

Artigos

Recebido: 19.06.2016

Aprovado: 03.03.2017

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.2743>

* Pós-Graduando em Direito Tributário pelo IBET

Natal, RN

*¹ Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Porto Alegre, RS

A figura do *Amicus Curiae* e a concretização da democracia deliberativa pela justiça constitucional brasileira

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira*

Marco Aurélio Medeiros Jordão*¹

RESUMO

Este artigo visa discutir a temática da democracia deliberativa, sua concretização pelo Supremo Tribunal Federal. Para o desenvolvimento do trabalho, foram buscadas fontes doutrinárias nas obras de Ferdinand Lassale, Konrad Hesse, Peter Häberle e Jürgen Habermas. Serão enfatizados os elementos de participação popular no processo judicial, através do instituto *Amicus Curiae* e os componentes que formam o discurso jurídico-argumentativo. Será enaltecido o caráter democrático das decisões, por meio da conformação entre realidade político-social e Constituição, assinalando quais os elementos da pluralidade são depreendidos pela via do controle de constitucionalidade. Ao final, conclui pela aplicabilidade da democracia deliberativa na justiça constitucional.

Palavras-chave: Democracia Deliberativa; Jurisdição Constitucional; *Amicus Curiae*.

The *Amicus Curiae* and the accomplishment of the deliberative democracy by the Brazilian constitutional justice

ABSTRACT

This article aims to discuss the accomplishment of the deliberative democracy by the Federal Supreme Court. For the development of this study, references were sought on the works of Ferdinand Lassale, Konrad Hesse, Peter Häberle and Jürgen Habermas. It will be emphasized the elements of popular participation in the juridical process, through the *Amicus Curiae* institute, the components that shape the democratic character of the argumentative speech and the conformation between social-political reality and the Constitution, assigning which elements of plurality cohesion are given. It concludes that the deliberative democracy is applied by the constitutional justice.

Keywords: Deliberative Democracy; Constitutional Jurisdiction; *Amicus Curiae*.



Introdução

Na evolução do pensamento constitucional contemporâneo surgem várias teorias que buscam explicar a relação entre pluralidade e a manutenção da unidade em uma sociedade composta por valores cada vez mais diferentes. Dentre os pensadores que se debruçaram sobre a temática, é possível citar Peter Häberle e Jürgen Habermas. Ambas as teorias encontram conexão com as considerações apontadas por Konrad Hesse, o qual dialoga com os conceitos apontados por Ferdinand Lassale.

A análise combinada desses autores se torna primorosa para compreender certos aspectos do Supremo Tribunal Federal e entender como o Poder Judiciário, no campo do controle de constitucionalidade, consegue extrair sua legitimidade e manter coesa a sociedade.

No momento inicial, será consignada a teoria da sociedade aberta proposta por Peter Häberle e como ela é concretizada no ordenamento pátrio.

Ato contínuo se procede a um panorama sobre os dizeres de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse, a fim de melhor analisar a perspectiva constitucional dos levantamentos de Häberle.

No momento seguinte, busca-se compreender as disposições emanadas da teoria de Jürgen Habermas, assinalando o que é a democracia deliberativa, qual o percurso assumido pela decisão judicial e a importância da participação social na formação do discurso jurídico.

Por fim, será ponderada a aplicação das teorias dos filósofos na atuação do Supremo Tribunal Federal, visando abarcar quais os institutos jurídicos que participam do processo de formação da decisão e como a pluralidade e os direitos fundamentais são correlacionados com o desempenho do controle de constitucionalidade.

A teoria da sociedade aberta: contribuições de Peter Häberle

O ponto inicial da teoria de Peter Häberle propõe a ruptura do paradigma que permeia a antiga interpretação constitucional, cujos agentes são restritos a uma “sociedade fechada”. No prisma da hermenêutica clássica, a atividade interpretativa é restrita àqueles legitimados pelo texto legal, apontando para a figura do Juiz.

Nesse sentido, para alcançar uma interpretação constitucional plena, devem ser invocadas todas as “potências públicas participantes materiais do processo social” (HÄRBELE, 2002, p. 13), com o fito de equacionar o grau de pluralidade daquela sociedade com a abertura interpretativa necessária.

Häberle (2002, p. 14) afirma que o alargamento do rol de interpretes é instrumentalizado na ampliação do conceito de hermenêutica, fazendo incluir todas as “potências públicas” que tenham força para produzir uma “pré-interpretação”, sendo este o fator que conota um caráter democrático à jurisdição constitucional. Logo, as interpretações jurisdicionais devem considerar a importância da opinião pública.

A justificativa desse movimento paira na necessidade de dar vida à uma realidade constitucional que atenda ao bem estar geral e garanta que a sociedade, na condição de destinatária final do produtivo normativo, tenha participação assegurada no processo interpretativo, consoante serem os próprios integrantes do seio social que vão vivenciar os reais efeitos da norma produzida.

Portanto, o mencionado autor afirma:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os interpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄRBELE, 2002, p. 15)

Complementando o posicionamento acima transcrito:

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

Dessa forma, a pedra de toque da nova hermenêutica subsiste no entendimento de que a interpretação configura um elemento objetivo dos direitos fundamentais, a qual deve considerar a natureza particular da concepção que estiver sendo avaliada. Assim, no momento em que a Corte Constitucional desnuda sua práxis, ensejando a interpretação e conseqüente concretização pelos próprios destinatários dos direitos fundamentais, assegura a estes uma realização concreta e de máxima eficácia.

Na medida em que a “esfera pública pluralista” consigna suas opiniões em juízo, pode ser verificado o grau de conformação do poder público à realidade social, através da margem de vinculação do que é disposto pela Corte. Em miúdos, através da interpretação constitucional é que se averiguá o nível de democracia da sociedade aberta, já que se torna possível conformar a Constituição com a realidade fática vigente.

No que trata a vinculação dos poderes legislativo e judiciário à sociedade aberta, Härbele compreende ser o processo político uma manifestação da interpretação constitucional, servindo de força motriz a esta. Assim, criam-se “realidades públicas” e amplia-se a esfera pública diretamente da interpretação realizada pela subsunção do legislador à Carta Magna e que pincelam parte da realidade da Constituição (HÄRBELE, 2002, p. 27). Ao legislador, cumpre traçar o parâmetro norte para interpretações posteriores, com base nos princípios constitucionais. Por outro lado, o juiz fica contido à argumentação e ao caráter técnico da decisão, cuja fundamentação deve expressar quantitativa e qualitativamente a opinião da esfera pública.

A legitimidade da sociedade aberta surge da própria Constituição, uma vez que a realidade pública é parte desta, caracterizando, assim, sua autorização interpretativa. Sendo assim, de acordo com o pensamento de Peter Härbele (2002, p. 33), a principal motivação está nas disposições da própria Lei Maior, que prescreve elementos de organização social, da vida pública e privada, os quais não devem ser vistas como

“meros objetivos”, mas sim “forças sociais” que devem integradas como “sujeitos ativos” da hermenêutica constitucional.

Com efeito, uma Constituição democrática, com capacidade de expandir o leque de intérpretes, parte de um conceito de “democracia do cidadão”, cuja premissa inicial é fincada na identidade, a partir dos direitos fundamentais, afastando-se de uma teoria de soberania estrita. A justificativa apresentada é a seguinte: “A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular.” (HÄRBELE, 2002, p. 38). Com isso, o referido autor pontua: “Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais”. (HÄRBELE, 2002, p. 39).

No âmbito do Direito Brasileiro, a concretização do esboço teórico declinado acima é realizada na figura do “*amicus curiae*”, instituto que será analisado com precisão no momento oportuno.

A sociedade aberta como concretização dos fatores reais de poder

A temática da sociedade aberta pode receber uma leitura sob a ótica dos fatores reais de poder. Preliminarmente, antes de prosseguir com construções acerca deste tópico, é indispensável à análise das obras de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse.

O termo “fatores reais de poder” tem sua origem no famoso discurso proferido por Lassale, sendo um instituto chave para compreensão do conceito sociológico de Constituição apresentando em sua obra jubilar. Para este jurista, os fatores reais de poder são todos os fragmentos e estratos sociais cuja presença é indispensável para a Constituição, guiando a produção legislativa para que fique condizente com as próprias nuances da sociedade. Trata-se da base que fundamenta o direito público. Portanto:

Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (LASSALE, 2006, p. 17)

Com base na observação da sociedade prussiana de seu tempo, Lassale enumera os fatores reais de poder como sendo a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesa e a classe operária. Cada um desses grupos tem uma força política que impõe condições particulares que devem ser respeitadas e transcritas pela Carta. Na verdade, a função da Constituição, em seu viés sociológico, seria o de transcrever os fatores reais de poder, transformando-os em fatores jurídicos. Sintetizando o exposto, Lassale elucida:

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país. [...] Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. (LASSALE, 2006, p. 30)

Por fim, Lassale (2006, p. 39) compreende a existência de duas Constituições: uma real e outra es-

crita. A primeira é consubstanciada em todos os fatores reais de poder que são responsáveis por governar os rumos políticos de uma sociedade; enquanto a segunda é uma folha de papel e que deve corresponder aos fatores reais de poder, sob pena de não ter valor nenhum.

A durabilidade da Constituição escrita se liga à correspondência das nuances impostas pela Constituição real. Qualquer divergência implica na perda da eficácia jurídica por parte da Carta escrita.

Fazendo um contraponto a teoria de Lassale, Konrad Hesse disserta que a realidade fática não pode se sobrepor ao texto constitucional, sob pena de negar a própria Carta. Logo, avança de igual forma a existência de duas Constituições, adotando a terminologia de “Constituição Jurídica” e “Constituição Real”. A justificativa para tanto se encontra no fato da Constituição expressar tanto um “ser” quanto um “dever ser”, que atuam de forma coordenada, sendo o primeiro item a realidade social que determina a “condição fática de vigência” para a Carta, enquanto que o segundo anota a eficácia jurídico-política da Constituição, devendo produzir a conformação da realidade social. (HESSE, 2006, p. 15).

Por Constituição real, Hesse entende ser o que Lassale chamou anteriormente de fatores reais de poder, sendo consubstanciado como a realidade histórica concreta em seus mais diversos patamares, englobando as questões sociais, culturais e econômicas.

Seguindo essa trilha de pensamento, a Constituição jurídica tem sua eficácia condicionada pela atenção da “realidade histórica”, a qual deve “levar em conta”, devendo ligar-se a correlação do “ser” e “dever ser”. (HESSE, 2006, p. 24). Contextualizando, a eficácia da Constituição não pode ser dissociada da realidade fática, sob pena de perder seu foco de incidência.

Dessa maneira, a solução das controvérsias em torno da Constituição, enquanto questões jurídicas, caberá à Corte Constitucional que, no âmbito de suas atribuições, fará as conformações necessárias para assegurar o equilíbrio da força normativa da Constituição. Hesse (2006, p. 25) propõe dois parâmetros denominados de “pressupostos realizáveis” e “vontade de Constituição” e que devem orientar a Corte Constitucional na equalização dos conflitos entre as Constituições reais e jurídicas. Como cabe a Constituição jurídica manter-se vinculada à realidade concreta do seu tempo, as mudanças decorrentes da alteração dos fatores reais de poder devem ser realizadas nos limites dos institutos mencionados.

A principal diferença entre ambos os autores reside na concepção do que vem a ser a Constituição. Enquanto Lassale, compreende um viés sociológico da Carta, enquanto Hesse entende que trata-se de uma ordem jurídica fundamental. O pensamento de Hesse proporciona uma complementação ao de Lassale, fazendo, de certa maneira, uma atualização do fator sociológico para as ordens jurídicas do século 21. Ademais, as contribuições de Hesse servem para juridicizar as exposições de Lassale, uma vez que a Constituição não pode negar a sociologia, mas, ao mesmo tempo, não pode ser reduzido tão somente uma projeção social desvalida de qualquer caráter jurídico.

Com a sistemática proposta por Hesse, é possível chegar a um consenso entre realidade social e norma constitucional, já que a eficácia da segunda depende da primeira. Em miúdos, deve a Constituição se manifestar na realidade e não representar uma mera reprodução escrita, como outrora Lassale discursou.

Assim, feitas tais considerações, é possível relacionar os fatores reais de poder ou, como prefere chamar Hesse, Constituição real, com a temática da sociedade aberta proposta por Härbele.

Dessa forma, estabelecer uma interpretação aberta significa traçar um caminho para que os elementos que compõe a Constituição real e os fatores reais de poder sejam expressos junto a Corte Constitucional. A participação social é vista como um meio de levar, ao julgador os dizeres da vontade popular e da realidade concreta. A justiça deverá vincular sua produção jurisdicional, no momento de realizar a adequação constitucional, aos elementos fáticos apresentados pelos interpretes, sob pena de afastar a Constituição do que verdadeiramente deve ser considerado.

Em apertada síntese, ambas as teorias findam, ao se unirem, por fincar a constitucionalização dos fatores reais de poder, com Konrad Hesse provendo o substrato material, ao sacramentar o amarração da realização da Constituição jurídica à realidade concreta; enquanto Härbele oferta um procedimento a servir caminho de participação destes nos jogos de poder e conflito constitucional.

Portanto, a Corte Constitucional, ao dialogar com os fatores reais de poder, manifestado devidamente nas pré-interpretações, e proceder à decantação da vontade da Constituição, avaliza uma decisão judicial que atende a concretude fática e permite um fiel e digno cumprimento aos direitos fundamentais.

Habermas e a teoria da democracia deliberativa

Habermas trabalha com um conceito particular de direito, na perspectiva da integração entre as autonomias privadas e públicas. Antes de tudo, a essência do direito perpetua-se como uma “liberdade de ação subjetiva”, através da qual são delineadas as “liberdades de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas”. Essa visão conota um caráter de integração social, viabilizado pela compatibilização das liberdades de ação, cuja legitimação emana da soberania popular (HABERMAS, 1997a, p. 113-115).

Sua esperança é de construir a coordenação entre as autonomias moral e política através da formação de convicções livres de coerção, onde não haja sobreposição da seara pública ou privada, mas sim, mediação discursiva, veladas na razão, lógica e vontade. Justamente por isso, Habermas afirma:

[...] se discursos [...] constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só estabelecerá, se o sistema de direitos apresentar condições exatas sob as quais as formas de comunicação [...] podem ser institucionalizadas juridicamente. (HABERMAS, 1997a, p. 138)

Na esteira da democracia deliberativa, objetivar a união do compromisso de interesse do sistema liberal com a autocompreensão ética da vontade comum, advinda do sistema republicano-comunitarista, a composição da deliberação com a democracia procedimentalista serve de gênese a resultados políticos racionais, mediante a instrumentalização e institucionalização da comunicação. Inclusive, o procedimentalismo habermasiano pode ser descrito como as “condições comunicativas” que traçam o parâmetro para

que o processo político gere “resultados racionais”. (HABERMAS, 1995 p. 45).

O arranjo comunicativo reorganiza e concilia o exercício do direito em suas facetas liberal e comunitária, de tal forma que é impossível dissociar o direito de participar no Estado, através da soberania popular; daqueles negativos, contra o Estado, os quais criam invólucros de proteção à esfera particular. A complementaridade de ambos funda uma premissa legitimadora do próprio direito, na medida em que o cidadão, na condição de beneficiário, participa de sua criação por intermédio da deliberação coletiva.

Essa esquematização faz surgir o princípio da democracia, como forma reguladora do princípio do discurso, assumindo que a legitimidade e a validade das normas jurídicas dependem destas serem elaboradas de forma discursiva por todos aqueles “parceiros do direito”. (HABERMAS, 1997a, p. 145). Sendo assim, cabe a esse princípio, ao ser positivado, traçar o procedimento criativo das normas jurídicas que serão veiculadas no ordenamento jurídico.

Complementando o fragmento anterior, nas palavras de Habermas:

Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação de todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a *[sic]* que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação (HABERMAS, 1997a, p. 164).

Em sua ótica, a função do direito será a de instrumentalizar e mediar o próprio discurso, ligando-se a soberania popular e aos direitos humanos de forma intersubjetiva. Caberá ao direito, ainda, a implementação do princípio do discurso como princípio da democracia, formando um sistema de direitos onde há reciprocidade das autonomias pública, privada e política.

No âmbito da atividade jurisdicional, a democracia deliberativa repercute seus efeitos, havendo irradiação do princípio do discurso para a reconstrução do direito pelo juiz. À vista disso, o percurso de formação do discurso judicial não fica restrito ao juiz, mas também deve compreender o diálogo junto às partes. Neste sentido, não basta que o julgador busque, solitariamente, no ordenamento jurídico, as normas e princípios aplicáveis ao caso.

Para concretizar uma jurisdição condizente com o contexto da democracia deliberativa e assentada no princípio do discurso, competirá às partes atuar a fim de realizar uma busca cooperativa pela verdade. Nas palavras de Habermas:

O conceito amplo de uma racionalidade procedimental, abrangendo a dimensão pragmática de uma disputa regulada entre argumentos, permite complementar as características semânticas dos argumentos através das propriedades indiretamente constitutivas da validade de um arranjo, no qual se atualiza o potencial da motivação racional que os bons argumentos carregam consigo. A fresta de racionalidade surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência *[sic]* incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade de pretensão à “única decisão correta”, de outro lado, é fechada *idealizar* (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade. (HABERMAS, 1997a, p. 283)

Isto posto, ao juiz vai caber lançar um juízo normativo sobre a querela argumentativa desempenhada pelos envolvidos e as comprovações probatórias produzidas ao longo do processo. Esse caminho conduz a uma decisão correta e acertada, a qual deverá expor, em sua fundamentação, todos os fatos alegados e provados, além de deixar demonstrado, de forma cabal, como foi pautada a construção lógico-argumentativa do julgador, justificando o conteúdo decisório alcançado por este.

Ademais, vai cumprir ao direito o ofício de assinalar quais as regras e requisitos para instrumentalizar o discurso, preocupando-se, através das disciplinas processualistas, com o procedimento que será adotado (Habermas, 1997a, p. 292). Conclui-se que não deve o direito interferir no teor da argumentação, a qual ficará a cargo dos participantes do processo, dentro da completude fático-jurídica concreta.

Por outro lado, além do direito assegurar um foro livre para o debate argumentativo e cristalizar o princípio do discurso, Habermas (1997a, p. 294-296) apresenta outra garantia de alcance para a decisão correta, residente no instituto da “auto-reflexão”, que é traduzido na capacidade da decisão judicial ser revista por um tribunal de instância superior, podendo chegar até a mais alta corte de um dado ordenamento. Dentro de todo esse exposto é possível concluir que o jogo argumentativo é realizado em dois níveis, sendo o primeiro entre as partes e o juízo; enquanto que a segunda opera a um nível institucional, ocorrendo entre as diversas instâncias que o Poder Judiciário pode assumir.

Nesse sentido, um instituto que deve ser analisado é o da “esfera pública”, para o qual Habermas aponta o seguinte conceito:

A esfera pública pode ser descrita como 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. [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 1997b, p. 92)

Sendo assim, sua função é de refletir as mudanças e tensões que acontecem na sociedade, servindo de força motriz para influenciar a atividade parlamentar. Na medida em que surgem problemas e questões que afetam as conjecturas sociais, cabe aos agentes da esfera pública traduzir esses temas de relevância política, abrindo-se ao diálogo para a busca de uma solução concreta. Por razões disso que a “esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares” (HABERMAS, 1997b, p. 98).

Deste modo, trata-se de um sistema de negociação cooperativa alicerçado tanto nas interpretações pluralísticas possíveis para o tópico quanto na tomada de posições, sejam favoráveis ou não. Assim, é a justaposição argumentativa que gera acordos argumentativos, os quais, por intermédio da negociação deliberativa, formam um consenso positivado na forma de opinião pública. São nesses trilhos que o pensamento habermasiano segue:

O assentimento a temas e contribuições só se forma como resultado de uma controvérsia mais ou ampla, na qual propostas, informações e argumentos podem ser elaborados de forma mais ou menos racional. [...] Por isso o sucesso da comunicação não se mede per se pela “produção de generalidade”, e sim, por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada. (HABERMAS, 1997b, p. 94)

Diante disso, a teoria de Habermas guarda fortes semelhanças com os dizeres de Härbele, quando ambos falam que de uma sociedade plural pode ser depreendida a pré-interpretação, por parte da esfera pública, como um caminho a ser tomado no âmbito da hermenêutica constitucional. A influência da vontade da sociedade deve estar sempre na ótica dos instrumentos jurídicos e políticos, já que todo o ordenamento emana do corpo social e deve incidir nesse.

Por conseguinte, o conceito de esfera pública pode ser emoldurado na Constituição real anotada por Hesse. São dois institutos cujos conceitos guardam uma precisa correspondência. Na medida em que a Constituição real representa os fatores reais de poder, a esfera pública capta e fomenta as alterações destes e busca as respostas compatíveis com cada uma das hipóteses. Ambas balizam e orientam a produção normativa e são relevantes para a atuação da Corte Constitucional.

Assim, a convergência dos autores reside no interesse pela força constitucional e jurídica que os fenômenos do cotidiano social atingem, a ponto de refletir livremente a pluralidade. Se para Härbele a verdadeira hermenêutica mora na pré-interpretação dos destinatários, para Habermas, a soberania é encarada como uma construção de opiniões plurais através do diálogo, em que as opiniões da sociedade constitucional e, assim como no primeiro autor, tem grande valor na construção jurídico-política.

Diante disso, a teoria habermasiana não só pode ser aplicada no momento anterior a formação da ordem constitucional, mas também para fases além adentrando, como discutido, nos momentos da criação legislativa e produção jurisprudencial pela Suprema Corte. Ambos os autores lançam vistas a formação de uma decisão judicial que tenha como pretexto base tudo aquilo que emana da realidade política, construída em conjunto pelo magistrado e por todos aqueles que guardem pertinência com a temática e sejam alvo dos efeitos irradiados pela apreciação jurisdicional.

Com efeito, a estima atribuída às esferas públicas de opinião, capazes de contribuir na pré-interpretação, aponta para a importância dos fatores reais de poder, sendo este o ponto de toque com a obra de Konrad Hesse, dado ficar explícita a relação entre as teorias faladas e a força da Constituição real na construção das decisões judiciais. O exercício funcional de uma Corte Constitucional depende da presença dos elementos contidos na Constituição real, devido à dosimetria que deve ser feita entre o que marca a realidade e quais são as vontades e pressupostos realizáveis da Constituição jurídica.

Dessa maneira, abrir um canal comunicativo, permitindo aos fatores reais de poder deliberar junto a Corte Maior norteia um caminho para um procedimentalismo no qual a decisão judicial ficará revestida pelo espírito da democracia. Diante de fatores reais de poder antagônicos e plurais, aquele que for vencido terá tido o direito de registrar sua marca e tê-la apreciada jurisdicionalmente, produzindo uma decisão que efetivamente congrega ambas as formas de Constituição e ainda prevê o respeito às liberdades levantadas pelo fator preterido.

Nesses termos, os ditames da democracia deliberativa podem ser correlacionados com as proposições acima, de tal jeito que é possível inspecionar a atividade do Supremo Tribunal Federal sobre o prisma

dessa teoria procedimental. Frente a toda a exposição declinada acima, no próximo tópico será procedida à análise da Jurisdição Constitucional com base nos elementos aqui levantados.

O *amicus curiae* e a concretização da democracia deliberativa no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Com o esboço doutrinário ofertado, abre-se o debate sobre a concretização da democracia deliberativa no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja função primordial é avaliar a constitucionalidade das normas de um dado ordenamento. Sua atuação se dá no sentido de não somente gerenciar o rol normativo, como também determinar, nos casos concretos, qual a interpretação constitucional a ser aplicada, de modo a proteger a eficácia normativa da Carta Magna.

Assim, ao fazer o exame das questões, o Supremo Tribunal Federal não pode se afastar da sociedade, buscando nesta, quais são os determinantes para a temática em julgamento. Essencialmente, da esfera pública emana a Constituição real que exala as alterações dos fatores reais de poder.

Nesse sentido, a teoria de Peter Häberle é aplicada no ordenamento jurídico pátrio por via do “*amicus curiae*”. Trata-se de um instituto que assegura a participação da esfera pública e sua realidade concreta, estando relacionado diretamente à legitimidade democrática das decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade, tendo sua previsão no artigo 7º da Lei 9.868/1999, bem como no artigo 3º, § 2º da Lei 11.417/2006.

Com efeito, a função do *amicus curiae* é cristalizada em uma intervenção assistencial, com a manifestação de entidades da esfera pública relacionadas materialmente com o tema. Essa pertinência temática decorre da demanda judicial emanar repercussões que vão afetar diretamente a realidade fática vigente. Logo, todos aqueles que se vejam com um interesse material a uma determinada ação, terão no *amicus curiae* um canal de comunicação com o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, as entidades que se apresentem como assistentes no feito irão produzir memoriais e sustentações, as quais hão de prover os valores e concretudes fáticas que devem orientar o magistrado em seu julgado, alargando o rol de deliberativo do processo. Diante disso, apesar do juízo não ser vinculado aos argumentos suscitados pelo *amicus curiae*, ainda sim, deverá fundamentar as razões fáticas e jurídicas pelas quais acatou ou não o que foi disposto.

Com essa visão, pode ser atestado o caráter democrático e plural do Supremo Tribunal Federal e a forma que isso reflete na realidade pública e nas invocações políticas. Esse instituto direciona para o Supremo Tribunal Federal tudo que é pertinente dentro do tema em análise, com a revelação da visão da opinião pública sobre aquele tema. A pluralidade surge no entorno da questão na via que as mais variadas entidades que satisfaçam a pertinência temática possam transparecer qual a pré-interpretação possui e assim formando uma rede comunicativa, alimentando o discurso jurídico com a expressão verdadeira dos fatores reais de poder para aquele tópico.

Outrossim, a intervenção do *amicus curiae* deduz uma nítida salvaguarda dos direitos fundamen-

tais, coletivos e difusos, não somente exprimindo a sociedade plural, como também mantendo-a coesa em torno do valor fundamental que é a própria Carta Magna e seus princípios. Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais são protegidos, também servem como ponto de união para as diversas premissas que surgem na atividade judicante.

Desse modo, a função de práxis constitucional do Supremo Tribunal Federal torna-se mais democrática e verdadeira, sendo possível atingir uma decisão jurídica mais correta que possibilite unir a Constituição real à jurídica. O percurso formador do discurso ocorre em um primeiro nível entre os argumentos e comprovações probatórias levantadas pelas partes, os memorandos afixados pelos amigos da corte e a conexão do que é dito com os princípios, valores e direitos expressos na Carta Magna, aludindo ao que Habermas chama de busca cooperativa pela verdade.

Assim sendo, os vetores argumentativos são direcionados para os ministros, que vão construir as decisões no sentido de justificar as posições assumidas, argumentando, através da fundamentação, quais os pontos foram acatados e quais aqueles foram refutados, quais os respaldo jurídico e, acima de tudo, deixando visível o caminho lógico adotado. Em outro prisma, os próprios ministros debatem entre si, formando, de certa forma, um grau de auto-reflexão, sendo este o segundo nível do debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, culminando na formação do entendimento para aquela dada questão.

Dessa forma, por mais que a decisão não atenda aos interesses de todos interessados, o procedimento adotado confere uma voz jurídica, através das quais são lançados os argumentos e por meio dos quais se desenvolve a deliberação, engrandecendo ainda mais o já mencionado caráter democrático. Na verdade, a própria inserção do *amicus curiae*, junto ao jogo argumentativo, já é suficiente para assumir a legitimidade das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a justiça constitucional torna-se um determinante na concretização da democracia e garantia dos direitos fundamentais, produzindo decisões corretas e consistentes, com validade e legitimidade conferidas pela justaposição dos argumentos jurídicos, políticos e fáticos que se fundem no ofício da praxe jurídica. Igualmente, pode ser trabalhada com uma decisão de máxima eficiência, feita de acordo com as nuances daquilo que pretende ordenar, visto que, como dito alhures, há a oitiva e participação direta da realidade ou esfera pública.

Em face das atuais circunstâncias sociais e políticas, é possível verificar a concretização da democracia deliberativa no âmbito da justiça constitucional brasileira. Considerando que a realização do debate necessita de uma equivalência intelectual, as proposições da democracia deliberativa encontram obstáculo na acessibilidade precária à educação, dificultando assim, a aplicação da teoria de Habermas em outras searas ou até mesmo na orientação de uma reforma política.

Apesar disso, esse obstáculo é superado na esfera da jurisdição constitucional, já que a argumentação é desempenhada por intermédio dos advogados, os quais apresentam os fatos e pedidos de acordo com a concretude real. Exatamente por isso, é imperativo levantar mais debates acerca da democracia deliberativa, consoante ser possível aprender com a experiência do Poder Judiciário e buscar maneiras de expandir

o conceito em tela para outras instâncias.

Por fim, considerando ainda a condição de crise democrática em que vive o Brasil e a sua chance de concretização democrática, tendo como protagonista o Supremo Tribunal Federal e sua postura de ativismo judicial, todas as exposições aqui provocadas tornam-se extremamente sedutoras.

Conclusão

Na proposta de questionar sobre a possibilidade de concretização da democracia deliberativa no âmbito da justiça constitucional brasileira, foi possível concluir que a teoria de Peter Häberle mostra o caminho para participação da sociedade aberta dos intérpretes junto ao Supremo Tribunal Federal. A materialização desse instituto na figura do *amicus curiae* assegura a maior eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que conduz a constitucionalização da opinião pública e da realidade política. Além disso, a base sublime da teoria de Häberle está intimamente ligada com as digressões de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse, dado chamar a importância dos fatores reais de poder. Dessa forma, é implícita a ligação entre esse último instituto e a opinião pública, de forma que esses expressam a esta.

No contexto do controle de constitucionalidade, a obra de Konrad Hesse encontra uma observância salutar, eis que assimila a ideia de que a adequação da realidade política é realizada no foro de uma justiça constitucional, a qual cabe compatibilizar as constituições reais e jurídicas. Isso se mostra como algo surpreendentemente forte nos dias atuais, em que cada vez mais o Supremo Tribunal Federal tem de enfrentar as discrepâncias de uma nova situação fática que destoa ou não encontra previsão direta na Carta Magna, tendo de lançar mão de uma averiguação dessa realidade à luz da vontade normativa que está incrustada nesta.

Por sua vez, Jürgen Habermas, em seu conceito procedimentalista, traça um guia que estabelece a democracia a partir da deliberação e do discurso. Em uma teoria que determina trilhos para concretizar o princípio democrático frente à pluralidade social, tem-se o debate como percurso da integração social em torno de um valor comum, construído a partir de argumentos e proposituras e de igual abertura e incorporação para todos. Assim sendo, quando se enxerga a Corte Constitucional a partir de uma ótica que a democracia advém do diálogo e se estabelece quais os mecanismos pelos quais a elocução será desenvolvida, com a participação dos interessados, está sendo praticada a concretização da democracia deliberativa nessa seara jurisdicional.

Como o Supremo Tribunal Federal possui as ferramentas necessárias para conciliar a esfera pública e realidade política com a vontade normativa da Carta Magna, fazendo-o através de um procedimento baseado em formas argumentativo-deliberativas, conclui-se pela aplicabilidade da democracia deliberativa em nossa jurisdição constitucional.

Referências

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I.** Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II.** Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf> Acesso em: 02 nov. 2014.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html> Acesso em: 21 out. 2014.