

Jurisdição em Jürgen Habermas: democracia deliberativa, *amicus curiae* e acesso à justiça

Jürgen Habermas' jurisdiction: deliberative democracy, *amicus curiae* and justice access

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira(1); *José Orlando Ribeiro Rosário*(2)

1 Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Advogado.

E-mail: candremaciel@hotmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4754-0990>

2 Bacharel em Direito pelo Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêuticas da UFRN (DEPRO). Juiz de Direito aposentado do Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI).

E-mail: orlandoribeiro@ufrnet.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5307-3404>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. 239-256, Setembro-Dezembro, 2019 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Fevereiro 04, 2018; Accepted/Aceito: Outubro 08, 2019]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i3.2440>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

O presente artigo se debruça sobre a racionalidade da jurisdição na perspectiva de Jürgen Habermas, fazendo correlação entre aquele autor, a figura do *amicus curiae*, o Novo Código de Processo Civil e o acesso à justiça. Usa do método dedutivo e da investigação qualitativa para realizar análise legal e revisão bibliográfica. Compreende que a sociedade civil e a opinião pública devem participar do jogo argumentativo desenvolvido na jurisdição e que a atividade jurisdicional deve ter uma abertura procedimental. Ao fim, conclui que o Novo Código de Processo Civil traz o acesso à justiça para o plano da democracia deliberativa, consoante apresenta dispositivos que ensejam a cooperação comunicativa entre os atores processuais.

Palavras chave: Democracia deliberativa. *Amicus curiae*. Novo Código de Processo Civil.

Abstract

The following article studies the jurisdictional rationality in the perspective of Jürgen Habermas, making correlations between that philosopher, the *amicus curiae* institute, the New Civil Procedure Law and the justice access. It uses the deductive method and the qualitative inquiry to proceed with the legal and bibliographical analysis. It comprehends that the civil society and the public opinion must be taken into the argumentative roles developed by the jurisdiction and the jurisdictional activities must be procedurally open. At last, it concludes that the New Civil Procedure Law brings the justice Access into the deliberative democracy realm, as it enlightens devices that trigger the communicative cooperation between the processual actors.

Keywords: Deliberative democracy. *Amicus curiae*. New Civil Procedure Law.

1 Introdução

Este estudo almejará o paralelo entre a racionalidade da jurisdição e o acesso à justiça com alicerce na teoria de Jürgen Habermas. A problemática do trabalho irá residir na identificação de correlações entre os itens mencionados com as perspectivas normativas lançadas pelo Novo Código de Processo Civil. A premissa inicial repousará nas mudanças suscitadas pela dita legislação na dinâmica processual.

De ordem metodológica, será empregado o método dedutivo, em viés qualitativo e com aporte bibliográfico em referências doutrinárias que estarão espalhadas entre filosofia política, filosofia do direito, direito constitucional e direito processual civil. Também utilizará da análise legal, com vistas à Constituição Federal e ao Novo Código de Processo Civil para firmar um diálogo da legislação brasileira com os autores trabalhados.

A pesquisa tem objetivo explicativo, exploratório e normativo, já que pretenderá compreender as informações em torno da temática para propor futuras pesquisas. De igual forma, a faceta normativa indica que o percurso a ser desenhado terá conotação deontológica, repousando no prisma do dever-ser.

O primeiro item a ser examinado será a base da filosofia de Jürgen Habermas, partindo da compreensão dos atos de fala e demais conceitos essenciais para a teoria do agir comunicativo, com atenção especial aos institutos mundo da vida, esfera pública, sociedade civil e opinião pública. Esta etapa terá como intenção demonstrar qual a relação existente entre direito e o procedimento discursivo que forma a opinião pública e a vontade popular.

Para o segundo tópico, se abordará a racionalidade da jurisdição com base no *amicus curiae*, com observância dos aspectos históricos e de como a intervenção dos *amicii curiae*¹ fora integrada à ordem jurídica brasileira e qual regramento legal lhe é dado. Ainda serão conectadas ao instituto as teorias de Peter Häberle e Konrad Hesse.

Na terceira seção, empreenderá esforços na construção da racionalidade da jurisdição em Jürgen Habermas, considerando que este autor tem uma posição discursiva-deliberativa e fará uma breve passagem pela teoria dos direitos de Ronald Dworkin. Por fim, na última parte, será feita a conexão das ideias encadeadas sobre participação cidadã e racionalidade da jurisdição com as disposições do Novo Código de Processo para tecer considerações sobre o acesso à justiça.

2 O papel do direito pela teoria do agir comunicativo: entre o mundo da vida e a opinião pública

A teoria do agir comunicativo tem sua base nos atos de fala e uso comunicativo da linguagem. Como a linguagem é auto referencial (HABERMAS, 1990, p. 67), ou seja, é possível de interpretação por si só, os atos de fala utilizam do caráter performático e

1 *Amicii curiae* designa a forma plural de *amicus curiae*.

pragmático daquela para que os falantes alcancem um entendimento comum sobre um determinado tema. (HABERMAS, 1990, p. 65).

O entendimento mútuo e o acordo decorrem da aceitação da pretensão de validade – se a proposição é válida ou não – pelos atores da fala, de tal maneira que a concordância pode ocorrer tanto pelas mesmas razões – daí existir um acordo – quanto com razões suficientes e aceitáveis – existindo o entendimento mútuo. Ambas as formas estão apoiadas na racionalidade teleológica.² (HABERMAS, 2004, p. 113-114).

A coordenação linguística em prol da obtenção do consenso entre ouvinte e falantes, a partir do convencimento, configura o agir comunicativo (HABERMAS, 1990, p. 71)³, no qual o plano de ação de cada um dos atores é harmonizado pela negociação (HABERMAS, 1990, p. 165). As relações intersubjetivas⁴ ocorrem no plano pragmático, pois há um resgate das pretensões de validade a partir da argumentação, levando ao ouvinte a se posicionar argumentativamente quanto ao que lhe é proferido. (HABERMAS, 1990, p. 124). Eis aí o potencial de entendimento que pode ser gerado pelo uso linguístico.

Para estruturar o agir comunicativo, Habermas recorre a um instituto denominado mundo da vida. Trata-se de uma rede comunicativa em que os sujeitos que agem comunicativamente se movimentam (HABERMAS, 2004, p. 127) e que serve de matriz para a integração social.⁵ Com efeito, o mundo da vida é o pano de fundo que tanto complementa quanto reproduz o agir comunicativo (NEVES, 2012, p. 67) e submete os acontecimentos sociais a interpretação de todos os participantes⁶. (HABERMAS, 2016, p. 270).

O direito e o agir comunicativo se enlaçam na medida em que o mundo da vida não consegue dar conta de todos os dissensos decorrentes da integração social,

- 2 O entendimento mútuo e o acordo representam duas facetas do agir comunicativo: o primeiro leva a um agir comunicativo fraco e o segundo direciona ao agir comunicativo forte. Na primeira, a concordância é feita pelas pretensões de verdade e veracidade, enquanto a segunda há o pleno reconhecimento dos argumentos apresentados. (HABERMAS, 2004, p. 118).
- 3 De outra banda, o uso não comunicativo da linguagem finda no agir estratégico. Trata-se de uma relação intersubjetiva em que os sujeitos usam da linguagem somente para alcançar o próprio sucesso, de forma egoística, usurpando o aceite do outro com ações extra-linguísticas. (HABERMAS, 1989, p. 164) Aliás, no caso do agir estratégico, a linguagem serve de mero veículo para transmissão de comandos. (HABERMAS, 1990, p. 74).
- 4 A expressão “Relações intersubjetivas” significa entre dois ou mais sujeitos, que se comunicam para concretizar algo no mundo.
- 5 A abertura linguística do mundo da vida consubstancia as tradições dos grupos que dele participam, pois a perpetuação da sociedade somente é possível através do uso comunicativo. A prevalência do agir estratégico se torna impossível que a coesão social permaneça intacta, pois um sujeito irá tentar sobrepor seu interesse pessoal ao do outro. (HABERMAS, 1990, p. 95).
- 6 Ademais, vale mencionar que o mundo da vida é composto pela cultura, pela sociedade e as estruturas da personalidade, servindo de repositório interpretativo. Os falantes buscam neste pano de fundo os argumentos que irão fundamentar os juízos de validade e ao final do debate, depositam os novos argumentos formados. (HABERMAS, 1990, p. 98).

levando a uma transferência para o campo comunicativo em que a compatibilização dos mundos da vida se dá mediante a tensão das coações das sanções e a força da motivação que alicerça convicções racionais. (HABERMAS, 1997a, p. 45).

Para mediar os dissensos, o próprio direito tem de estar amparado em um grau de legitimidade racional, a partir do qual é possível minguar os interesses de sucesso próprio daqueles que se prestam a agir estrategicamente, pois as normas prendem a vontade do falante a um grau de validade deontológica. (HABERMAS, 1997a, p. 48-51). Como os cidadãos participam ativamente da produção do direito, este detém legitimidade para reduzir o espectro de atuação dos falantes, no sentido de obterem o consenso – que inclusive não é obrigatório dentro da teoria Habermasiana. (HABERMAS, 1997a, p. 59).

Portanto, a legitimidade do direito está apoiada no próprio arranjo comunicativo que forma uma relação complementar entre a moral racional – cuja operação cinge ao mundo da vida – e o direito – que permeia o campo institucional e administrativo. (HABERMAS, 1997a, p. 138-140).

A participação dos cidadãos na construção das normas é que suscita não só a legitimidade do primeiro, mas também o apaziguamento dos dissensos que nascem no segundo. Daí o chamado princípio do discurso: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. (HABERMAS, 1997a, p. 142).

É neste princípio que a racionalidade plasma seu teor para o sistema comunicativo, proporcionando para a argumentação um norte, no sentido da validade ou invalidade da norma proposta. Habermas conclama outro princípio, denominado de princípio da democracia para reger a aplicação do princípio do discurso pelo direito.

Ora, trata-se da matriz legitimadora das leis jurídicas, que devem possuir anuência dos parceiros do direito. (HABERMAS, 1997a, p. 145). Em outras palavras, a formação do sistema jurídico passa pela construção procedimental que estabelece os direitos dos cidadãos livres. (HABERMAS, 1997a, p. 146).

O procedimento discursivo faz com que o melhor argumento vença, de tal sorte que se forma uma liberdade comunicativa que se liga as liberdades subjetivas do cidadão. Habermas arremata que a “liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos, segundo uma lei geral.”⁷ (HABERMAS, 1997a, p. 157).

As liberdades comunicativas são juridicizadas para formar a vontade política, tendo como mediação os princípios acima mencionados, tendo em vista a assegurar esferas de liberdade que se complementam mutuamente.

7 Consoante explica Delamar José Volpato Dutra, a argumentação Habermasiana prima pela conciliação entre o “conteúdo moral dos direitos humanos, a democracia e a forma jurídica”, pois os “os direitos humanos passam a ser condições formais da forma jurídica, a qual é o verso da medalha da coerção, já que o característico do direito é o caráter positivo e impositivo.” (DUTRA, 2009, p. 165).

A teoria Habermasiana também lança mão de uma visão especial da autonomia política dos cidadãos, de modo a apoiar a legitimidade do direito. Consoante o discurso permitir o exercício intersubjetivo, a autonomia privada aduz ao sujeito a vivência e compartilhamento de sua biografia privada, enquanto a autonomia pública fomenta a vontade popular, a partir da interpretação feita dessas biografias.

Na construção das normas, a autonomia pública leva a produção do assentimento pretendido pelos princípios do discurso e da democracia. (HABERMAS, 2002, p. 86-87). Daí que a autonomia pública decorre da complementaridade entre autonomia pública e privada, que se pressupõe reciprocamente.⁸

Tal relação de complementaridade – ou co-originalidade, como menciona Habermas – é justificada pois a prevalência de uma ou outra autonomia gera consequências indesejáveis. Se a autonomia privada for preponderante, se fará um cenário de paternalismo legal, no qual a autonomia do cidadão é subjulgada pela lei, que a ignora por completo. Já a ditadura da maioria advém da supressão da vontade individual de cada um, reduzindo o campo político das minorias políticas, cujas pretensões se tornam irrelevantes perante os demais. (SILVA, 2008, p. 98-99).

À guisa de um fechamento, vale transcrever a seguinte citação:

A idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige [...] que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. E se o legislador constitucional democrático simplesmente encontrasse os direitos humanos como fatos morais previamente dados, para então positiva-los e nada mais, isso estaria em contradição com essa idéia. Não há como ignorar, por outro lado, que não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmo podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. No processo legislativo, os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos *do direito*; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A idéia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *medium* do direito. (HABERMAS, 2002, p. 293).

Portanto, Habermas abre alas para que a esfera pública passe a se manifestar sobre os rumos políticos que a sociedade civil experimenta. Ora, tratam-se de dois institutos primordiais para a teoria Habermasiana e consequente edificação da legitimidade do direito, pois representam o desdobramento da cidadania.

8 Nos dizeres de Felipe Gonçalves Silva: “Caso os cidadãos pretendam regular legitimamente suas vidas por meio do direito, a proteção da privacidade não pode ser produzida sem o devido esclarecimento e convencimento públicos. E, igualmente, as decisões da vontade coletiva não pode suprimir a livre formação da vontade individual, permitindo que toda configuração concreta dos direitos que definem historicamente a autonomia pública e privada dos cidadãos permaneça continuamente aberta a percepções críticas e reformulações reflexivas.” (SILVA, 2008, p. 112).

A esfera pública forma o espaço social do agir comunicativo (HABERMAS, 1997b, p. 92), através do qual os tópicos relevantes são interpretados pela negociação cooperativa entre os cidadãos (HABERMAS, 1997b, p. 98) recebendo o influxo argumentativo que parte do mundo da vida e versa sobre as questões politicamente relevantes⁹.

Outrossim, a esfera pública se mostra como uma “caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco” e um “sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém sensíveis no âmbito de toda a sociedade” (HABERMAS, 1997b, p. 91), fazendo a circulação do poder comunicativo que se transforma em poder administrativo, pois “estabelece as competências normativas, as funções e atribuições dos entes governamentais, o processo de elaboração e aplicação das leis e a organização do aparelho coercitivo do Estado.” (NEVES, 2008, p. 253).

Na esfera pública que as organizações¹⁰ e os setores politizados da sociedade influenciam toda a produção política, seja de ordem legislativa, seja executiva, a partir da implementação das políticas pactuadas, direcionando ao poder público quais as demandas se fazem necessárias. Este fluxo comunicativo penetra as eclusas do poder político e interfere na formação da vontade dos órgãos públicos. (NEVES, 2008, p. 254).

Em termos estruturais, a esfera pública compreende a sociedade civil que, ao se valer da estrutura comunicacional do mundo da vida, reverbera os problemas e angústias sociais, transformando estes em questões que demandam respostas. Neste processo está a identificação do que é necessário aquele grupo e quais soluções são pretendidas, ocorrendo a partir daí o processo argumentativo que finda desembocando na esfera pública política. (HABERMAS, 1997b, p. 99).

As diversas esferas públicas enfeixam suas manifestações na chamada opinião pública, tratando-se das manifestações que detém aceitação procedimental dos cidadãos. Por isto não se trata de uma opinião estática, mas sim dinâmica e construída pelo discurso racional. (HABERMAS, 1997b, p. 92).

A despeito de não estar diretamente alinhada ao modelo de democracia representativa vigente no Brasil, a tese exposta por Habermas encontra guarida na sistemática processual, tendo em vista que a construção da norma a ser aplicada ao caso concreto é realizada cooperativamente por todos os envolvidos, como se verá na próxima seção.

9 Habermas explica que a esfera pública não se confunde com o mundo da vida, pois 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, 1997a, p. 92). Deve-se salientar que as esferas públicas não se confundem com o espaço físico em que as deliberações possam ocorrer. (HABERMAS, 1997b, p. 93).

10 Habermas ressalva que grupos de interesse podem se intrometer na formulação do assentimento pelos cidadãos, em nítido agir estratégico, resultando na manipulação da opinião pública. A despeito disto, tais manifestações podem ser repelidas pela própria argumentação dos cidadãos (HABERMAS, 1997b, p. 96-97).

3 A racionalidade da jurisdição e a participação cidadã através do *amicus curiae*

Como dito alhures, a teoria de Habermas trata a legitimidade do direito em uma perspectiva discursiva, através da qual os destinatários das normas jurídicas manifestam o seu aceite quanto ao teor normativo. Tal teoria guarda forte similitude com a de Peter Häberle, que delineia uma pré-interpretação por parte das esferas públicas plurais (HÄBERLE, 2002, p. 13-14), pois a interpretação constitucional forma a ponte entre cidadania as atuações relevantes do mundo jurídico. (HÄBERLE, 2013, p. 89-90).

Häberle, ao propor uma sociedade aberta de intérpretes, alude que as pessoas interessadas da sociedade plural também estão aptas para interpretar o direito estatal, tendo em vista que todos aqueles que vivenciam o contexto que a norma irá regular se afigura como um interprete, um participante ativo da atividade hermenêutica, razão pela qual não se pode falar de um monopólio interpretativo pelos juízes. (HÄBERLE, 2002, p. 15-18).

Daí que:

[...] o raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de ‘*trail and error*’, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, por todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (Apenas a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*) as necessidades e possibilidades da comunidade, que constado do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. (HÄBERLE, 2002, p. 42-43).

Partindo do pressuposto que ambas teorias são complementares, é possível alinhar a perspectiva de racionalidade dialógica da jurisdição com uma ampliação da participação social no processo judicial¹¹, tendo atenção especial nas causas que envolvam a jurisdição constitucional¹², já que tais feitos tratam da conformação do

11 Habermas não se aprofunda tanto na participação cidadã no discurso jurídico, restringindo seu foco a construção discursiva para o “parlamento. Todavia, a teoria deste autor deve ser pensada no âmbito do direito brasileiro, no qual se destaca um forte protagonismo dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, na concretização de direitos que deveriam ter sido conquistados no âmbito legislativo. Ainda que esta temática tangencie este estudo, não se pretende entrar no mérito sobre o ativismo judicial, consoante o foco da pesquisa residir na participação cidadã e na abertura comunicativa da jurisdição como mecanismos de acesso à justiça.

12 Neste ponto, será pensada a práxis constitucional no enfoque de Konrad Hesse. De acordo com este autor, a função da corte constitucional é fazer a conformação entre a Constituição jurídica – aquela

texto constitucional as conjecturas sociais, econômicas, políticas e culturais – ou, em palavras habermasianas, está a se adequar mutuamente Constituição e mundo da vida.

O instrumento processual de participação cidadã que encontra posituação no direito brasileiro é denominado de *amicus curiae* – ou amigo da corte. Trata-se de um instituto de origem no *common law*¹³ e que teve sua primeira impressão no ordenamento pátrio no art. 31 da Lei nº 6.385/1976, criando a hipótese interventiva para a Comissão de Valores Mobiliários participar dos feitos que envolvessem o mercado financeiro.

O escopo legal era norteado pela prestação de informações relevantes ao juízo, uma vez que o mercado financeiro possui particularidades específicas, cujo conhecimento não é incluso na formação do julgador. Desta primeira hipótese, surgiram várias outras e hoje o *amicus curiae* comporta espécies de manifestação, tanto em hipóteses delimitadas quanto por órgãos oficiais.¹⁴

No panorama atual, o *amicus curiae* comporta duas espécies de manifestação: uma para prestar informações essenciais ao juízo e outra como canal comunicativo, que permite a sociedade civil oferecer suas interpretações e expectativas quanto um determinado tema que esteja sendo julgado. Esta última é a que interessa a esta pesquisa e fornece o assentimento quanto ao direito em espeque, tratando-se assim de verdadeira eclusa para o acesso à justiça.

Pois bem, a biografia do *amicus curiae* enquanto pluralizador¹⁵ do debate

que detém o texto constitucional, o qual emana pressupostos realizáveis e a vontade da Constituição – e a Constituição real – a que consubstancia a realidade social. (HESSE, 1991, p. 14-16).

Desta feita, estará salvaguardando a unidade política do poder político, dado que o “Estado e poder estatal não podem ser pressupostos como algo encontrado. Eles ganham realidade somente na medida em que dê certo unir a pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportar-se, existentes na realidade da vida humana, para atuação e atividade uniforme, formar unidade política.” (HESSE, 1998, p. 29).

- 13 A origem do *amicus curiae* remonta ao século XIV a XVI, nos *Years Books* e era encarada como um simples prestador de informações relevantes para a corte. (DEL PRÁ, 2011, p. 25). A despeito disso, Isabel da Cunha Bisch entende que existem figuras no direito romano que se assemelham ao *amicus curiae*, a exemplo dos conselheiros que auxiliavam as cortes. (BISCH, 2010, p. 18-19).
- 14 Além da Comissão de Valores Mobiliários, as demais hipóteses presentes na legislação brasileira: no Controle de Constitucionalidade – Lei nº 9.868/1999; no Incidente de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais – Lei nº 10.259/2001; pelas Pessoas Jurídicas de Direito Público da União – Lei nº 9.469/1997; pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual– IPNI – Lei nº 9.279/1996; Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – Lei nº 12.529/2011; pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – Lei nº 8.906/1994; no Processo Administrativo – Lei nº 9.784/1999; nas proposições de Súmula Vinculante – Lei nº 11.417/2006; no Incidente de Inconstitucionalidade, na Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e nos Recursos Repetitivos – Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).
- 15 “Ademais, essa tendência vai ao encontro da idéia de que o controle abstrato da constitucionalidade não configura (ou não deveria configurar) “simples *questão* jurídica de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição”, devendo, de fato, envolver “a *investigação integrada de elementos fáticos e*

se confunde com a própria história do controle de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988. É que a intervenção dos *amicii* somente foi possível após o advento das leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, que tratam do processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, respectivamente.¹⁶ O instituto tem previsão repousante nos arts. 7º e 9º da Lei nº 9.868/1999 e no art. 6º da Lei nº 9.882/1999.

Os dispositivos mencionados compartilham um requisito comum: a necessidade de relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Assim, aquele que pretende intervir na forma de *amicus curiae* deverá comprovar que será afetado pelo julgamento daquele feito, mostrando a conexão que possui com a norma em questão. (BUENO, 2012, p. 156). Já a representatividade¹⁷ do postulante permite ao relator uma avaliação para além do art. 103 da Constituição Federal, considerando se aquela pessoa física ou jurídica pode contribuir no debate. (BUENO, 2012, p. 161).

Somado a manifestação do *amicus curiae* por intermédio de memoriais, existe ainda a possibilidade de serem realizadas audiências públicas durante a fase instrutória do processo, havendo oitiva das pessoas físicas e jurídicas que satisfaçam o critério da relevância e da representatividade. Tal intervenção pode ser designada ao relator pela concomitância dos arts. 9º, § 1º e 20, § 1º da Lei 9.868/1999 e do art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

Na sistemática do Novo Código de Processo Civil, o *amicus curiae* reside na seção de intervenção de terceiros, sob a casa do art. 138. O reconhecimento como intervenção de terceiro se alinha com uma novidade trazida pelo código no art. 976: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que objetiva dar maior segurança jurídica, ao evitar que ações que versem sobre um mesmo objeto tenham julgamentos diferentes.

A participação do *amicus curiae* no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas arremata uma pluralidade de argumentos que podem ser apreciados pelos julgadores, colhendo nos diversos segmentos da sociedade civil e das organizações possibilidades normativas para o feito. Isto permite que o julgamento se torne plural e detenha maior legitimidade e eficácia.

jurídicos”, elementos esses que só podem ser trazidos de forma mais profícua mediante a participação de outros atores da cena social.” (DEL PRÁ, 2011, p. 80).

16 Apesar do silêncio legal, no Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748/RS foi admitida a participação da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul na condição de *amicus curiae*.

17 Existe uma diferença quanto a representatividade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade quanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Observe-se, contudo, que o STF aponta ser necessária a distinção do instituto, quando se tratar de ADIN e de ADC, e quando se tratar de ADPF. Nas primeiras ações, há a previsão de participação de órgãos ou entidades. Por conseguinte, não poderão intervir voluntariamente pessoas físicas (cientistas, *experts*, advogados, professores, etc.) a não ser que haja requisição do juiz para sua manifestação. E, já que a lei da ADPF admite a manifestação de todos aqueles interessados no processo, os legitimados a atuarem como *amicus curiae* formariam rol mais extenso. (BISCH, 2010, p. 109).

Desta feita, a racionalidade da jurisdição está condicionada à abertura do procedimento deliberativo, de tal sorte que não é possível mais aclamar um julgador onipotente ou onipresente. A dinâmica idealizada por Habermas prima pela capacidade que o julgador tem ouvir a sociedade, sem fazer do discurso jurídico, de outra banda, uma simples redução do discurso moral.

O ponto de partida para a teoria Habermasiana quanto ao discurso jurídico reside na incorporação da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. Este segundo filósofo realiza uma leitura moral da Constituição, de tal sorte que os direitos individuais são trunfos políticos do cidadão (DWORKIN, 2002, p. XV), dando uma conotação diferenciada as normas jurídicas.

Dworkin tece uma separação entre regras, princípios e políticas¹⁸, determinando que o juiz, ao se deparar com casos difíceis, em que a subsunção da regra é incapaz de resolver a demanda, deverá utilizar dos princípios para realizar uma decisão política. (DWORKIN, 2002, p. 131). A integridade do direito é mantida pelo romance em cadeia, no qual cada juiz reescreve o direito vigente atentando para o passado e pensando no futuro. (DWORKIN, 2001, p. 238).

Os princípios, enquanto percepções passíveis de interpretação, são capazes de preencher as lacunas do sistema jurídico, já que o juiz deverá aplicar um peso específico em face da dimensão do caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 42). Esta tarefa irá recair sobre os ombros de Hércules, um juiz que se presta a resolver os *hard-cases*, se utilizando dos princípios. (DWORKIN, 2002, p. 105).

Habermas incorpora de Dworkin estas conjecturas, de modo que reconhece o conteúdo moral dos direitos, fazendo uma reconstrução a lume da teoria do agir comunicativo do que Hércules deveria realizar em seu afã jurisdicional. (Saavedra, 2006, p.13) A principal crítica tecida por Habermas é quanto à solitude de Hércules, pois a jurisdição procedimental requer um esforço cooperativo de todos os cidadãos e da comunidade política, resolvendo a questão tanto da indeterminação do direito quanto a segurança jurídica. (HABERMAS, 1997a, p. 278).

Para resolver a questão, Habermas afirma que Hércules deve repassar seu fardo para uma teoria da argumentação jurídica (HABERMAS, 1997a, p. 280) que detenha aptidão para absorver toda a gama de informações, argumentos e elementos que estejam disponíveis sobre a questão jurídica em análise. (HABERMAS, 1997a, p. 838).

Produzida a decisão, está poderá passar pela autorreflexão jurisdicional, através da qual as instâncias superiores aperfeiçoam o direito e mantém sua integridade ao avaliar o jogo argumentativo e os fundamentos utilizados nas decisões dos juízes singulares. (HABERMAS, 1997a, p. 294-295).

18 Por princípios, Dworkin entende que são padrões que não são regras, mas que devem ser seguidos por atenderem as “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Já as políticas”. Por política, compreende um “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Por isso que Hércules – e demais julgadores, míticos ou não - devem saber ouvir tanto as partes quanto a sociedade, para que o deslinde processual esteja afeito as questões apresentadas no bojo do feito. Em outras palavras, fica clara a preocupação de Habermas com a abertura cognitiva, afastando o julgador de vícios como o solipismo, o dedutivismo e o protagonismo.

Por isso que não basta que haja uma abertura procedimental quanto à eclusa ou canal comunicativo: é igualmente imprescindível que o julgador mantenha uma abertura cognitiva para fazer construir a decisão junto às partes. Não se trata de uma perspectiva de um juiz distante da lide, enquanto singelo observador que trata de um objeto, mas sim de um magistrado que é ator processual e junto às partes coopera em prol de uma decisão correta para aquele caso.

Logo, o próximo item foca na justaposição entre as propostas aqui delineadas e o Novo Código de Processo Civil, com enfoque particular na dinâmica argumentativa erigida pela referida carta, atentando para a maneira que a abertura pode estar vinculada ao desfecho processual que repousa no ato decisório.

4 Acesso à justiça e processo civil: cooperação e comunicação como formas de uma cognição eficiente

A teoria comunicativa faz um enlace com o Novo Código de Processo Civil, consoante a legislação ter uma matriz principiológica pautada na cooperação entre os atores processuais. Esta é a tônica do art. 6º, que determina aos sujeitos processuais a cooperação como forma de obter uma decisão justa e efetiva.

Este enunciado resvala na ampla participação dos interessados processuais para de uma banda prover maior legitimidade a decisão e doutra para garantir máxima efetividade ao decisório. É que o convencimento do magistrado estará alinhado com a realidade e fará justa tutela dos direitos, atendendo a cognição à plausibilização dos interesses sociais conflitantes. (GOÉS, 2008, p. 149).

Daí que a sentença depende não só do convencimento, mas também pela própria força legitimadora que detém, já que os atores processuais tem plenas chances de colaborar no processo, tendo seus argumentos apreciados racionalmente. (GOUVEIA, 2006, p. 207). É nesse trilho que o dever de diálogo se engrandece, já que é ele que irá ditar os rumos do feito. Ademais, o próprio manuseio argumentativo é que impõe aquela conclusão obtida pelo julgador. (MARINONI *et al.*, 2015b, p. 445-446).

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil consagra o processo cooperativo, no qual as regras processuais deixam de ser uma mera formalidade e se tornam condutores indispensáveis para condução do feito, primando tanto pela vontade das partes quanto pela relação simetria entre estas. Assim o juiz deixa de ser mero espectador e se torna agente ativo – e cooperativo – que participa junto aos demais

atores para que o processo atenda todas as exigências discursivas necessárias para confecção da sentença. (DIDIER JÚNIOR, 2015a, p. 124-126).

A única exceção para cooperação é o ato decisório, que é exclusivo do julgador, mas isto não obsta da decisão descender da atividade cooperativa. Noutro pórtico, por força do art. 139 do Novo Código de Processo Civil o juiz será o ator responsável pela direção do processo, velando pelo contraditório, pela legitimidade dos participantes, devendo participar de forma assimétrica no diálogo processual.

É nesta fresta de racionalidade que prevalecera a vitória do melhor argumento e a construção procedimental da decisão. Para além das demandas individuais, isto significa que os anseios sociais que permeiam certo processo coletivo serão analisados até suas últimas consequências. Ainda, pensar uma cognição aberta e eficiente permite a absorção de argumentos técnicos, que estão alheios à formação do magistrado.

Daí que este estudo ressalta a importância do *amicus curiae* como mecanismo processual que proporciona suporte à cognição eficiente. Não obstante este caráter diálogo, a sustentação da decisão proferida pelo juízo singular ou pelo voto monocrático, quando levada ao crivo da instância superior ou do plenário, dependerá da atenção aos requisitos impostos pelo art. 489 do Novo Código de Processo Civil.

O referido dispositivo trata dos elementos essenciais da sentença e lança especial atenção quanto à fundamentação, dado que não se reputa devidamente fundamentada a decisão que se limita a reproduzir julgados ou artigos, sem analisar os argumentos lançados pelas partes contendentes. Aí se forma um alvitre normativo para a abertura procedimental e cognitiva da jurisdição.

Como afirma Fredie Didier Júnior ao tratar da fundamentação das decisões, o dispositivo em questão além de beber diretamente do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, ainda consigna a pena de nulidade da decisão caso os requisitos sejam descumpridos, reconhecendo que o ato de fundamentar está interligado ao conteúdo mínimo do devido processo legal. (DIDIER JÚNIOR, 2015b, p. 314).

Ora, é na fundamentação que o magistrado irá expor os argumentos jurídicos e fáticos, demonstrando como ocorreu o raciocínio ampara o construto decisório e a valoração probatória. É este o caráter endoprocessual da fundamentação que possibilita tanto as partes quanto as instâncias superiores em sede de auto-reflexão verificarem o grau de legitimidade da decisão. Já a faceta exoprocessual possibilita o controle da decisão pela sociedade, em especial quando se tratar da jurisdição constitucional. (DIDIER JÚNIOR, 2015b, p. 315).

O dever de ouvir e argumentar findam se interligando com a reserva de consistência da decisão, que comina as decisões um caráter tão abrangente quanto pluralista, devendo o julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos, atentando para as expectativas normativas da sociedade plural. O embate e a pluralidade de argumentos irão reforçar ainda mais a legitimidade e adesão do decisório. (HÄBERLE, 2002, p. 42).

Enfim, vislumbrar o processo civil como uma “comunidade de trabalho”¹⁹ resignifica a coordenação dos esforços empreendidos pelos atores processuais, pois deixam de atuar estrategicamente, em seu próprio interesse e se movem rumo a um agir comunicativo em sua forma fraca.²⁰ Está desvelada, pois uma nova forma de acesso à justiça, que não quadra limitações cognitivas.

O acesso à justiça corresponde ao direito humano fundamental de um sistema jurídico igualitário e garantidor dos direitos de todos, fazendo-o pela aptidão em dar efetividade aos direitos por intermédio do processo civil e pela função social da técnica processual. (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 11-13).

A exigência de um processo civil regido pelo agir comunicativo dos sujeitos processuais se mostra apto à superação relativa a reunião dos cidadãos que possuam demandas afim, facultando para coletividade a postulação de seus direitos em juízo. Não basta confiar na postura proativa do Estado em estabelecer políticas de reunião, ainda que exista a previsão legal para intervenção do *amicus curiae*. (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 27-28).

O que deve ser exigido é que os juízes atentem para todos os argumentos e façam uma cognição integral e eficiente do que lhes é posto. Não se trata somente de atender a uma coletividade, mas sim garantir a própria essência constitucional da jurisdição, com legitimidade alicerçada no debate plural da sociedade aberta, a qual se movimenta sob a égide do princípio da democracia.

Aliás, democracia e jurisdição efetivamente são possíveis somente quando a sociedade civil exerce suas aspirações, pleiteando direitos e garantias que lhe são constitucionalmente asseguradas. Não obstante, a própria participação em juízo deve ser visto como um direito fundamental, pois está interligado ao devido processo legal.

Por fim e ao cabo, a importância da abertura procedimental-cognitiva e da participação argumentativa-deliberativa recaiu no enfeixamento que pode ser dado ao pluralismo social e político. As decisões que tratem de maneira plural a sociedade irá ter a máxima eficácia possível na concretização dos direitos sobre os quais versar.

Tanto para a jurisdição constituição quanto para a justiça comum se direciona, o afetamento processual pela pluralidade deliberativa, com a participação de todos

19 Esta noção advém do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, o qual aduz o processo justo como direito fundamental do cidadão brasileiro. Marinoni explica que é neste dispositivo constitucional que reside a norma máxima que tangencia a cooperação, pois ainda que as partes tenham interesses divergentes no prisma material, o interesses destas se converge na perspectiva processual, uma vez que ambos supostamente querem uma decisão justa. (MARINONI *et al.*, 2015b, p. 72-73).

20 Fazendo uma leitura Habermasiana, pode se dizer que o processo judicial trata de um agir comunicativo fraco, pois existe um entendimento mútuo quanto a validade e facticidade das normas processuais. A própria existência de normas que visam coibir o agir estratégico no âmbito processual – pensando aqui na má-fé do ator, enaltece a necessidade de agir comunicativamente. A exemplo destas normas, é possível citar o dano processual decorrente da litigância de má-fé constante nos arts. 77 – 81 do Novo Código de Processo Civil.

aqueles que se mostrem destinatários para que se revistam como autores da norma a ser construída.

5 Conclusão

O presente estudo teve por intenção conectar a racionalidade da jurisdição e o papel do direito com o acesso à justiça, tendo como marco teórico a teoria de Jürgen Habermas. Tratou-se de fazer uma correlação da filosofia com o direito positivo, as vistas de fornecer um estudo de viés normativo, operando-se no campo do dever-ser.

Pois bem, no primeiro tópico foi observada a importância das esferas públicas, da opinião pública e da sociedade civil, que se desenvolvem na rede comunicativa do mundo da vida e encontram no direito um caminho para apaziguar os dissensos contenciosos que nascem da comunicação intersubjetiva.

O direito serve, pois, como um parâmetro para que o agir comunicativo se desenvolva, pois traz a rebote uma matriz normativa que limita o agir estratégico e fomenta a comunicação entre os sujeitos. Mesmo que o consenso não seja obrigatório, é possível através do direito, obter a adesão comunicativa a certas normas.

De outra banda, a esfera pública projeta para o poder público as expectativas e necessidades da sociedade civil, de modo que judiciário, executivo e legislativo devem agir comunicativamente junto ao seio social, em especial quando há riscos de contaminação da ação comunicativa pelo sistema poder/dinheiro perpetrado por grupos de interesses.

Como mecanismos processuais para participação da sociedade civil na jurisdição, o artigo pondera sobre o *amicus curiae*. Trata-se de uma intervenção de terceiro que abre a eclusa do poder judiciário tanto para questões de ordem técnica, que fogem à formação do magistrado, quanto para manifestações daqueles que são destinatários da norma.

A manifestação dos *amicii curiae* pode ocorrer por intermédio de memoriais, por sustentação oral junto ao órgão ou através de audiências públicas. Neste instituto são levados ao crivo do julgador os argumentos e elementos extrajurídicos que podem afetar o rumo do julgamento, assinalando um caráter democrático e procedimental para a jurisdição.

Já a racionalidade da jurisdição decorre da abertura comunicativa e da cooperação entre os atores processuais, sendo esta a tônica do Novo Código de Processo Civil, ao assinalar a existência de um princípio de cooperação. A ideia de que as partes cooperam para alcançar uma decisão justa permite uma reconstrução comunicativa do direito, com alicerce na integridade e maximização dos direitos fundamentais.

O próprio código amarra o julgador quanto a apreciação dos argumentos apresentados pela sociedade civil, pois este deverá fazer um enfrentamento argumentativo de tudo aquilo que foi sustentando pelas partes, sob pena da decisão

ser nula. Ainda que os argumentos sejam vencidos, o serão de forma dialógica, com atenção ao contraditório, ao debate de ideias.

De fato, esta digressão teórica cingiu na fundamentação da decisão como um parâmetro de autoconceção para o julgador, arrematando-a como uma garantia fundamental do jurisdicionado e um nítido parâmetro para auferir a legitimidade das decisões. Não se trata de ver a forma numérica dos argumentos, mas sim o vetoriamento de fala que existe em cada etapa processual e que ensejará a preponderância do argumento mais racional.

Daí sustentar a existência de uma nova perspectiva para o acesso a justiça, que atine a circulação do poder comunicativo e dá a jurisdição uma conotação democrática, racional e isenta de qualquer forma de agir estratégico. Mais do que salvaguardar direitos dos cidadãos, a jurisdição deve também salvaguardar o discurso, daí uma possível função contracolonizadora.

De mais a mais, aí está a semente para tratar do acesso à justiça em uma perspectiva comunicativa-Habermasiana, cabendo futuros estudos tanto a quais outros elementos podem subsidiar – ou até mesmo confrontar – esta proposta quanto a correlação entre o modelo aqui delineado e a realidade da jurisdição brasileira.

Referencias

- BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DUTRA, Delamar José Volpato. O conteúdo moral dos direitos básicos segundo Habermas. In: PINZANI, Alessandro; LIMA, Clóvis Ricardo Montengro de; DUTRA, Delamar José Volpato. (Coord.). *O pensamento vivo de Habermas: uma visão interdisciplinar*. Florianópolis: NEFIPO, 2009. p. 163-174.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. *Efetividade do processo e cognição adequada*. São Paulo: MD, 2008.
- GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Processo civil: leituras complementares*. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2006. p. 199 -213.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Trad. Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- 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. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

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

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum, volume II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. *In*: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.) *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-116.