

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

PUBLIC HEARINGS AS A MEANS TO LEGITIMATE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN BRAZIL

JANAÍNA DE CARVALHO PENA SOUZA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

janainacarvalhopena@yahoo.com.br

RESUMO: Neste trabalho realizamos um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca do papel desempenhado pelas audiências públicas no contexto da jurisdição constitucional brasileira. Foi apresentado um breve estudo acerca da jurisdição constitucional e do instituto das audiências públicas no Brasil. Adotou-se como marco teórico a teoria procedimental e discursiva apresentada por Jürgen Habermas (1997) que defende que o Direito legítimo será aquele com ampla participação de todos os cidadãos. Para garantir que todos os projetos de vida sejam incluídos, a jurisdição constitucional deve atuar em defesa das minorias contra abusos da maioria. Como forma de garantir a inclusão dos cidadãos nesse processo e evitar o risco de o Tribunal Constitucional converter a falta de controle democrático em um risco para o próprio sistema, defendeu-se a realização de audiências públicas, que constituem uma das formas de abertura procedimental mais valiosas da atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência pública; jurisdição constitucional; democracia.

ABSTRACT: The present work aimed at analyzing the roles played by the public hearings from a doctrinal and jurisprudential point of view within the Brazilian constitutional jurisdiction. A short study was completed in relation to the constitutional jurisdiction and the Brazilian public hearing institute. It was implemented as a theoretical point, a procedural and discursive theory presented by Jürgen Habermas (1997) and which defends that legitimate Right is that with the abundant participation of all citizens. In order to guarantee that all life projects are included, the constitutional jurisdiction should act in defense of minorities against the abuse of the majorities. As a way of guaranteeing the inclusion of the citizens in this process and avoiding that the Constitutional Tribunal converts the lack of democratic control into a risk to its own system, the system of public hearings was designed and it presents itself as one of the most valuable procedural opening of the present days.

KEY WORDS: Public Hearings; constitutional jurisdiction; democracy.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.A jurisdição constitucional. 3.Audiências públicas. 3.1. Audiências públicas no âmbito da Administração. 3.2. Audiências públicas no âmbito do Legislativo. 3.3. Audiências públicas no processo judicial 4. O controle de constitucionalidade da lei enquanto instrumento democrático. 5. Tensões entre legitimidade democrática e jurisdição constitucional. 6. A realização das audiências públicas como fator de legitimação da jurisdição constitucional. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal tende a ser visto como uma força contramajoritária devido, principalmente, ao fato de seus representantes não serem eleitos democraticamente pelo povo e, por isso, estarem imunes ao controle democrático exercido pela população.

O presente trabalho, indo em direção contrária ao posicionamento acima referido, pretende demonstrar de que forma a jurisdição constitucional atua como árbitro no jogo democrático assegurando o exercício dos direitos das minorias políticas contra eventuais abusos da maioria e intervindo a favor da democracia.

Como forma de garantir a realização plena do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião dos valores de nossa sociedade e dos princípios estampados na Constituição Federal, sem que essa falta de controle democrático possa representar um risco para a democracia, as audiências públicas constituem um importante instrumento de legitimação das decisões tomadas por nossa Corte Suprema.

A Lei 9.868/99, que dispõe acerca do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, previu em seu art.9º, §1º, que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informação existentes nos autos, poderá o relator designar a realização de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

No mesmo sentido, a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no seu art.6º, § 1º, também, estabeleceu a realização de audiência pública.

A partir da teoria procedimental e discursiva de Jürgen Habermas, que propõe um modelo de democracia não apenas como expressão da vontade da maioria, apresentaremos uma visão de democracia em que todos façam parte do projeto político, por meio de uma efetiva inclusão no processo comunicativo e a universalização das possibilidades de participação.

2. A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional surgiu como um instrumento de defesa da Constituição enquanto expressão de valores sociais e políticos. A noção de jurisdição constitucional apareceu, primeiramente, no direito norte-americano, no início do século XIX, com uma pluralidade de órgãos defensores da Constituição, gerando, assim, um sistema de controle difuso de constitucionalidade. No modelo norte-americano, juízes e tribunais detêm competência para, no curso de qualquer demanda, declarar nulos atos e leis contrários à Lei Fundamental. Contudo, a Suprema Corte, que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário desempenha o papel principal no campo da interpretação constitucional, por meio da eficácia vinculante de suas decisões judiciais (princípio do *stare decisis*).

O sistema europeu teve como marco a Constituição da Áustria de 1920. Esse sistema foi delineado por Hans Kelsen e se disseminou pela Europa, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial. Como resposta aos ataques políticos e ideológicos à Constituição, a partir de 1920, as Cortes Constitucionais se institucionalizaram como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundando o controle concentrado de constitucionalidade.

Enquanto no sistema “americano” a decisão que proclama a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, com efeitos retroativos (*ex tunc*), mas restritos às partes na demanda (*inter partes*), o sistema “austriaco” o conteúdo da decisão tem efeitos para o futuro (*ex nunc*) e extensíveis a todos os casos a que a lei se refira (*erga omnes*).

No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1891, sob influência do direito norte-americano, passou a ser adotado no Brasil o controle difuso de constitucionalidade, no qual qualquer juiz ou tribunal, desde que observadas as regras de competência e de organização judiciária, podem arguir a inconstitucionalidade de uma lei pela via da exceção ou defesa.

A Constituição de 1934 introduziu a “ação direta interventiva”, modalidade de controle de constitucionalidade que se aproximou do modelo concentrado europeu, uma vez que o único órgão competente para julgamento era o Supremo Tribunal Federal (art.76, III). E mais, estabeleceu a Constituição de 1934 que a decisão de inconstitucionalidade seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal e atribuiu ao Senado a competência para suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Carta de 1937, por ser fruto de um regime ditatorial, significou um retrocesso no controle de constitucionalidade no Brasil. Foi inserida na Constituição uma norma que dispunha que o Presidente da República poderia solicitar ao Poder Legislativo que validasse a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio da decisão de 2/3 dos membros de cada Casa do Legislativo a norma era validada e, com isso, mantida no ordenamento, destituindo, assim, a decisão do STF.

A Constituição de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade já existente. E a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, criou a ação direta genérica, ao instituir que a representação de inconstitucionalidade seria proposta pelo Procurador-Geral da República. Prescreveu, também, que a lei poderia estabelecer processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição do Estado. Têm-se aí o surgimento de dois tipos de controle no Brasil: o difuso e o concentrado, em abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1967 retomou o controle difuso, seguindo a tradição da Constituição de 1934 e 1946 e o controle concentrado via Ação Direta de Inconstitucionalidade “interventiva”, surgido em 1934.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações em matéria de jurisdição constitucional. Primeiramente, desmonopolizou a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade ampliando

de forma marcante o número de legitimados para a propositura da ação. Criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, a Emenda Constitucional nº 03, de 1993, criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ampliando e fortalecendo o controle abstrato.

A convivência de dois modelos de controle de constitucionalidade no Brasil permite minimizar as desvantagens de um de outro.

Acerca do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal nesse sistema misto registrou Oscar Vilhena Vieira:

Duplo papel do atual sistema constitucional brasileiro. É o órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois detém a competência recursal máxima, podendo rever decisões dos demais tribunais, em face da sua incompatibilidade com a Constituição. Exerce, também, a função de tribunal constitucional, ao apreciar, de forma concentrada, as ações diretas de inconstitucionalidade. O sistema constitucional brasileiro conjuga, dessa maneira, os modelos americanos e europeu de controle de constitucionalidade das leis, competindo ao Supremo Tribunal Federal atribuições de órgão de cúpula do sistema difuso e especial no sistema concentrado. (VIEIRA, 1994)

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, regulamentou o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Insta ressaltar que a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e a ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) não visam resguardar direitos subjetivos individualizados, mas a guarda da Constituição. Essa vertente é facilmente percebida pelos dispositivos que proíbem a desistência da ação (art. 5º e 16), a irrecorribilidade da decisão final, a impossibilidade da intervenção de terceiro (art. 7ª e 18), com exceção da figura do *amicus curiae* e possibilidade de convocação de audiência pública (art. 9º).

A Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009, acrescentou à Lei 9.868/99 um capítulo que estabelece a disciplina da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Essa espécie de controle concentrado exercido pelo STF visa declarar a inconstitucionalidade de uma omissão dos poderes públicos em não tornar efetiva a norma constitucional, inviabilizando, assim, o exercício de direitos previstos na Constituição.

A Emenda Constitucional nº 45 ampliou a legitimação ativa para ajuizamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) igualando aos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

Facultou-se, também, no ordenamento jurídico constitucional a criação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que foi regulamentada pela Lei 9.882, de 13 de dezembro de 1999.

Uma das mais importantes características da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a larga extensão do conjunto de seus possíveis objetos, fruto de uma abertura semântica, dada pela expressão “ato do Poder Público”, contida no art.1º da lei que a disciplina.

Principalmente, em razão dos efeitos abstratos de sua decisão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental muito se assemelha aos institutos processuais do controle concentrado de constitucionalidade.

Para que a arguição seja admitida, se torna necessário ato do Poder Público, considerado ilegítimo, que tenha violado preceito fundamental da Constituição Federal e que não haja outro meio eficaz de sanar a lesividade. A petição inicial precisa, se for o caso, comprovar a existência de controvérsia judicial, sobre a apreciação do preceito violado.

O § 1º, do art. 6º da Lei 9.882/99, previu também a possibilidade de realização de audiência pública para colher declaração de pessoas com experiência e autoridade na matéria tratada.

Tal abertura decorre dos profundos efeitos (bons ou ruins) que a arguição e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade podem gerar no sistema, proporcionado a abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de construir uma cidadania e proporcionar uma democracia efetiva.

3. Audiências públicas

A democracia participativa prevê várias formas de atuação do cidadão na condução política e administrativa do Estado. Dentre elas destaca-se as audiências públicas previstas constitucionalmente no âmbito legislativo e em diversas normas infraconstitucionais.

As audiências públicas constituem um importante instrumento de abertura participativa que proporciona legitimidade e transparência para as decisões tomadas pelas diferentes esferas de poder.

Tal instituto têm suas raízes no direito anglo-saxão, fundamentando-se no princípio da justiça natural. Esse princípio atualmente se traduz em que, antes da edição de normas administrativas ou legislativas de caráter geral, ou decisões de grande impacto para a comunidade, o público deve ser escutado.

As audiências públicas integram o perfil dos Estados Democráticos de Direito modelados pelo constitucionalismo do pós-guerra europeu, pelo qual o poder político não apenas emana do povo e em nome dele é exercido, mas comporta a participação direta do povo.

É através dela que o responsável pela decisão tem acesso às diversas opiniões acerca da matéria debatida, abrindo oportunidade para as pessoas que irão sofrer os reflexos da deliberação possam se manifestar antes do seu desfecho.

Para a realização de uma audiência pública propriamente dita é indispensável à efetiva participação dos cidadãos. Não se caracterizará como tal a sessão que, embora aberta ao público, o comportamento dos presentes seja passivo, silencioso e meramente contemplativo.

A audiência pública, como espécie do gênero participação popular, constitui-se em importante vertente de prática democrática, tomada em sua plena concepção doutrinária, que é a possibilidade de acesso e exercício do poder. Ela se constitui em enorme meio de obtenção de informações, que capacitam o cidadão para uma participação de resultados, seja através da legitimação dos atos compartilhados com a Administração, seja através de uma constante negociação democrática.

3.1. Audiências públicas no âmbito da Administração

No âmbito da Administração Pública as audiências são um importante instrumento de conscientização comunitária, na medida em que funcionam como um veículo de participação dos particulares em temas de interesse público.

Em um Estado Democrático de Direito a realização de audiências públicas possibilita ao cidadão a obtenção de informações e conhecimento das ações da Administração Pública, bem como a possibilidade de avaliar a conveniência, a oportunidade e a intensidade de suas ações, na medida em que estará administrando de forma compartilhada.

Além de efetivar a garantia de receber informações da Administração e de ser ouvido por ela, as audiências públicas, também, possibilitam o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório pelo cidadão, individualmente ou através de associações.

Uma vez que a Administração Pública, de acordo com o art.37, caput, da Constituição Federal, deve se pautar, dentre outros, pelos princípios da moralidade e publicidade, a realização de audiências constitui uma forma de efetivar tais preceitos constitucionais.

Tal instituto serve, inclusive, no controle e regulação dos serviços de utilidade pública privatizados e deve se realizar de forma semelhante ao processo judicial oral, seguindo os princípios jurídicos do processo legal, quais sejam, a publicidade, oralidade, simplicidade da forma, contraditório e participação do público.

3.2. Audiências públicas no âmbito legislativo

As audiências públicas no Brasil se prestam, também, para subsidiar o desempenho da função legislativa, conforme previsão no art. 58, §2º, II, da Constituição da República de 1988 que dispõe:

Art.58- O Congresso Nacional e suas Casa terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou ato de que resultar a sua criação.

[...]

§2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

[...]

II- realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

A realização de audiências públicas visa integrar representantes e representados, na medida em que permite a participação de integrantes da sociedade civil, quando questões de interesse social ou mesmo de segmentos específicos da sociedade forem suscitados.

3.3. Audiências públicas no processo judicial

A Lei 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, no seu art.9º, §1º, estabelece que:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita

parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

De forma semelhante, a Lei 9.882/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no seu art.6º, § 1º dispõe:

Art. 6º Apreciado o pedido liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º-Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função jurisdicional pode se valer das audiências públicas para instruir o feito a dar um suporte a decisão judicial a ser proferida, mediante a abertura de oportunidade de participação de diversos segmentos da sociedade.

Nesse caso, a audiência pública não visa dar publicidade ao processo, uma vez que ele já é público e, nem se presta a subsidiar uma decisão administrativa.

As opiniões emitidas quando da realização da audiência não vinculam a decisão, visto que têm caráter apenas consultivo.

As audiências públicas funcionam como um ampliado instrumento de informação aos Ministros responsáveis pela dicção da constitucionalidade, objetivando viabilizar elementos probatórios adequados para o racional, técnico e consciente exame da matéria.

4. O controle de constitucionalidade da lei enquanto instrumento democrático

O princípio da separação dos poderes é uma criação do Direito moderno que dividiu as funções entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao Poder Legislativo foi atribuído como principal função a criação das leis que têm como objetivo regular situações abstratamente consideradas.

Klaus Günter, jurista e filósofo alemão, desenvolveu uma teoria jurídica mostrando a estrutura interna do Direito e o que significa argumentar principiologicamente. Seguindo o princípio democrático (princípio da universalização das normas válidas para o Direito) de Habermas, Klaus Günter afirma:

Uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal. Ela pode ser identificada por meio de uma consideração recíproca do interesse de cada um (HABERMAS, 1997, p. 75-ss.). Uma norma seria então justificada, se todos pudessem aceitá-la devido às razões apresentadas. (KLAUS, 2000, p. 86)

Contudo, uma vez que não é possível prever o futuro, as normas criadas não são capazes de prever, incluir e regular todas as situações a serem vividas. Assim, uma norma só poderá ser aplicada quando a sua descrição hipotética se subsumir ao caso concreto. De acordo com Günter, as normas jurídicas são normas *prima facie* aplicáveis. Mais uma vez faz-se necessário recorrer às suas palavras:

A cláusula *prima facie* apenas significa que será insuficiente argüir que uma norma válida é aplicável a este caso. A cláusula *prima facie* contém um ônus recíproco de argumentação. Devido a este ônus de argumentação, os participantes são obrigados a dar boas razões para a modificação ou derrogação de outras normas que poderiam ser aplicadas a uma situação descrita de modo completo. (KLAUS, 2000, p. 91)

Assim, torna-se necessário a argumentação que Günter denomina de discurso de aplicação. Os princípios existentes no ordenamento devem ser tratados como valores e todas as situações de aplicação de uma determinada norma devem ser problematizadas. Dessa forma, o discurso de aplicação deve considerar tanto a legitimidade quanto a adequação de uma norma.

Por sua vez, o discurso de justificação é aquele constituído democraticamente, onde o povo diretamente, ou através de seus representantes eleitos, irá resolver quais princípios se transformarão em regras.

Nessa medida cabe ao Judiciário aplicar essas normas, que nada mais são do que os reflexos dos valores de uma determinada sociedade apresentados de forma racional.

Contudo, não há um método pré-estabelecido capaz de afastar a necessidade de argumentação jurídica frente à complexidade enfrentada pelo aplicador do direito em um caso concreto.

Recorrendo aos trabalhos de Klaus Günter, Habermas adota uma concepção paradigmática do Direito, estabelecendo uma íntima ligação entre a hermenêutica constitucional e o processo histórico, na medida em que o paradigma constitucional vigente deve se conformar sempre com a doutrina jurídica.

Nessa medida, a realização de audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário permite a aproximação entre a realidade histórica vivenciada pela comunidade e a hermenêutica constitucional, construindo um modelo de constitucionalismo no qual o poder político é exercido diretamente pelo cidadão que se sente incluído no projeto político de sua comunidade.

Para garantir que os mais diversos valores construídos historicamente sejam implementados, de acordo com a teoria defendida por Günter, o princípio democrático deve ser observado, seja na confecção, seja na aplicação do Direito. Entretanto, a democracia não deve ser entendida como regra da maioria.

Para Dworkin, democracia não é simplesmente o governo da maioria. De acordo com o autor, o governo do povo significa que todos os cidadãos se vêem num projeto político como parceiros e co-responsáveis.

Assim diz Dworkin:

Se pensarmos a democracia nesses termos, diremos que ela é uma forma de governo na qual os cidadãos agem como parceiros de um co-empresendimento governamental- mesmo quando protestam ou votam contra os representantes ganham ou a política estabelecida. Muitas pessoas encaram dessa forma seus deveres e ações como cidadãos: acreditam tomar parte de uma espécie de responsabilidade coletiva nas ações da comunidade, mesmo quando não deram a sua contribuição. A culpabilidade coletiva é uma forma conhecida, embora dramática, desse fenômeno: milhões de alemães nascidos depois de 1945 sentem apesar disso uma forma de responsabilidade no holocausto, e que devem contribuir nas reparações. Em menor medida, muitos de nós sentimos responsáveis pelos atos dos outros, membros de uma família, mesmo quando não participamos positiva ou negativamente. Só adotando a perspectiva do conceito podemos restabelecer a democracia em sua definição de governo do povo. Nós nos governamos como parceiros de uma *joint venture*, cada cidadão podendo considerar as ações da sociedade inteira como sendo também, indiretamente, suas próprias ações. Entretanto, se esta é a nossa pretensão, temos que nos esforçar para ser dignos dela. Temos que tentar organizar a nossa política de maneira que todos os cidadãos tenham motivos para se sentirem parceiros. Teria sido absurdo que os judeus da Alemanha nazista ou que os negros da África do Sul do apartheid tivessem motivos para se considerarem parceiros de regimes que tentavam aniquilá-los ou submetê-los. E aí intervém o constitucionalismo. Os cidadãos só podem sentir-se parceiros num empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos individuais. Quais são esses direitos? Os direitos antidiscriminatórios, com certeza. A parceria é uma questão de respeito mútuo: não posso ser parceiro de uma sociedade cujas leis me declaram cidadão de segunda classe. A liberdade de expressão é outro direito indispensável. Não sou um parceiro se a maioria considera as minhas opiniões ou meus gostos perigosos, chocantes ou indignos que ninguém seja autorizado a ouvi-los. (DWORKIN, 2001, p. 160-161)

Seguindo as ideias de Dworkin, para que todos se sintam como partícipes do jogo político, todos os cidadãos devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração. Habermas comunga das ideias de Dworkin e apresenta as condições de procedimentalidade para que isso ocorra. Nesse sentido dispõe Habermas:

Contrapondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham a tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto o seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito- claramente determinada na lógica da argumentação- quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito com um estado de exceção. (HABERMAS, 1997, p. 345)

Nessa medida, o juiz não pode anular uma norma no momento de sua aplicação de forma completamente irresponsável. O aplicador do Direito somente poderá declarar uma norma inconstitucional se esta ferir o próprio debate democrático.

A democracia depende de um contexto de liberdade e igualdade cuja institucionalização é promovida pelo Estado de Direito. Sem liberdade e sem igualdade não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador.

Ao declarar uma norma inconstitucional os juízes estão, dessa forma, afirmando o igual respeito e consideração por todos os cidadãos, que nada mais é do que a confirmação do princípio democrático da parceria.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituída na forma de um Estado Democrático de Direito, visa assegurar os valores de uma sociedade pluralista (preâmbulo) e fundamenta-se no pluralismo político (art. 1º, inciso V).

A chamada “Constituição Cidadã” buscou assegurar instrumentos que possibilitem a convivência harmônica dos mais variados projetos de vida, ampliando a gama de direitos fundamentais e inaugurando amplas perspectivas pluralistas em nossa sociedade, com respeito à pessoa humana e à sua liberdade.

A participação política é uma marca da presença democrática do cidadão no Estado. A cidadania foi garantida constitucionalmente na medida em que assegurou ao indivíduo ser titular do direito à participação ativa na formação da vontade nacional, tanto na limitação das liberdades públicas, tanto no controle das ações do poder.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, não pode afastar a cidadania, seja no momento de criação, seja no processo de interpretação. Afastar a participação ativa dos cidadãos contraria a postura de uma “sociedade aberta”.

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional, de forma constitucionalmente adequada, deve garantir ao cidadão a participação no controle judicial de constitucionalidade, como garantia de participação plena de todos os possíveis afetados por aquela decisão.

5. Tensões entre a legitimidade democrática e a jurisdição constitucional

De acordo com Gustavo Binzenbojm, a jurisdição constitucional atua como árbitro no jogo democrático tendo como objetivo assegurar o exercício dos direitos das minorias políticas contra eventuais abusos da maioria, intervindo a favor da democracia (BINZENBOJM, 2010).

O controle judicial de constitucionalidade das leis atribuído a juízes, que não são representantes eleitos pelo povo, traz a tona

uma das principais discussões da atualidade acerca da jurisdição constitucional: o chamado problema contramajoritário. Esse é um tema que apresenta grande complexidade e não há uma resposta pronta para tal questão.

O correto funcionamento do sistema constitucional provoca uma inevitável tensão entre as ideias de que numa democracia o poder de decisão pertence aos eleitos e a necessidade de um meio que permita a supremacia da Constituição mesmo quando as maiorias, refletidas no Executivo e no Legislativo, oponham-se a ela.

Como já discorrido no tópico anterior, Dworkin e Habermas, pretendem compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia.

Na democracia deliberativa, a justificação das decisões estatais não se restringe ao âmbito governamental, mas se estrutura na forma de um diálogo entre governantes e governados, que deve extrapolar o período eleitoral e se fazer presente no cotidiano dos cidadãos. A participação popular também ocorre nos âmbitos social e cultural, através de debates permanentes acerca das questões de interesse público.

O controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Supremas não é contrário à democracia, mas um instrumento democrático de defesa do próprio sistema.

A Corte Suprema ao tomar as decisões no lugar do povo ou de seus representantes eleitos deve resguardar as autonomias públicas e privadas dos cidadãos, como forma de proteger a própria democracia.

De acordo com Habermas, a Corte Constitucional deve adotar uma concepção procedimental da Constituição e:

[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrático do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva dos valores substanciais. A função da

Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política do tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (HABERMAS, 1997, p. 239)

Retomando as ideias de Dworkin, de que o princípio da igualdade só irá se efetivar concretamente quando todos forem tratados com igual respeito e consideração, a jurisdição constitucional é um importante parceiro no jogo democrático que impõe limites aos ímpetus da maioria atuando como força de estabilização do próprio sistema democrático.

O modelo procedimental de Habermas prevê princípios que garantem a inclusão no processo comunicativo, universalizando a possibilidade de participação.

Dessa forma, a autonomia do espaço público deve ser considerada também um elemento central do processo de democratização, sem, contudo, esquecer que essa valorização da esfera pública não significa a perda da importância das instituições legais, especialmente a Constituição e a jurisdição constitucional. A Constituição exerce, no modelo procedimental de Habermas, a função de positivizar o direito; e a jurisdição constitucional, a de garanti-lo.

Uma sociedade justa é aquela que consegue incluir os mais variados projetos de vida, sem que esses projetos sejam massacrados por questões políticas, morais ou econômicas.

O problema que surge é que as decisões das Cortes Constitucionais estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Assim, suas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.

É importante ressaltar que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática em um eventual risco para a democracia.

6. A realização das audiências públicas como fator de legitimação da jurisdição constitucional

Um dos caminhos de abertura hermenêutica para se evitar o risco de o Tribunal Constitucional converter uma vantagem democrática em um eventual risco para a democracia é a realização de audiências públicas, que constituem uma forma de abertura da nossa Corte Suprema à participação popular.

A realização de audiência pública no processo concentrado de controle da constitucionalidade das normas, em determinados casos, permitirá a aferição judicial dos efeitos práticos do ato inquinado.

Em cinco oportunidades o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, fez uso do instituto supramencionado.

A primeira convocação de audiência ocorreu no bojo da ADIN nº 3.510, de relatoria do Ministro Carlos Britto. Tal ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, questionando os dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que autorizavam a utilização de material embrionário, em via de descarte, para fins de pesquisa e terapia.

Nessa oportunidade não havia previsão legal para a designação de audiência pública no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e, por isso, o Ministro Carlos Brito determinou que se aplicasse como parâmetro o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Somente em 18 de fevereiro de 2009, emenda regimental nº 29, acrescentou o parágrafo único ao art.154 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e passou a prever o procedimento para a realização de audiências públicas perante a mais alta Corte do Judiciário brasileiro.

No caso em questão estava em jogo o sentido e a extensão do direito à vida, matéria que desperta controvérsia entre diversos setores da sociedade brasileira, o que levou o Supremo Tribunal Federal a

realizar a audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Nas três ocasiões seguintes, a realização de audiências públicas ocorreram em ações de descumprimento de preceito fundamental.

A ADPF nº 101, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, foi proposta pelo Presidente da República para discutir a legitimidade de decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados contrariando as Portarias do Departamento de Operações do Comércio Exterior, da Secretaria de Comércio Exterior, do Conselho Nacional de Meio Ambiente e de Decretos Federais.

De acordo com a Ministra relatora o ponto crucial da ADPF seria determinar se as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados de países externos ao Mercosul representavam um descumprimento a preceito fundamental, sendo imprescindível, assim, a pacificação da matéria, principalmente em razão do contencioso ocorrido no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 2005, quando apontou afronta aos princípios do livre comércio e da isonomia entre países membros da OMC o fato da proibição de pneus remoldados, no Brasil, não ser aplicáveis aos países do Mercosul.

Frente ao elevado grau de conhecimento técnico demandado para o deslinde do caso, a Ministra relatora entendeu que se fazia necessário a realização de uma audiência pública, nos termos do §1º do art.6º, da Lei 9.882/99, para que especialistas na matéria pudessem se manifestar acerca do assunto.

A ADPF nº 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, discutia a possibilidade de interrupção da gravidez quando constatada a gestação de feto anencéfalo. A ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde buscava demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciava aborto.

O pedido principal da ADPF 54 é que fosse realizada a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II

do Código Penal, declarando inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez anencefálica, diagnosticados por médico habilitado. Buscava-se reconhecer o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A realização de audiência pública não só pretendia ouvir entidades e técnicos acerca do pano de fundo, mas também suscitar conhecimentos específicos que extravasam o limite do próprio Direito.

Nesse caso, além do elevado conhecimento técnico para a solução do caso, questões religiosas e sociais dividiam a opinião acerca da matéria, sendo indispensável a abertura para a participação dos cidadãos e entidades da sociedade.

Tal ação não visava discutir o próprio aborto, e sim, saber se o Estado tem o poder de obrigar uma mulher a manter a gestação de um filho que não vai ter e, portanto, saber se o Estado pode causar um sofrimento involuntário.

A ADPF nº 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi levado ao Supremo Tribunal Federal pelo Partido Político Democratas (DEM) questionando o sistema de cotas raciais adotados pela Universidade Federal de Brasília, desde 2004, que reservou 20% das suas vagas no vestibular.

O principal argumento utilizado pelo partido na inicial é de que o critério raça é inválido para as ações afirmativas, declarando que ninguém pode ser excluído socialmente por ser negro, mas sim por ser pobre e que a única forma legítima para a definição de quem seria negro no Brasil seria por meio da análise genômica dos ancestrais de cada candidato.

Assim, foi determinada a realização de audiência pública, para que autoridades com experiência no assunto tivessem a oportunidade

de manifestarem a sua opinião e dessa forma, auxiliarem no deslinde da questão.

Por fim, foi convocado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes uma audiência pública que ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, técnicos de saúde e usuários do Sistema Único de Saúde nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para prestarem esclarecimentos para o auxílio no julgamento de processos que versam sobre o direito à saúde e tramitam no Supremo Tribunal Federal.

A realização da audiência pública visava discutir questões como a responsabilidade dos entes da federação em matérias relacionadas à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescritas por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamentos não lícito e não previsto nas listas do SUS e fraudes no Sistema Único de Saúde.

O Direito corre o risco de perder o contato com a realidade social, condição que deve ser resolvida pela assunção da democracia. O risco de perder o contato com a realidade é ainda maior quando as decisões são tomadas num espaço tão distante, tanto geográfica, quanto metaforicamente da população atingida. A abertura democrática criada pelas audiências públicas no âmbito do STF é o reconhecimento dessa tensão entre Direito e Democracia, que busca a partir da vontade política dos cidadãos, seus especialistas, suas experiências e expectativas, elementos para responder questões sociais relevantes.

Considerando a teoria procedimental e discursiva da democracia (HABERMAS, 1997), que pressupõe que o Direito legítimo será aquele em que os cidadãos participam não apenas como

destinatários, mas também como autolegisladores, entende-se que a realização de audiências públicas legitima a força antimajoritária da jurisdição constitucional, na medida em que estabelece uma abertura para que pessoas com experiência e autoridade na matéria possam dar esclarecimentos ou fornecer informações acerca de um fato a ser decidido.

De acordo com Habermas, o processo deliberativo deve eleger sempre os melhores argumentos e nessa medida, o Tribunal Constitucional não deve ser visto como um intérprete qualificado com acesso privilegiado à verdade.

É justamente neste ponto que o modelo procedimental de interpretação constitucional de Habermas se afasta da leitura moral de Constituição estabelecida por Dworkin.

Diz Giselle Cittadino:

Com estes argumentos, Habermas justifica porque compatilha com Dworkin a idéia de que as normas jurídicas possuem um sentido deontológico de validade e desta maneira devem ser interpretadas e aplicadas. No entanto, as semelhanças entre as formulações de Habermas e Dworkin não vão muito além dessa concordância em torno da idéia de que as normas jurídicas expressam a natureza de uma obrigação. O modelo procedimental de interpretação constitucional proposto por Habermas, ao contrário da leitura moral de Constituição, tal como elaborada por Dworkin, recusa tanto o processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, como o enfoque monológico de um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade. (CITTADINO, 2004, p. 205)

O paradigma procedimental proposto por Habermas, na medida em que propõe a participação efetiva do cidadão no processo de interpretação constitucional como forma de tornar o Direito legítimo, fortalece a importância do papel desempenhado pelas audiências públicas.

Mais uma vez torna-se necessário recorrer a Cittadino:

Em outras palavras como o cidadão já não é um simples participante de um jogo mercantil, nem meros clientes de burocracia de bem-estar, mas ao contrário, atua decisivamente no âmbito da sociedade civil e das esferas pública e política, a sua vontade e opinião, ainda que informais, interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político. É precisamente por isso que o entendimento acerca da correta relação entre igualdade jurídica e igualdade fática pertencem exclusivamente, segundo Habermas, a cidadãos plenamente autônomos. (CITTADINO, 2004, p. 210)

Assim, a realização de audiências públicas afasta o risco que a falta de controle democrático possa representar e, sem dúvida alguma, fortalece a democracia na medida em que permite a participação direta dos cidadãos que influencia diretamente nas decisões que, porventura, possam afetá-los.

Nessa medida, as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, ainda que pouco utilizadas, tornam as decisões mais legítimas, democráticas e acertadas, pois exercitam a soberania direta do povo e a negociação democrática.

7. Conclusão

O presente trabalho procurou demonstrar a relevância do papel desempenhado pelas audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, enquanto forma de legitimação da jurisdição constitucional.

Partiu-se de uma ideia de democracia, não como governo da maioria, mas sim como um governo do povo, no qual todos os cidadãos se vêm incluídos no projeto político e são tratados com igual respeito e consideração.

De acordo com a teoria procedimental e discursiva de Jürgen Habermas, o Direito legítimo é aquele que proporciona uma ampla

inclusão no processo comunicativo com a participação dos cidadãos, não somente no momento de escolha de seus representantes por meio do processo eleitoral, mas cotidianamente.

Como forma de implementar essa democracia participativa, a realização de audiências públicas comporta um modelo de constitucionalismo pelo qual o poder político é exercido com a participação direta e efetiva dos cidadãos, objetivando que os mais diversos projetos de vida sejam incluídos.

A abertura procedimental e a negociação democrática são fundamentais para que a jurisdição constitucional brasileira se efetive, sem correr o risco de se tornar uma força antidemocrática.

A realização de audiências públicas constituem um importante aliado do sistema constitucional vigente garantindo que os cidadãos deixem de ser meros clientes da burocracia e atuem decisivamente no seio da sociedade.

A jurisdição constitucional exerce um papel fundamental, viabilizando o respeito aos procedimentos democráticos para a formação de uma opinião e de uma vontade política inclusiva, com a efetiva aplicação dos princípios constitucionais, mesmo quando as maiorias representadas pelo Executivo e o Legislativo se oponham a ela.

Essa forma de legitimar o Direito, sem que haja uma imposição irresponsável da vontade da maioria, em última instância, fortalece o próprio regime democrático.

8. Referências bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM , Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. LEI 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 31/08/2010.

BRASIL, LEI 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em 31/08/2010.

CATTONI, Marcelo Andrade. 15 anos de Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.) *O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, Cap.5.

CATTONI, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora, 1994, n. 191.

DWORKIN, Robert. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 34/27, 1990.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e concreção dos direitos sociais. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 10, p. 50-88, jan/jun,2008.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: tensão dialética no controle de constitucionalidade. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 14, p. 96-121, jan/jun,2010.

GUNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro,1997.

KERCHE, Fábio. 15 anos de Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.) *Democracia e Liberalismo: um encontro não tão bem resolvido no Brasil pós-constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, Cap.15.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. Poder e Democracia: o pluralismo político da Constituição de 1988. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145&p=1>>. Acesso em 31/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública - Ação Afirmativa*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública ADPF 54*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública ADPF 101*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101>>. Acessado em: 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública Saúde*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 03/09/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_agosto_2010.pdf>. Acesso em 03/09/2010.

VELLOSO, Caio Mário. 15 anos de Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio (Org.). *O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, Cap.9.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*. São Paulo: RT, 1994.

Artigo recebido em: 13/01/2011

Artigo aprovado em: 04/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20110016