

AMICUS CURIAE: INSTITUTO PROCESSUAL DE LEGITIMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO JUDICIÁRIO POLITIZADO*

AMICUS CURIAE: THE PROCEDURE FOR LEGITIMATION AND DEMOCRATIC PARTICIPATION IN JUDICIARY POLITICIZED

Luana Paixão Dantas do Rosário

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar, por meio de revisão de literatura, que o Amicus Curiae é instrumento processual de participação e legitimação democrática. Analisará também, obliquamente, a legitimação democrática-hermenêutico-discursiva da Jurisdição, pelo viés do processo. Versará sobre o fenômeno da abertura do processo à “comunidade de intérpretes”, expressão cunhada por Peter Haberle. Ressaltará que o Judiciário realiza os valores e princípios democráticos constitucionais, pela participação dos cidadãos e atores estatais, na concretização dos valores fundamentais. Analisará a doutrina acerca da Politização do Poder Judiciário. Conclui que o Amicus Curiae, instituto de participação política na Jurisdição, fortalece a legitimidade democrática desta, na concretização dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: AMICUS CURIAE, DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE, POLITIZAÇÃO, JUDICIÁRIO.

ABSTRACT

The objective of this paper is to demonstrate, by a dialectical approach, the Amicus Curiae is a procedural instrument of participation and democratic legitimacy. It will also analyze, obliquely, the democratic legitimacy of the discursive-hermeneutic of jurisdiction, the bias of the process. Will address the phenomenon of the opening of the "community of interpreters," a term coined by Peter Haberle. Highlight that the judiciary carries out the democratic values and constitutional principles, the participation of citizens and state actors, in achieving the core values. Examine the doctrine about the politicization of the judiciary. Concludes that the Amicus Curiae, Institute of political participation in the Jurisdiction, strengthen the democratic legitimacy of this, the achievement of fundamental rights.

KEYWORDS: AMICUS CURIAE, DEMOCRACY, LEGITIMACY, POLITICIZATION, THE JUDICIARY.

INTRODUÇÃO

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

O Judiciário, como Poder do Estado, possui função política inerente à sua natureza. Não obstante a propalada neutralidade positivista que alguns queiram a ele imprimir, como poder intrinsecamente político, se constitui consoante princípios axiológicos, que emanam do espaço político, do espaço público.

O exercício de função política pelo Judiciário - sua intervenção em aspectos políticos do Estado - é sua função típica e constitui o meio adequado para a garantia dos princípios democráticos, na construção de uma Democracia que adquiriu o elemento teleológico de preservação e respeito aos Direitos Fundamentais. Ao exercer esta função, o Judiciário assegura o funcionamento harmônico dos Poderes do Estado no tocante às suas obrigações constitucionais.

O ponto merecedor de destaque no exame do exercício da Função Política do Judiciário é a análise de legitimidade deste Poder na Democracia Constitucional, tendo em vista que sua composição, distintamente da dos outros poderes do Estado, não é representativa. Embora reconheçamos a legitimidade democrática e a legitimidade discursiva da Função Política de Judiciário, não podemos negar que a evolução dos Institutos Processuais, de modo a servirem de ensejadores da participação democrática direta na realização da Jurisdição, densificam a legitimidade do Judiciário e prestam um serviço à Democracia Constitucional, que se torna participativa. Neste desiderato, insere-se o instituto do *Amicus Curiae*, em sua feição cunhada pela lei 9.868/99 e doutrina pátria, evoluída da doutrina estrangeira.

O objetivo principal deste trabalho será analisar a contribuição do *Amicus Curiae* para a realização da Democracia Constitucional e de seus fins, num novo cenário de participação política, a seara do Judiciário. Frise-se que esta proposta de participação política dos cidadãos na condução do Estado, por meio do Poder Judiciário, assume destaque diante da reconhecida crise da representatividade política instaurada.

A abertura do processo à 'comunidade de intérpretes', reforça a legitimidade da Jurisdição, consolida a Democracia contemporânea, além de extrair da sociedade a concretude dos valores constitucionais.

1 PREMISSAS TEÓRICAS NO ESTUDO DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Convém esclarecer que, o termo política, do grego, *politiké*, advém da *polis* grega, e por isso, em essência, o poder político é aquele que se volta à coletividade, e que, para além do governo, abrange as escolhas do que é conveniente para o homem da *polis*.

Nesse ínterim, o Conceito de Aristóteles para o termo política é o de ciência que visa à felicidade humana. A felicidade consistiria numa certa maneira de viver no meio que circunda o homem, nos costumes e nas instituições adotadas pela comunidade à qual pertence. O objetivo da política seria primeiro, descobrir a maneira de viver que leva à felicidade humana, e depois, a forma de governo e as instituições sociais capazes de a assegurarem. (SCHILLING, 2006).

Em todas as artes e ciências o fim é um bem, e o maior dos bens e bem em mais alto grau se acha principalmente na ciência todo-poderosa; esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum; todos os homens pensam, por isso, que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos. (ARISTÓTELES *apud* SCHILLING, 2006)

A política, na concepção habermasiana, deve ser entendida como *lócus* onde se desenvolvem as relações vitais do senso ético, uma forma de reflexão sobre os nexos deontológicos da sociedade, impondo aos cidadãos a consciência de sua dependência recíproca. (AGRA, 2005, p. 112)

Não obstante a Política vise à felicidade dos homens em comunidade, a titularidade do poder político, entretanto, fora, nos primórdios, atribuída ao divino, concepção que teve seu apogeu derradeiro na 'Teoria do direito divino dos reis' de Jean Bodin, teórico da monarquia francesa. O próprio Montesquieu, que explicitou pela primeira vez de forma sistemática[1] a teoria da tripartição dos poderes, o povo é de todo incapaz de discernir sobre os reais problemas políticos da nação e, portanto, não deve e nem pode ser o titular da soberania política. Em contribuição precursora, o abade de Siéyes, em sua obra "O que é o terceiro Estado?", publicado às vésperas da Revolução Francesa, com base na doutrina do Contrato Social de Locke e Rousseau atribuiu a titularidade do Poder Constituinte à nação e legitimou ideologicamente a ascensão do Terceiro Estado ao poder político.

É a organização do poder político, que para Siéyes, se encontrava difuso na nação[2], que forma o Estado. Destarte, o Estado é verdadeira emanção do poder político, único e soberano, não obstante a sua tripartição nas funções executiva, legislativa e judiciária. Portanto, todas essas três funções, ou poderes como classicamente denominados, são intrinsecamente políticas, inclusive a Judiciária. Motivo pelo qual tem se falado em teoria da tripartição de poderes, e não mais separação, visto que o poder é uno.

A teoria 'montesquiana' da separação de poderes, já previa que 'somente o poder freia o poder', noção que, quando levada aos Estados Unidos da América, à época da Revolução Americana, evoluiu para a teoria do sistema de 'pesos e contrapesos' políticos mútuos, a fim de garantir a autolimitação do Poder Político. Se a própria teoria clássica de Montesquieu; que não visava à realização de um regime democrático politicamente pluralista, mas garantir uma dinâmica governamental cuja principal finalidade é garantir o funcionamento racionalmente ordenado mediante normas jurídicas do próprio Estado; já não defendia uma separação estanque entre os poderes, imagine falar-se nisso hodiernamente, depois de ter se atribuído ao Estado uma finalidade social e um rol extenso de obrigações (ALVES, 2007).

Essas digressões fazem-se necessárias na averiguação da natureza política do Poder Judiciário, e na destruição do mito de uma suposta necessidade de 'apolitização' das

decisões judiciais a fim de não se violar o princípio da 'separação' de Poderes. Por óbvio, sendo o Poder Judiciário político, as decisões judiciais não podem ser apolíticas e não violam a separação de poderes, visto que esta não existe.

Oportuna a colocação do jurista italiano Mauro Cappelletti, ao se referir às possíveis posições assumidas pela Justiça constitucional nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, quando aponta o dilema da justiça constitucional de nosso tempo: permanecer restrita aos limites tradicionais da função judicial do século XIX ou elevar-se ao nível dos outros poderes, convertendo-se no "terceiro gigante" para controlar o legislador mastodonte e o administrador leviatã. (LEITE, 2006).

Antes, um Judiciário moldado por uma carta constitucional que segue um modelo de opção política de Estado, tem o comprometimento com tal opção política constitucional e seus fins, ou como preconizou Aristóteles, o compromisso com o bem comum e a felicidade dos homens.

Assim, decisões jurisdicionais têm natureza política porque implicam na análise de elementos políticos e resultam em escolhas do que seja conveniente para o homem da *Polis* Estatal, consoante as diretrizes da Carta Política Maior. A esse respeito: "As decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que embora disciplinada pelo Direito, é expressão do Poder Político." (DALLARI, 2002, p. 90).

O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução dos conflitos será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso sempre haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado (DALLARI, 2005, p. 96).

As decisões do Judiciário serão políticas também por versarem sobre normas jurídicas. Sucintamente, os dispositivos normativos têm natureza política porque compõem o regramento da vida em sociedade e porque oriundos de um processo político de formulação - na doutrina clássica, emanando da vontade geral, como preconizado por Jean Jacques Rousseau. Às normas jurídicas, por sua vez, resultantes da interpretação e aplicação dos dispositivos normativos em determinado contexto, inexoravelmente deve se atribuir natureza política.

Deve recuperar-se o critério de que de que o direito é uma ordenação imposta pela razão prática, não pela razão pura. A neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por

sua própria condição está inspirado numa ideologia política, à qual serve como ferramenta jurídica do sistema. (DROMI *apud* DALLARI, 2002, p. 96).

Hodiernamente, ultrapassado o dogma positivista de neutralidade, têm-se observado a doutrina cunha a expressão 'politização' do Poder Judiciário. Nesse contexto, Glauco Salomão Leite destaca que há possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica e de a política utilizar o Direito para implantar seus objetivos, ou, "a relação entre Política e Direito deixa de ser vertical-hierárquica e passa a ser horizontal-funcional". (LEITE, 2006).

2 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA

Emerge a necessidade de desfazer a concepção de *déficit* democrático do Poder Judiciário, primeiro, pela realização jurisdicional dos direitos fundamentais, valores axiológicos e normativos das Democracias Constitucionais, emanados do Poder Constituinte, numa legitimação teleológica sob o aspecto pragmático. Segundo, pela demonstração de participação democrática do jurisdicionado no âmbito deste poder, seja por meio das máximas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sendo a Jurisdição dialética na sua formulação, ou pela participação direta do cidadão da *polis* na confecção da Jurisdição, pela intervenção do *Amicus Curiae*, pelo debate, diálogo e abertura do processo.

A expansão do âmbito de atuação do Judiciário e sua *politização* não são contrárias à Democracia, mas estão em consonância com ela, com o seu conteúdo e os seus princípios. As relações entre Direito e Política na dimensão constitucional hodierna criam um novo espaço aberto ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania, diversamente do constitucionalismo liberal de outrora. (MACIEL; KOERNER, 2002).

O constitucionalismo liberal preza pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e clara separação dos poderes; o constitucionalismo democrático prioriza os valores da dignidade humana e da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado. (MACIEL; KOERNER, 2002)

Para o Estado Constitucional Democrático abre-se no Judiciário um novo espaço público, no qual participam novos agentes 'a comunidade aberta de intérpretes', os quais, através do Processo, devem dedicar-se à interpretação aberta dos valores constitucionais com vistas à sua efetivação.

Inclusive, em nosso entender, a efetivação dos mandamentos e valores constitucionais por meio da prestação jurisdicional deve superar a limitação à atuação do Judiciário como legislador-negativo e autorizar o uso de sentenças interpretativas e criativas. Tendo como ponto de início e contornos limitatórios - até certa medida - o texto. Pois, a interpretação que constrói a norma.

Gisele Cittadino, em seu trabalho *Poder Judiciário, ativismo Judiciário e Democracia*, frisa que "é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político" (CITTADINO, 2007, p.2).

Nesta esteira, é imperativo, inclusive, fazer menção à crise da representatividade clássica, mencionada em elucidativa passagem em que Américo Bedê Freire Junior, para desconstruir a certeza de que participação democrática se efetiva pela representação, traz à colação lição de José Eduardo Faria: "[...] a tradicional política representativa tende a ser muito mais rito do que um efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva" (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.32) a qual, Walber de Mora Agra, atribui a expansão da Jurisdição política.

Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares. (AGRA, 2005, p. 116)

A politização do Judiciário - para utilizar corrente expressão doutrinária, embora esta expressão possa dar a entender que signifique conferir a natureza de político a algo que não tivesse esta natureza originariamente, o que seria um grave equívoco - possibilita a construção da Democracia, porque torna este um importante nível de acesso do cidadão às instâncias do Poder. Desta forma, possibilita-se na sociedade plural, que grupos não possuidores de representatividade, influam nas decisões políticas. Isto não enfraquece a Democracia representativa, antes, a complementa ao contemplar os princípios democráticos. (VERBICARO, 2006, p.7).

[...] Neste mundo governado por uma plutocracia cosmopolita suficientemente flexível e móvel pra marginalizar ao mesmo tempo os Estados, os cidadãos e os juízes, a Democracia precisa ser reinventada tanto sob a sua forma tradicional de Democracia representativa quanto sob a forma mais recente de Democracia participativa (Mireille Delmas-Marty apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 32).

A partir da observação de que a Democracia tem sido formal e excludente extrai-se a necessidade da reinvenção democrática. Primeiro pelo critério substancialista da

efetivação dos direitos fundamentais, que perpassa, necessariamente pela atuação do Judiciário - não tão somente dos direitos individuais, a despeito do preconizado por Dworkin[3], mas também sociais e coletivos, como preleciona a doutrina contemporânea. Depois pelo reconhecimento de que o Judiciário deve constituir espaço legítimo de participação política democrática, que possibilita a participação do cidadão na criação do direito, enquanto norma que emana da aplicação - participação da própria condução do Estado, para além da representação no processo legislativo.

formas de ação estão à disposição do homem comum para participar da criação do direito estatal tanto através da Democracia representativa como pela via judicial. Essa participação não é fragmentadora dos princípios da vontade geral representativa, mas representa as possibilidades de adensamento do Direito pela intervenção, na esfera estatal, da eticidade da sociedade civil. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A *politização* do Judiciário está em consonância com a Democracia que nossos tempos exigem, e não em antagonismo, pois possibilita a realização dos direitos de todos, sobretudo os da minoria, a edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que zele pela dignidade da pessoa humana e surja da concretização da Constituição, num processo do qual participe o ser da *polis*.

2.1 Democracia Majoritária, Democracia Constitucional, Soberania Complexa e Acesso das Minorias:

Para consolidar a Jurisdição Política, ou 'politização do Judiciário', e a participação política no âmbito deste Poder, é basilar a distinção que Dworkin estabelece entre a *Democracia majoritária*, fundada no princípio da maioria, e o que designou de *Democracia Constitucional*.

Para este autor, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais; a Democracia por ele conceituada respeita os direitos fundamentais e neles preenche o seu conteúdo.

[...] Dworkin confere supremacia aos direitos fundamentais frente à soberania popular. Com essa relação de prioridade, protege-se certos núcleos de direitos ante eventuais interferências advindas de processos majoritários de deliberação. Para Dworkin, portanto, os direitos fundamentais devem restringir a soberania do povo a fim de se resguardar os direitos e as liberdades individuais. Isso porque nem sempre uma lei pautada na vontade de uma suposta maioria será uma lei justa; nem sempre essa lei contemplará os direitos individuais e o direito a igual respeito e consideração - crítica à

Democracia majoritária e à autodeterminação do povo que podem conduzir à própria degradação de seus direitos. Democracia não é, para Dworkin, a simples obediência à regra de maioria. Numa Democracia constitucional concebida em paradigmas liberais, deve-se, sobretudo, assegurar a garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, atribuindo-se respeitabilidade à Constituição e à dinâmica de direitos nela materializada. (VERBICARO, 2006, p.8).

Para além da discussão realizada por Dworkin de que os direitos fundamentais^[4] prevalecem sobre a soberania popular externada pela maioria representada - observe-se que um grande contingente não se faz representar - é preciso um avanço teórico, de modo a reconhecer que o próprio Poder Judiciário é um espaço de exercício da soberania política. Inclusive, proporcionando incorporação política das minorias à agenda do Estado, não obstante a violação de direitos praticada pela maioria.

[...] Esses direitos fundamentais constitucionalmente garantidos - direitos individuais - preenchem o próprio conteúdo da Democracia, bem como traçam os limites e contornos de atuação dos poderes estatais. Isso significa que o paradigma liberal de Democracia concebido por Dworkin - Democracia Constitucional - consagra que os direitos individuais são trunfos frente à maioria e, por isso, sobrepõem-se frente ao governo e a eventuais grupos representativos de maiorias que participem de procedimentos de formação da vontade pública e tentem restringir as liberdades e direitos individuais (VERBICARO, 2006, p.8).

Neste diapasão, é interessante ressaltar conceito de *soberania complexa* de Werneck Vianna, que consiste na combinação de duas formas de representação e duas dimensões de cidadania. A representação política, atrelada à cidadania política, é exercida pelos representantes eleitos segundo os procedimentos democráticos; e a representação funcional atrelada à cidadania social, é exercida pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais.

Logo, numa leitura fundada neste autor, a *politização* do Judiciário, manifestação da cidadania social, é forma de participação na vida pública, alternativa à representação, e adequada à Democracia, nos termos desta soberania complexa.

[...] se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública (VIANNA, 1999, p. 372).

A *politização* do Judiciário possibilita o acesso do cidadão comum, que por vezes não é representado politicamente; sobretudo em nossa Democracia ainda infante, advinda de um sistema político autoritário e de exceção do qual ainda existem vestígios, principalmente na educação para a participação política; à efetivação do Direito. Cria, assim, 'um direito responsivo', aberto aos interesses e concepções éticas do homem comum. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A Democracia brasileira, não obstante seu processo de consolidação institucional, experimenta um *déficit* no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil. Conquanto, observa-se reações da cidadania ao fechamento desses poderes às suas demandas e expectativas, através da busca crescente do Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo. (VIANNA *apud* MACIEL; KROENER, 2002)

Gisele Citadino adverte que esta participação política no âmbito do Judiciário não deve presumir uma ausência de correspondência entre os textos normativos^[5] e os Cidadãos "uma cidadania ativa não pode supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e Democracia. (...) Quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica". (CITTADINO, 2007, p. 04-06).

Porém, reconhece que em países em que os cidadãos não compartilham os valores devido a rupturas no processo histórico de sedimentação da Democracia Constitucional, em que não há uma *nação de cultura*, se faz necessário o comprometimento do Judiciário com a concretização da Constituição, dos valores oriundos do consenso formal da qual emanou, com a ressalva de que não se faz necessário o domínio dos tribunais, mas de uma cidadania participativa que sobre eles atue.

Paulo Bonavides elabora outra advertência relacionada a certo grau de dificuldade da abertura do processo quanto ao estágio de amadurecimento dos sistemas políticos democráticos de nações subdesenvolvidas.

Demais, o método concretista da 'Constituição aberta' demanda para uma eficaz aplicação a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores em dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista. (BONAVIDES, 2003, p.516).

Feitas estas observações, sobremaneira pertinentes, de que o estágio de amadurecimento do sistema político democrático pode não culminar no auto reconhecimento da 'comunidade aberta de intérpretes' como comunidade político-jurídica autora de seu direito, há que se fazer duas observações.

A primeira de que o Judiciário deve estar imbuído do compromisso com a efetivação da Constituição e dos valores democráticos, funcionando, como dito pelo próprio Harbele, como um intérprete qualificado. A segunda é no sentido de resgatar a noção, da antiguidade clássica romana, de que Direito, é, sobretudo, prudência, e que, portanto, 'a comunidade de interpretes' é qualificada neste quesito e sob este aspecto. Nesta esteira, é crucial a abertura do Processo à participação democrática, à 'comunidade aberta de intérpretes', ao cidadão da *polis*.

3 A ABERTURA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO

3.1 A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS

A abertura do Processo teve início com a criação de institutos processuais aptos a salvaguardar os dispositivos constitucionais que fixaram direitos subjetivos transindividuais. O direito coletivo à efetivação da Constituição fez com que o Judiciário passasse a atuar no espaço público e que os institutos processuais, que se destinavam às demandas individuais, evoluíssem para a tutela de interesses coletivos. O novo Direito Processual remodelou sua legitimidade, surgindo a tutela coletiva e as ações correspondentes.

Capelletti, já em 1976, apontava que 'eram quatro os pontos nos quais seria necessária uma profunda reforma do processo civil tradicional, a fim de garantir um novo canal de acesso ao Judiciário: legitimidade ativa, garantias processuais (contraditório e ampla defesa) dos ausentes; efeitos da decisão (*secundum eventus litis*); e tipo de provimento e de sanção que se pode obter do juiz'. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 97)

"O processo Judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc., torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania" (GUERRA FILHO apud DEL PRA, p. 73, 2008). O advento da Ação Civil Pública, a legitimidade do *Ministério Público* para a propositura de ações, o Poder Geral de Cautela do magistrado, a mitigação ao princípio da demanda, o desenvolvimento de microsistemas, a responsabilização de pessoas jurídicas, as tutelas de urgência e todo o desenvolvimento recente dos institutos de Processo Civil buscaram a superação do

modelo individualista de demanda e instrumentalizaram crescente politização do Poder Judiciário.

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de Direitos transindividuais. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 97)

A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação respectiva, poderá ser acionado, jurisdicionalmente, por qualquer legitimado coletivo, interessado arrolado nos art.s 5º da LACP e 82 do CDC. (ALMEIDA, *apud* FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 98).

Dentre estes institutos, o *Amicus Curiae* se reveste de destaque sob a perspectiva da participação política. Inclusive, o projeto de lei que culminou na Lei 9.868/99, de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, foi apresentado no mesmo ano (1997) em que o douto doutrinador traduziu a 'sociedade aberta dos intérpretes da Constituição', de Peter Harbele.

3.2 A ORIGEM DO *AMICUS CURIAE*

Del Pra, em dissertação de mestrado pela PUC/SP publicada em 2008, nos informa que, quando da origem do *Amicus Curiae*, no *Year Books*, no direito inglês medieval, este sujeito tinha papel meramente informativo no processo, podendo informar à Corte matérias de fato desconhecidas dela. Tratava-se um sujeito imparcial e desinteressado, e a discricionariedade do juiz em aceitá-lo, assemelha-se, de certa forma, ao atual poder instrutório do juiz.

Segundo este autor, com a absorção do instituto pelo Direito norte-americano, ele foi se afastando desta função neutra. Sobretudo no momento global pós II Guerra, quando organismos internacionais de proteção dos direitos humanos utilizaram-se deste instituto para pleitear sua participação em processos que tinham por objeto a violações destes direitos, nos mais diversos países. O autor traça acuradamente a evolução jurisprudencial e positivação deste instituto em diversos países, a quem remetemos à leitura para que não fuçamos do escopo de nosso trabalho.

Assim, o instituto evoluiu, em linhas gerais, para a configuração que tem hoje em nossa legislação, a participação de um terceiro desprovido de interesse direto em causas de repercussão social. Embora nos Estados Unidos, admita-se a participação do *Amicus Curiae* mesmo sem a transcendência social da matéria debatida, isto porque os ordenamentos da *common law* não possuem disciplina semelhante à intervenção de terceiros dos sistemas de *civil law*, servindo o *Amicus Curiae* a sanar essa lacuna.

O autor aponta a origem do instituto, em nosso ordenamento, nas previsões legais de manifestação, nos processos com que tenham pertinência temática, da CVM - Comissão de Valores Mobiliários, do CADE - Conselho Administrativo da Defesa Econômica e do INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*

No que tange a este ponto, a celeuma está em saber se o *Amicus Curiae*, ora sujeito neutro que informa à Corte questões de fato, ora sujeito parcial, embora não comprometido diretamente com a vitória de uma das partes, é terceiro interveniente ou auxiliar do juízo.

Fredie Didier, em análise da natureza jurídica do *Amicus Curiae*, o enquadra como "um auxiliar do juízo" que integra "ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares da Justiça - o quadro dos sujeitos processuais" (2002, DIDIER, p. 79).

Milton Luiz Pereira identifica a *Amicus Curiae* como intervenção de terceiros, sendo, para ele, uma forma qualificada de assistência. (2002, PEREIRA, p.39-44.)

Para Del Prá, nos casos em que a manifestação se dá por iniciativa o juiz, este exerce função de auxiliar do juízo. Já nas hipóteses de intervenção voluntária assumiria a natureza de terceiro interveniente - a quem, inclusive, se conferem poderes, como o de, por exemplo, recorrer da decisão que indefere sua manifestação, sustentar oralmente suas razões e juntar documentos - distinta daquelas do Código de Processo civil. O autor sustenta que a atuação distinta do *Amicus Curiae* nas duas hipóteses revela a natureza distinta do instituto a depender de sua modalidade de ingresso que determinará sua modalidade de participação.

Para este autor, a resistência em admitir o instituto como uma hipótese da intervenção de terceiros está na tendência de interpretação restritiva das hipóteses de intervenção de terceiros em processo alheio, cara ao nosso sistema processual, de tradição romano-germânica, que teve Liebman por expoente e influenciador de nossas codificações.

No entanto, o próprio autor alude à dificuldade de enquadramento do instituto nas categorias legais existentes, visto que os terceiros arrolados no CPC, só são terceiros, até o momento de sua entrada no processo, quando, então, adquirem a qualidade de parte, somente permanecendo como terceiro o assistente.

Assim, a intervenção do *Amicus Curiae* não seria a intervenção do clássico terceiro interessado, visto que o interesse que o legitima não é próprio, mas um interesse que decorre da transcendência do objeto da causa, um interesse, por falta de termo melhor, público, respaldado, imediatamente, na lei autorizadora, mediamente no princípio democrático e na legitimação da Jurisdição.

Sob o aspecto procedimental, os terceiros clássicos, como dito, à exceção do assistente, depois de seu ingresso no processo, transformar-se-iam em partes, o que não ocorre com

o *Amicus Curiae*, dada a singularidade de seu interesse, em qualquer dos casos em que é previsto, ou especialmente em sede de Controle Concentrado, pois nesta seara nem mesmo há partes.

3.4 AS HIPÓTESES LEGAIS DE PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

As ações de controle concentrado, abstratas e objetivas, não servem à defesa de interesses subjetivos de particulares ou terceiros. O interesse a ser resguardado no palco do *judicial review* é a guarda da Constituição. Desta forma, poderia parecer inadequada a intervenção do *Amicus Curiae* em processo objetivo, o que se trata de engano, haja vista a intervenção do *Amicus Curiae* não atender, dada a feição da lei 9.868/99, ao clássico arcabouço da intervenção de terceiros.

Desta forma, a participação do *Amicus Curiae* em processo objetivo de controle de Constitucionalidade, reveste-se da elogiável função de trazer a sociedade ao debate, ao diálogo constitucional.

Considerando a preconizada legitimidade discursiva do Judiciário, a figura deste instituto reforça esta legitimidade, posto que trará à confecção do discurso constitucional outras vozes.

A previsão de possibilidade de participação do *Amicus Curiae* na ADIN está no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, havendo 'relevância da matéria e a representatividade dos postulantes' admite-se a 'manifestação de outros órgãos e entidades'. Há possibilidade de participação do *Amicus Curiae* também na ADC, por analogia.

Del Pra acentua a possibilidade dos co-legitimados à propositura das Ações Constitucionais ingressarem no Processo como assistentes litisconsorciais ou *Amicus Curiae*.

Na ADPF, a possibilidade legal de participação do *Amicus Curiae* está no artigo 6º, parágrafo primeiro, como possibilidade de manifestação, para o fim de fornecer elementos técnicos, fáticos ou jurídicos para a melhor construção da decisão. Uma especificidade digna de nota é que na ADPF a participação voluntária é autorizada a 'quaisquer interessados', não somente aos 'órgãos e entidades'.

Também é possível a participação do *Amicus Curiae* em sede de Controle Difuso. Neste caso se dará sempre voluntariamente. Poderão assumir a sua função, nos termos da Lei 9.868/99 'as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato impugnado, os co-legitimados do artigo 103 da Constituição e quaisquer outros órgãos e entidades'.

Há previsão de manifestação do *Amicus Curiae* no pedido de uniformização de interpretação de lei federal, figura do art. 14 da Lei 10.259/01, fundada na divergência de decisões das Turmas Recursais da mesma região, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Tal previsão assenta-se na parte final do parágrafo 7, pelo qual, 'eventuais

interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias'.

Ainda no âmbito da Uniformização de Jurisprudência, o mesmo dispositivo aplica-se também, por previsão expressa, ao processamento do Recurso Extraordinário, hipótese inclusive reconhecida pela Emenda Regimental 12 de 12/12/2003, do STF.

3.5 *AMICUS CURIAE*: INSTITUTO DE LEGITIMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO JUDICIÁRIO POLITIZADO

O instituto em análise corrobora com a abertura do Processo, de modo a ampliar a participação da sociedade na realização da tutela Jurisdicional, uma abertura democrática do processo hermenêutico, nos moldes da doutrina de Peter Harbele. Harbele aborda a legitimidade da pluralidade de intérpretes pelo viés da Teoria da Democracia. Para ele, embora estes intérpretes não tenham legitimação representativa, isto não lhes retira a legitimidade. Por que Democracia não se exerce somente por representação, mas, numa sociedade aberta, principalmente, pela realização dos direitos fundamentais e pela interpretação pluralista da Constituição. Por isto, defende a substituição do conceito de 'democracia do povo', fundada na soberania popular, pelo de 'democracia do cidadão', fundada nos direitos fundamentais. Destarte, o pluralismo dos direitos fundamentais converte-se no cerne da Constituição Democrática. (HARBELE, 2002, p. 39)

O Poder Judiciário constitui-se espaço de exercício da soberania política, espaço público de participação democrática, aberto ao ativismo de agentes sociais e judiciais na produção plural da cidadania, através do Processo. Espaço de representação funcional atrelada à cidadania social, no conceito de Werneck Vianna, para a consolidação da Democracia Constitucional de Dworkin.

"A participação popular passa a não mais restringir-se à esfera política, no sentido, v.g, de representação direta pelo voto, mas, ao contrário, inunda campos maiores de atuação, possibilitando mais amplo debate nas instâncias jurisdicionais, objetivo de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, quer de forma individual, quer coletiva". (DEL PRA, p. 73, 2008)

A pluralidade da sociedade reclama a expansão da previsão de participação do *Amicus Curiae* sempre que a transcendência do objeto da ação o justificar, em processo objetivo de controle de Constitucionalidade, em controle difuso, em ações coletivas, ou outras hipóteses, que entendemos, devem ser ampliadas.

Chegou-se a um estágio no reconhecimento, em todas as instâncias, da Politização do Judiciário, politização esta que faz necessária a extensão dos institutos de abertura

democrática do processo para além dos limites do processo objetivo de controle de constitucionalidade, ao procedimento das ações coletivas.

[...] é necessária a modificação da lei de ação civil pública para permitir que, durante o processo, haja essa abertura como forma de viabilizar que o juiz, ao decidir, tenha plena consciência de todas as teses efetivamente extraíveis do caso em questão.

[...]

Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas.

(FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 107)

Trazer a sociedade pluralista à participação política, no âmbito do Poder Judiciário, reforça a legitimidade democrática deste Poder. Democratizar as discussões travadas no STF, estabelecendo um diálogo com os setores organizados da sociedade civil, não acarreta na perda de independência do tribunal constitucional, confere-lhe maior legitimidade social, visto que a interpretação da norma não interessa apenas aos seus intérpretes formais, mas a todos aqueles que convivem na sociedade.

Quanto maior o respaldo que seus membros gozarem na sociedade, maior será a autoridade de suas decisões. A composição do Supremo Tribunal Federal deve ser plural, porque permitirá a participação das forças políticas imperantes na sociedade, e conseqüentemente menores serão as resistências às suas decisões [...]

Há a formação de uma simbiose intrínseca entre o órgão que exerce a jurisdição constitucional e os demais estabelecidos, impedindo que as decisões de tutela da Constituição sejam tomadas através de um formalismo auto-referencial, alienadas das demandas sociais (AGRA, 2005, p. 284).

Além disto, a democratização dos debates impede o arbítrio, a argumentação hermética, a distância das contingências sociais e enriquece a jurisprudência.

existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte considerável da democracia dos cidadãos (*Burgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a

realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos 'sobre' e 'sob' as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (...) A sociedade tornou-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

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

(HARBELE, 2002, p. 39)

Del Prá, fazendo menção à teoria de Niklas Luhmann, afirma que: "Na verdade, a legitimação do ato de poder não se dá somente em razão da observância do procedimento previsto, mas principalmente pela participação dos destinatários que essa observância proporciona". (DEL PRÁ, 2008, p. 198).

Porém, este trabalho não pode se furtar a mencionar, ainda que brevemente, que a legitimidade do Judiciário é também discursiva. Repousa também na capacidade de convencimento do argumento, na capacidade de, diante das inerentes tensões da democracia, escolher um dos argumentos dentre os que colidem na 'comunidade de valores compartilhados', para criar algum nível de consenso, a partir de uma verificação racional do argumento.

Neste ponto, há que se ressaltar a doutrina de Habermas, em que a legitimação discursiva se opera pelo alcance da 'verdade consensual', advinda do debate, da construção do consenso a partir do dissenso, externada em linguagem 'autêntica, justificável e consensual'. Para o estudo da legitimidade discursiva há que se entender o discurso normativo e, neste intento, as noções de tópica são primordiais.

A atividade jurisdicional, enquanto atividade tópica e argumentativa por natureza, não se encontra na órbita do puro exercício de autoridade do juiz. Mas, pressupõe uma atuação eivada de valoração que o capacita a exercer sua liberdade de decisão e escolha entre argumentos, ainda que vinculado, de certa forma, ao sistema jurídico. Tem-se como ideal o juiz que se vale de seu poder discricionário para conciliar o direito com a busca de uma solução justa.

A abordagem tópico-dialética desenvolvida tanto por Perelman quanto por Viehweg privilegia a idéia do direito como terreno propício para resolução de controvérsias e permitem aos aplicadores do direito uma maior liberdade de atuação. Diferentemente do período no qual o positivismo jurídico ditava a norma como fonte única do direito. (OLIVEIRA, 2007, pp. 230-231).

Assim, a participação direta da sociedade na prestação jurisdicional pelo instrumento do *Amicus Curiae*; para além dos limites liberais da ampla defesa e do contraditório, que atendem aos interesses das partes; em situações em que o debate hermenêutico judicial tem transcendência social, tende a pacificar as tensões entre os vários argumentos existentes na 'comunidade de interpretes' - que em uma democracia deve participar dos atos de poder - criando uma decisão com força argumentativa potencialmente indutora de consenso.

4 CONCLUSÃO

Embora a representatividade seja instituto essencial das Democracias, estas não são configuradas apenas por ela. Com o advento do Estado Social de Direito, e o que se assistiu após ele, as Democracias agregaram ao seu conceito um conteúdo finalístico, assumindo como sua razão de ser a realização dos Direitos Fundamentais.

Na Democracia Constitucional, surgem outros espaços políticos de atuação da cidadania que não os clássicos métodos de representação, entre os quais se destaca o Judiciário, que em crescente atuação política, reinventa a sua Jurisdição e legitimidade.

Desta forma, são reinventados também os instrumentos processuais, de modo a possibilitar a abertura do processo à participação democrática. A este desiderato serve o *Amicus Curie*, numa demonstração de que o Processo adequa-se à nova roupagem das Democracias Constitucionais, na qual a necessidade de inclusão das minorias e a proteção dos direitos fundamentais são imperiosas.

A participação política no Poder Judiciário, legitimada pela vontade do Poder Constituinte e pela opinião pública, cerceia o excesso do poder constituído e contorna uma grave crise de representatividade instaurada que ameaça transformar a Democracia em teorema formal.

Assim, participação do *Amicus Curiae* é participação do cidadão na vida pública na seara do Poder Judiciário, possibilita o pluralismo e complementa a Democracia representativa, pelo viés da concretização os Direitos Fundamentais. De modo a consolidar a 'Democracia Constitucional Participativa' em detrimento da 'Democracia majoritária', pelo reconhecimento de uma representação política, ou funcional, atrelada à cidadania social, exercida pela comunidade de intérpretes e agentes judiciais.

Estabelecido o direito 'à máxima efetividade da Constituição', tendo a função jurisdicional deixado de ser reguladora de conflitos intersubjetivos, consagrou-se o Judiciário como um cenário político apto a realizar as prestações sociais do Estado Democrático Constitucional, com a participação do cidadão, que não é mais o Jurisdicionado inerte de outrora.

Assim, considerando a premissa de que a Jurisprudência cria direito, porque a norma se perfaz no momento da interpretação, os cidadãos participam da criação do direito estatal pela interpretação e aplicação do Direito, não somente pela representatividade conferida ao legislativo, mas pela via judicial.

O Poder Judiciário é Poder político, suas instâncias são espaços democráticos de atuação e produção política, não representativa, mas participativa, regidos por regras de processo. Assim, o Judiciário realiza os valores e princípios democráticos constitucionais, pela participação dos cidadãos e atores estatais, na concretização dos valores fundamentais.

Por tudo quanto exposto, há que se buscar o aumento da participação política do jurisdicionado, de sua consciência e compromisso com a Constituição, e, por fim, o aumento da participação, da figura do *Amicus Curiae*.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a teoria da tripartição dos Poderes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5484>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. 1. ed. São Paulo: Hemus, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas. In: **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRUZ, Juliana Guimarães . **Politização da Justiça Constitucional ou Constitucionalização da Justiça?** Disponível em:

<<http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios>> Acesso em: 02 dez. 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Separação de Poderes e garantia de Direitos**. Folha de São Paulo, edição de 04/02/2006. Disponível em:

<<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247679>>

Acesso em: 06 dez. 2006.

_____. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER, Fredie. **Recurso de Terceiro - juízo de admissibilidade.**

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

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

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

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

LEITE, Glauco Salomão. Direito e política. A politização da Justiça Constitucional é inevitável.

Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41320,1>>

Acesso em: 11 nov. 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Trad. Alex. Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: . Acesso em: 06 jun. 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da Constitucionalidade. **Revista Crítica Jurídica Nº 18**. Disponível em:

. Acesso em: 11 nov. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 2. Ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Elayne Leal de. *A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial*. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Nº 14, ano 2007.1, pp. 207-236. Salvador: Prol, 2007, pp. 230-231

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae - intervenção de terceiros*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre o fundamento e as origens das desigualdades entre os homens**. 2 ed. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, v. 10, n. 1, 2004.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.br>> Acesso em: 11 nov. 2006.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, André Ramos. Partido-politização da Justiça Constitucional. Folha de São Paulo, edição de 04/02/2006. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247679>>

Acesso em: 06 dez. 2006.

VIANNA, Luís Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[1] Aristóteles já havia delineado as três funções essenciais do Estado, executiva, legislativa e judiciária, porém, à divisão funcional não fez corresponder a divisão orgânica. Também John Locke, filósofo liberal inglês, cerca de um século antes de Montesquieu já tinha formulado, ainda que implicitamente, a teoria da tripartição de Poderes.

[2] O conceito de nação antecedeu ao de povo, entendido como nação o conjunto formado pelas pessoas nascidas no mesmo lugar, ligadas por vínculos de sangue e de origem, que assim compartilhavam os mesmos valores, costumes e a mesma língua. Ver na Teoria do Estado a distinção conceitual entre nação e povo.

[3] Para este autor, os direitos sociais e coletivos dependiam de implementação de diretrizes políticas dos atores políticos do Estado pelos critérios da representatividade e da maioria, fundada em política e não em princípios; o que as distinguiu da efetivação dos direitos fundamentais individuais que poderiam, em seu entendimento, serem fixados pelo Judiciário, porque fundados em princípios. (VERBICARO, 2006, p. 18)

[4] É certo que para Dworkin a atuação do Judiciário para efetivar os Direitos Fundamentais se limita aos direitos individuais e não se estende aos direitos sociais. Porém, a construção de sua teoria representa um ponto de partida - ao qual devem acrescentar-se os direitos coletivos - quando diz que o Judiciário cumpre com o papel da Democracia ao afirmar os direitos fundamentais do cidadão, que tem o direito de exigí-los do Judiciário não obstante a inércia dos demais poderes.

[5] Com a devida vênia à expressão utilizada pela autora, preferimos utilizar a expressão ausência de correspondência entre o texto normativo e os cidadãos, porque entendemos que foi neste sentido que empregou a palavra Direito, como texto normativo advindo do processo legislativo. Necessária esta observação porque consoante a concepção por nós compartilhada, o texto normativo não encerra o Direito, pois a norma se perfaz com a interpretação.