



AMICUS CURIAE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Fernando Gabriel de Carvalho e Silva
Luis Gustavo Liberato Tizzo
Rene Sampar

RESUMO

O presente artigo, através do método hipotético-dedutivo, busca lançar um olhar, partindo da tese do alemão Peter Häberle, aos vários intérpretes da Constituição, e o possível direito fundamental, e não a mera faculdade, de expor essas interpretações perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente através do instituto denominado *amicus curiae*, com o objetivo de ampliar a participação social junto ao Poder Judiciário, sobretudo em discussões que envolvam elevado ativismo judicial para a concretização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, democratizar as decisões *erga omnes* e vinculantes proferidas pela Suprema Corte. De início, será analisado a teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e a sua manifestação prática no instituto processual *amicus curiae*. Será analisado, ainda, o déficit democrático do Poder Judiciário com base na Teoria Deliberativa de Habermas. Ao final, será analisado se a manifestação dos *amicus* é um direito fundamental daquele que pretende se manifestar ou uma mera faculdade da Suprema Corte, e ainda como os Ministros devem considerar as manifestações em seus votos.

Palavras-Chave: Sociedade aberta; democracia deliberativa; *amicus curiae*; direito fundamental.

- Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2013). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Bolsista CAPES/PROSUC). Advogado.
- Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado
- Doutor em Direito do Estado (UFSC), Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC) e Graduado em Direito (UEL). Professor na FAE

INTRODUÇÃO

Em decorrência do ativismo judicial³ praticado sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, e da expansão da jurisdição constitucional, controle e implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mostra-se necessária a abertura da interpretação constitucional a outros setores do Estado e da sociedade, a fim de que as decisões judiciais, especialmente aquelas com eficácia *erga omnes* e força vinculante, sejam também revestidas de um componente democrático que ocasionará em maior aceitação social da interpretação constitucional aplicada ao caso concreto. Nesse contexto, Peter Häberle (1997), admite que a interpretação constitucional não é feita apenas pelos detentores do poder, ou somente por meio de procedimentos formais, mas por todos aqueles que, de uma forma ou de outra, vivenciam a norma.

O reconhecimento da existência de interpretação constitucional pelos diversos setores da sociedade não é o bastante. É necessário que tais interpretações, especialmente sobre direitos fundamentais, aqui compreendidos os direitos sociais, políticos ou econômicos, sejam levadas ao conhecimento daquele que realiza, em *ultima ratio*, a *judicial review*.

A abertura da interpretação, bem como a ligação entre os intérpretes e a Corte Constitucional, mostra-se ainda mais necessária quando o parâmetro textual a ser interpretado trata de direitos e garantias fundamentais, ou mesmo de políticas públicas, sociais e econômicas voltadas à concretização desses direitos, que possui sempre como destinatário final a pessoa humana e não o Estado.

É certo, por outro lado, que o direito à democracia é considerado, em âmbito doutrinário, como direito humano de quarta geração ou dimensão (BONAVIDES, 2006), tendo em vista que em um Estado constitucional-democrático a legitimação daqueles que produzem as leis em sentido *lato* e regem a nação decorre de uma perspectiva democrática, ou seja, da escolha livre e direta manifestada pelo povo nas eleições. Entretanto, a Suprema Corte é, ao menos em parte, desprovida dessa legitimação, em evidente *déficit* democrático, uma

³ Segundo Elival da Silva Ramos (2010, p. 116), ativismo judicial caracteriza-se como “à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. Em análise de Lenio Streck (2016, p. 724), “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juizes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.

vez que seus membros, e suas pautas, não são postos à prova por meio de escrutínio direto e universal.

Urge, então, a necessidade de mecanismos capazes de conferir maior representatividade, além de um elemento democrático, para as decisões de uma Suprema Corte cada vez mais politizada e demandada a concretizar os direitos fundamentais previstos em abstrato na Constituição. Eis o problema de pesquisa deste artigo: se a tese de Peter Häberle, instrumentalizada pelo instituto do *amicus curiae*, é meio eficaz para democratizar as decisões interpretativas da Constituição Federal, sobretudo aquelas com eficácia *erga omnes* e força vinculante, bem como se se trata de um mecanismo eficaz de participação popular junto à esfera de decisão político-judicial. A liberdade de interpretação, a sua manifestação perante a Corte Constitucional e a participação da descoberta da norma é direito fundamental das entidades que representam segmentos da população? Como a Suprema Corte deve considerar e manifestar-se sobre posicionamento dos intérpretes em suas decisões finais?

Este estudo pretende lançar uma luz teórica a esses questionamentos, primeiramente analisando a teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição e o instituto processual do *amicus curiae*. Posteriormente, será analisado o déficit democrático do Poder Judiciário com base na Teoria Deliberativa de Habermas e, ao final, buscando responder os questionamentos lançados, será analisado se a manifestação dos *amicus* é um direito fundamental daquele que pretende se manifestar ou uma mera faculdade da Suprema Corte, e ainda como os Ministros devem considerar as manifestações interpretativas em seus votos.

1 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Em regra, a hermenêutica constitucional indaga, especialmente, sobre as tarefas, objetivos, métodos, processos e regras da interpretação constitucional (Häberle, 1997, p. 11). Portanto, até a tese de Peter Häberle, a Hermenêutica Constitucional não se preocupava com os participantes da interpretação.

O fato é que a interpretação constitucional não se inicia, tampouco se encerra, na figura dos juízes e dos procedimentos políticos e jurisdicionais formais. Aceitar que apenas alguns poucos são intérpretes da Constituição é reduzir sobremaneira o âmbito de investigação da Hermenêutica constitucional, afinal aqueles que vivenciam a norma acabam,

evidentemente, por também interpretá-la. A interpretação de quem vivencia a norma é a realidade constitucional.

Nesse contexto, Peter Häberle (1997, p. 13), propõe a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

É conhecida a sua tese para que abandonemos uma “sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”, de modo a vincular, ao processo de interpretação constitucional, todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos, sendo impossível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes. Segundo o autor:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação [...]; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (HÄBERLE, 1997, p. 14).

O fato é que a tese de Häberle estabelece um *quid pro quo* à hermenêutica constitucional, que tende à democratização, uma vez que os vários elementos sociais são chamados a participar da interpretação constitucional. Diferentemente não poderia ser, pois não são apenas os órgãos judiciais e políticos que vivenciam a norma, portanto não detêm eles o monopólio da interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 15). É o que diz Machado e Pena:

Essa linha de pensamento é inclusiva: desconcentra a hermenêutica constitucional e a democratiza; permite transformar cidadãos receptores em cidadãos ativos na realização da Constituição na sociedade. Uma postura assim melhor se adequa a uma sociedade que se proponha a alcançar um Estado Democrático de Direito, em sentido material e não apenas formal (2008, p. 2).

Os cidadãos e demais potências públicas citadas por Häberle são, na nova Hermenêutica por ele proposta, ao mesmo tempo, objetivo da interpretação e colaboradores na construção dessa interpretação:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e

um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Essa teoria também surge em decorrência da constatação de Häberle de que a sociedade moderna é fundamentalmente pluralista, composta por diversos grupos sociais, econômicos, políticos, religiosos etc. Para a subsistência da sociedade moderna é imprescindível a tolerância e o diálogo, afinal, os diferentes seguimentos sociais, cada qual com a sua experiência e cultura, interpretam o texto constitucional – de modo geral, composto de princípios genéricos⁴ – à sua maneira, não sendo possível impor, no atual estágio democrático, uma ou outra interpretação, tampouco catalogá-las como “certas” ou “erradas”, sem antes haver um debate aberto e plural e uma decisão fundamentada e que leve em conta tal ebulição social.

O texto constitucional, portanto, não é a norma, mas o resultado de sua interpretação (GUASTINI, 1997). Se a criação das leis nada mais é senão o resultado de amplos debates em um processo político democrático levado a cabo pelo Congresso Nacional, que em sua composição possui representantes dos vários elementos sociais, o processo de interpretação do texto constitucional que resultará, ao final, em uma norma constitucional, também deve ser levado à cabo com a participação dos segmentos sociais.

2. *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a primeira manifestação do instituto do *amici curiae* se deu em 1976 com a aprovação da lei 6.385/1976, responsável pela criação da Comissão de Valores Mobiliários. Em tal diploma, o *amicus* possui a missão de servir de elo entre o mercado e o Poder Judiciário, auxiliando-o nas decisões que possam repercutir nas relações das companhias abertas (TAVARES, p. 286). Assim a CVM leva aos magistrados as impressões e conclusões sobre os fatos do processo, auxiliando-o nas questões técnicas do mundo das ações e das companhias.

⁴ Consoante Rafael Caiado Amaral (2010, p. 139): “as Constituições são feitas para perdurar indefinidamente no tempo. Para tanto, são construídas, em sua grande totalidade, por termos imperfeitos, incompletos que comportam a dinâmica social. Assim, o sistema constitucional não é caracterizado por ser cerrado ou auto-suficiente, mas ao contrário, aberto ao mundo da vida, dinâmico, sujeito a evoluções que o permita acompanhar as mudanças nos projetos e valores vigentes na sociedade”.

Mas foi com a Lei n. 9.868/99, notável por regulamentar ações do controle abstrato de constitucionalidade, que o instituto ganhou seus principais contornos jurídicos no Brasil. O art. 7º, §2º da referida lei prevê que o relator poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades em processos nos quais a matéria discutida possui significativa relevância. Por sua vez, o outro diploma relevante à jurisdição, a Lei n. 9.882/99, permitiu, em seu art. 6º, §§1º e 2º, a abertura procedimental em relação a representantes dos mais diversos segmentos sociais de alguma forma interessados no deslinde do processo. Fundados em tais leis, Gilmar Ferreira Mendes comenta que o *amicus curiae* “sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional”⁵.

Por fim, o Código de Processo Civil de 2015 acabou por regular o *amicus curiae* em todas as ações cíveis, independentemente da instância ou do objeto discutido, bastando que a matéria seja relevante do ponto de vista jurídico, o tema objeto da demanda seja extraordinariamente específico ou haja repercussão social da matéria controvertida. É interessante, ainda, a percepção de que todos os incidentes previstos no CPC sejam capazes de gerar precedentes vinculantes quando manejado o IRDR⁶ e ainda encontrem respaldo no incidente de arguição de inconstitucionalidade⁷.

3. PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA

Apresentado o instituto do *amicus curiae* e sua introdução no direito posto brasileiro, resta-lhe conectar com a democracia. Conceito de plúrimos significados – desde Schumpeter (1984), para quem a democracia resulta na eleição de representantes do povo, a Robert Dahl (1989), cuja noção é mais ampla ao conferir o *status* de democrático às instituições políticas que respeitarem certos direitos, como igualdade, liberdade de expressão, direitos humanos –, parece-nos necessário, neste quadrante da história, caminhar de maneira progressiva e a passos firmes à materialização de uma democracia deliberativa, isto é, aquela que amplia a

⁵ STF - ARE: 1256441 RS - RIO GRANDE DO SUL 5075795-27.2014.4.04.7100, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2020, Data de Publicação: DJe-149 16/06/2020.

⁶ Sobre o IRDR, Carvalho e Silva (2019, p. 15) comentam: “[...] mais do que justificada e necessária é a intervenção do *amicus curiae*, para promover um alargamento do debate argumentativo. O *amicus curiae* vem para incrementar o debate, colaborando para a formação do precedente consubstanciado pelo IRDR, ventilando questões e fatos que podem influenciar na deliberação da questão repetitiva. Daí a autorização dada pelo art. 138, § 3º, para que os *amicii* recorram das decisões que fixem a solução das demandas repetitivas”

⁷ Segundo Pereira e Góes (2019, p. 13): “essa abertura reflete a intenção do legislador de permitir que os órgãos colegiados absorvessem a pluralidade argumentativa que pode ser obtida com a intervenção dos *amicii curiae*”.

sua legitimidade quanto mais plural for o diálogo e a deliberação pública na tomada de decisões políticas.

Com base nesta lógica, mais democrática seria uma decisão que decorresse de um procedimento deliberativo no qual os cidadãos, especialmente os mais afetados, pudessem participar e contribuir com o seu ponto de vista. Autor referencial no tema, Jürgen Habermas (1997) aceita a teoria substancial, exigindo, porém, a interação e participação social na formulação da decisão final. Em sua análise, são válidas as normas de ação quando todos os possíveis atingidos possam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Em suas palavras:

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

É notória a convergência entre a teoria deliberativa de Habermas e a sociedade aberta de Häberle. Para este autor, a verdadeira hermenêutica encontra-se na pré-interpretação dos destinatários da norma constitucional. Nessa trilha, Habermas sustenta que a soberania é uma construção de opiniões plurais através do diálogo, em que as opiniões dos elementos da sociedade têm especial valor na construção jurídico-política⁸.

Pautando-se na democracia deliberativa de Habermas, as ações que tratam de direitos individuais, em regra, possuem duas partes antagônicas que levam as suas interpretações e provas ao debate jurisdicional. A construção da decisão não é feita apenas pelo juiz, mas há, anteriormente, um diálogo entre as partes. A decisão judicial deve ser fundamentada ao menos com base nos fatos apresentados pelos litigantes, sem qualquer empecilho para o juiz adotar também os fundamentos de direito, ou as interpretações da lei, apresentada pelos demandantes. Nesse tipo de ação, as decisões vinculam somente as partes que participaram e contribuíram para a construção da decisão judicial.

Não é assim, entretanto, quando se trata da jurisdição constitucional objetiva. O processo constitucional objetivo, em regra, sequer possui partes, e a força das decisões

⁸ Comentam Carlos André Maciel Pinheiro Pereira e Marco Aurélio Medeiros Jordão (2017, p. 35), acerca desta ponte que conecta as duas teorias, que “ambos os autores lançam vistas a formação de uma decisão judicial que tenha como pretexto base tudo aquilo que emana da realidade política, construída em conjunto pelo magistrado e por todos aqueles que guardem pertinência com a temática e sejam alvo dos efeitos irradiados pela apreciação jurisdicional”.

vinculam uma gama considerável de pessoas e instituições. Não bastasse a força da decisão, é fato que as Cortes Constitucionais vêm adotando postura que visa concretizar direitos fundamentais, inclusive políticos, econômicos e sociais.

Se encararmos o Poder Judiciário sobre o prisma da democracia representativa, temos que os magistrados carecem de legitimidade democrática, por não serem eleitos para representar os interesses dos cidadãos. Contudo, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que há duas décadas tem, por um lado, ampliado sua preponderância no debate público, e ainda ocupado um espaço de *ágora* deliberativa, não penas pelo instituto do *amicus curiae* como também pelas audiências públicas, vê-se a fragilidade de tal argumento que aponta o déficit democrático à jurisdição constitucional.

Considerando a tese de Peter Häberle e a sua instrumentalização pelo instituto *amicus curiae*, bem como as bases da democracia deliberativa de Habermas, parece evidente que a abertura pluralista e o diálogo proporcionado pela atuação dos *amigos da corte* contribui: i) no reforço de legitimidade às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, conferindo-lhe evidente viés democrático; ii) por conseguinte, fornece elementos técnicos e parâmetros objetivos para a construção da interpretação constitucional até a decisão interpretativa geral e vinculante. Segundo Tupinambá:

Destarte, o *amicus curiae* retrata também uma retomada contra o aparente *défit* democrático do Poder Judiciário. Com representantes não eleitos pelo povo sequer por via indireta, a tábua de salvação para o Judiciário concretizar o primeiro comando constitucional de nossa Carta é a abertura do contraditório entre as partes. Mais do que isso, sua disposição em ouvir a sociedade, mister este que pode ser viabilizado pelo *amicus Curiae*, a funcionar como caixa de ressonância da mesma (2011, p. 110).

A contribuição na democratização das decisões da Suprema Corte conferida pelo *amicus curiae* é certa. Contudo, não significa que seja suficiente. Conforme dados do projeto “Supremo em Números” da Fundação Getúlio Vargas, em análise de 1988 a 2018, tem-se que em apenas 10,8% das ações do controle concentrado de constitucionalidade houve a participação de *amicus curiae*. Não bastasse a participação reduzida, 75% dos *amicus* ou são entidades públicas ou entidades vinculadas a carreiras jurídicas⁹.

⁹ LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição: Supremo escolhe quem ouvir e quando ouvir. **JOTA**, 08/03/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretres-da-constituicao-08032018>>. Acesso em 26/08/2023.

Tem-se indícios, portanto, que a participação do *amicus curiae*, ao menos no Supremo Tribunal Federal, em que pese a sua importância para legitimidade democrática das decisões, ainda pode ser tida como meramente formal, ou seja, em algumas ações ingressam e se manifestam, embora não sejam consideradas centrais nos votos. Ao menos em vista das teorias em apreço, haveria quebra do diálogo (tal como proposto por Habermas), restando a interpretação constitucional fechada (ao contrário do que é defendido por Häberle).

4. INTERPRETAÇÃO E MANIFESTAÇÃO – DIREITO FUNDAMENTAL?

A participação popular junto ao Poder Judiciário é direito que decorre da própria Constituição Federal de 1988. A uma, porque a Carta Maior exige a ampliação da participação popular nas esferas de tomada de decisões; a duas, porque o modelo institucional brasileiro permite a judicialização de questões de larga repercussão política e social que, para serem decididas de maneira legítima e democrática, exigem participação popular ativa.

Entretanto, as legislações citadas (leis 9.868/99 e 9.882/99, bem como o CPC) conferem ao julgador a opção de aceitar, ou não, a participação como *amicus curiae* daqueles que pretendem se manifestar nos julgamentos do Poder Judiciário. É do julgador, portanto, a faculdade de escolha.

Além da faculdade dos juízes em aceitar ou não a manifestação dos *amicus*, outro ponto que merece destaque é a falta de critérios claros para admissão dos *amicus*, bem como para considerar determinada matéria em discussão como socialmente relevante, ficando ao critério de conveniência do juiz ou relator. Ainda que um grande número de *amicus* sejam habilitados nos processos e apresentem as suas manifestações orais e memoriais escritos, isso não significa, necessariamente, um verdadeiro diálogo para a construção da decisão judicial. A inexistência de uma norma que vincule o(s) julgador(es) a considerar(em) os argumentos, provas e interpretações constitucionais apresentada nos processos pelos *amicus curiae* é, certamente, a principal limitação para a construção de uma decisão pluralista e democrática, tal como extraída das teorias de Habermas e Häberle.

Não se espera que essas manifestações sejam sempre recepcionadas, o que evidentemente inviabilizaria a jurisdição constitucional, mas é necessário que essas manifestações sejam ou acatadas ou rejeitas fundamentadamente, ou seja, de alguma forma

analisadas, estudadas e consideradas, para rejeitá-las ou acatá-las, sob pena da participação do *amicus curiae* ser algo meramente superficial e formal.

O que se propõem, portanto, é que a participação do *amicus curiae* seja considerado um direito fundamental tido como princípio de democratização do processo constitucional. A raiz de tal análise é, sem dúvida, republicana em sua essência. Tratando-se de um direito fundamental, de alguma forma deverá ser considerada pelo julgador, demandando fundamentação para a sua eventual rejeição. Assim, não serviria apenas como reforço de sua própria argumentação.

A cidadania é fundamento constitucional (artigo 1º, inciso II). Por certo, sairá ela fortalecida se tiver instrumentos para apresentar ao Poder Judiciário a sua pré-interpretação constitucional, em evidente deliberação democrática. Tal manifestação é, de fato, um direito fundamental extraído da Constituição da República e, portanto: i) a conveniência do julgador não é suficiente para não habilitar os *amicus* e lhe garantir o direito de se manifestar; ii) deve o julgador considerar os argumentos dos *amicus* em seu voto, agindo, assim, em conformidade com as exigências constitucionais de participação popular.

As teorias democráticas e de abertura da interpretação constitucional defendidas por Habermas e Häberle sustentam a hipótese aqui apresentada de ser direito fundamental a manifestação do cidadão hermeneuta, ainda que por meio de entidades que lhe representam, devendo ser devidamente considerada pelo julgador. E os mecanismos processuais que viabilizam tal diálogo já se encontram à disposição do Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, cediço que ambos os autores tratados no artigo têm como preceito a democratização do processo judicial como um direito fundamental. Não possuindo um modelo ideal, mas sendo necessária análise contextual e histórica de cada país, a democracia se consolida em um processo que demanda maior diálogo e participação dos cidadãos na vida pública e nas decisões coletivas.

O *amicus curiae* se mostra como instrumento democrático de participação da sociedade junto aos processos e decisões judiciais, sobretudo no controle abstrato de constitucionalidade que resulta em decisões vinculantes e *erga omnes*, ou seja, decisões que exigem, nesta quadra da história, um elemento democrático de legitimidade. Sendo assim,

acredita-se que o instituto esteja em um processo de consolidação em seu uso, de modo que os julgadores paulatinamente o terão como valioso instrumento que pluraliza os argumentos da decisão, perscrutando-o, destarte, com todo o respeito e dignidade que lhe são inerentes. Por certo, este é o caminho para democratizar as decisões judiciais e fortalecer a ordem republicana instaurada pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

AMARAL, R. C. Breve Ensaio Acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle. *Direito Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO E SILVA, F. G. de. e; LIBERATO TIZZO, L. G. Habermas's criticism of Dworkin's Judge Hercules and the open society of constitution interpreters: As críticas de Habermas ao Juiz Hércules de Dworkin e a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. *Concilium*, [S. l.], v. 23, n. 4, p. 263–277, 2023.

CARVALHO E SILVA, Fernando Gabriel de. *Amicus Curiae no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COUTO, Mônica Bonetti; CAMPOS, Guilherme Amorim Campos. AMICUS CURIAE, MODELO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 18, n. 3, p. 256-279, 2014.

DAHL, R. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

FRANCISCO, José Carlos (Coord). MASTRO ANDRÉA, Gianfranco Faggin, DEIRÓ GUNDIM, Wagner Wilson (orgs.). *Fundamentos Jurídicos da Cidadania e do Estado*. Londrina: Thoth, 2021.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo)Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. 1ª. ed. Belo Horizonte/MG: Editora Del Rey.

GASPARDO, MURILO; RAMOS ANDRADE, CAUÊ. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 39, n 78, jun. 2019.

GUASTINI, Riccardo. Problemas de interpretación. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 7, p. 121-131, 1997. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12704974131270493087624/isonomia07/isonomia07_03.pdf>. Acesso em 26/08/2023.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, volume I e II, 1997.

LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição: Supremo escolhe quem ouvir e quando ouvir. **JOTA**, 08/03/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretetes-da-constituicao-08032018>>. Acesso em 26/08/2023.

MACHADO, F. N.; PENA, H. IMAGINÁRIO CONSTITUCIONAL: SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 3, n. 3, 2008.

MACIEL PINHEIRO PEREIRA, Carlos André; RIBEIRO ROSÁRIO, José Orlando. Jurisdição em Jürgen Habermas democracia deliberativa, amicus curiae e acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 239-256, dez. 2019.

MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalfstfinternacional/portalfstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle_pronunciamento_3_1.pdf>. Acesso em 26/08/2023

PEREIRA, CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO; GÓES, RICARDO TINOCO DE. A intervenção do amicus curiae no direito brasileiro: aspectos filosóficos, históricos e processuais. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 13, n. 1, nov. 2019.

PINHEIRO PEREIRA, Carlos André Maciel; MEDEIROS JORDÃO, Marco Aurélio. Judicialização da política e ativismo judicial - a abertura do processo interpretativo da constituição como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional e de participação no tratamento de conflitos. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 5, n. 1, p. 28-39, 2017.

PINTO, F. C. S. ou CHIARELLO, Felipe; DONADELLI, Antonio P. M. . O Papel do Judiciário, O Estado de Direito e o Chamado - Ativismo Judicial - Na Doutrina Brasileira. **Novos Estudos Jurídicos (ONLINE)**, v. 19, p. 42, 2014.

RICHE, Flávio Elias. O Método Concretista da “Constituição Aberta” de Peter Häberle. Disponível em <www.oocities.org/flavioriche/Harbele.htm>. Acesso em 26/08/2023.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro, Zahar, 1984.

SILVA JÚNIOR, Antônio Soares. A hermenêutica constitucional de Peter Häberle. A mudança do paradigma jurídico de participação popular no fenômeno de criação/interpretação normativa segundo a teoria concretista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1208, 22 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9070>>. Acesso em 26/08/2023.

Streck, L. L. (2016). Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 17(3), 721–732.

TAVARES, Oswaldo Hamilton. A CVM como amicus curiae. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 690.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual - O amicus curiae no anteprojeto do novo CPC. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Luiz Fux (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIEIRA, O. V. Império da lei ou da corte?. *Revista USP*, [S. l.], n. 21, p. 70-77, 1994. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i21p70-77. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26937>. Acesso em 26/08/2023.

VIERIA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV.*, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>>. Acesso em 26/08/2023.

AMICUS CURIAE AND THE OPEN SOCIETY OF THE INTERPRETERS OF THE CONSTITUTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

ABSTRACT: This article, through the hypothetical-deductive method, seeks to take a look, starting from the thesis of the German Peter Häberle, at the various interpreters of the Constitution, and the possible fundamental right, and not the mere faculty, to expose these interpretations before the Supreme Court Federal, especially through the institute called *amicus curiae*, with the objective of expanding social participation with the Judiciary, especially in discussions that involve high judicial activism for the realization of fundamental rights and, consequently, democratize the *erga omnes* and binding decisions issued by the Supreme Court. Initially, the theory of the Open Society of Interpreters of the Constitution and its practical manifestation in the *amicus curiae* procedural institution will be analyzed. It will also analyze the democratic deficit of the Judiciary based on Habermas's Deliberative Theory. In the end, it will be analyzed whether the manifestation of the *amicus* is a fundamental right of the one who intends to manifest or a mere faculty of the Supreme Court, and also how Ministers should consider the manifestations in their votes.

KEYWORDS: Open society; Deliberative democracy; *amicus curiae*; fundamental right.