

O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

THE ROLE OF CIVIL SOCIETY IN THE CONSTRUCTION OF JUDICIAL DECISION IN THE CONSTITUTIONAL ORDER 1988

Gabriela Mansur Soares¹

Thiago Moreira Santos²

RESUMO

A presente pesquisa abordará a participação da sociedade civil na construção da decisão judicial. O objetivo do presente ensaio é analisar, a partir de um referencial teórico específico, o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 sob a ótica da participação dos *amicus curiae* (literalmente, amigos da Corte). O problema a ser enfrentado esbarra no fato de que, em alguns casos, a participação da sociedade civil, por meio deste instituto outrora citado, é simbólica, o que pode implicar também no simbolismo da própria decisão. A hipótese adotada revela que o poder contestatório da sociedade civil, por meio de canais deliberativos formais e informais (esfera pública), pode fornecer elementos para que as decisões se legitimem não por meio da mera participação, mas pela ampla discussão argumentativa.

Palavras-chave: decisão judicial – participação social – *amicus curiae*

ABSTRACT

This study will address the participation of civil society in the construction of the court decision, through *amicus curiae*. The aim of this paper is to analyze, from a theoretical specific judgment of ADI 4277 and ADPF 132 from the perspective of the participation of *amicus curiae* (literally, friends of the court). The problem to be faced bumps in the fact that, in some cases, the participation of civil society, through this institute once quoted, is symbolic, which implies also the symbolism of the decision itself. The hypothesis adopted reveals that contesting the power of civil society, through deliberative channels, can provide elements to legitimize the decisions were not through mere participation, but the broad argumentative discussion.

Keywords: judicial decision - social participation - *amicus curiae*

1 BREVE INTRODUÇÃO

Percebe-se que a realização de audiências públicas atrelada à colaboração de *amicus curiae* fortalece, por assim dizer, a legitimidade das decisões no Supremo Tribunal Federal. Todavia,

¹ Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Faculdade Novos Horizontes. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Constitucional.

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade Novos Horizontes. Membro do Grupo de Direito Constitucional. Monitor de Filosofia do Direito.

apesar dos avanços experimentados até então, não é forçoso afirmar que o espaço aberto pelo STF ainda padece de muitas indefinições.

Por exemplo: não se sabe ao exatamente quais critérios são levados em conta para a aceitação de determinados *amicus curiae* e indeferimento de outros. Outro ponto confuso remete-se à própria fundamentação (art. 93, IX, CR88) dos ministros, que, em muitos casos, não levam em consideração os argumentos apresentados pelos *amicus curiae* no plenário. Tais objeções colocam em evidência o instituto do *amicus curiae*.

O objetivo do presente ensaio é analisar, a partir de um referencial teórico específico, o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 sob a ótica da participação da sociedade civil, sobretudo por meio dos *amicus curiae* (literalmente, amigos da corte) e audiências públicas.

A partir do problema apresentado a hipótese a ser lançada pode ser esboçada as seguinte forma: as decisões e suas respectivas fundamentações tornam-se passíveis de contestação (Pettit) quando, em casos emblemáticos para a sociedade, os denominados “intérpretes da constituição” (Härbale) participam simbolicamente (Neves) ou não participam de forma deliberada (Habermas), o que afeta, em alguns casos, a construtivismo da decisão (Dworkin) e sua aceitação social.

2 DESENVOLVIMENTO TEÓRICO

O marco teórico abordado perpassa por algumas teorias convergentes, que juntas, fornecem elementos mínimos para compreender a legitimação das decisões judiciais, sobretudo nas instâncias superiores.

Inicialmente, cabe dizer que a ideia de pluralismo surge no mundo social exatamente quando a unidade da concepção acerca do que seja vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário (Estado liberal e Estado social), é substituída por uma pluralidade de projetos (GALLUPO, 2001, p. 52). Ao aglutinar-se em grupos de indivíduos, que disputam vários planos individuais e coletivos de ação é nasce o pluralismo social.

Dessa forma, o pluralismo não é cabido em outro paradigma senão no marco do Estado democrático de direito. Exatamente por causa da pretensão inerente aos vários grupos de se tornarem hegemônicos, uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade pluralista se for, também, uma sociedade tolerante (GALUPPO, 2001, p. 53).

Com efeito, a interpretação, como centro nervoso do Direito Moderno, é crucial para o Direito. Três correntes se destacam: as analíticas, as semânticas e as pragmáticas. As duas últimas interessam ao trabalho.

As correntes semânticas do direito procuram responder às questões: "a quem se destina a interpretação?" e "quem deve participar da interpretação constitucional?", etc. Para essas questões, a proposta de Häberle (HÄBERLE, 2002) é bastante pertinente, principalmente quando inserida em sociedade complexa, tal qual a de hoje. Isso, pois, a postura (ou comportamento) da "comunidade aberta dos intérpretes da Constituição", informa e determina como deve ser a Constituição. Em outros termos: o *texto* é somente o começo de um longo processo e permanente processo interpretativo, uma vez que a Constituição é o que a comunidade política faz dela (HÄBERLE, 2002).

Já o nível *pragmático* estuda as relações entre as normas e os sujeitos, que são (e estão) diretamente envolvidos no processo comunicativo. Esta última é objeto, em especial, das *teorias da argumentação jurídica* (GALUPPO, 2001, p. 62). Trata-se, especialmente, das *teorias discursivas do direito*, como as desenvolvidas por Habermas e Günther. Significa dizer que o sentido da norma só pode ser fixado em um discurso de aplicação em que os envolvidos por ela, através de uma discussão de seus limites, percebem-se não apenas como destinatários, mas também como autores que podem concordar racionalmente com a aplicação da norma, inclusive contra si mesmos (GALUPPO, 2001, p. 62). Isso indica que somente os envolvidos diretamente caso concreto podem determinar a norma. Isto é, somente as partes que dirão, portanto, se a norma é válida ou não naquele caso.

A partir da noção de legislação simbólica, segundo o qual, na produção legal, o caráter político prevalece sobre o jurídico normativo, o que faz a norma perder sua eficácia, Marcelo Neves chama atenção para o problema da constitucionalização simbólica. Para Neves (2007) a norma constitucional é simbólica quando, na sua criação, isto é, na assembleia constituinte ou no procedimento de reforma, o direito e a política se desacoplam no interior da própria

constituição. A norma constitucional, portanto, perde sua eficácia, tornando-se simbólica no campo jurídico.

A noção de acoplamento entre sistemas é encontrada, sobretudo, em Luhmann (NEVES, 2007). Acoplamento, neste caso, seria a interligação entre política e direito. Dessa forma, o acoplamento estrutural leva ao fechamento operativo dos sistemas, pressupondo dois sistemas (no caso política e direito) estáveis pela dinâmica. Nesse viés, a Constituição da República de 1988 é um exemplo clássico de acoplamento estrutural. Isso porque promove a interligação entre o sistema político e o sistema jurídico. Funciona, pois, como fator de inclusão e exclusão.

Assim, a noção de constitucionalização simbólica implica, em última instância, à não *concretização das normas* constitucionais, especialmente aquelas referentes aos direitos fundamentais. Isso porque o desacoplamento estrutural entre direito e política fomentaria, em grau significativo, a constitucionalização simbólica. A constitucionalização simbólica seguiria, da mesma forma que a legislação, os modelos de confirmação de valores sociais, adiamento de solução de conflitos sociais através de compromissos ditatórios ou fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo (constitucionalização *álibi*).

Por outro lado, a noção de contestabilidade, segundo Phillip Pettit (2003) seria o modo pelo qual a arbitrariedade do Poder Público pode ser repelida. Nesse viés, essa ideia de contestabilidade está ligada diretamente à democracia. Embora a democracia seja arraigada à noção de consentimento, pode-se entender democracia, neste caso, como parte de um modelo contestatório.

Segundo Pettit, a base para que se possa realizar contestabilidade é uma república deliberativa. Há, sobretudo, duas formas para se contestar em uma república: a decisão através da barganha e a decisão por meio do debate. Na decisão através da barganha, “as pessoas se reúnem com interesses e ideias predefinidos” [...] “e elaboram um dispositivo com base em um acordo e na negociação de concessões recíprocas”. Na decisão por meio do debate “as pessoas reconhecem determinadas deliberações relevantes e trabalham com vistas a um resultado com base em um acordo, interrogando-se mutualmente sobre a natureza do debate” (PETTIT, 2003, p. 372).

Todavia, é necessário que a “democracia não seja apenas deliberativa, mas também inclusiva”. Em outras palavras: é preciso ouvir o indivíduo prejudicado pelas decisões arbitrárias do Poder Público. Pettit apresenta um modelo deliberativo-inclusivo de democracia na atividade legislativa (representatividade eletiva) e nos poderes executivo e judiciário (representatividade estatística). O autor diz que um dos maiores obstáculos para a consecução plena de um governo democrático verdadeiramente incluso reside no financiamento de campanhas políticas. Para ele, as empresas financiadoras recebem mais atenção em relação a outros grupos (que não financiam). Isso, segundo Pettit, fará o parlamento e o governo serem parciais nas suas decisões e, portanto, não promovendo a inclusão democrática (PETTIT, 2003, p. 377).

3 PERSPECTIVAS CONCLUSIVAS PRELIMINARES

Ao cruzar esse marco teórico, tem-se a própria formulação e confirmação da hipótese levantada, segundo o qual as decisões e suas respectivas fundamentações tornam-se passíveis de contestação (PETTIT, 2003) quando, em casos emblemáticos para a sociedade, os denominados “intérpretes da constituição” (HÄBERLE, 2002) participam simbolicamente (NEVES, 2007) ou não participam de forma deliberada (HABERMAS, 1997), o que afeta, em alguns casos, a construtivismo da decisão e sua aceitação social.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo** In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio et CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PETTIT, Philip. Democracia e Contestabilidade. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean Christophe. (org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.