

A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO NO PLANO DO PODER JUDICIÁRIO

THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION PLAN OF THE JUDICIARY

Fabiano Gosi de Aquino

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor de prática processual cível na Universidade Estácio de Sá.

Resumo: A construção de uma verdadeira democracia deve ocorrer com uma efetiva participação dos seus destinatários. O Judiciário, eventualmente, é chamado para reconhecer direitos e para aferir a constitucionalidade de normas. Portanto crescente o papel do Poder Judiciário no fortalecimento do Estado Democrático. O trabalho propõe uma efetiva participação popular na discussão destas decisões. Aplicável as idéias do agir comunicativo como forma de legitimação dos julgados com repercussão ampla. Através de Jürgen Habermas e Robert Alexy, o artigo propõe uma integração entre a sociedade e o Judiciário na construção das decisões não cingidas ao plano procedimental, mas de reconhecimento de direitos.

Abstract: The construction of a true democracy should occur with an effective participation of the recipients. The Judiciary, eventually is called to recognize rights and to measure the constitutionality of rules. So, it is growing the Judiciary role in strengthening of democratic. The paper proposes an effective public participation in the discussion of the decisions. Applicable the ideas about theory of the communicative

action as the way for legitimization of the decisions with wide repercussion. By Jürgen Habermas and Robert Alexy, the paper proposes an integration between society and Judiciary in the construction of the decisions non restricted to plan procedural but recognize rights.

Palavras-chave: Democracia. Sociedade. Judiciário. Agir. Comunicativo.

Keywords: Democracy. Society. Judiciary. Action. Communicative.

Sumário: 1. Introdução 2. A construção da democracia verdadeiramente participativa. 3. O papel do poder judiciário na formação de uma democracia e como o discurso democrático pode contribuir nas suas decisões. 4. Casos de utilização da participação popular nas cortes brasileiras. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1) **Introdução:**

Na manutenção do Estado Democrático, como se pretende, a participação popular deve ser constante e efetiva, sendo o caminho para a legitimação do poder do Estado em relação aos cidadãos.

Criticável a atual concepção de legitimação do poder político pelo princípio da representatividade e pelo princípio majoritário, surgindo, como perspectiva factível, a introdução da teoria do agir comunicativo na construção de um ordenamento jurídico realmente fruto da soberania popular.

Mas importante afirmar que a construção de um Estado democrático deve ser feita com a afirmação de todos os Poderes igualmente e no respeito às suas correspondentes funções.

Inicialmente caberia ao Legislativo a função de construção de normas a serem aplicadas pelo Executivo e pelo Judiciário. Logo, perfeitamente aplicável a proposta de legitimação das normas com base na discussão proporcionado pelos agentes sociais no âmbito do Poder Legislativo.

Todavia, não são raros os casos em que o Poder Judiciário é chamado para contribuir com a formação e afirmação de normas e, portanto, igualmente necessária a busca pela legitimidade.

Propõe o trabalho a busca pela legitimidade destas normas oriundas do Poder Judiciário que impliquem em reconhecimento de direitos ou da retirada de leis em confronto com o texto constitucional pela natureza de generalidade e abstração, próprias das leis oriundas do Poder Legislativo.

2) A construção da democracia verdadeiramente participativa:

O conceito de democracia, tal como constituído hoje, está assentado na idéia de poder da maioria sobre a minoria. Os preceitos adotados são aqueles oriundos da vontade da maioria. Apelando-se para a idéia de bem comum e vontade da coletividade a ordem prevalente é aquela que encontra apoio no maior número do total de participantes do processo de construção.

Essa linha de pensamento é construída com base nas idéias de equidade, pois os indivíduos possuem igualdade nas tomadas de decisões. São considerados no mesmo plano em relação aos demais e, essa concepção, acaba por permitir que a vontade da maioria se sobreponha à vontade da minoria. No sentido em que todos são iguais a legitimação ocorre pelo poder majoritário.

Para Habermas trata-se de uma perspectiva liberal, não representando efetivamente os ideais republicanos onde a formação democrática da vontade encontra assento em um entendimento ético-político buscado no consenso entre os sujeitos privados.

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios,

etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais.¹

Tal como concebida hoje, a democracia representa apenas uma forma de legitimação do poder político. A vontade da maioria tem o objetivo de legitimar o poder pelo governo bem como o uso desse poder, sem se preocupar com o seu verdadeiro e legítimo senhor que é a sociedade. Neste sentido desejável um transbordamento da restrita idéia de legitimação de um poder para abranger seus reais destinatários.

A democracia suportada, exclusivamente, na prevalência da vontade da maioria mostra-se frágil, pois seu único fundamento de manutenção é a idéia, ou anseio, da minoria tornar-se maioria depois de um período de predomínio do grupo oposto. Isso não seria suficiente para se alcançar os reais ideais democráticos, pois o povo vê-se excluído do processo de construção jurídica. A maioria reveste-se da “legitimidade” de defesa do interesse prevalente e tenta impor suas vontades excluindo os anseios da minoria e, por vezes, até mesmo da maioria que diz representar.

Outros autores criticam esta base majoritária de legitimação do processo como John Dewey que prevê uma maneira de construção de uma decisão com base no debate e ponderações acerca de concepções que podem levar em conta pontos de vista da minoria. Verifica-se a construção de uma tese que considera a necessidade de integração entre os partidos.

Os críticos têm razão em afirmar que a regra da maioria, enquanto tal é absurda. Porém, ela nunca é pura e simplesmente uma regra da maioria... É importante saber quais são os meios através dos quais uma maioria chega a ser maioria: os debates anteriores, a modificação dos pontos de vista para levar em conta as opiniões das minorias... Noutras palavras, a coisa mais importante consiste em aprimorar os métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão.²

Robert Alexy também defende uma concepção de democracia fundada num procedimento de decisão pelo argumento, realizando uma crítica parecida com a de Habermas acerca da afirmação democrática na vontade da maioria. Para Alexy o

¹ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jorgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, pag. 27

² Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jorgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro, 1997 pag. 43

modelo democrático ideal é aquele construído no conceito de argumento, tornando-se deliberativo.

Existem idéias extremamente diferentes de democracia. O princípio do discurso exige a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses abaixo do limite da ditadura ou da guerra civil. Nela o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva.³

Criticável também a construção de um sistema de direitos com caráter individualista. Preferível a utilização de atores coletivos, pois isso permite uma maior proteção dos bens coletivos da sociedade contra os riscos do subjetivismo. É o ideal que a construção ocorra coletivamente tendo em vista a maior abrangência dos efeitos e benefícios das decisões que são dissociadas do caráter individualista. Por isso a crítica feita por Habermas, partindo-se das lições de Willke.

Tal reestruturação do direito não pretende, no entanto, abandonar a idéia do Estado de direito, apenas interpretá-la de outra maneira. Sob essa premissa, uma legalização dos sistemas de negociação é suficiente para garantir sua legitimidade: Sociedades altamente complexas podem ser tidas como democráticas quando essa idéia (do Estado de Direito) é estendida à sociedade como um todo e quando a estruturação específica da sociedade permite garantir e promover a autonomia e a diferenciação de seus sistemas. Isso não constitui apenas um fim em si mesmo para a manutenção do grau de diferenciação funcional atingido, mas serve para a generalização da proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos privados.⁴

³ Constitucionalismo Discursivo. ALEXY, Robert. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pag. 35

⁴ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, pag. 81

Por isso altamente recomendável, em benefício da sociedade, que a integração da sociedade seja realizada através do poder comunicativo dos cidadãos. A formação da opinião precisa socorrer-se dos meios de comunicação informal da esfera pública, das associações e da esfera privada. Os atores da sociedade civil, de certa forma negligenciados, devem assumir uma função ativa em razão das consequências de uma situação de crise.

É neste contexto que Habermas defende a idéia do agir comunicativo como ferramenta para a legitimação das decisões e na própria criação do poder político, criticando a oposição atual entre partidos e idéias confrontantes onde a maioria prevalece sobre a minoria e o respeito a esse pacto entre os partidos reside exclusivamente na possibilidade de inversão do jogo, ou seja, na possibilidade da maioria atual tornar-se uma minoria no futuro.

Por isso a tese de se construir uma verdadeira democracia com base na participação de todos os integrantes, com a inserção de teses e na adequação do caso concreto à vontade de todos. O consenso é o pretendido para a construção de uma ordem justa e adequada para todos.

Segundo Habermas as esferas públicas são campos de debate acerca de temas de relevância social. As discussões intersubjetivas, decorrente das relações interpessoais, de pessoas atingidas, permitem a tomada de posições em confronto com as idéias apresentadas por outros, superando a posição de meros observadores, possibilitada pela liberdade comunicativa recíproca através da linguagem. O surgimento de idéias qualificadas é decorrência dessa “comunicação pública”.

Embora a tese defendida por Habermas possa sofrer crítica sobre a possibilidade dessa esfera pública tornar-se alvo de influências sobre os agentes coletivos e, de certa forma, desvirtuar o real objetivo pretendido pela sociedade, ou até mesmo provocar mudanças de orientações por parte dos agentes, deve-se na verdade, entender que essas influências devem ser recebidas como um fator de enriquecimento do discurso. São, exatamente, essas influências as molas da formação da convicção de seus membros autorizados, capaz de transformá-la em poder político, ou seja, capaz de levar a decisões impositivas. Aqueles que pretenderem exercer sua influência para obtenção de interesses ocultos e contrários ao interesse coletivo serão vítimas do insucesso posto que

em algum momento essa manipulação estará sujeita a algum tipo de crítica e a posterior perda de credibilidade. Ainda assim o discurso restará enriquecido.

Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a influência política já adquirida (de funcionários públicos comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como o Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, do showbusiness, etc.).⁵

Pela Teoria do Discurso existe a possibilidade de construção de uma verdadeira democracia assentada na vontade pura da sociedade. A força legitimadora passa a ser a dos reais destinatários. O processo democrático constitui-se no caráter discursivo, e este, por sua vez é alimentado com informações e argumentos, permitindo a formação da vontade política coletiva.

Na visão de Habermas o processo democrático carrega o fardo da legitimação, pois ele precisaria assegurar simultaneamente a autonomia pública e privada dos sujeitos de direito. Para a criação de direitos subjetivos privados e para fazer impor estes direitos os afetados deveriam esclarecer, em discussões públicas, a opção por determinada posição. Somente com a utilização do poder comunicativo seria possível a formação democrática da vontade, verdadeira fonte da legitimação das decisões políticas. Os cidadãos devem deixar de lado a posição de sujeitos privados do direito para assumir o papel de participantes do processo de entendimento e na formulação de regras de convivência.

Por seu turno o princípio da teoria do discurso introduz um elemento realista, na medida em que desloca as condições para uma formação política racional da opinião e da vontade: ele as retira do nível das motivações e decisões de atores ou grupos singulares e as transporta para o nível social de processos

⁵ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, pag. 95 e 96

institucionalizados de resolução e de decisão. E aqui emerge o ponto de vista estruturalista: processos democráticos e arranjos comunicativos podem funcionar como filtros que selecionam temas e contribuições, informações e argumentos, de tal modo que somente ‘contam’ os que são válidos e relevantes.⁶

Pretende-se superar a idéia simplista de que o direito encontra legitimação em um direito superior ou que encontra esteio na vontade do legislador.

A proposta apresentada por Habermas pode ultrapassar o plano de criação do direito legislado e ser aplicada no âmbito das Cortes, pois não raros são os casos onde o legislador não atingiu a regulamentação plenamente com a previsão de uma norma. E nesse aspecto, diante da necessidade de resposta aos jurisdicionados, o Poder Judiciário, após o amadurecimento da questão, permitido pelos debates daqueles virtualmente atingidos pela decisão, poderá proferir decisão que se ajuste aos anseios de todos.

Para Robert Alexy, analisando outra perspectiva, as normas oriundas do legislativo podem afrontar direitos fundamentais ou conflitar com princípios democráticos. Nesses casos a jurisdição constitucional estaria apta a refutar as violações, excluindo o risco de eventuais proteções também no âmbito das cortes com a efetivação de uma representação argumentativa por parte dos cidadãos.

Se o processo de formação da vontade política dá bom resultado, a maioria parlamentar irá regar exigências da democracia deliberativa, como as duas antes mencionadas, em forma de leis. As leis irão, então, também respeitar e concretizar direitos fundamentais. Mas o que é, quando leis são aprovadas, que violam direitos fundamentais ou destroem a democracia deliberativa? Pode-se, então, ou confiar na força de cura espontânea da democracia ou receitar o medicamento da jurisdição constitucional. A favor do último fala que, em caso contrário, déficits crônicos podem ameaçar e crises levar a um fim mortal, embora isso devesse ter sido impedido. Assim, as maiorias são propensas a isto, preservar em privilégios e costumes agradáveis, também quando elas violam direitos das

⁶ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgem. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997, posfacio, pag. 324

minorias, e nunca pode ser excluído que forças obtenham a maioria, que querem eliminar a democracia deliberativa. A jurisdição constitucional, todavia, não é um remédio universal. Se não mais existe o suficiente que quer a democracia, então ninguém pode salvá-la. Além disso a democracia também pode desenvolver efeitos negativos. Cada jurisdição contém o perigo do paternalismo. Esse, somente então, pode ser conjurado, se a jurisdição constitucional, como uma representação argumentativa dos cidadãos, primeiro, está claramente mais próxima de ideais discursivos que levou à lei anulada, e se, segundo, no processo político posterior, a decisão do tribunal constitucional é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria.⁷

Logo, a defesa da legitimidade do direito também ocorre no plano do Tribunal Constitucional, pois, repita-se, em muitas ocasiões o julgador deve manifestar-se acerca de determinada situação levada ao Judiciário onde o legislador não alcançou de maneira detalhada ou, ainda que previsto ordinariamente, pode confrontar princípios ou normas de índole constitucional.

3) O papel do poder judiciário na formação de uma democracia e como o discurso democrático pode contribuir nas suas decisões:

Sempre se firmou o entendimento de que o Poder Judiciário é parte fundamental na construção de uma sociedade democrática e que essa participação, numa visão reducionista, consistiria na observância dos preceitos constitucionais e na aplicação da lei ao caso concreto. Todavia a sociedade espera uma postura mais ativa por parte do Poder Judiciário. Não há mais como admitir um Judiciário distante dos debates sociais, pois deve assumir o seu verdadeiro papel de partícipe na evolução social. O Judiciário precisa democratizar-se em seus procedimentos internos bem como buscar legitimidade no povo.

⁷ Constitucionalismo Discursivo. ALEXY, Robert. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pag. 36

O Poder Judiciário, principalmente no plano dos tribunais superiores, vem sendo invocado a decidir sobre questões onde o legislador não alcançou, e também não raro, vem proferindo decisões que não estão restritas ao aspecto procedimental. Questões no plano do direito material são decididas todos os dias pelas cortes com base na aplicação de princípios, costumes e analogia com o direito comparado. Tudo isso por conta de uma atuação ineficiente do legislativo que acaba por deixar sem proteção direitos fundamentais dos indivíduos.

O juiz não pode escusar-se de julgar por faltar norma a respeito de determinada pretensão do indivíduo. Mas o que fazer quando o direito invocado não encontra amparo no ordenamento jurídico através de uma norma expressa? O *non liquet* é vedado e, portanto, caberá ao Judiciário o amparo pretendido.

Recentemente, vimos, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento das questões ligadas à união homoafetiva e suas repercussões. Trata-se de exemplo claro de omissão do legislador em regular adequadamente os reflexos patrimoniais e sociais das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Por diversas vezes ouvimos as justificativas dos representantes do povo no sentido de que a regulamentação só não ocorria por que a sociedade ainda não estava madura para reconhecer a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo bem como suas repercussões.

Diante desta situação coube ao Judiciário decidir se estas uniões seriam passíveis de reconhecimento e, por via de consequência, quais seriam os efeitos sobre questões conexas destas relações.

Por outro lado, o judiciário também é chamado para decidir acerca da justa adequação de normas infraconstitucionais em relação aos preceitos da Constituição Federal, através dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

O papel da Suprema Corte é o de vigiar a manutenção e respeito à Constituição bem como atentar aos procedimentos e normas organizacionais das quais depende a validade legislativa dentro do processo democrático.

Esse controle pode ocorrer no plano procedimental bem no aspecto da justa adequação da lei aos direitos previstos na Constituição, ou seja, tanto o aspecto procedimental quanto o substancial devem estar em consonância com a ordem constitucional.

Tanto no reconhecimento de direito sonogados pelo legislador quanto na aferição de adequação da lei com a Constituição os tribunais vêm decidindo de maneira solitária ou isolada dos seus reais destinatários. Sem o adequado amadurecimento do debate como forma de tornar mais democrática possível a decisão.

O crescimento do âmbito de atuação do Poder Judiciário não é contrário à democracia, na verdade, está em consonância com ela. As relações entre o Direito e a Política no plano constitucional proporcionam um ativismo de agentes na construção da cidadania. No Estado verdadeiramente democrático, o Judiciário deve contribuir apresentando-se como um novo espaço público no qual participam os agentes através do processo e que poderão participar abertamente na interpretação dos valores constitucionais.

A ampliação da função política do Judiciário, onde formas de ação devem estar à disposição do cidadão para participar da elaboração do direito. Neste sentido a legitimidade discursiva dentro do Judiciário contribuiria para a afirmação de uma democracia constitucional e que poderia ser construída a partir de algum nível de consenso.

Peter Habermas, na obra *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*, vê na construção coletiva uma maneira de se aproximar dos objetivos constitucionais atribuindo aos indivíduos a tarefa de levar os argumentos às cortes, enriquecendo o discurso e a mais acertada decisão.

Existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de Democracia. Alcança-se uma parte considerável da Democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos ‘sobre’ e ‘sob’ as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (...) A sociedade tornou-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação

constitucional. (...) os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.⁸

Hoje percebemos que o Judiciário deixou de ter apenas a função de reguladora de conflitos intersubjetivos e passou a representar um local de discussão de questões de interesse social do Estado Democrático. A participação social atribuiu um cenário político, pois a jurisprudência deixou de representar mero fruto do labor individual do juiz e passou a ser construída com base no esforço coletivo.

Neste sentido o Poder Judiciário afirma-se como poder político e em suas cortes cresce a produção política, através da representação discursiva.

Ademais a citação feita por Habermas sobre a importância da participação coletiva nos casos de controle abstrato de normas, isso porque o Judiciário atua como verdadeiro legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico norma em confronto com a Constituição.

Com relação a tarefa de controle abstrato de normas, Frank I. Michelman, parte, do mesmo modo que Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E, nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo – como origem de todas as

⁸ Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição. HABERLE, Peter. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997. pag. 39

autorizações de normatização – no quadro de uma compreensão procedimental.⁹

Todavia, embora conste do texto constitucional a função precípua do Supremo Tribunal Federal, a guarda da constituição, não se pode verificar a participação da sociedade neste processo.

Indiscutível, portanto, o papel de destaque do Poder Judiciário na afirmação de um Estado Democrático. A bem da verdade essa função nunca foi questionada, mas ficava restrita à qualidade de aplicador do direito positivado e fiscal e guarda dos preceitos constitucionais.

Todavia o plano de atuação vem sofrendo uma reformulação para atribuir um cunho político nas suas instâncias, pois com as crescentes ações dos indivíduos, trazendo para o campo de discussão do processo, idéias e argumentos capazes de enriquecer as decisões judiciais, houve um alargamento da função jurisdicional. Os discursos passaram a integrar fonte de construção da jurisprudência.

4) Casos de utilização da participação popular nas cortes brasileiras:

Na esteira daquilo que foi sustentado, isto é, na importância do Poder Judiciário na formação de uma verdadeira democracia participativa, passa-se à análise das normas em vigor no ordenamento jurídico que permitem uma participação popular, alargando os argumentos das partes da relação processual.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se uma tímida possibilidade de participação popular na discussão de temas de relevância nas nossas cortes.

Inicialmente tem-se a figura do *amicus curiae* previsto nos arts. 7º parágrafo 2º da Lei 9868/99 que regula o procedimento da Ação direta de inconstitucionalidade e Art. 6º parágrafo 1º da Lei n. 9882/99 que cuida da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Segundo os dispositivos, o relator, no curso do procedimento da poderá, mediante decisão irrecorrível, admitir a manifestação de órgãos ou entidade interessados no desfecho da questão.

⁹ Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade, Habermas, Jurgen. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997. pag. 330

Nas lições de Luis Roberto Barroso, figura do *amicus curiae* permite a utilização, no processo, de outras concepções e pontos de vista parciais, orientados por valores e princípios de ordem moral, religiosa, filosófica, política, entre outros. Esta atuação divorciada da neutralidade permite o enriquecimento e amadurecimento das questões que resultarão em uma decisão que terá eficácia genérica.

A expressão significa, literalmente, “amigo da corte”, designação dada a pessoas ou organizações, distintas das partes do processo, admitidas a apresentar suas razões, por terem um interesse jurídico, econômico, ou político no desfecho do julgamento. A prática é mais comum em casos apreciados pela Suprema Corte, normalmente aqueles envolvendo liberdades públicas, como o fim da segregação racial nas escolas, discriminações no emprego e aborto.¹⁰

A figura originária do direito norte americano possui atuação muito restrita no Brasil, pois a admissão fica subordinada à decisão do relator que poderá indeferir seu ingresso sem que, contra essa decisão, caiba qualquer recurso.

Percebe-se que a figura, suficiente para o enriquecimento do discurso no âmbito da Suprema Corte, capaz de proporcionar uma efetiva participação popular como forma de assegurar o pleno exercício da democracia argumentativa ainda é um elemento com eficácia contida, colidindo com a desejável discussão e amadurecimento das idéias.

Em vigor atualmente no ordenamento jurídico temos alguns instrumentos processuais onde se verifica a possibilidade de participação de pessoas estranhas à relação processual como forma de contribuir para a formulação da decisão. Cite-se, somente a título de ilustração, o disposto no Art. 543-C parágrafo quarto do Código de Processo Civil.

Em todas as situações em vigor, onde se percebe a possibilidade do amadurecimento da discussão através da participação coletiva, há limitações quanto à sua efetivação. Afirma-se isso pois na maior parte dos casos cabe ao relator a verificação da relevância e do cabimento da participação de terceiros estranhos à relação processual e, ainda, o indeferimento quanto à participação de terceiros é irrecorrível.

¹⁰ Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Barroso, Luiz Roberto, 2ª Ed., Ed. Saraiva, 2008, pag.

A democratização do julgado, pelo amadurecimento da discussão, fica relegada à decisão “tirânica” do relator designado no feito. O indeferimento quanto à pretensão de participação de terceiros fica conferida a uma única pessoa em que o legislador atribui a função de, *sponte sua*, aferir se há necessidade de ouvir terceiros ou não.

Tem-se também o registro de utilização das consultas públicas realizadas pelos Tribunais Superiores quando do amadurecimento acerca de temas de repercussão. Medida salutar e de eficácia importante para o amadurecimento pelo discurso dos agentes interessados.

Neste aspecto especificamente há o reflexo da real intenção do agir comunicativo, pois se permite a concretização de um entendimento através da reflexão dos diversos pontos de vista.

Outra hipótese de participação coletiva há de ser inserida no ordenamento jurídico com a aprovação do projeto de Código de Processo Civil, em trâmite atualmente no Congresso Nacional, que traz a inovação do incidente de resolução de demandas repetitivas onde no seu artigo 901 estabelece a participação das partes e dos interessados nas decisões que servirão de parâmetro para todas as demandas propostas acerca de temas idênticos.

Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.¹¹

Significa a utilização de instrumento capaz de proporcionar o julgamento conjunto de causas idênticas partindo-se de entendimento firmado pelo tribunal através do incidente processual. Neste caso, o dispositivo, tal como está, parece não padecer das limitações dos atuais dispositivos em vigor.

¹¹ BRASIL. Projeto de Lei na Câmara dos Deputados n. 8.046/2010. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

Todavia, o dispositivo, ainda objeto de discussão nas casas legislativas da União, poderá ser alvo de uma limitação se for aplicada uma interpretação restritiva do dispositivo. Afirmar-se isso pelo fato de o novel artigo trazer a referência dos interessados na solução. É justamente este ponto que a limitação pode existir, tudo a depender da fixação do entendimento dos Tribunais.

O fato é que a participação popular no âmbito das cortes brasileiras ainda é muito tímida, deixando de lado a participação dos reais detentores da força legitimadora das normas e do processo democrático.

5) Conclusão:

Verifica-se, portanto, que a participação popular é a real força legitimadora das normas que orientarão os indivíduos nas suas relações.

Para Habermas a construção da democracia deve partir de um processo de construção coletiva onde os indivíduos são chamados para uma integração e a participação na construção da democracia deve ser feita pelos seus agentes.

Há a exclusão da idéia de maioria por não justificar a construção democrática, sendo um fundamento frágil que não se coaduna com os propósitos pretendidos de legitimidade.

Todavia a construção da legitimidade deve ser buscada também dentro do Poder Judiciário, pois, como apresentado, não são raros os casos em que uma decisão judiciária pode transbordar seus efeitos para além das relações subjetivas restritas, inicialmente, às partes.

Isso vem ocorrendo pelo fato da crescente adoção dos precedentes judiciais como parâmetro para a solução de situações de conflitos colocadas para o crivo pacificador do Judiciário. Repita-se que esta atuação ocorre pelo respeito à função típica de solucionar conflitos no âmbito intersubjetivo ou na atuação de legislador negativo.

Mas a repercussão ampla de decisões devem ser precedidas de uma força legitimadora popular, sob pena de instabilidade do processo de construção da democracia.

E a questão vem se tornando relevante pelo crescente papel do Judiciário, através de suas cortes superiores, e das decisões por elas proferidas ganhando contornos de orientação para os demais Tribunais e juízos monocráticos.

A utilização dos precedentes, como fórmula de composição de questões repetidas, reclama um amadurecimento da discussão sob pena de se criar uma decisão desprovida dissociada da natureza democrática.

A democratização das decisões judiciais de repercussão ampla deve ser buscada. A introdução dos diversos enfoques dos indivíduos, movidos por convicções políticas, sociais, religiosas podem servir de mola para impulsionar um precedente judicial realmente alicerçado em bases democráticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei na Câmara dos Deputados n. 8.046/2010. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em :

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

BARROSO, Luiz Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade**, Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Ed. Tempo Brasileiro. 1997.

Habermas, Jurgen. **Democracia e Direito – Entre Facticidade e Validade**, Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.