nelson Nery Junior; e ainda os que entendem que possa ser admitido mesmo depois de iniciado o julgamento, no caso os ministros Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Conforme lições de BINENBOJM, *ibidem*, p. 12-13.

³⁸⁵ BUENO, op. cit., p. 161

³⁸⁶ *ibidem*, p. 161-164

³⁸⁷ *ibidem*, p. 164-165.

prazo judicial a fim de se estabelecer um parâmetro para controle do tempo que se possa estender um processo, por conta dos casos em que o *amicus curiae* limitava-se a pleitear sua intervenção, mas não apresentava sua manifestação escrita na seqüência³⁸⁸. Compartilham diversos autores³⁸⁹ do entendimento de que o prazo para o *amicus curiae* apresentar sua manifestação é de 30 (trinta) dias, contados a partir da data de sua admissão, isto é, o mesmo prazo para os réus prestarem informações exposto no parágrafo único do artigo 6º da Lei n.9.868/99.

A prerrogativa de apresentar manifestação escrita por terceiros interessados sob a forma de memoriais à Corte do Supremo Tribunal Federal invariavelmente era admitida³⁹⁰, contudo não existia a obrigação de que referidos documentos fosse juntados aos autos quando não tivessem contribuído para a formação da convicção sobre o julgamento final, como também não era necessário que esse terceiro “configurasse ingresso regular e formal na relação processual pela ação direta”³⁹¹. De outro modo, o *amicus curiae*, pela Lei 9.868/99, intervém na demanda, seja por iniciativa própria ou por convocação do relator, como terceiro especial, passando a integrar a relação processual. Portanto, imprescindível que sua manifestação escrita seja observada pelo Tribunal constando formalmente dos autos, mesmo que seu conteúdo não seja considerado para o julgamento.

Outro poder processual que até os dias de hoje levanta inúmeros questionamentos e traz entendimentos dissonantes dentro da doutrina e entre os ministros do Supremo, diz respeito a possibilidade do *amicus curiae* de realizar sustentação oral.

No ano de 2000 o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Velloso, proferiu decisão monocrática, nos autos da ADIN N.º2.321-DF, estabelecendo a impossibilidade de haver sustentação oral pelo advogado do *amicus curiae*. Este entendimento foi ratificado em 2001, na ADIN N.º2.223, pela Corte plenária, após ter sido suscitada como questão de ordem pelo então advogado

³⁸⁸ Ibidem, p. 165

³⁸⁹ Conforme leciona Cássio Scarpinella Bueno partilham desse entendimento Edgard Silveira Bueno Filho, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá e Gustavo Binbenojm.

³⁹⁰ “Como já anteriormente referido, mesmo antes do advento da Lei n.º9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já admitia, informalmente, que terceiros interessados apresentassem memoriais à Corte sobre o objeto de ação direta de inconstitucionalidade em curso. Sem o embasamento da prescrição legal agora positivada no art 7º, §2º, da aludida Lei, o STF, permeável às influências do direito norte-americano, admitiu, por diversas vezes, que memoriais fossem entregues nos gabinetes dos Ministros e até juntos por linha aos autos, sem, no entanto, que tal configurasse ingresso regular e formal na relação processual pela ação direta”. BINENBOJM, op. cit., p. 14.

³⁹¹ Ibidem

Luis Roberto Barroso, restando vencidos os Ministros Nelson Jobim, Celso de Mello e Marco Aurélio. Mais a diante, no ano de 2003, o Ministro Celso de Mello, nos autos da ADIN N.º 2.777-SP, proferiu voto admitindo a realização de sustentação oral pelos advogados do *amici curiae*, fomentando a revisão do entendimento passado pelos demais ministros, ficando em posição oposta somente os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. Cumpre destacar parte do voto do Ministro Celso de Mello.

[...] entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Cumpre permitir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aqueles consistentes no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa.³⁹²

Em razão do entendimento majoritário que prevaleceu no Plenário do Supremo à época foi acrescentado pela Emenda Regimental n.15, de 30 de março de 2004, novo parágrafo ao artigo 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal, onde se lê: “§ 3 Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento”. Dessa forma, passou-se a admitir expressamente a sustentação oral de quaisquer terceiros, logo descabido excluírem referida prerrogativa do *amicus curiae*. É o que sustenta Cássio Scarpinella Bueno ao defender como acertada a orientação normativa de remissão ao dispositivo 132, § 2º³⁹³, que dobra o tempo do prazo para a sustentação oral, tendo assim, 30 (trinta) minutos (o dobro do prazo geral, de quinze minutos) para o terceiro se manifestar oralmente, divididos igualmente entre os do mesmo grupo, ou seja, de cada pólo processual. Afirma o autor que:

³⁹² ADIN N.º 2.777-SP, relator Ministro Cezar Peluso, voto do Ministro Celso de Mello, disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/23254>

³⁹³ § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar.

A sustentação oral do *amicus curiae* deve ser admitida como corolário de sua atuação e para que, na última oportunidade possível, possa ele levar a conhecimento de todos os Ministros votantes sua específica colaboração sobre a matéria, que, em última análise, justifica sua própria intervenção.³⁹⁴

Gustavo Binenbojm, favorável a esta posição, entende que o direito à realização da sustentação oral “se apresenta como uma extensão natural, corolário lógico da admissão formal do *amicus curiae* como terceiro especial”, afirmando, ainda, que uma vez presentes os requisitos estabelecidos pela Lei, “não há como negar ao *amicus curiae* o direito à sustentação oral de suas razões, tanto como à sua expressão escrita”³⁹⁵.

Nessa seara indaga Fredie Didier Jr. “se se trata de uma intervenção para ajudar o magistrado, por que, então, proibir-se que essa ajuda se dê oralmente?”³⁹⁶. Não há razões que justifiquem a negativa da oitiva do *amicus curiae*. O autor argumenta seu posicionamento favorável à sustentação oral nas seguintes razões: 1) a Lei 9.868/99 não estabelece forma para a manifestação, logo, não havendo previsão legal a respeito, o ato processual, em respeito ao artigo 154 do CPC, pode ser realizado por qualquer forma, desde que atinja a finalidade essencial; 2) a faculdade concedida no artigo 10, §2º³⁹⁷ da Lei 9.868/99, para que possam se manifestar oralmente os representantes judiciais da requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, não pode servir como argumento de impedição da manifestação do *amicus*; 3) não se pode dizer que a concessão da sustentação oral prejudicará a celeridade, pois “colabora mais para o benefício do que para o custo”³⁹⁸. Precisas são as palavras de Fredie Didier Jr. a este respeito.

³⁹⁴ BUENO, op. cit., p. 170

³⁹⁵ BINENBOJM, op. cit., p. 16.

³⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *Amicus Curiae*. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 8, p. 33-38 nov. 2003. p. 37.

³⁹⁷ § 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal

³⁹⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa apud DIDIER JUNIOR., Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *Amicus Curiae*. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.8., nov. 2003, p. 38.

Parece que a sustentação oral é algo esdrúxulo, excepcional, que somente pode ser permitido em situações de absoluta necessidade. Estranho isso; notadamente quando se sabe que as decisões colegiadas normalmente dão ensejo a calorosos debates orais, cujas armas de convicção, certamente, não ficam restritas à palavra escrita, e cujo inteiro teor, quase sempre, não é reduzido a termo. Ora, é da própria natureza dos julgamentos colegiados o manejo da palavra falada.

[...]

Se a sustentação oral serve ao esclarecimento dos magistrados; se o julgamento colegiado caracteriza-se pelos debates orais; se a participação do *amicus curiae* no processo é um fator de aprimoramento da tutela jurisdicional, pois atua como um auxiliar do juízo, não há nenhum sentido na proibição que esse auxílio se dê pela via da palavra falada.³⁹⁹

Mesmo diante de sólidos argumentos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em data de 17 de agosto de 2011, em questão de ordem levantada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, que o *amicus curiae* não tem direito à sustentação oral, pelo fato de o regramento do STJ admitir somente a sustentação oral realizada pelas partes e seus assistentes. O Ministro Cesar Rocha com o argumento de que o *amicus curiae* tem tratamento muito extensivo e que em sua participação pode não ser bem aceito pela parte explanou o seguinte:

Ele pode se manifestar com memoriais, pode apresentar suas colocações por escrito, mas isso não lhe dá o direito – não vejo em nenhum dispositivo legal – de ser igualado às partes do processo para fazer a sustentação oral que bem entender. Ainda que reconhecendo o papel valioso do *amicus curiae* e sua participação elucidativa para o destame da controvérsia, mesmo assim, não consigo enxergar que possa ele ter o direito de fazer sustentação oral no mesmo pé de igualdade que as partes de um processo.⁴⁰⁰

Seguiram esse entendimento os ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki e Castro Meira.

Pelo direito à manutenção da sustentação oral do *amicus curiae* conquistada, votaram juntamente com o ministro Massami Uyeda, o presidente do Tribunal, ministro Ari Pargendler e os ministros João Otávio de Noronha, Arnaldo

³⁹⁹ DIDIER JUNIOR, 2003, op. cit., p. 38.

⁴⁰⁰ PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Corte Especial decide que *amicus curiae* não tem direito a sustentação oral.** Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102901&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=amicus curiae](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102901&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=amicus%20curiae) .> Acesso em: 22 ago. 2011.

Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Benedito Gonçalves.

Conforme informado no presente trabalho e argumentado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, a matéria já havia sido discutida, tendo resultado na Emenda n.º 15 ao Regimento Interno do STF, incluindo o §3 do artigo 131, que permite a sustentação oral de terceiro interveniente⁴⁰¹.

Tomando como base os últimos exemplos de manifestações orais de *amicus curiae* que houve no Supremo Tribunal Federal, se verifica que a contribuição de informações que de certa forma em que pese a primeira vista parecer prejudicial à celeridade processual, deságua positivamente na efetividade da decisão em consonância com a realidade social.

Segundo informa Cássio Scarpinella Bueno são também favoráveis a sustentação oral pelo *amicus curiae*: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá e Gustavo Santana Nogueira.⁴⁰²

3.3 O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO — VOZES DA SOCIEDADE

No âmbito dos escopos políticos impingidos ao Estado Democrático de Direito a participação dos indivíduos na construção da norma se faz cogente, ou seja, “o princípio do contraditório está intimamente ligado ao regime democrático”⁴⁰³. Instituído na República Federativa Brasileira com *status constitucional*⁴⁰⁴, o contraditório consta disposto na Constituição Federal, artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁰¹ HAIDAR, Rodrigo. STJ retrocede no tempo e restringe *amicus curiae*. **Consultor Jurídico**, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-20/stj-retrocede-tempo-barrasustentacao-oral-amicus-curiae>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

⁴⁰² BUENO, op. cit., p.169.

⁴⁰³ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, n. 14). p. 14.

⁴⁰⁴ “Com efeito, os princípios constitucionais incorporam uma opção da sociedade acerca de que valores devem orientar o sistema jurídico, quer dizer, os princípios jurídicos consubstanciam valores, sendo que aqueles que ostentam *status constitucional* representam a expressão normativa mais alta e, conseqüentemente, sobrepujante às demais normas que compõem o sistema” *Ibidem*, p. 22.

O processo é um sistema complexo, sendo admitido, para a grande maioria dos doutrinadores, formalmente como um procedimento, e substancialmente como uma relação jurídica, ou seja, é um “procedimento em contraditório”, de um lado presente a seqüência de atos processuais (procedimento) e de outro a relação jurídica processual, elemento politicamente essencial para a formação do contraditório que permite a efetiva participação das partes integrantes da relação.⁴⁰⁵ Como bem esclarece Cássio Scarpinella Bueno.

Contraditório, vimos, é diálogo, é cooperação; é participação *também* no plano do processo. Contraditório é realização concreta, *também em juízo*, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é a forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais.⁴⁰⁶

Estando em juízo, exige-se, pelo princípio inquisitivo, a efetiva participação do juiz que será diretamente proporcional ao nível da disponibilidade da matéria posta em discussão. E, da mesma forma, intrinsecamente ligado está o princípio do contraditório que permite a efetiva participação das partes, ou seja, é um poder a disposição para cada sujeito envolvido no processo de poder apresentar as suas razões ao seu modo (sentido, pensado). É um poder/direito de falar no processo, de dialogar com o julgador. Pois como Luiz Rodrigues Wambier pontua “o processo não existe para cultivar a forma, mas para dar razão a quem efetivamente a tem”⁴⁰⁷

Assim, o princípio do contraditório “abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz”, não sendo mais suficiente que as partes simplesmente e de maneira distante apresentem suas razões, sendo necessária a participação ativa e efetiva do juiz, que se traduz no chamado princípio da cooperação, “que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”⁴⁰⁸.

Segundo Fredie Didier Junior o princípio da cooperação informa e qualifica o contraditório e faz gerar ao magistrado três deveres: o dever de prevenir,

⁴⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 166.

⁴⁰⁶ BUENO, op. cit., p. 78.

⁴⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 172.

⁴⁰⁸ DIDIER JUNIOR. 2005, op. cit., p. 76.

de esclarecer e de consultar⁴⁰⁹. Portanto, o juiz tem o dever de ouvir as partes e “adotar uma postura de diálogo” antes de se pronunciar, para que assim possa ser garantido o efetivo direito de influir no resultado do julgamento, não podendo, de modo algum, qualquer uma das partes ou ambas serem surpreendidas por decisão que se apóie em ponto que não tenha sido debatido⁴¹⁰. Entendido, de tal modo, como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes em razão de se alcançar uma melhor decisão jurisdicional, evitando futuras e eventuais discussões, observa Cássio Scarpinella Bueno a relação entre o princípio da cooperação e a figura do *amicus curiae*.

A *cooperação* no sentido de diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para *melhor* decidir, é a própria face do *amicus curiae*, desde suas origens mais remotas. Assim, em função dessa *cooperação*, desenvolvimento e atualização do princípio do contraditório, realiza-se, também, a necessidade de as informações úteis para o julgamento da causa serem devidamente levadas ao conhecimento do magistrado, viabilizando com isso, que ele melhor absorva e, portanto, realize em concreto os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade.⁴¹¹

Esta idéia de participação influenciando na decisão assegurada as partes é corolário ao Estado democrático de Direito de que “os atos do poder só têm legitimidade quando emergentes de procedimento idôneo segundo a Constituição e a lei e precedidos da participação dos sujeitos envolvidos”⁴¹².

A intervenção do *Amicus curiae* fundamenta-se pelo princípio da cooperação, faceta específica deduzida do princípio do contraditório, e no poder instrutório do juiz⁴¹³. Ao processo impõe-se nova ordem: a da cooperação ativa e mutua entres os sujeitos processuais a fim de se alcançar a melhor solução; pois, “se a jurisdição se exerce em colaboração com os sujeitos do processo, nada mais acertado que admitir ampla participação da sociedade, permitindo que manifestações diversas sejam trazidas ao processo pelo amigo da Corte”⁴¹⁴. Observa-se, ainda, que a participação “também tem uma finalidade de colaboração

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 77

⁴¹⁰ OLIANI, op. cit., p. 43.

⁴¹¹ BUENO, op. cit., p. 56.

⁴¹² OLIANI, op. cit., p. 44.

⁴¹³ PINTO, op. cit., p.133-137. BUENO, op. cit. p. 78-85

⁴¹⁴ CABRAL, op. cit., p. 28.

com o exercício da jurisdição”⁴¹⁵, uma vez que “o grau de participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito”⁴¹⁶. Dentro deste contexto, Cássio Scarpinella Bueno, enfatiza a importância da atividade do *amicus curiae* no debate jurisdicional.

[...] Sobretudo quando a característica mais marcante da “norma jurídica” a se aplicar em cada caso concreto busca capturar, de forma cada vez mais consciente e generalizada, a dispersão daqueles mesmos valores. Sobretudo quando a “norma jurídica aplicada ao caso concreto” passa a pretender surtir efeitos para fora do processo em direção a todos aqueles que não participaram do processo. Mais do que nunca, tem-se a consciência da necessidade de o juiz aproximar-se do fato *social* para bem decidir, decidi-lo como um todo e não como pequena parte, dissociada de seu contexto mais amplo. É o papel do juiz cada vez mais próximo do legislador. É o dever de ele se *legitimar* perante a sociedade e perante as múltiplas atuações e funções do próprio Estado.⁴¹⁷

Portanto, toda vez que estiver em debate tema relevante interesse público a atividade jurisdicional, dentro de um contexto de um Estado Democrático de Direito, não pode mais se limitar ao silogismo jurídico, devendo interagir com as vozes da sociedade, pois, como já sacramentado pela doutrina⁴¹⁸ e seguindo lições interligadas as idéias de Peter Haberle, não é possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição⁴¹⁹.

Com uma visão republicana e democrática da interpretação da Constituição, Peter Haberle se utilizando do método concretista⁴²⁰ lança a “idéia de

⁴¹⁵ Ibidem, p. 27.

⁴¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 293.

⁴¹⁷ BUENO, op. cit., p. 80-81

⁴¹⁸ Sobre a necessidade de abertura interpretativa para todo o sistema e não apenas na interpretação da norma constitucional consultar: BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae*, p. 67 e seg. CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de herme*. p. 23. PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus Curiae: Atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial*. Revista de Processo. 151. ano 32, set. 2007. Editora Revista dos Tribunais, p.133.

⁴¹⁹ HABERLE, op. cit., p. 13

⁴²⁰ Manoel Jorge Silva Neto em estudo intitulado *Considerações sobre a interpretação constitucional* faz exposição dos diferentes métodos clássicos de interpretação da lei e de interpretação constitucional, demonstrando os problemas gerais de hermenêutica e leciona sobre Peter Haberle, entre outras coisas, o seguinte: “É indubitosa a influencia da tópica também no método concretista da Constituição aberta propugnado por Peter Haberle, podendo ele ser denominado como o “extremista” da utilização daquele método no âmbito do Direito constitucional”. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Considerações sobre a interpretação constitucional*. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, ano 6, n. 25, out./dez. 1998. p. 180

que uma sociedade *aberta* exige uma interpretação igualmente *aberta*⁴²¹, propondo, para tanto, a ampliação do número de *tradutores constitucionais autorizados*⁴²². Ou seja, conforme observa Inocêncio Mártires Coelho, Peter Haberle:

preconiza a construção de uma sociedade aberta dos interpretes da Constituição a partir do reconhecimento de que, além dos seus interpretes oficiais – juízes e tribunais – devem ser admitidos a interpretá-la todos os agentes conformadores da realidade constitucional, todas as forças produtoras de interpretação.⁴²³

A Constituição de um país diz respeito a todos os seus integrantes e não somente aos operadores do direito, devendo, portanto, todos ter o direito e porque não dizer o dever de compromisso com a interpretação que se faz da Lei Fundamental. A condição de sujeitos do processo constituinte e de realizadores e destinatários finais que todos têm, de nada adianta se lhes for “vedado participar do processo de tradução da vontade constitucional”⁴²⁴. Dentro desta concepção Peter Haberle entende que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”⁴²⁵ e nesse sentido o autor defende que:

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 interpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.⁴²⁶

Para que sua tese se concretizasse sob o ponto de vista procedimental, necessário a criação de “mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social”⁴²⁷ integrando a realidade ao processo de interpretação constitucional. Para tanto, propõe inúmeros sujeitos ao reconhecimento de legítimos interpretes da Constituição.

⁴²¹ COELHO, 1998, op. cit., p. 23

⁴²² Ibidem, p. 24.

⁴²³ COELHO, 1999, op. cit., p. 121

⁴²⁴ COELHO, 1998, op. cit., p. 25.

⁴²⁵ HABERLE, op. cit. p. 13.

⁴²⁶ Ibidem, p. 15

⁴²⁷ COELHO, 1998, op. cit., p. 25

- 1) o recorrente e o recorrido, no *recurso constitucional*, como agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico*;
- 2) outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte;
- 3) os órgãos e entidades estatais, assim como os funcionários públicos, agentes políticos ou não, na suas esferas de decisão;
- 4) os pareceristas ou *experts*;
- 5) os peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais;
- 6) os partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juízes das Cortes Constitucionais;
- 7) os grupos de pressão organizados;
- 8) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de carácter participativo;
- 9) a *mídia*, em geral, imprensa, rádio e televisão;
- 10) a opinião pública democrática e pluralista, e o processo político;
- 11) os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;
- 12) as escolas da comunidade e as associações de pais;
- 13) as igrejas e as organizações religiosas;
- 14) os jornalistas, professores, cientistas e artistas;
- 15) a doutrina constitucional, por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação.⁴²⁸

Nessa seara identifica-se a concepção de *Amicus Curiae* à tese dos intérpretes de Peter Haberle, pois ambas pretendem a integração do processo à realidade vivida pelos componentes representados por eles. Ao *Amicus Curiae* compete interagir de forma participativa e direta com o poder judiciário, expressando suas falhas e aspirações sentidas no „seu mundo“, “conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não jurídicos”⁴²⁹, facilitando, assim, a compreensão dos problemas vivenciados por uma parcela de um grupo social ali representado e que será atingido direta ou indiretamente pela norma jurisdicional a ser criada. Pois como adverte Inocêncio Mártires Coelho:

Nessa visão, quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas – temporalmente adequadas – às perguntas da sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição.⁴³⁰

⁴²⁸ COELHO, 1999, op. cit., p. 123

⁴²⁹ COELHO, 1998, op. cit., p. 24

⁴³⁰ Ibidem, p. 26.

Seguindo o pensamento de Peter Haberle, exposto por Inocêncio Mártires Coelho, de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”⁴³¹ essa atividade de interpretar ou explicar ou dar sentido a alguma coisa, será feita pela figura do *Amicus Curiae*, surgindo, diante disso, alguns pontos merecedores de destaque. A Corte a quem compete a análise da constitucionalidade das leis, não tem seus membros escolhidos de forma democrática. Por outro lado, a norma jurídica produzida pelo legislador, representante eleito diretamente pela sociedade, apesar de possuir uma (suposta) legitimidade na idéia de soberania popular, a representação da vontade do povo é muitas vezes inadequada, uma vez que nem sempre o interesse do Senador ou do Deputado encontra-se intimamente ligado com o interesse dos grupos que representa no meio social. Entretanto, na criação da norma jurisdicional de relevante interesse público, a manifestação da vontade dos grupos sociais será realizada diretamente por seus representantes na forma do *amicus curiae*, atribuindo a tal norma jurídica legitimidade ímpar.

Para levar isso ao cabo de um desfecho harmonioso e justo, o instrumento mais utilizado é a palavra, a linguagem, o argumento que cada participante como *Amicus Curiae* vai manejar da forma que mais lhe convir. É nessa esteira que entra a concepção de Habermas.

3.4 AUDIÊNCIA PÚBLICA: ESFERA PÚBLICA DE DELIBERAÇÃO - E AMICUS CURIAE: INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA POPULAR

Tornou-se inevitável e inadiável diante da pluralidade e complexidade social latente e do grande déficit que padece a doutrina tradicional⁴³² a ampliação do debate no âmbito jurídico. A inserção do cidadão no debate político requer a criação e implementação de mecanismos processuais que possibilitassem a via de comunicação com as „vozes da sociedade“.

⁴³¹ Ibidem. p. 25

⁴³² MARTINS; MENDES, op. cit., p. 261.

A dificuldade e o desafio que se põem para os modelos de compreensão do fenômeno jurídico da atualidade, destarte, consistem em compatibilizar a compreensão e a sistematização desses valores dispersos pela sociedade na aplicação do direito. A dificuldade e o desafio que se põem, destarte, consistem em saber em que condições capturar estes valores, esses ideais, essas angústias que estão claramente “soltas”, “dispersas” pela sociedade e pelos próprios órgãos públicos.⁴³³

Tem sido crescente a preocupação em legitimar as decisões de forma democrática deliberativa e participativa. A busca do Estado em realizar seus objetivos próprios, e àqueles que antecedem os interesses das partes envolvidas identifica-se com a concepção publicista da jurisdição acolhida nos últimos tempos. Dentre os objetivos sociais e políticos do processo, destaca-se “a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do País”⁴³⁴

No presente trabalho a audiência pública é vista sob o conceito habermasiano de esfera ou espaço público, descrita pelo autor como sendo “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos”⁴³⁵, ou ainda, considerada como esfera pública, a audiência pública “ocupa uma posição central no modelo procedimental de democracia deliberativa como o *locus* da formação democrática da opinião e da vontade pública”⁴³⁶.

Assim, o processo comunicativo que ocorre durante as sessões na audiência pública onde os ministros ouvem as informações colhidas e trazidas pelos peritos, pelos *amicus curiae*, por informantes que enviam textos abordando o tema debatido e até pelos demais ministros, constitui, em si, uma esfera pública, pois se utiliza da linguagem natural do agir comunicativo e da sua compreensibilidade orientada para o entendimento.

⁴³³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 13.

⁴³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus e o *Vertreter des offentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004. p. 10

⁴³⁵ HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 92.

⁴³⁶ GARCIA, Bianco Zalmora. **Escola pública, ação dialógica e ação comunicativa**: a radicalidade democrática em Paulo Freire e Jürgen Habermas. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 152

O espaço de uma situação de fala, compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem.⁴³⁷

A situação é o momento que a audiência pública “formam arenas nas quais pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessitadas de regulamentação”⁴³⁸, proporcionando, assim, o surgimento da opinião pública que “transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma direcioná-lo”⁴³⁹.

A admissão da audiência pública se fundamenta na dificuldade e, em muitas vezes, impossibilidade dos magistrados de conhecer de maneira razoável e suficiente o assunto debatido para poder, então, com conhecimento necessário, segurança e certeza decidir a questão. Logo, “tem como finalidade suprir justamente as lacunas do conhecimento dos juízes e assegurar que suas decisões possuam coerência e respaldo de outras ciências e culturas”⁴⁴⁰ Nos dizeres de Jürgen Habermas “vista pelo lado normativo, ela fundamenta uma medida para a legitimidade da influencia exercida por opiniões públicas sobre o sistema político”⁴⁴¹.

Com o mesmo fundamento, no art.7º,§ 2.^o⁴⁴², da Lei n.º9.868, passaram a admitir a contribuição de órgãos e entidades com objetivo de esclarecer e emitir parecer sobre a questão em debate, inserindo o instituto do *Amicus Curiae* como mecanismo de democratização, sendo que por interpretação analógica é facultada a intervenção nas ações de arguição de preceito fundamental e

⁴³⁷ HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 93.

⁴³⁸ Ibidem, p. 22

⁴³⁹ Ibidem, p. 23.

⁴⁴⁰ GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. Amicus Curiae e audiências públicas: instrumentos para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Ciência Jurídica e Social da Unipar**, Cascavel, v. 11, n. 2, p. 385-401, jul./dez. 2008. p. 397.

⁴⁴¹ HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 94.

⁴⁴² Art. 7º 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.

declaratória de constitucionalidade. Como leciona Antonio de Passo Cabral sua admissibilidade “decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da extensão do conceito de intérprete da Constituição”⁴⁴³ Em harmonia com esse entendimento Jürgen Habermas sustenta que “para preencher sua função que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas”⁴⁴⁴ afirmando ainda que “em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado”⁴⁴⁵. Dentro dessa

Em outras palavras, **o conceito de esfera pública alude a um espaço social, inclusivo e interativo**, constituído e mediado lingüisticamente, que se materializa em ambientes públicos mais ou menos informais, nos quais cidadãos e cidadãs solidária e voluntariamente reunidos, no **exercício de sua liberdade comunicativa**, manifestam e compartilham suas percepções e interpretações críticas, processam informações, apresentam proposições, seus apoios e suas diferenças para discussão e escrutínio público, permutam opiniões, emitem juízos, produzem demandas a partir de particularidade concretas e estabelecem acordos para que possam coordenar suas ações definidas e assumidas consensualmente. Ora, a concepção habermasiana de democracia deliberativa implica a possibilidade de analisar reconstrutivamente os processos democráticos no âmbito do agir comunicativo. **Estes processos, nesta concepção, uma vez perpassados pela força social e integradora da solidariedade**, no sentido de produzir uma opinião e uma vontade comum, **mobilizam mulheres e homens concretos** com suas histórias, seus conflitos, suas vivências morais e dilemas éticos, com suas raízes culturais, sua afetividade e sua sensibilidade para que, com os recursos que

⁴⁴³ CABRAL, op. cit., p. 13.

⁴⁴⁴ HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 97

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 107. Jürgen Habermas segue explicando e informando que “Ela representa uma rede supercomplexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e subculturais, que se sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com os pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, etc., assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém, ainda acessíveis a um público de leigos (por exemplo, em esferas públicas literárias, eclesiásticas, artísticas, feministas, ou ainda, esfera públicas “alternativas” da política de saúde, da ciência e de outras); além disso, ela se diferencia por níveis, de acordo com a densidade da comunicação, da complexidade organizacional e do alcance, formando três tipos de esfera pública: esfera pública episódica (bares, cafés, encontros na rua), esfera pública da presença organizada (encontro de pais, público que frequenta o teatro, concertos de Rock, reuniões de partidos ou congressos de igrejas) e esfera pública abstrata, produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente). Apesar dessas diferenciações, as esferas públicas parciais, constituídas através da linguagem comum ordinária, são porosas, permitindo uma ligação entre elas”.

lhes é dado pelo mundo vivido que vivenciam, enfrentar e tematizar discursivamente os conteúdos problemáticos que se apresentam e identificar soluções consensuais que possibilitem coordenar ações conjuntas, isto é, decisões fundadas argumentativamente quanto à demanda de fins coletivos e à regulamentação normativa da vida comunitária.(grifos do autor)⁴⁴⁶

Referidos instrumentos processuais refletem a superação do paradigma do positivismo e do modelo de interpretação „fechado“ e solista do juiz⁴⁴⁷, pois ao admitirem a interferência da sociedade, permitindo a participação comunicativa do cidadão no debate de construção de normas constitucionais, evidenciam a necessidade de abertura hermenêutica do judiciário na solução de conflitos buscando, assim, conferir legitimidade ao ato decisório e, conseqüentemente, a norma construída. Como leciona Cássio Scarpinella Bueno “o atual estágio do pensamento jurídico é conscientemente valorativo; é, conscientemente, aberto à captação e à compreensão dos valores dispersos da sociedade; é, conscientemente problemático”⁴⁴⁸

Nesse contexto destacam-se as idéias de Peter Häberle que entende não ser possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição⁴⁴⁹ propondo a ampliação do número de *tradutores constitucionais autorizados*⁴⁵⁰, preconizando a construção de uma sociedade aberta dos interpretes da Constituição, a partir do reconhecimento de que todos os agentes conformadores da realidade constitucional e todas as forças produtoras de interpretação devem interpretá-la e não somente os juízes⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ GARCIA, op. cit., p. 116

⁴⁴⁷ “O paradigma do direito alterou-se por completo. [...] O que é certo é que, na atualidade – e isso não é de hoje - não se pode mais afirmar que o direito pode ser estudado, analisado, sistematizado ou aplicado despido de quaisquer outros valores que não os “exclusivamente” jurídicos.” BUENO, op.cit., p. 10-11. concepção, esclarecedoras são as palavras de Bianco Zalmora Garcia sobre o conceito e as ações da esfera pública.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 12.

⁴⁴⁹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

⁴⁵⁰ COELHO, Inocência Mártires. As idéias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 6, n. 25, p. 23-32, out./dez. 1998. p. 24.

⁴⁵¹ COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais do poder. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 119-128, jan./mar. 1999. p. 121.

3.5 AUDIÊNCIA PÚBLICA E A ÉTICA DO DISCURSO – DEMOCRACIA DELIBERATIVA-PARTICIPATIVA-DIRETA - LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA NORMA JURISDICIONAL

Jürgen Habermas diferente dos demais pensadores da escola de Frankfurt que proclamam a deterioração da sociedade moderna, entende sim que a modernidade não chegou ao seu fim, que ainda está em pleno desenvolvimento de seus potenciais e, deste modo, afirma seu otimismo na natureza humana. Para Jürgen Habermas a democracia deliberativa deve ser entendida como uma integração político-social entre o Estado e a sociedade como um todo.

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. [...] Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre legislação e aplicação do direito, - os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos do discurso de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo dessa legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialista e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.⁴⁵²

A legitimidade do direito em Jürgen Habermas deve resultar de um processo democrático racional e discursivo da opinião e da vontade realizado por todos os destinatários da norma a ser por eles mesmos criadas, ou seja, a norma jurídica é legítima pelo fato de todos os cidadãos e cidadãs participarem ativamente da elaboração da norma. Assim, conforme sua concepção de democracia deliberativa, a deliberação, com base em pressupostos ético-discursivos, consiste no elemento central para a legitimidade do processo de representatividade democrática. Observa-se, também, que a validade da norma jurídica na teoria habermasiana está condicionada a determinados procedimentos estabelecidos previamente.⁴⁵³

⁴⁵² HABERMAS. 2003, op. cit., v. 2, p. 183-184.

⁴⁵³ Ibidem, p. 48-50

De acordo com princípios da ética do discurso, concebe-se que, nos moldes da política deliberativa, esta formação da opinião e da vontade pode ser institucionalizada através de um sistema de direitos que resgata e garante a participação simétrica de todos os sujeitos (cidadãos e cidadãos) em processos de normatização jurídica. O uso público das liberdades comunicativas orienta-se para a produção do direito legítimo.⁴⁵⁴

A esfera pública, baseada na sociedade civil⁴⁵⁵ e a formação da opinião e da vontade institucionalizada na prática de decisões de tribunais, são tidas como um excelente ponto de partida para a tradução sociológica do conceito de política deliberativa⁴⁵⁶ por Jürgen Habermas. Contudo, destaca em comum juízo com Cohen e Arato, ser a atuação da sociedade civil limitada como forma de movimento e de expressão política. Lembra, ainda, que na esfera pública os atores exercem influências e não o poder político em si, e que deve primeiro passar por um processo democrático de opinião e de vontades para só então transformar-se em poder comunicativo e ser inserida na legislação legítima. Leciona assim:

[...] é preciso lembrar que, na esfera pública, ao menos na esfera pública liberal, os atores não podem exercer poder político, apenas influencia. E a influencia de uma opinião pública, mais ou menos discursiva, produzida através de controvérsias públicas, constitui certamente uma grandeza empírica capaz de mover algo. Porém, essa influencia pública e política tem que passar antes pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática de opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção testada sob o ponto de vista da generalização de interesses e capas de legitimar decisões políticas. Ora, a soberania do povo, diluída comunicativamente, não pode impor-se apenas através do poder dos discursos públicos informais – mesmo que eles tenham se originado de esferas públicas autônomas. Para gerar um poder político, sua influencia tem que abranger também as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ HABERMAS. 2003, op. cit., v. 1, p. 186.

⁴⁵⁵ Nos dizeres de Jürgen Habermas: “A sociedade civil compõe-se de movimento, organizações e associações, o quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política”. HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 99.

⁴⁵⁶ HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 104.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 105.

Questiona-se, então, como concretizar o ideal de democracia proposto na ética do discurso de Jürgen Habermas associado à construção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição dentro de um país extenso, pluralista, multicultural e de aspectos socioeconômicos fortemente divergentes como o Brasil?

O problema está em como levar os temas da periferia ao centro, até porque no âmbito da esfera pública há estruturas comunicacionais muito ligadas aos domínios da vida privada, o que faz com que “a periferia, ou seja, a sociedade civil possua uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política”⁴⁵⁸. Uma das sugestões de captação das interpretações constitucionais da sociedade pode se retirar pela forma mista de controle concentrado e difuso adotado no Brasil. Ou seja, a efetiva tarefa de colher as informações advindas do mundo da vida, filtrando-as, aplicando-as e, assim, inseri-las como conteúdo do ordenamento jurídico está nas mãos da jurisdição periférica, de maior contato com a realidade social.

Por outro lado, defende-se a possibilidade de construir na situação mobilizada na Audiência pública com a interferência do Amicus Curiae e demais integrantes, mecanismos mais próximo do ideal democrático habermasiano, uma vez que tais instituições democráticas autorizadas trazem maior acessibilidade a informações relevantes ao tema, favorecendo a troca comunicacional com o Poder Judiciário e permitindo alcançar uma maior legitimidade nas decisões políticas.

Assim, a audiência pública sendo um lócus do debate é para o presente trabalho reconhecida como a esfera pública onde por meio do diálogo as pessoas expressam opiniões e vontades dentro de liberdades e, ao mesmo tempo, de diretrizes procedimentais previamente estabelecidas, ou seja, a situação de discussão em que se encontram deve ser constituídas pelos próprios integrantes de forma cooperativa, determinando, também, os pressupostos dos atos de fala⁴⁵⁹, uma vez que “a “qualidade” de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 115

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 92-93

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 94.

Para preencher sua função, que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas. O público que lhe serve de suporte é recrutado entre a totalidade das pessoas privadas. E, em suas vozes díspares e variadas, ecoam experiências biográficas causadas pelos custos externalizados (e pelas disfunções internas) dos sistemas de ação funcionalmente especializados – causadas também pelo aparelho do Estado, de cuja regulação dependem os sistemas de funções sociais, que são complexos e insuficientemente coordenados. Sobrecargas desse tipo acumulam-se no mundo da vida.⁴⁶¹

A audiência (esfera) pública deve ser concebida como a ágora onde se deve exercer o uso público da razão gerando de forma comunicativa a opinião pública e a vontade geral dos cidadãos. A Teoria do Discurso legitima o direito formulado por meio de pressupostos e processo de comunicação institucionalizados juridicamente e que permitem, assim, crer que as decisões em processos de criação e aplicação do direito se fizeram de forma racionalizada.⁴⁶² É neste contexto que se exprime o sentido de exercício da soberania popular, que legitima a concepção de democracia.

No entanto, para que o princípio da soberania popular se torne efetivo, a democracia como “forma de estado” e de “governo” pressupõe ainda a democracia como “forma de sociedade”. Para além do estado, o princípio democrático se projeta também para a esfera pública não estatal; implica a formação de um espaço público autônomo em que o povo possa livremente dar vazão às expectativas normativas que surgem na dinâmica social. É essa participação livre e igualitária no espaço público que permite ao povo influenciar permanentemente, e não apenas no período eleitoral, o processo de tomada de decisão que tem lugar nos fóruns oficiais.⁴⁶³

Ressalta-se que não é a concepção pura do ideal habermasiano, mas, dentro da realidade é o mecanismo com o qual mais podemos se utilizar aperfeiçoando-o para aproximarmos de uma concepção da ética do discurso.

O modelo democrático de Jürgen Habermas só pode ser concebido dentro de um Estado democrático de direito onde as pessoas possam ser reconhecidas como autônomas e participarem ativamente do processo deliberativo

⁴⁶¹ Ibidem, p. 97

⁴⁶² Ibidem, p.153

⁴⁶³ SOUZA NETO, op. cit., p. 43

decisório sob a forma discursiva comunicativa em condições de igualdade e liberdade.

A vantagem de uma concepção dialógica reside justamente em que esta busca do bem comum não se torna excessivamente dependente de uma ética compartilhada pelos membros da comunidade política. O modelo de democracia deliberativa de Habermas não pressupõe uma “república de anjos falantes”. É o próprio diálogo, é a exposição dos argumentos à crítica pública, que garante a correção dos resultados, e não os compromissos éticos dos sujeitos, embora seja de se reconhecer que, não raramente, estes agem motivados por tais compromissos, e que um contexto justo de cooperação social é um importante estímulo a essa modalidade de ação.⁴⁶⁴

Pelo princípio da democracia é o consenso que dá legitimidade ao direito e que deve resultar do acordo de todos os concernidos⁴⁶⁵. Realmente o consenso habermasiano é dificilmente alcançado, contudo as decisões de cunho político não podem ser abandonadas, devendo, assim, haver um acordo mesmo que seja majoritário que coloque um fim, mesmo que temporário, no debate a fim de que a vida comunitária possa seguir adiante, ou seja, deve prevalecer a regra da maioria que “surge da pressão de decidir, da necessidade de concluir a deliberação sobre uma matéria”⁴⁶⁶.

A vontade da maioria, no entanto, só pode ser aceita quando precedida de um amplo diálogo público, sendo os argumentos aceitos os mais fortes, capazes, portanto, de legitimar a decisão sem o consenso de todos os concernidos, ou seja, com o consenso da maioria. Todavia, para que o melhor argumento possa se impor e obter assentimento, se faz necessário que todos os argumentos tenha iguais condições de serem expostos e apreciados pelos reais detentores do poder de julgamento.

Na concepção de uma Audiência Pública realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal com o intuito de exercer a jurisdição constitucional, a figura do Amicus Curiae, recepcionada neste trabalho como representante de uma parcela da sociedade e intérprete constitucional na concepção de Peter Haberle, deve ter sua admissão pautada em sua atuação por representar interesse na causa como um todo, objetivando uma melhor solução e não quando o interesse inclina-se

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 145.

⁴⁶⁵ DUTRA, op. cit., p. 238.

⁴⁶⁶ Ibidem.

para o ganho de uma das partes, vinculando o seu interesse a uma das causas. Assim, a atuação do Amicus curiae não pode possuir influencia prévia que almeje beneficiar ou prejudicar a parte. Sua ação deve ser impessoal. Não significando isto, vale ressaltar, que sua atuação seja neutra, pois de qualquer forma haverá uma decisão onde existirá um vencido e um vencedor, e as manifestações existentes colaboraram para o entendimento da melhor solução ao caso.

4 CONCLUSÕES

A concepção exata do termo Democracia está longe de ser concretizada. As teorias de Jürgen Habermas também são um ideal, mas que se acredita, deva ser ambicionado, pois se assim não o for o homem perde seu espírito de luta e a crença de um melhor amanhã.

As conquistas hoje atribuídas ao Estado Social Democrático de Direito só se consolidaram devido a longos anos de luta e sofrimento em busca de “novas liberdades contra velhos poderes”. Em meio aos delírios de líderes, abusos de poder de ditadores, utopias de salvadores, etc. se ergueram as revoluções contra a ordem estabelecida na procura de um novo mundo.

No processo de construção teórica e histórica da realidade democrática atual, realizado no presente trabalho, observou-se que há a presença de um ideal do conceito de democracia buscado em cada época do tempo e, que em muitas vezes, alcançado apenas algumas das intenções primárias que motivaram o desejo de melhorias da comunidade. A vontade geral da sociedade leva a estabelecer uma convenção em prol do bem comum, que com a instalação do Estado Democrático de Direito e o sistema de representatividade essas escolhas políticas passaram a ser delegadas ao corpo legislativo do Estado. No desenrolar da história evolutiva do Estado o homem passa paulatinamente e gradativamente a tomar consciência de sua posição diante do Estado, como também descobre o poder que tem para gerenciar sua própria vida, de seus entes bem como de seus bens e pertences perante os demais cidadãos e frente à força do Estado. Assim, no interesse comum de ter o poder de decidir sobre as normas que regeram sua própria comunidade, os homens se unem sob a proteção do poder que conquistaram (ou lhes foram atribuídos, pois „a soberania ao povo pertence“): a soberania popular e, dessa forma, podem concretizar o ideal do significado da palavra democracia, isto é, poder de demos: o poder de todos resolverem por si próprio suas decisões, vez que assim as normas podem ser reconhecidas como legítimas.

Todavia com a evolução do Estado de Direito e a Constituição se firmando como lei maior, regente de todo o ordenamento jurídico, estabeleceu-se a estrutura política e com ela a Separação dos Poderes, sendo que o controle de constitucionalidade na atualidade é exercido pelo Poder Judiciário, o que traz a baila a questão posta por Hans Kelsen : “Quem deve ser o guardião da Constituição”.,

uma vez que há um déficit de legitimidade democrática, apontado por muitos doutrinadores, inerentes aos membros da magistratura.

Nessa vertente, a proposta habermasiana contempla a ligação entre direitos humanos e soberania do povo para legitimar o direito, ressaltando a necessária permanência do caráter revogatório das leis criadas, devendo estar em constante análise e possíveis reconstruções e alterações posto que, nas palavras de Jürgen Habermas, “toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito”.

O Supremo Tribunal Federal na atividade de exercer o controle de constitucionalidade reexamina as leis elaboradas pelo Legislativo e que „supostamente“ encontram-se em desconformidade com a Constituição. Esta intervenção é recebida por alguns autores como uma afronta a Tripartição dos Poderes, contudo, para outros, aos quais o presente trabalho se filia, acreditam que o Supremo ao fazer a guarda da constituição substitui, em verdade, o papel de autodeterminação da sociedade, fiscalizando o procedimento de elaboração das leis, preserva direitos já garantidos e que não devem ser violados, ou seja, ao uniformizar o ordenamento jurídico acaba por assegurar a democracia. Contudo, lhe falta legitimidade no exercício dessa conduta, pois sua competência é originária do povo que detém a soberania.

O modelo de Jürgen Habermas requer para legitimar as decisões estatais a participação de sujeitos autônomos e com condições igualitárias de discussão argumentativa e poder decisório frente as normas que regerão suas próprias condutas na comunidade. Para tanto deve haver a institucionalização jurídica de procedimentos de legiferação e a abertura do sistema estatal aos influxos comunicativos que advém do espaço público.

Na concepção de uma Audiência Pública realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal com o intuito de exercer a jurisdição constitucional, a figura do Amicus Curiae, recepcionada neste trabalho como representante de uma parcela da sociedade e intérprete constitucional na visão de Peter Haberle, oferece uma maior legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional. Portanto, sua admissão deve ser ampla o bastante a fim de que se possa dar ouvidos a todas as diferentes visões que o debate possa gerar e, conseqüentemente, a quem a norma venha atingir.

Esta adoção de novos mecanismos de abertura do processo constitucional reflete a necessária adequação que o Supremo Tribunal Federal precisou realizar frente às exigências da evolução da sociedade e a atenção às modernas teorias constitucionalistas que abordam a hermenêutica como um processo amplo e aberto com fim último de alcançar um melhor ideal de democracia. Nos objetivos políticos do direito processual encontra-se o estímulo à participação do cidadão no processo de decisões políticas realizadas pelo Estado. Nesse contexto a figura do *amicus curiae* assume importância fundamental na representação de forma direta da opinião pública e coloca a atividade jurisdicional em direto contato aos anseios das mais diversas realidades e perspectivas sociais.

O uso do recurso da audiência pública juntamente com a intervenção do *Amicus curiae* tem como pontos desfavoráveis o questionamento da segurança jurídica versus a efetividade processual e, em conexão a esta o prejuízo na celeridade do processo, pois, como alguns defendem, seria necessário maior tempo despendido para a análise de todas as informações e argumentos trazidos ao debate processual. Por outro lado, tem como pontos favoráveis à atuação desses instrumentos a possibilidade de uma cognição exauriente que permita evitar futuras discussões, uma vez que aumenta a probabilidade de maior eficácia na decisão e por maior tempo de vigência na sociedade quando esta participa ativamente da criação da norma que é destinatária.

A Corte tem como escopo maior a guarda da Constituição e deve por isso primar com a mesma força pela democracia. Os casos em que o julgamento extrapolou o âmbito das partes, demonstrando importante relevância a sociedade e repercussão geral deve prevalecer a qualidade e efetividade da decisão e não a celeridade, pois é se utilizando de procedimentos de abertura processual e democrática que pode-se alcançar uma decisão mais equânime e harmoniosa com a realidade e que possa obter maior probabilidade de duração no tempo.

Portanto, cabe enfatizar que deve-se atribuir a democracia deliberativa a valorização da comunicação, da opinião e da vontade que se processa e emerge no espaço público não oficiais também. Não pode a participação política se reduzir ao momento específico da eleição, como se o cidadão transferisse seu dever como direito ao seu representante eleito para que tome todas as decisões que interferem no governo da sua vida, pois as decisões tomadas giram em torno das condutas humanas. Na deliberação pode-se realizar o verdadeiro exercício do poder

legítimo da soberania do povo, tornando possível, por meio da ação comunicativa e da ética do discurso, adequar o conteúdo das decisões à vontade popular

As Audiências públicas, consideradas no presente trabalho como sendo esferas públicas e o discurso político-jurídico realizado sob as diretrizes procedimentais da Ética do Discurso de Habermas, aumentam a probabilidade de construir uma norma verdadeiramente de forma democrática.

O discurso racional pretende o entendimento entre as pessoas participantes através de argumentos que os levem a um acordo sobre quais normas devem ser formadas, motivadas pelo contexto histórico-social a quem será endereçada, sem que haja imposições e coações durante o processo de criação. Tal situação pode ser sustentada no âmbito da Audiência pública.

Resta deixar claro que o que contribui para legitimar a norma jurisdicional não é o fato de alcançar um consenso com todos, pois se entende que tal objetivo é complexo de alcançar. Mas sim, pelo fato de constituir uma esfera pública e existindo a manifestação da vontade da sociedade dentro de um processo discursivo que se configura no poder comunicativo de onde resulta a soberania popular.

Como se pode observar, para o presente estudo adotou-se o modelo democrático deliberativo como forma de legitimar a atividade judiciária na concretização de normas atribuindo a legitimidade da Audiência pública em produzir normas válidas pelo fato de constituir uma esfera pública e por estarem fundamentadas no poder comunicativo gerado no processo discursivo os quais fizeram parte sujeitos representantes da opinião e da vontade pública.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 751, p. 32-50, maio 1998.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. ix.
- BARAQUIN, Noella; LAFFITTE, Jacqueline. **Dicionário universitário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletronica de Direito do Estado**, Salvador, n. 1, p. 1-22, jan./fev./mar. 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- _____. **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- _____. **Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 4. ed. Brasília: EDUNB, 1992. v. 1.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno. [atualizado até julho de 2011] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. t. 2.
- CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Revista Eletronica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 13, p. 1-17, fev./mar./abr. 2008.

_____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança: assistência e Amicus Curiae. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 213-219, out./dez. 2003

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais - Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 6, n. 25, p. 23-31, out./dez. 1998.

_____. Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais do poder. **Revista dos Tribunais - Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 119-126, jan./mar. 1999.

COELHO, Vera Schatton P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito: Grundzuge der Rechtsphilosophie**. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Primeiras impressões sobre a participação do amicus curiae segundo o projeto do novo código de processo civil (art. 322). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, n. 194, p. 307-315, abr. 2011.

_____. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do Amicus Curiae. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 8, p. 33-38, nov. 2003.

_____. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DUTRA, Delamar José Volpato. Controle de constitucionalidade e separação de poderes em Habermas: Habermas em discussão. In: COLOQUIO HABERMAS, 2005, Florianópolis. **Anais do Colóquio Habermas**. Florianópolis: NEFIPO, 2005. Disponível em: <.. <http://ibict.phlnet.com.br/anexos/habermasanais2008.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2011.

_____. **Manual de filosofia do direito**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

_____. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

FUX, Luiz. **Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARCIA, Bianco Zalmora. **Escola pública, ação dialógica e ação comunicativa: a radicalidade democrática em Paulo Freire e Jürgen Habermas**. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. Amicus Curiae e audiências públicas: instrumentos para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Ciência Jurídica e Social da Unipar**, Cascavel, v. 11, n. 2, p. 385-401, jul./dez. 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

_____. **Pensamento pós metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Técnica e ciência como “Ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1993.

_____. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. (Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns). 3. ed. Madrid: Cátedra, 1997. (Colección Teorema, Serie Mayor).

_____. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 2003. v. 1.

Haidar, Rodrigo. STJ retrocede no tempo e restringe amicus curiae. **Consultor Jurídico**, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-20/stj-retrocede-tempo-barra-sustentacao-oral-amicus-curiae>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

Hobbes, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. (Coleção Clássica).

Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Lage, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 174-180, jun. 2010.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Maas, Rosana Helena. A audiência pública realizada pelo STF sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do Amicus Curiae. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 40-49, jan./jun. 2010.

Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Liebman, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

Machiavelli, Nicoló. **O príncipe: escritos políticos** 5. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. (Os pensadores; v. 4.)

Maciel, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 106, p. 281-284, abr./jun. 2002.

Maluf, Sahid. **Teoria geral do estado**. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

ManCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAYOR, Frederico e FORTI, Augusto. **Ciência e Poder**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Papyrus, 1998.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 84, p. 41-48, abr./maio 2007.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. (Série IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade de processo de deliberação: legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção os Pensadores, XXI.)

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do Poder** (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, out. 1991.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, n. 14).

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus Curiae: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003.

PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus Curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 32, n. 151, p. 131-137, set. 2007.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Corte Especial decide que amicus curiae não tem direito a sustentação oral.** Disponível em:< [http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102901&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=amicus curiae](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102901&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=amicus_curiae) .> Acesso em: 22 ago. 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de poderes na constituição de 1988. **Revista dos Tribunais** - Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 16-30, abr./jun. 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** ensaio sobre a origem das línguas: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 22-23. (Os pensadores, v. 6).

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Considerações sobre a interpretação constitucional. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, ano 6, n. 25, out./dez. 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa:** um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

WEBER, Max. **O político e o cientista.** Lisboa: Presença, 1979.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1998.