



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ANA PAULA OLIVEIRA DE SOUZA

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS JUNTO AO SUPREMO
E A IDEIA DE REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA

Brasília, 2018

ANA PAULA OLIVEIRA DE SOUZA

**AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS JUNTO AO SUPREMO
E A IDEIA DE REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA**

Dissertação apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília, 2018

ANA PAULA OLIVEIRA DE SOUZA

**AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS JUNTO AO SUPREMO E A
IDEIA DE REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA**

Dissertação apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília, ____, de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Orientador

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Primeiro Examinador

Professor Doutor, Paulo Gustavo Gonet.
Segundo Examinador

Brasília, 2018

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa não estaria completa sem o apoio de pessoas especiais que Deus colocou em minha vida.

Assim, primeiramente, agradeço a Deus por me fortalecer e me iluminar, por colocar pessoas abençoadas no meu caminho ao longo desta caminhada.

Agradeço especialmente a meu orientador, professor Gilmar Ferreira Mendes, que de plano aceitou o encargo de me orientar, participando ativamente na elaboração deste trabalho e me oferecendo todo o suporte necessário para o seu desenvolvimento. Deus o abençoe sempre, muito obrigada.

A minha família, minha fonte de energia. Em especial a minha mamãe, meu pilar de sustentação, minha inspiração. Te amo muito, mamãe.

A minha irmã Rejiane, por me ouvir todas as vezes que eu ligava estressada, sempre tinha uma palavra de incentivo que me enchia de energia, muito obrigada. Te amo muito.

A minha princesa Letícia, mesmo tão novinha, compreendeu o meu abandono no percurso deste trabalho. Te amo, minha princesa, você é meu presente de Deus.

A meus irmãos, Rafael, Marlene, Giliarde, obrigada por existirem em minha vida. Amores da minha vida.

Aos meus sobrinhos amados, Gabriela, João Guilherme, Pedro Henrique, Carlos Eduardo e Athur; obrigada meus pequeninos, que com o amor puro me fortalecem a cada dia.

Às duas bonequinhas especiais, minhas cunhadas-irmãs, Aline e Keine; obrigada por existirem em minha vida. Amo muito vocês.

Ao meu cunhado Alessandro, obrigada por existir em minha vida; mesmo em silêncio sei que posso contar sempre que precisar.

RESUMO

A presente pesquisa teve por objetivo responder se as audiências públicas realizadas junto ao Supremo Tribunal Federal podem ser vistas como instrumento de concretização da Representação Argumentativa no Estado Democrático de Direito, como o parlamento. Para isso, são analisadas todas as ações em que o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública, com o escopo de compreender o procedimento adotado pela Corte brasileira, o perfil dos participantes e o impacto efetivo desse mecanismo no voto do colegiado. Busca-se, assim, investigar em que medida as audiências públicas realizadas junto ao Supremo vêm se transformando em um instrumento capaz de ampliar o caráter deliberativo do STF e, desse modo, promover o diálogo entre a sociedade, bem como examinar se a interface entre esses atores é apenas formal ou é capaz de influenciar a fundamentação dos votos dos Ministros, de modo a ampliar a base informacional e proporcionar maior legitimidade democrática nas decisões do STF, a ponto de torná-lo órgão de representação argumentativa.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Representação Argumentativa. Audiência Pública.

ABSTRACT

The present research had the purpose of answering whether the public hearings held before the Federal Supreme Court can be seen as an instrument for the implementation of the Argumentative Representation in the Democratic State of Law, as well as the parliament? To do so, it will analyze all actions in which the Federal Supreme Court held a public hearing, with the scope of understanding the procedure adopted by the Brazilian Court, the profile of the participants and the effective impact of this mechanism on the collegiate vote. It will be sought to investigate in what measures the public hearings held at the Supreme Court have become an instrument capable of broadening the deliberative character of the Supreme Court and thereby promote dialogue between society, as well as examining whether the interface between these actors and is only formal or is able to influence the reasoning of the ministers' votes, so as to broaden the informational base and provide greater democratic legitimacy in the decisions of the STF, point of making it organ of argumentative representation.

Keywords: Supreme Court. Argumentative Representation. Public Hearing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Audiência Pública
Art.	Artigo
CD	Câmara dos Deputados
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
MP	Medida Provisória
N.	Número
RI	Regimento Interno
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA	15
1.1 Teoria da Argumentação.....	15
1.2 Relação do Direito e Teoria da Argumentação jurídica.....	17
1.3 Teoria da Argumentação Jurídica	21
1.4 Teoria da argumentação representativa	29
1.5 Eleição é parâmetro de representatividade?	35
1.6 Representação sem eleição da Corte brasileira	41
2 AUDIÊNCIA PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	46
2.1 Amparo legal do exercício das audiências públicas no âmbito do STF	51
2.2 Inserção da sociedade no processo de interpretação da Constituição por meio das audiências públicas	54
2.3 Democracia deliberativa de Habermas estimulada pela audiência pública no âmbito do STF	65
2.4 Audiências Públicas: mecanismo de diálogo institucional	70
3 ANÁLISE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	75
3.1 Audiência pública e ideia de representação argumentativa	75
3.1.1 <i>Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) – ADI n. 3.510-DF</i>	<i>75</i>
3.1.2 <i>A judicialização do direito à saúde</i>	<i>83</i>
3.2 Impacto das audiências públicas no voto dos ministros do STF	90
3.2.1 <i>Interrupção de gravidez - feto anencéfalo- ADPF n. 54.....</i>	<i>90</i>
3.2.2 <i>Audiência sobre Regime Prisional - RE n. 641.320</i>	<i>93</i>
3.2.3 <i>Financiamento de Campanhas Eleitorais – ADI n. 4.650</i>	<i>94</i>
3.2.4 <i>Importação de pneus usados – ADPF n. 101.....</i>	<i>96</i>
3.2.5 <i>Política de ação afirmativa de acesso ao ensino superior - RE n. 597.285.....</i>	<i>97</i>
3.2.6 <i>Lei seca: proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias - ADI-DF n. 4.103.</i>	<i>99</i>
3.2.7 <i>Uso de amianto - ADI n. 3.937.....</i>	<i>101</i>
3.2.8 <i>Audiência TV por assinatura - ADI-DF n. 4.679</i>	<i>103</i>
3.2.9 <i>audiência campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia - RE n. 627.189</i>	<i>105</i>
3.2.10 <i>Queimadas em canaviais - RE n. 585.224</i>	<i>105</i>
3.2.11 <i>Biografia não autorizada - ADI n. 4.815</i>	<i>107</i>

3.2.12 Programa mais médicos - ADI-DF n. 5.037	108
3.2.13 Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil - ADI n. 5.062 e ADI n. 5.065	109
Ainda para o Ministro Luiz Fux	111
3.2.14 Internação hospitalar com diferença de classe no SUS - RE n. 581.488.....	112
3.2.15 Ensino religioso em escolas públicas – ADI n. 4.439.....	114
3.2.16 Uso de depósito judicial - ADI n. 5.072.....	116
3.2.17 Novo Código Florestal - ADI n. 4.902.....	117
3.2.18 Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos - RE n. 973.837	120
3.2.19 Bloqueio do aplicativo WhatsApp - ADPF n. 403	120
3.2.20 Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares -RE n. 101.0606	123
3.2.21 Interrupção voluntária da gestação - ADPF n. 442	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

Quem nunca ouviu falar na expressão popular “faca de dois gumes”? Tal expressão é utilizada para indicar algo ou alguém de dois extremos opostos, ou seja, uma dualidade que comporta o bem e o mal, por exemplo. Assim é a ciência jurídica, que, às vezes, se encontra em tal dualidade, com base no argumento da democracia.

A dualidade em questão existente no Direito origina o neoconstitucionalismo, cuja finalidade é limitar a atuação do poder estatal por meio da inclusão dos direitos codificados em um documento único denominado Constituição.

Portanto, a partir da II Guerra Mundial, a jurisdição constitucional tem assumido papel de destaque no que concerne à garantia e à efetivação dos direitos positivados na Constituição. O fenômeno da constitucionalização do Direito deslocou a jurisdição constitucional para o centro do debate político, uma vez que a judicialização das questões políticas e sociais se tornou um fenômeno inevitável.

Essa expansão da Jurisdição Constitucional frente aos modelos tradicionais de democracia tem sido fruto de questionamento acerca da possibilidade de as Cortes decidirem sobre assuntos eminentemente políticos, emanados pelos órgãos tradicionais de representação. Emergindo, assim, a tensão em relação à legitimidade democrática das decisões proferidas na Corte Constitucional.

O Brasil não é diferente dos outros Estados. Aqui a Jurisdição Constitucional tem assumido papel de destaque no cenário político nacional, uma vez que o Supremo Tribunal Federal passou a decidir sobre questões de grande relevância política, social ou moral. Tal acessão do STF também tem sido alvo de questionamentos, principalmente sobre sua legitimidade democrática frente ao modelo tradicional de democracia.

Assim, a presente pesquisa tem como norte o seguinte questionamento: as audiências públicas realizadas junto ao Supremo Tribunal Federal podem ser vistas como instrumento de concretização da Representação Argumentativa no Estado Democrático de Direito?

Nesse sentido, para que as finalidades esperadas nesta pesquisa fossem alcançadas, procedeu-se à junção da Teoria da Representação Argumentativa, desenvolvida por Robert Alexy, com a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes, de Peter Habermas.

Segundo o ensinamento de Alexy, todo poder estatal se origina no povo, e é preciso entender não somente o Parlamento, mas também o Tribunal Constitucional como

representante do povo. Ainda ensina o autor ser necessário que o tribunal não somente “promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão”, mas que o povo reconheça a decisão da Corte Constitucional como própria.

Peter Haberle, por seu turno, ensina que a interpretação da Constituição deve ser realizada de forma aberta, plural e pública. Para o autor, uma vez que a interpretação da Constituição é extensiva maior a número de intérpretes, ocorrerá coincidência dos ideais da sociedade com os fundamentos constitucionais. De modo que a doutrina haberliana associa a teoria da democracia a uma sociedade pluralista. Assim, partindo da fórmula de que quem vive a norma acaba por interpretá-la, o autor propõe a democratização da interpretação.

Nesse contexto, em decorrência do espírito democrático trilhado pela Constituição Federal de 1988, o Supremo tem adotado as audiências públicas como mecanismo de abertura ao debate democrático em sede de controle de constitucionalidade, de forma a tornar tal ação um espaço democrático de Representação Argumentativa, assim como no Poder Legislativo.

Nesse sentido, o desenvolvimento da presente pesquisa se dá com o intuito de examinar as audiências públicas realizadas junto ao Supremo como instrumento de efetivação de representação argumentativa. A análise foi desenvolvida em três capítulos.

Logo no primeiro capítulo, será apresentada a Teoria da Argumentação no cotidiano da sociedade como mecanismo de uma convivência saudável no cenário de disputa, cuja finalidade é encontrar uma solução pacífica sem que seja necessário o uso da força.

Ainda nesse capítulo será desenvolvido um estudo acerca da relação da Teoria da Argumentação enquanto algo imprescindível à prática jurídica dentro do contexto do pós-positivismo e do direito atual. Também será traçado um estudo acerca da importância da Teoria da Argumentação no direito, dentro do contexto do Estado Constitucional de Direito.

Além disso, nesse capítulo, será estudada a Teoria da Representação Argumentativa, com a finalidade de verificar se é possível alguém se sentir representado por outrem por meio de argumentos. Para isso, discute-se em que medida é possível afirmar o Tribunal Constitucional como órgão de representação argumentativa, mesmo que seus membros não sejam eleitos.

Ainda no primeiro capítulo, abrimos um parêntese, a fim de propor uma discussão acerca da eleição e da representação no Estado Democrático, sem o objetivo, contudo, de

aprofundar o tema a ponto de esgotá-lo, mas tão somente o suficiente para que pudéssemos verificar se a eleição poderia ser considerada parâmetro de representatividade do povo no Estado democrático.

Para encerrar, o primeiro capítulo também desenvolve uma pesquisa acerca da representação sem eleição do Supremo Tribunal Federal. O arcabouço teórico da Teoria da Representação Argumentativa, proposta por Robert Alexy, foi utilizado para alcançar os objetivos aqui esperados.

Portanto, o segundo capítulo desenvolve estudo sobre a adequação da Teoria da Representação Argumentativa por meio da realização de audiência pública junto à Corte Constitucional brasileira, com vistas a conferir legitimidade representativa ao Supremo Tribunal Federal, assim como o Parlamento.

Para alcançar a finalidade esperada nesse capítulo, será estudada a audiência pública no controle de constitucionalidade, ainda foi pesquisada a inserção da sociedade no processo de interpretação da Constituição. É cedida a influência da doutrina de Habermas: “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” na decisão do STF de realizar audiências públicas como mecanismo que dialoga com a sociedade.

Também no segundo capítulo foi estudada a democracia deliberativa habermasiana, fomentada pelo uso das APs junto ao STF. Ainda foi desenvolvida uma pesquisa acerca da audiência como instrumento que diagnostica falhas e engendra soluções que muitas vezes não podem ser vislumbradas pelo STF, mas podem ser propostas pelos outros poderes. Assim, esse instrumento seria um meio de efetivação da atuação conjunta dos poderes, fomentando o diálogo institucional.

No terceiro capítulo foi feita uma análise das audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal para possibilitar a abertura do debate democrático em sede de controle de constitucionalidade, com objetivo de examinar se esse mecanismo constituiria fórum hábil para efetivar o Supremo como órgão de representação argumentativa, assim como o parlamento.

Portanto, até a presente data, foram realizadas 24 audiências, sendo que não foi possível ter acesso aos dados da última delas, razão pela qual não foi analisada. Em virtude da diversidade de audiências realizadas, optou-se, para melhor adequação metodológica, dividir a análise das audiências em dois blocos.

No primeiro bloco, serão analisadas duas audiências, a referente à ADI 3.510-DF¹, de 2007 – que trata da Lei de Biossegurança – e a audiência referente à judicialização da saúde. A escolha dessas audiências deu-se em razão da profundidade dos debates, bem como por conta da diversidade de participantes expositores. Assim, buscou-se analisar as regras, o formato de organização e a condução dos trabalhos realizados nas audiências, assim como o perfil dos participantes.

No segundo bloco, serão analisadas aquelas audiências em que o fórum de discussão foi centrado naqueles setores que tinham interesses direto, ou seja, em que o âmbito de discussão foi menos amplo. Nesse sentido, foram analisados os despachos de convocação de todas audiências, com o objetivo de verificar as razões dos Ministros do STF para convocar as audiências. Assim como foram estudados todos os vídeos e transcrições das audiências realizadas, visando verificar a interação dos Ministros com os participantes expositores, o entendimento dos Ministros ao realizar audiência, assim como a participação dos Ministros no evento da audiência.

No terceiro capítulo, foram estudados os votos dos Ministros nas ações em que se realizou audiência, a fim de compreender o procedimento adotado pelo STF para a audiência pública e o impacto efetivo do instituto no voto colegiado final do Tribunal, tendo como pano de fundo a legitimidade democrática da decisão desta Corte.

Também, no terceiro capítulo, estudamos as notas taquigráficas com o propósito de analisar a participação dos Ministros no evento.

Finalmente, no quarto capítulo, as considerações finais são apresentadas, para concluir-se que as audiências são instrumentos relevantes e apresentam potencial para reafirmar o diálogo entre o STF e a sociedade. Porém, necessita de arranjo no sentido de ser instrumento de efetivação do Supremo a ideia de representação argumentativa.

Diante do exposto, busca-se, com a presente pesquisa, fazer com que a academia e o poder Judiciário compreendam que a audiência pública foi ao encontro do desejo do STF em dar maior legitimidade democrática às suas deliberações, ensejando, assim, maior participação da população no processo de interpretação das normas constitucionais. E que este mecanismo pode sim ser um instrumento eficaz para a concretização da Representação da Argumentação do Supremo no Estado Democrático Direito.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

O presente estudo optou por adotar os procedimentos histórico-jurídicos e práticos, sem abandonar as perspectivas conjunturais: a interpretação da Constituição combinada com as circunstâncias atuais, que só podem ser analisadas a partir do contexto histórico-social.

Os mecanismos adotados versam em históricos, periódicos legais, bem como em jurisprudências e doutrinas. Como procedimentos complementares, tem-se a análise criteriosa das audiências públicas realizadas junto ao Supremo como instrumento de efetivação da Representação Argumentativa do STF, com bem afirma Robert Alexy, segundo o qual o Tribunal Constitucional possui representação argumentativa, assim como o parlamento.

O método empregado foi o raciocínio dedutivo, cujos pontos de partida foram a Teoria da Representação Argumentativa dos Tribunais Constitucionais, de Robert Alexy, e a teoria de Peter Habermas, Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. O desenvolvimento da investigação tem por finalidade verificar se audiências públicas realizadas junto ao Supremo como instrumento de efetivação da representação argumentativa.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA

1.1 Teoria da Argumentação

O presente capítulo tem como finalidade a análise da Teoria da Argumentação no cotidiano da sociedade como instrumento de construção de comunicação saudável em contexto de disputa cujo objetivo seja encontrar uma solução pacífica sem que faça necessário o uso da força.

Inicialmente, para que possamos entender a necessidade do estudo da Teoria da Argumentação, ou simplesmente argumentação, é primordial compreendermos que a prática da comunicação é essencial para a sobrevivência de todos os seres vivos e que o ato de se comunicar é inerente ao ser humano.

A relação em sociedade impõe que se estabeleça uma comunicação entre seus membros, e essa comunicação se dá por meio dos jogos de linguagem, dentre os quais, está a argumentação, a qual consiste na “arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis”².

Argumentar é a tentativa de convencimento dos interlocutores por meio de uma persuasão racional, se distanciando da imposição por meio da força³.

Assim, no caso do ser humano, a necessidade de comunicação vai bem além da comunicação. Ele precisa se relacionar com o mundo, defender suas ideias por meio de diálogos racionais. Tendo em vista a pluralidade dos valores existentes em uma sociedade e as diferentes opiniões, a convivência harmônica entre indivíduos não é fácil, assim urge a necessidade do mecanismo da argumentação.

Portanto, a pessoa que faz uso da argumentação tem por finalidade convencer seu auditório, além de aspirar motivar a adesão desse auditório às teses que foram expostas. A arte da argumentação estabelece contato intelectual entre os participantes na tentativa de convencer os ouvintes da tese apresentada.

Aristóteles foi quem inaugurou o papel da linguagem como expressividade do pensamento lógico, tratando, assim, da teoria da argumentação. Julgava a retórica como

² RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnica de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

³ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnica de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

primordial para o conhecimento, por proporcionar a estruturação e a exposição de argumentos, denominando-a de “arte de falar bem”.

Argumentar é a habilidade de persuadir, por intermédio do discurso, através do uso de palavras, que devem estar coesas e cheias de sentido. A palavra “argumentação” significa discutir determinado assunto apresentando, contrapondo as razões, por meio do raciocínio lógico, que levem a uma conclusão, de modo a afastar qualquer uso da força coercitiva.

A Teoria da Argumentação remonta à teoria do conhecimento atinente ao campo da filosofia. O estudo da Teoria da Argumentação tem por pressuposto estabelecer relações com vários outros ramos do conhecimento, segundo os quais, por meio de raciocínios lógicos, é possível alcançar conclusões mutuamente aceitáveis em debates e negociações. Por meio da argumentação, o orador expõe seu raciocínio, as razões pelas quais defende determinadas ideias diante de um auditório. Nesse sentido entende Habermas que

Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos da fala constantes ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como validades proposições normativas ou descritivas. Uma teoria da argumentação que esclarece o papel e a construção de argumentos considera o jogo de argumentos sob o aspecto do produto e oferece, no pior dos casos, um ponto de partida para uma fundamentação, ultrapassam uma justificação interna de juízes de direito.⁴

De modo que a intenção do orador, ao fazer uso da argumentação, é a de influenciar e convencer o seu auditório de compartilhar sua tese apresentada. Consequentemente, para demonstrar que uma determinada posição tem mais valor do que outra, o orador necessita de argumentos, que acolhe um discurso fundamentado na autoridade.

Assim, o orador, ao fazer uso da argumentação, tem que ter em mente que seu discurso será direcionado para um público diversificado, razão pela qual ao exteriorizar suas ideias por meio da argumentação, deve adaptar-se conforme as características particulares de cada auditório.

⁴ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 280-281.

De forma que, sendo o desejo do orador envolver o maior número possível de telespectadores, ele não poderá ser parcial, mas sim imparcial, de forma a poder formular argumentos contrários. Nesse sentido, cita-se o entendimento de Alexy:

Quem é partidário, desde que seja sincero, convence apenas aquele entre cujo número conta. Quem deseja convencer a todos precisa ser não-partidário. Isto porque pressupõe o direito de apresentação de quaisquer argumentos contrários. [...] este princípio da imparcialidade da parte de um orador corresponde à condição relativa à discussão pela qual todo orador tem o direito de introduzir qualquer argumento no discurso.⁵

Daí percebe-se que o processo de argumentação faz parte do cotidiano da sociedade. Assim, o ser humano, ao se comunicar com outros indivíduos com vistas a atender seus interesses pessoais, faz uso da argumentação, que se revelou fundamental entre os gregos. No instante em que a democracia se consolidou como indispensável, as pessoas tiveram necessidade de recorrer à justiça para se defender.

Essa é a razão pela qual, além da argumentação geral utilizada diariamente na sociedade, existem profissões em que o uso do argumento é uma ferramenta essencial de sucesso ou insucesso, como para os profissionais do Direito, por exemplo, os quais, para provar ou refutar a validade da tese apresentada em cada caso concreto, necessitam fazer uso de bons argumentos, capazes de tornar sua tese aceita nos tribunais.

Nesse sentido, a seguir propõe-se o estudo da relação do Direito com a Teoria da Argumentação.

1.2 Relação do Direito e Teoria da Argumentação jurídica

As linhas que se seguem têm a finalidade eminentemente centralizada na relação da Teoria da Argumentação, enquanto algo imprescindível à prática jurídica dentro do contexto do pós-positivismo, e do Direito atual. A finalidade traçada aqui é a de refletir acerca da importância da Teoria da Argumentação na ciência jurídica, dentro do contexto do Estado Constitucional de Direito.

A importância da Teoria da Argumentação na ciência jurídica está em estabelecer um método que possa ser avaliado como escolha dos melhores argumentos a fim de

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 139.

promover decisões racionais que sejam aceitas na sociedade sem que seja necessário o uso da força coercitiva.

Com a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, este passa a ter o dever de colocar a salvo os direitos do homem, no centro de suas preocupações, de modo que a aplicação do direito deveria ser permeada de racionalidade.

A partir da codificação do direito do homem e sua conseqüente transformação em direitos fundamentais, é conclamada a proteção sobre todos os escalões do sistema jurídico, bem como perante o legislador. Assim, tais direitos são elevados à categoria de direito de hierarquia suprema. Nesse sentido, Robert Alexy entende que:

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento do direito do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para legitimidade do direito positivo.⁶

Em razão da proteção desses direitos, surge a necessidade de que eles sejam codificados em um documento único e, nos principais países que adotaram o sistema democrático de governo, o documento escolhido foi a Constituição. Nesse contexto, cita-se o entendimento da Vera Karam:

O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição- *law of lawmaking*, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da nação de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária.⁷

Nessa direção, verifica-se que a Constituição é a morada da democracia e funciona com pano de fundo para os demais ramos do ordenamento jurídico, o qual deu à Corte Constitucional a incumbência da sua guarda, por meio da jurisdição constitucional. Entende Bonavides ser a Constituição cada vez mais um consenso, no qual se cristaliza a

⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

⁷ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, jan.-jun., 2010, p. 159, p. 160.

morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais e, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania.⁸

Assim, em se tratando de Estado Democrático de Direito, o estudo sobre a Teoria da Argumentação jurídica é essencial para a solidificação do Estado Constitucional, com vistas a assegurar a legitimidade democrática das decisões dos órgãos jurisdicionados.

O direito é um meio possível de materialização social da justiça, tendo em vista o fracasso do formalismo no positivismo. Aspira-se, por meio do direito, atender às pretensões da sociedade, permitindo uma convivência pacífica entre os homens; seu âmago dirige-se ao desenvolvimento, sob pena de estagnação. Há de se observar que o positivismo jurídico pregava o fundamento de validade da norma restrita ao que está positivado. Por outro lado, os pós-positivistas pronunciam no sentido de elucidar prováveis conflitos axiológicos entre a força dos argumentos conferida aos juízes.

Nessa direção, o operador do direito não pode ficar restrito às regras, esquecendo-se do ser humano, como ser em desenvolvimento, sendo necessário que o sistema jurídico se adapte às transformações da sociedade para que não perca sua finalidade de apresentar solução aos conflitos de interesses por meio de decisões equânimes, sem o uso da força bruta, como ocorria antes do Estado de Direito.

Para os seguidores da Teoria Pura do Direito, o fundamento de validade do direito está restrito às normas positivas. Já para os pós-positivistas, tem-se a necessidade de balanceamento dos conflitos da força dos argumentos e a lei positivada. Nesse sentido, Chaim Perelman assim assevera:

sem negar a autoridade do legislador, admitir-se-á busca que sua vontade pode ser arbitrária, que os textos que adota devem cumprir uma função reconhecida, promover valores socialmente aceitos. Sem ser a expressão de uma razão abstrata, supor-se à que, para ser aceito e aplicado, o direito positivo deve ser razoável, noção de vaga que expressa uma síntese, que combina a preocupação da segurança jurídica com a equidade, a busca do bem com a eficácia na realização dos fins admitidos. Será o juiz, bem mais do que o no legislador, que se confiará para a realização dessa síntese, aceita porque razoável (*vernunftig*). É impossível fornecer, de uma vez por todas, o critério do razoável. Como todas as ideias vagas, esta será mais facilmente reconhecida de uma forma negativa: o acordo sobre o desarrazoado permite, por exclusão, aproximar-se do razoável.⁹

⁸ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁹ PERELMAN, Chaim, **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 463.

Nessa direção, o direito não poder visto como algo pronto e acabado, mas suscetível a interpretação, cabendo ao intérprete, além da função de esclarecimento dos ditames legais, a promoção de sua contextualização com os interesses e necessidades da sociedade, de forma que venha a desvendar como o legislador se comportaria caso tivesse a oportunidade de solucionar tal caso.

De forma que o formalismo do direito pregado pelo positivismo como um modelo pleno de regras, no qual não há espaço para lacunas, desprezando a existência de princípios, não abarca as necessidades da pluralidade da sociedade contemporânea. O direito, como foi sustentado pela Escola Histórica, é resultado da evolução histórica dos costumes e tradições de um povo. Assim, de acordo com o ensinamento de Robert Alexy,

Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso, somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado.¹⁰

O positivismo jurídico pregava, ainda, a separação do direito e da moral, compreendendo o direito de um modo completamente neutro, como uma estrutura lógica formal, despido de qualquer conexão com a moral.

Já no modelo pós-positivismo jurídico, não existe separação entre direito e moral. Entre os autores que abraçam tal modelo, podemos citar Robert Alexy, que considera ligados o direito e a moral, ligados por meio de princípios, do mesmo modo que a argumentação jurídica propõe aplicação justa para o direito.

Para Alexy, as regras são aplicáveis na forma de “tudo ou nada”. Sendo a regra válida, ela deverá ser aplicada em sua integridade e, em caso de conflito entre regras, somente uma será aplicada ao caso concreto.

Já os princípios, de acordo com os ensinamentos de Alexy, são normas que ordenam que algo se realize na medida do possível, em relação a possibilidades fáticas. De modo que os princípios são mandamentos de otimização, qualificados pela possibilidade de satisfação em graus diversos, em conformidade com as argumentações fática e jurídicas¹¹.

Também ensina Alexy que, havendo colisão entre princípios, um terá primazia sobre os demais. Por meio da ponderação, é possível verificar o maior peso de um

¹⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 121.

princípio em relação ao outro, sem a necessidade de invalidação deste, apontado o de menor peso, podendo ser feita retribuição dos pesos de modo distinto¹².

Ainda segundo o ensinamento de Alexy, os princípios não têm condições de determinar a resposta correta para cada caso, necessitando de um suporte para que alcancem a aplicação racional do direito. Assim, Alexy busca a aplicação racional do direito e desenvolve uma teoria da argumentação jurídica, qualificando-a como sendo um caso especial da argumentação geral¹³.

Dessa forma, o próximo item tem como finalidade o estudo da Teoria da Argumentação Jurídica.

1.3 Teoria da Argumentação Jurídica

A Teoria da Argumentação Jurídica foi um mecanismo extremamente importante no “neoconstitucionalismo” – expressão surgida na segunda metade do século XX, com o intuito de reafirmar a Constituição como base do Estado Democrático.

Estado de Direito é a possibilidade de organização estatal que sucedeu ao chamado Absolutismo, em razão das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a francesa, com as quais se afirmou o constitucionalismo.¹⁴

Argumentação jurídica é um processo de construção de informações que interagem continuamente, essencial ao profissional do direito, tendo em vista que o saber jurídico se expande em um ambiente de contradição frente ao direito do outro. Nesse sentido, entende Rodríguez:

No direito, nada se faz sem explicação. Não se formula um pedido a um juiz sem que se explica o porquê dele, caso contrário diz-se que o pedido é desarrazoado. Da mesma forma, nenhum juiz pode proferir uma decisão sem explicar os motivos dela, e para isso constrói raciocínio argumentativo, sem argumentação, o Direito é inerte e inoperante.¹⁵

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122-127.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126.

¹⁴ **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnica de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 05-06.

Assim o exercício do direito traduz-se basicamente em argumentar, exigindo do profissional do direito uso de argumentos, para expor claramente seus pontos de vistas, bem como a produção das razões necessárias para o cumprimento da função de disponibilizar parâmetros para a produção do direito. Nas palavras de Rodríguez, “a argumentação é a própria prática do Direito, é como ele se opera, principalmente nas lides forenses. Engana-se quem pensa que apenas o conhecimento jurídico interessa ao operador do Direito”.¹⁶

Nesse sentido, a ciência do direito é essencialmente argumentativa; os argumentos são as razões do direito, evidenciando uma ciência fértil para o jogo de linguagem da argumentação. O “bom jurista é caracterizado por sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade”.¹⁷

Daí a razão pela qual o uso da argumentação jurídica é um elemento imprescindível no dia a dia dos profissionais do Direito. Esse profissional tem que ter em mente que terá de adaptar o seu discurso ao argumentar em cada caso concreto, ou seja, não poderá ter um argumento único para todos casos. Nesse mesmo sentido, podemos citar o entendimento de Barroso:

A argumentação jurídica faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento, em que todos os participantes do processo apresentam argumentos e a fundamentação é requisito essencial da decisão judicial.¹⁸

Nessa linha, a argumentação jurídica é aquela em que os profissionais do direito estão vinculados à norma vigente e à racionalidade. A arguição jurídica faz uso de mecanismos normativos que, por meio da racionalidade, buscam convencer o telespectador. Assim, Barroso observa que o “uso da argumentação tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões”¹⁹. Nesse mesmo sentido, é possível apontar o entendimento Anízio Pires Gavião Filho:

Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade de uma Teoria da

¹⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnica de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 07.

¹⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2000, p 17.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338-339.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 339.

Argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido como um caso especial do discurso geral²⁰.

Em contraposição à corrente dos juristas que se recusa a aceitar o raciocínio dedutível no desenvolvimento da argumentação jurídica, MacCormick defende ser fundamental esse tipo de raciocínio. Entende que a argumentação dedutiva se faz presente em situações em que todas as partes aceitam a norma a ser aplicada e clara e a quando se chega à conclusão da prova dos fatos. Assim, para MacCormick,

Argumentação dedutível é aquela argumentação que se compromete a demonstrar que os enunciados normativos, que conduzam à conclusão da argumentação, estão claros nas premissas da argumentação. Será válida a argumentação dedutível, se não importa qual será o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem a conclusão.²¹

Daí percebe-se que a Teoria da Argumentação revela-se um instrumento fundamental na modernidade, por se mostrar um mecanismo que busca a justeza dos enunciados normativos no discurso jurídico, frente ao Estado Democrático. Para Jurgen Habermas,

o princípio do discurso e a forma jurídico de relações interativas não são suficientes, por si mesmos, para fundamentação de qualquer tipo de direito. O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o *medium* do direito, formado um sistema de direito que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca.²²

Em razão disso, o modelo do positivismo jurídico da norma pura não atende aos anseios da sociedade contemporânea, o que favorece a crescente crise enfrentada pelo positivismo jurídico cerrado, cedendo espaço para as novas teorias jurídicas que permitem a racionalidade na aplicação do direito, e criticam o método lógico-dedutivo como mecanismos eficientes para apresentar soluções aos casos difíceis.

²⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 143.

²¹ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e a teoria do direito**. São Paulo: Landy, 2006, p. 26

²² J HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 165.

Assim, ao recorrer à Teoria da Argumentação Jurídica como pano de fundo dos princípios e das regras constitucionais capaz de conceder a racionalidade desejada, Barroso analisa a forma de interpretação do Judiciário em relação a sua atuação em casos fáceis e difíceis. A respeito do assunto entende MacCormick que

A interpretação jurídica lida com casos fáceis e com casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos com base na lógica formal, dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Já nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que estão integralmente contidos nos enunciados normativos, aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da argumentação jurídica²³.

De forma que a Teoria da Argumentação Jurídica está fundada na alegação de que outros indivíduos devem compreender as razões que estão sendo utilizadas pelo orador, para defender sua posição sobre uma norma, diante da decisão a ser tomada.

Para Alexy,

Um significado possível é afirmação de que o atual processo de justificação ou deliberação pode proceder aos critérios do discurso geral, e que a justificação jurídica apenas serve como legitimação secundária de qualquer conclusão a que se chegue de maneira. Podendo ser chamada essa tese da subordinação. Sempre que houver casos em que a solução não possa ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático geral por trás de uma fachada jurídica²⁴.

Abrindo um leve parêntese, é possível perceber que a filosofia discriminava as teorias do conhecimento e o contexto de descoberta e o de justificação. A atividade de descobrir e enunciar seguindo a opinião geral não é possível de uma verificação de uma categoria coerente²⁵.

Por meio da distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, pode-se distinguir duas perspectivas de análise das argumentações. A primeira é que o ponto de vista de análise seria uma determinada perspectiva das ciências sociais. Já a

²³ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e a teoria do direito**. São Paulo: Landy, 2006, p. 339.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 30.

²⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2000, p 21-22.

segunda perspectiva de análise das argumentações seria de disciplinas diversas, que estudam sob que condições se reputa justificado um argumento.²⁶

As distintas teorias da argumentação jurídica se justificam por ter como finalidade idealizar o raciocínio jurídico, de modo que seja lógico e atingível, acrescentando a racionalidade na aplicação do direito e possibilitando maior controle da justificação das decisões judiciais²⁷.

A Teoria da Argumentação Jurídica, desenvolvida com profundidade por Robert Alexy, se enquadra na perspectiva de que o argumento tem que ser justificado e busca demonstrar como as decisões jurídicas são fundamentadas de fato.²⁸

Robert Alexy inicia sua caminhada na construção da Teoria da Argumentação, qualificando o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático, ou seja, como um meio de discurso de justificação.

Na introdução da teoria do discurso prático geral, o autor demonstra as possíveis teorias do discurso racional, qualificando-as como empírica, analítica ou normativa. O autor afirma que a teoria do discurso racional é uma teoria normativa: “finalmente, ela é normativa, quando propõe e justifica os critérios para a racionalização do discurso jurídico”.²⁹ Acredita Alexy que as regras do discurso se subdividem em quatro categorias: a fundamentação técnica, a empírica, a definitória e a fundamentação pragmático-transcendental ou pragmático-universal.³⁰

Ainda destaca que os “discursos jurídicos são um caso especial dos discursos práticos gerais”³¹, já que a argumentação jurídica advém de um cenário de uma série de condições limitadoras. E, segundo o autor, o ponto comum entre o discurso jurídico e o

²⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2000, p 22-23.

²⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2000, p 22-23.

²⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2000, p 22-23.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 22.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 22.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 26-27.

discurso geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas.³²

Ainda segundo Alexy, pode-se diferenciar o discurso legal do discurso geral, em razão de aquele ser restrito em seu objetivo, pelo estatuto, por precedentes e pela dogmática legal – no caso dos procedimentos judiciais –, pela legislação e regulamentações processuais. [...] o discurso legal acontece dentro de uma estrutura de condições limitadoras, não se diz nada sobre como essas limitações devem ocorrer na prática.³³

Tanto no discurso prático geral como no discurso jurídico, a finalidade é a de promover a correção. A particularidade é que a pretensão de correção no discurso jurídico consiste no anseio de correção no discurso jurídico, de outra forma como no discurso prático geral, não se refere a isso, o que absolutamente é correto, mas a isso, o que, no quadro de um determinado sistema jurídico, é correto, mas a isto, o que, no quadro de um determinado sistema jurídico, é correto.³⁴

Dessa forma, tem-se aí uma Teoria da Argumentação Jurídica, capaz de proporcionar critérios que possibilitem a avaliação de um juízo de valor racional. A distinção da argumentação jurídica da prática geral é um dos pontos centrais da teoria em questão.

Ainda observa Alexy que o cerne da temática do caso especial consiste em sustentar que o anseio por correção também se elabora no discurso jurídico, porém tal pretensão se distingue do discurso prático geral – não faz referência à racionalidade das proposições normativas, mas somente ao ordenamento jurídico vigente, que possam ser racionalmente fundamentadas³⁵.

Verifica-se que os discursos jurídicos são vinculados e devem respeitar as normas vigentes, bem como observar os princípios fundamentais, para uma não contradição na decisão. Nesse sentido, é possível afirmar que as deliberações jurídicas são racionais, e

³² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 26-27.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p 29.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p 29.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005P.217.

sua fundamentação é retirada das normas vigentes – validadas de modo a atender aos princípios democráticos³⁶. “O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais”³⁷. Assim, nem todas as discussões jurídicas são abertas ao debate público.

De modo que a argumentação jurídica não pode ser analisada como uma fórmula matemática. Nesta se buscam resultados previsíveis, exatos, e naquela tem-se verossimilhanças. Não se pode admitir exclusivamente, a aplicação do modelo silogístico ao processo de prolação de decisões judiciais.

Assim, a insuficiência da lógica formal para a justificação das decisões judiciais não significa que ela não seja útil para a prática. Com efeito, têm-se ainda alguns poucos casos onde o raciocínio jurídico se opera pela lógica formal, isto é, por meio de raciocínios essencialmente dedutivos³⁸. O juiz, ao deliberar sobre determinado assunto, pode fazer uso de informações de outras ciências.

Para Camargo,

A compreensão requerida pelo direito poderá ser realizada e apresentada concretamente, mediante o recurso técnico da argumentação, enquanto a argumentação, como instância dialógica, permite o exercício da liberdade, do confronto e do amadurecimento de ideias em direção a uma solução jurídica nem certa nem errada, mas razoável³⁹.

Retornemos às ideias de Alexy, o qual apresenta quatro situações que demonstram a insuficiência de seguir a lógica formal, a saber: 1) a imprecisão da linguagem; 2) o conflito entre normas; 3) a existência de lacunas; e 4) a possibilidade excepcional de decisões contra a lei⁴⁰. Indaga-se, então, como devem ser fundamentadas as decisões

³⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 39.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 210.

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 154-171, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/1877/8236>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

³⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Pref. de Vicente de Paulo Barretto. Posf. de Antonio Cavalcanti Maia. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 8.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. Técnica da Tradução e Introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 33.

jurídicas? Assim, Alexy desenvolve diretrizes imprescindíveis para a Teoria da Argumentação Jurídica, sendo a justificação interna e externa.

Dessa forma, os discursos jurídicos que versam sobre a justificação, segundo Alexy, podem ser tratados como fundamentação de um caso especial de questões normativas⁴¹, ou seja, a que retrata as decisões jurídicas. Nesse sentido, dois são os fatores de justificação a serem observados, quais sejam: 1) a justificação interna – que se relaciona às premissas expostas; e, 2) a justificação externa – que se refere à correção das premissas internas⁴².

De acordo como os ensinamentos de Alexy, as justificações externas são mais abrangentes que as internas. Alexy as classifica em seis grupos, a saber:

Regras e formas de interpretação, argumentação da ciência do direito do uso dos precedentes, argumentação prática geral, da argumentação empírica, assim como das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Para designar estes grupos como uma só palavra, pode-se eleger as palavras: lei; ciência do direito; precedente; razão; empírica e formas especiais de argumentos jurídicos⁴³.

Ainda segundo Alexy, a finalidade da interpretação é alcançar um resultando constitucional “correto” por meio de um procedimento racional e controlável, instituindo, assim, a certeza e a previsibilidade jurídica, ao invés do acaso, da simples decisão pela decisão.

De modo que o Poder Judiciário, ao fazer uso dos métodos de interpretação, pode chegar a diferentes conclusões, até mesmo em julgamentos de casos semelhantes, devido ao amplo círculo dos cânones da interpretação, além do grande número de intérpretes.

A despeito das distintas formas de interpretação, é possível questionar: como saber se a interpretação escolhida para fundamentar o argumento jurídico é a mais adequada para o caso em questão? Nesse sentido, Barroso aponta três parâmetros que devem ser observados:

A necessidade de fundamentação normativa; a necessidade de respeito à integridade do sistema e o peso a ser dado às consequências concretas

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 217.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 218/226

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 227.

da decisão. A argumentação jurídica deve ser preservada extremamente sob seu caráter jurídico – não se trata de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política. Deve-se preservar a integridade do sistema, faz uma referência a Ronald Dworkin segundo o qual a prática judicial é como um “romance em cadeia”. De modo que é possível o juiz exercer a própria criatividade, sem romper com o sistema. O interprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. [...] os juízes e tribunais não podem lançar mão de uma argumentação inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões. O juiz constitucional não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, sobre a vida das instituições, do Estado e das pessoas.⁴⁴

Ressalta-se que a argumentação jurídica é de grande importância na hermenêutica interpretativa. Para Barroso, tal “importância está associada à filosofia política e à filosofia moral”.⁴⁵ A habilidade para interpretar é medida por bons argumentos, de modo que o processo de interpretação e aplicação do Direito não legitima decisões despidas de argumentos.

Portanto, o propósito do próximo capítulo é analisar a Teoria da Representação Argumentativa dos Tribunais Constitucionais, desenvolvida por Robert Alexy, ao afirmar que não se pode vincular o conceito de democracia unicamente ao procedimento de decisão centralizado somente nas eleições. Assim, a democracia necessita de argumentos concretizadores da democracia argumentativa.

Dessa forma, o tópico seguinte tem por norte a Teoria da Representação Argumentativa, a partir do arcabouço teórico desenvolvido por Robert Alexy.

1.4 Teoria da argumentação representativa

Este capítulo pretende examinar se é possível alguém ser representado por outrem por meio de argumentos e se a compreensão de representação, numa perspectiva democrática, é conciliável com a representação argumentativa. Para isso, será debatido em que medida é possível afirmar os Tribunais Constitucionais como órgãos de legitimidade representativa, assim como o parlamento, mesmo que seus membros não

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 342-344.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 342-340.

sejam eleitos, tendo como arcabouço teórico a Teoria Representação Argumentativa, desenvolvida por Robert Alexy.

Robert Alexy qualifica os direitos fundamentais como mandamentos de otimização⁴⁶. A qualificação de tais direitos enfrenta diversas críticas teóricas, dentre elas, a de Habermas, para quem inexistem parâmetros racionais para o sopesamento de direitos fundamentais.⁴⁷

A partir daí, Alexy, além de aprimorar a lei da ponderação, traduzida em fórmula matemática, ainda exhibe a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional na ideia de “Representação Argumentativa”.

Assim, Alexy, usa como ponto de partida para desenvolver a Teoria da Representação Argumentativa a relação entre democracia e direitos fundamentais. A primazia hierárquica de tais direitos inibiria a autonomia do legislador ordinário, tornando-os antidemocráticos, na medida em que frearia a atuação do legislador legitimado democrático do povo por meio de eleições.

Ressalta-se que uma das principais teses que permeia a construção do raciocínio de Robert Alexy sobre legitimidade democrática do Tribunal Constitucional na ideia de “Representação Argumentativa” é a relação existente entre democracia representativa, por meio de eleição do parlamento, e democracia representativa sem eleição dos Tribunais Constitucionais.

Nessa direção, visando alcançar seu intento, Alexy se dedica a desenvolver a Teoria da Representação Argumentativa na tentativa de harmonizar o conflito existente no modelo de democracia por meio de eleição e democracia sem eleição, de modo a legitimar democraticamente as decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais.

Todavia, cabe ressaltar que a busca por modelo de deliberação judicial guarnecido de maior legitimidade não é um fenômeno novo no campo da Teoria da Argumentação e da jurisdição constitucional, porém o modo de materialização da apresentação no terreno do poder Judiciário sempre foi um obstáculo de difícil superação.⁴⁸

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Posfácio. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 567-757.

⁴⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 236-273, maio, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>>. Acesso em: 20 out. 2018.

Usando como parâmetro que, em um Estado Democrático de Direito, “todo poder emana do povo”⁴⁹, Alexy defende um outro modelo de representação, diversa da política, oriunda de uma racionalidade discursiva e de procedimentos de ponderação, aptos a direcionar os juízes a alcançar uma decisão adequada, de forma que a vontade do povo possa se manifestar não somente por seus representantes eleitos, mas também por meio das argumentações jurídicas. A “chave para resolução desse problema é a distinção entre a representação política e a argumentação do cidadão”.⁵⁰

Nesse sentido, acredita Alexy que o conceito de democracia não pode ser vinculado unicamente ao procedimento de decisão centralizada nas eleições e advoga no sentido de que a democracia não inclui apenas a decisão, mas fundamenta-se também com argumentos.⁵¹ O relacionamento que tem o povo com o parlamento necessita ser acolhido não somente por meio de decisões, devendo ser acrescentado também argumento, de forma que a relação entre o parlamento e povo não pode ser rotulada apenas de eleição e votação.⁵²

Ainda nessa direção, Alexy defende que “a compreensão da argumentação no conceito de democracia faz da democracia deliberativa, e esta é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto admissível como meio de tomada de decisão”⁵³.

Alexy ainda afirma que o jogo democrático compreende uma racionalidade discursiva, e o discurso impõe a democracia deliberativa. Nesse modelo de democracia, o discurso não é composto puramente por interesse e poder, compreende também argumentos dos particulares, que buscam soluções políticas corretas. Para o autor, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa quando as leis, além de respeitarem os direitos fundamentais, ainda os promovem, caso contrário o remédio seria recorrer à jurisdição constitucional. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional exerce o papel de “instância de reflexão do processo político”⁵⁴.

⁴⁹ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

⁵⁰ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

⁵¹ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 164.

⁵²ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

⁵³ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

⁵⁴ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35-36.

Contudo, muitas foram as críticas enfrentadas pela Teoria da Representação Argumentativa, entre elas, podemos citar as premissas de que os tribunais são “representantes da razão”, em contrapartida os parlamentos são representantes do povo.

Assim, Jeremy Waldron entende “ser necessária maior presença do Poder Legislativo no modelo Constitucional Legítimo”⁵⁵. O autor assevera também que o “parlamento tem a função de representar os principais anseios da sociedade, elaborando leis, e que este tem por finalidade representar o povo uma vez que são eleitos por um processo democrático”⁵⁶. E ainda:

que as decisões morais envolvidas num debate Constitucional não deveriam ser resolvidas sob a perspectiva de um agente único, que busca a melhor solução de acordo com os princípios últimos de justiça. Ao contrário, com fundamento na legitimidade democrática, devem ser resolvidas por um parlamento que adjudicaria soluções autoritárias para as questões de desacordo moral existente na sociedade⁵⁷.

Acerca do assunto, Conrado Hubener Mendes, ao citar Andrew Petter, aduz que “um caminho mais adequado para a teoria democrática seria perseguir o aperfeiçoamento institucional do parlamento e não celebrar uma instituição não eleita, que supostamente ameniza os problemas da outra.”⁵⁸

Portanto, considerando que “todo poder estatal se origina do povo”⁵⁹, Robert Alexy supõe que é preciso compreender não somente o Parlamento, mas também a argumentação exercida pelo Tribunal Constitucional. A representação do Tribunal Constitucional ocorre de modo diferente. O Parlamento, por força de um mandato popular, representa o cidadão politicamente, e o Tribunal, argumentativamente.⁶⁰

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *Internacional Journal of Constitutional Law – I-CON*, v. 7, n. 1, p. 2-24, 2009. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/7/1/2.full.pdf+html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

⁵⁶ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *Internacional Journal of Constitutional Law – I-CON*, v. 7, n. 1, p. 2-24, 2009. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/7/1/2.full.pdf+html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

⁵⁷ SILVA, Cecília de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro; MOURA, Francisco; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo; VALLE, Vanice Lírio do. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição?. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, jul. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33743>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

⁵⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações*. Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018, p. 149.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

Por outro lado, Mendes certifica não ser necessário opor-se à ideia de que a representação possa ser um fenômeno mais fértil do que apenas a eleição para ser contra a crença na superioridade racional da Corte. Ainda assevera o autor que:

A participação da corte na política é mais sutil e imaginativa do que o senso comum admite, não se trata somente de aplicar o direito proteger a sociedade contra suas fraquezas e vicissitudes, mas também de criatividade liderar a agenda pública sobre temas amortecidos e dormentes, apontar horizontes e provocar reações.⁶¹

Logo, deve ser dito que a representação do povo pelo Tribunal Constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela existente no Parlamento. Em relação à argumentação jurídica, Roberto Alexy consigna que:

o princípio fundamental “todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquele pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que dirige contra tal não se dirige ao povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instancia de reflexão do processo político. Se um processo de reflexão entre a coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático⁶².

Assim, a Corte Constitucional não somente faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do Tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. É preciso destacar que esse entendimento não é algo unânime na doutrina.

⁶¹ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**. Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

⁶² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

Advoga Alexy que a representação argumentativa confere legitimidade democrática às deliberações proferidas pelas Cortes Constitucionais.⁶³ Para que realmente se tenha a representação, faz-se importante que “o Tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão”, mas que a população reconheça o Tribunal como seu representante⁶⁴.

Todavia, para Alexy, a representação argumentativa⁶⁵ mostra-se eficiente a partir do momento em que o Tribunal Constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Tal fato se dá quando os argumentos do Tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, bem como conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados⁶⁶.

Para Mendes,

Supor que a corte, simplesmente por não ter membros eleitos, é um agente externo à comunidade e longe de seu controle, como se as decisões “deles” jamais pudessem ser percebidos como “nossos” e ignorar um conceito mais abrangente e desejável de legitimidade.⁶⁷

Dessa maneira, se um processo de reflexão entre a coletividade, o legislador e o Tribunal Constitucional se estabiliza duradouramente, tem-se uma institucionalização que deu certo no que tange aos direitos do homem no Estado Constitucional Democrático. Nesse sentido, os direitos fundamentais encontram-se reconciliados⁶⁸.

Retornando ao entendimento de Alexy,⁶⁹ tem-se que a existência de bons ou plausíveis argumentos é suficiente para a deliberação ou reflexão, mas não para a representação. O autor salienta que a representação se legitima de argumentos válidos. E

⁶³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

⁶⁷ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**. Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 164-165.

somente são validos os argumentos dados por pessoas capacitadas e racionais, e apenas são corretos os argumentos que atendem à pretensão de correção e abarquem um número significativo de cidadãos que acreditam que o argumento possua como característica a correção. E, ainda, que os argumentos utilizados pela Corte Constitucional devem possuir respaldo no povo⁷⁰.

Assim, a partir deste ponto da pesquisa, discute-se acerca da legitimidade democrática das decisões Supremo Tribunal Federal, e se a Corte pode ser ovacionada como órgão de representação, assim como o parlamento, mesmo não sendo um órgão eletivo.

No entanto, antes busca-se entender o problema da democracia representativa, com a finalidade primeira de verificar se eleição pode ser confundida com representatividade.

1.5 Eleição é parâmetro de representatividade?

Neste tópico propõe-se uma discussão acerca da eleição e da representatividade no Estado Democrático. Aqui não se tem a pretensão de aprofundar o tema a ponto de esgota-lo, mas tão somente o suficiente para que possamos verificar se a eleição pode ser considerada parâmetro de representatividade do povo no Estado Democrático de Direito.

As democracias contemporâneas despertam certa paixão pelo modelo eleitoral como forma de extrair a legitimidade democrática representativa a partir de eleições periódicas, com igualdade de voto, em que o povo elege os membros do parlamento, cuja função é executar as determinações daqueles que os elegeram⁷¹.

De modo que os Estados que adotam esse modelo de democracia transferem para o modelo eleitoral o caminho para se alcançar a legitimidade democrática. “As eleições conferem legitimidade de mandato, mas a afirmação da soberania por meio de eleições é insuficiente para conferir legitimidade aos atos e decisões do mandato”⁷².

Em contrapartida a esse modelo de democracia, as Cortes Constitucionais não possuem a legitimidade democrática representativa do povo. Portanto, é plausível indagar

⁷⁰ ALEXY, Robert. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 164-165.

⁷¹ ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político (nota de trabalho). **Revista Brasileira de História**, v.15, nº 30, 1995, p. 9-22.

⁷² ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político (nota de trabalho). **Revista Brasileira de História**, v.15, nº 30, 1995, p. 9-22.

se as eleições são instrumentos suficientes para garantir a soberania popular no Estado Democrático em que o poder estatal é extraído do povo. Nesse sentido, cita-se Maria Rita Loureiro:

É amplamente reconhecido que as eleições são instrumentos insuficientes de expressão da soberania popular, de representatividade dos governantes e de representatividade dos governantes.⁷³

Assim, é importante inserir a Corte Constitucional no arranjo de democracia representativa, uma vez que a esta foi confiada a guarda da Constituição. Se o “povo” aprovou a Constituição e esta adota a revisão judicial, significa que esse arranjo recebeu a chancela democrática”.⁷⁴ “Democracia não se realiza simplesmente pela existência de um legislador eleito que toma decisões por regra de maioria independente de outras condições”.⁷⁵

Segundo ensinamento de Alexy, “a jurisdição Constitucional é exercício do poder estatal”,⁷⁶ ferramenta essencial para a efetivação dos direitos fundamentais da sociedade, no Estado Democrático, se todo poder estatal decorre do povo, tão somente a jurisdição constitucional se legitima adequada a esse modelo de Estado se buscar sua legitimidade na Democracia⁷⁷.

Para Hans Kelsen, a jurisdição constitucional pode ser considerada “como um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir os exercícios regulares das funções estatais”⁷⁸, ou seja, é a concessão de poderes a um órgão jurisdicional, com

⁷³ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 1, Brasília, jan.-jun./2009, p. 63-93. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/6594>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁷⁴ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**. Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.apes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018, p. 61.

⁷⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**. Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.apes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018., p. 57.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 29 mar. 2016, p 162.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 29 mar. 2016, p 162-163.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123-124.

objetivo de averiguar a conformidade, a harmonia das leis e os demais atos do Direito Constitucional.

Arremata Bonavides⁷⁹ que a jurisdição constitucional está relacionada à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. Em um mundo moderno, composto por sociedades pluralistas e complexas e regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, tal instância deve ser, antes de tudo, moderadora de conflitos.

Portanto, a finalidade da Teoria da Representação é estabelecer um sistema de decisão democrático que proporcione o máximo de oportunidades para os cidadãos participantes. “A representação não se esgota na eleição”⁸⁰, mas tem como finalidade que o povo eleja pessoas que venham a representar verdadeiramente seus interesses.

O modelo de democracia atual decepciona, o sentimento dos eleitores é de orfandade por não se sentirem devidamente representados. Se observarmos a realidade do sistema de representação, podemos verificar que não existe conformação da vontade do povo, uma vez que a vontade dos prováveis representantes do cidadão suprime o interesse político coletivo em nome de um interesse próprio. Segundo Mendes, “a democracia precisa de proteção e de respeito à Constituição”.⁸¹

Acentua-se que os políticos, como representantes eleitos pelo povo, deveriam negociar os desejos e valores de seus representados, no entanto estão negociando seus próprios interesses esquecendo a finalidade para qual o povo os nomeou como representantes.

Salienta-se, ainda, a ânsia dos políticos de alcançar seus interesses pessoais coloca-se entre o desejo de serem reeleitos, desvirtuando completamente o sistema representativo, e visualizando o povo como o meio para alcançar seus interesses próprios. De forma que o abandono político do povo conduz o sistema eleitoral, como mecanismo de representação, ao fracasso.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁸⁰ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**. Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018., p.164.

⁸¹ MENDES, Conrado Hubener. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. XXIV.

Para Loureiro Maria Rita,

Os princípios representativos fundamentam a legitimidade dos regimes, a formação da autoridade, os arranjos institucionais e as formas de vinculação entre os cidadãos e o poder nas democracias contemporâneas. [...] As eleições são instrumentos insuficientes de expressão da soberania popular de responsividade e de representatividade dos governantes. O peso desmesurado do poder econômico, a corrupção relacionada ao financiamento de campanhas, desproporcionalidade na tradução de valores em cadeiras, entre espaços de representação. Além disso, o declínio acentuado do comparecimento às urnas na maior parte das democracias indica igualmente que os partidos são cada vez menos capazes de representar opiniões, interesses, valores sobretudo as novas identidades que surgem nas sociedades atuais”.⁸²

De maneira que não é suficiente, em um Estado Democrático, apenas a positivação dos direitos dos cidadãos na vida do Estado, quando esses direitos são usados de modo a desvirtuar a real finalidade de representação. Nesse sentido, entende Conrado Hubner Mendes

que a democracia não se resume à vontade da maioria legislativa ou eleitoral, já que precisaria respeitar direitos fundamentais. De outro lado, a democracia não seria somente uma forma de decisões da coletivas, mas um regime que precisa respeitar alguns conteúdos mínimos de justiça. De modo que o argumento, o controle de constitucionalidade pode proteger o núcleo substantivo indispensável da democracia, de modo a reforçar, em vez de corroer esse regime.⁸³

Dessa maneira, quando os membros do parlamento visam apenas seus interesses, estão indo de encontro com o que está posto na Constituição, de forma que o parlamento se torna antidemocrático. Desse modo, se faz necessário alocar no sistema representativo todos os poderes do Estado de Direito, para que, assim, a finalidade de representar os cidadãos possa ser alcançada.

O sistema eleitoral é um instrumento que estabelece a responsividade do governo frente a sociedade, todavia não pode ser qualificado como único⁸⁴. Nessa direção, ensina

⁸² LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 1, Brasília, jan.-jun./2009, p. 63-93. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/6594>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁸³ MENDES, Conrado Hubener. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. XXIV.

⁸⁴ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 67, n. 7, p. 191-268, 2006. Disponível

Sombra que aos cidadãos devem ser franqueados os meios que os permitam falar e ser ouvidos de forma efetiva, isto é, intervir decisivamente na tomada de decisões em arenas públicas, sem a oposição dos representantes eleitos⁸⁵.

Nesse sentido, é temerário qualificar eleições como único parâmetro de representatividade democrática. No caso do Brasil, o povo não se sente representado por aqueles que elegeram por meio de voto direto; podemos comprovar isso observando. Nesse sentido, cita-se o ensinamento de Sombra, segundo o qual

A representação, enquanto expressão da vontade da maioria, tem acarreado atrofia de uma série de percepções democráticas e uma delas é a forma pela qual as Cortes Constitucionais têm delineado os regimes democráticos contemporâneos. A essência da representatividade democrática e das suas deliberações, enquanto expressão social de poder político depende da percepção da dupla legitimidade aludida por Rosanvallon. Entretanto, ela requer, que os cidadãos analisem suas instituições por suas ações e as considerem legitimadas na medidas em que as reconheçam como socialmente uteis.⁸⁶

Essa é a razão pela qual o povo brasileiro tem, por meio de manifestações, se reunido nas ruas com a finalidade de reivindicar seus direitos. Assim, se a eleição torna a representação legitimamente democrática, como se explica o clamor do povo, indo às ruas em busca de seus direitos, por ser sentirem órfão de representação, abandonados por aqueles que deveriam representar seus interesses? Como ocorreu no recente caso da greve dos caminhoneiros, que mobilizaram o país, com o objetivo de se fazer ouvir pelos seus representantes eleitos.

Outro exemplo de fracasso das eleições como mecanismo de democracia representativa fica visível quando um representante eleito pelo povo alcança índices altíssimos de rejeição pela população, caso do atual presidente da República do Brasil, o qual, porém, continua no poder representando o povo. Nessa situação, a rejeição do povo

em:<http://desafios2.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/urbinati.pdf>.

Acesso em: novembro de 2018.

⁸⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 236-273, maio. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁸⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 236-273, maio. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>>. Acesso em: 20 out. 2018.

que o elegeu o presidente da República tornaria esse representante antidemocrático, tendo em vista que ter sido eleito, transformando em sistema autoritário.

Nessa direção, qualificar unicamente as eleições como instrumento de democracia representativa é no mínimo falacioso. Um sistema, para ser caracterizado como democrático, com a participação do povo, tem que oferecer o mínimo de liberdade. A participação tem que influenciar verdadeiramente a vida política do Estado. Apenas o fato de um país adotar um sistema eleitoral não o torna, conseqüentemente, democrático.

Além disso, países em que seus cidadãos são silenciados, os tornam “instrumentos perfeitos de decisões autoritárias, conduzindo a democracia ao fracasso”.⁸⁷ Nesse sentido cita-se Dahl:

A liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política. [...] A liberdade de expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros tem para dizer. [...] sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perdem sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo.⁸⁸

Posto isso, destaca-se que a finalidade da Teoria da Representação é estabelecer um sistema de decisão democrático que proporcione o máximo de oportunidades para os cidadãos participantes. O povo não pode ser tolhido no seu direito. Faz-se necessário que o sistema eleitoral seja repensado para um modelo em que o povo realmente se sinta participando da vida política do Estado Democrático.

Para Robert Dahal,

assiste-se, de um lado, à emergência de propostas e reformas políticas que procuram corrigir os problemas dos sistemas eleitorais e partidários e tornar os governantes mais representativos. De outro lado, os que descrevem da representação política e das reformas de seus sistemas institucionais, defendem novas formas de participação popular para além das eleições e dos partidos políticos.⁸⁹

⁸⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília, Edu-UnB, 2016, p. 110.

⁸⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília, Edu-UnB, 2016, p. 110.

⁸⁹ LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 1, Brasília, jan.-jun./2009, p. 63-93. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/6594>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Em face do exposto, torna-se necessário repensar a legitimidade da democracia representativa, considerando importante a complementaridade entre as instituições eleitorais e a Corte Constitucional e a inserção de uma nova forma de participação.

A partir de então, buscaremos a resposta para a seguinte indagação: até que ponto o STF pode ser ovacionado como órgão representativo, assim como o parlamento, mesmo que seus membros não sejam eleitos diretamente pelo povo?

1.6 Representação sem eleição da Corte brasileira

Independentemente das críticas direcionadas à Teoria da Representação Argumentativa, de Robert Alexy, o Supremo, em diversas ocasiões, tem demonstrado acolher o alicerce da teoria em suas decisões. Podemos verificar tal afirmação no julgamento da ADI n. 3.510-DF, em que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, pronunciou abertamente ser favorável ao arcabouço teórico alemão, apropriando-se de seu discurso. A Corte brasileira tem procurado, na categoria da “representação argumentativa”⁹⁰, a fonte da legitimidade de representação democrática do povo, assim como o parlamento.

O Supremo aspira alcançar maior legitimidade deliberativa, e esse desejo ultrapassa o modelo tradicional de representação, no sentido de dar e receber autoridade ou ser identificado pelos representados – “agir pelo outro ou agir como outro” –, razão pela qual indaga-se sobre o que tonaria uma instituição representativa e porque as Cortes Constitucionais, a despeito do papel contramajoritário, poderiam ser considerados como tais, mesmo que não tenham o corpo de membros eleitos.⁹¹

No julgamento da ADI 3.510, o Ministro Gilmar Mendes, à época presidente do STF, mencionou expressamente a Teoria Representação Argumentativa⁹² em seu voto. Ensina o Ministro que o Supremo é uma instituição com espaço aberto à reflexão e à

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 163.

⁹¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 236-273, maio. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁹² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 163.

argumentação jurídica e moral, com repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.⁹³

No Brasil, a forma de representatividade se dá pelas eleições, em que os cidadãos elegem seus representantes nos Poderes Executivo e Legislativo por meio de votação direta. Já os juízes brasileiros são empossados via concurso público, não havendo interferência da população em sua nomeação⁹⁴.

É oportuno ressaltar que os Ministros do STF são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha por maioria absoluta no Senado Federal. Nesse sentido, é possível afirmar que estaria caracterizada uma legitimidade representativa indireta⁹⁵.

Por meio da interpretação do art. 1º, Parágrafo único, da Constituição Federal de 1988⁹⁶, é possível inferir que o Brasil adota um modelo democrático misto, em que o povo diretamente exerce a democracia ao ir às urnas para eleger seus representantes, e exerce a democracia de forma indireta sendo representado por seus eleitos⁹⁷. Assim, tendo em vista que os Ministros do STF são nomeados pelo chefe do Executivo Federal após a aprovação dos representantes dos Estados – que representam o povo – pode-se concluir que estes possuem legitimidade democrática.

Em contrapartida, as argumentações jurídicas proferidas pelo STF devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade da sua decisão, sendo ainda necessária motivação. Segundo a Ministra Carmem Lucia, “a bíblia de um juiz é a Constituição, e a emoção não faz direito, onde a razão é transformada em escolha jurídica”⁹⁸.

Cabe salientar que, mesmo que os Ministros do STF não sejam eleitos pelo voto direto do povo, na tomada de suas decisões tem-se a necessidade de convencimento de todo um colegiado, ou seja, faz-se necessário o convencimento dos demais Ministros do argumento ali utilizado. Nesse sentido, aponta-se aqui outro diferencial do parlamento,

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

que, ao deliberar, prescinde de convencimento, necessitando tão somente da vitória em uma votação qualquer.

O Brasil adota o sistema democrático misto, ou seja, a representação não se dá somente por meio da participação direta, em que o povo vai às urnas eleger seus representantes, mas também pela participação indireta, em que o povo se faz representar por aqueles escolhidos por ele diretamente, de modo que o STF não pode ser rotulado como um órgão antidemocrático, tendo em vista que seus membros são escolhidos por representantes do povo.⁹⁹

Ora, se analisarmos a frase “todo poder emana do povo”,¹⁰⁰ podemos verificar que o Supremo é o órgão que possui a legitimidade de proteção dos direitos fundamentais, fundantes da democracia. Fica, assim, constatada que a representação da Corte é dada pelo povo, quando a nomeou como guardião da Constituição, tendo em vista que esta é fruto do poder constituinte originário, de titularidade exclusiva do povo.

Ensina Mendes que a Constituição qualifica-se como a morada da democracia, fruto da vontade do povo, definindo que a representação do parlamento se daria por meio de eleições periódicas, por meio de voto. Para Streck, “a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade política, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do estado democrático de direito”.¹⁰¹

Além disso, verifica-se que o povo também elegeu o STF com representante, porém a sua representatividade não seria por meio de voto, mas por meio de argumentos, visando à proteção dos direitos fundamentais, quando estes fossem desrespeitados pelos órgãos de representação eletiva. Nessa ordem de ideias, **um dos papéis** do Tribunal Constitucional consiste em proteger o procedimento democrático da legislação.¹⁰²

Assim, a afirmação de que a atuação do Supremo Tribunal Federal torna o princípio democrático vulnerável frente a judicialização das políticas públicas, sob alegação de que seus membros, diversamente dos membros dos outros poderes, não são eleitos diretamente pelos detentores do poder constituinte, levanta dúvidas quanto À

⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 299.

legitimidade democrática da Corte brasileira. Essas afirmações vão de encontro com o que está posto na Constituição por escolha do poder constituinte originário, cuja titularidade cabe ao povo¹⁰³.

Nessa ordem, a realidade contemporânea exige um novo desenho institucional, de forma que o juiz, como mera boca da lei, não supre as necessidades da sociedade, tornando a atividade do poder Judiciário ineficaz. Nesse sentido, o entendimento de Mendes, para o qual “a jurisdição é o elo para acomodação dos ideais democráticos e constitucionalistas”.¹⁰⁴

Nessa direção, é necessário o redesenho institucional, inserindo o uso da Teoria da Argumentação jurídica, cuja finalidade é possibilitar afirmá-lo como superador do apontado déficit democrático, bem como se este estaria ou não configurando dentro dos padrões teóricos estabelecidos. O Supremo tem buscado na categoria da “Representação Argumentativa” a fonte da legitimidade democrática representativa do povo por meio de argumentos.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o STF demonstrou ser órgão com legitimidade representativa, assim como o Parlamento, uma vez que abriu espaço para a sociedade e o pluralismo político, ético e religioso, encontrando abrigo nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. Ainda segundo o Ministro Gilmar Mendes, a jurisdição constitucional se legitima democraticamente pela reflexão e argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e dos procedimentos que conduzem os julgamentos¹⁰⁵.

No entanto, é plausível destacar que, de acordo com Robert Alexy, para que a representação argumentativa possa funcionar, o Tribunal Constitucional tem que ser aceito como instância de reflexão do processo político, e isso somente acontece quando os argumentos por ele utilizados encontram eco na coletividade, ou seja, no povo. Assim, se um processo de reflexões entre coletividade, legislador e Tribunal Constitucional se estabiliza duradouramente, pode-se falar de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no Estado Constitucional Democrático.¹⁰⁶

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁰⁴ MENDES, Conrado Hubener. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. XXIV.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 54.

Nesse sentido há necessidade que o povo participe do processo deliberativo do STF. Para isso, são necessários mecanismos que possibilitem a abertura procedimental argumentativa do Supremo, de forma que os argumentos para formação da decisão sejam frutos de um longo processo de reflexão entre a sociedade e a Corte.

Conclui-se, portanto, que os contornos da ideia da Teoria da Representação Argumentativa não estão suficientemente definidos para que se possa reconhecer semelhante nível de legitimidade do poder parlamentar ao poder Judiciário.

Assim, buscando adequar a Teoria da Representação Argumentativa com vistas a conferir legitimidade democrática representativa do Supremo e sob influência da teoria de Habermas, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o STF vem realizando audiências públicas nas ações de controle de constitucionalidade.

Nesse alinhamento, os próximos capítulos buscam verificar se a inserção das audiências públicas no STF é instrumento capaz de afirmá-lo como órgão de legitimidade representativa, assim como o parlamento.

2 AUDIÊNCIA PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Este capítulo se propõe a desenvolver um estudo que aplique a Teoria da Argumentação à realização de Audiências Públicas junto ao Supremo Tribunal Federal, para que o povo brasileiro aceite a decisão desse órgão como sendo sua, com vistas a conferir representatividade ao STF.

Desde o século XIX, quando da decisão do clássico julgamento do caso *Marbury versus Madison* – que solidificou a premissa da Constituição como norma suprema às demais e confiou sua guarda à Corte Constitucional –, intensificou-se o debate acerca da legitimidade democrática das Cortes constitucionais, em coalizão com o modelo tradicional, que agraciava tal função ao parlamento.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário, principalmente as Cortes Constitucionais, tem assumido um protagonismo diante das exigências e da complexidade das sociedades contemporâneas. A inércia dos outros poderes impulsionou as Cortes Constitucionais a decidir conflitos de índole eminentemente político, intensificando a indagação sobre a legitimidade democrática de suas decisões, bem como despertando o interesse da pesquisa científica.

No Brasil, o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal tem sido justificado por muitos fatores, entre os quais: a inércia de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, os escândalos políticos envolvendo atos de corrupção e a facilidade de acesso ao Judiciário.

O Judiciário, principalmente o STF, se apresenta à população como uma válvula de escape para a efetivação dos seus direitos, acarretando a judicialização de questões eminentemente políticas, ou seja, a transferência de poder dos órgãos originariamente responsáveis.

Assim, tem o STF atuado como protagonista principal na arena de conflitos e desrespeitos aos cidadãos, não se eximindo de exercer seu papel perante a sociedade, cumprindo e fazendo cumprir as garantias constitucionais.

De modo a consubstanciar as normas constitucionais, o Supremo tem chamado para si a responsabilidade de decidir questões que ensejariam informações mais profundas acerca de determinados casos, como, por exemplo, a interrupção da gestação de fetos

anencefálicos¹⁰⁷, as pesquisas de células-troncos embrionárias¹⁰⁸ ou o reconhecimento da união homoafetiva¹⁰⁹. Essa tem exercido sua função perante a sociedade de forma exemplar, zelando pela supremacia da Constituição Federal¹¹⁰ de 1988.

Na lição do Ministro Celso de Mello, na ADI MC n. 2321-DF¹¹¹, a Corte Constitucional, na qualidade de órgão de composição de conflitos, é elemento essencial de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilidade indispensável ao próprio sistema democrático. Ainda segundo o Ministro, a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento de novos direitos ou pequenos grupos, bem como a inauguração de reformas sociais¹¹².

Ressalta-se que o modelo constitucional adotado pelo constituinte de 1988 alterou drasticamente o papel do STF no sistema político pátrio. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹¹³ entende que:

A jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática, ela exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Brasília, 05 de maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.321-7/DF**. Brasília, 25 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.321-7/DF**. Brasília, 25 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 572-573.

Nessa direção, ensina Barroso¹¹⁴ que o papel primordial do STF é a proteção dos direitos fundamentais em relação à garantia da democracia, e não em sentido contrário; ou seja, “é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas que coexiste como legitimação”, comprovando a finalidade democrática do controle de constitucionalidade a ser desempenhado pela jurisdição constitucional.

Destaca que o modelo de democracia adotado pelo Brasil é o semidireto ou misto participativo¹¹⁵. A democracia participativa não pode ser convencionalizada somente pelo exercício do voto, pois o cidadão necessita se sentir inserido no processo decisório do seu país. Assim, entende Bonavides¹¹⁶ que “a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade”.

Destaca que o Brasil enfrenta uma das maiores, senão a maior, crise de representatividade da história. A sociedade está desamparada. O sentimento do povo é de um sujeito cada vez menos integrado ao processo democrático, tornando-se, assim, refém da ingerência dos políticos.

Nessa conformidade, o povo almeja ser protagonista, e não um mero espectador. Logo, o ideal é trazer a sociedade para participar ativamente das decisões em que sua participação política não terminaria no voto, de modo a aproximar-se do modelo democrático de participação ou deliberativo.

Daí frisar que a democracia participativa prevê vários formatos de exercício pelo cidadão na condução política do Estado¹¹⁷, entre os quais, as audiências públicas (APs). Assim, têm-se nas APs um mecanismo valioso de abertura participativa da sociedade nas decisões do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, não se pode furtar ao entendimento de Daniel Alberto Sabsay e Pedro Tarak¹¹⁸:

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 375.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹¹⁸ apud CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. **RVMD**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/3124/1933>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

A audiência pública constitui uma importante contribuição para a passagem de uma democracia representativa para uma democracia participativa. A primeira depositava toda a responsabilidade que deriva do exercício do governo exclusivamente na parcela da sociedade integrada pelos governantes; os governados quedavam num tipo de posição passiva, de meros espectadores, carentes de capacidade de iniciativa, controle ou decisão. Já a audiência trata de tirar os governados da letargia e de levá-los a tomar responsabilidades, a assumir um papel que deles exige protagonismo e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade; [...] pode-se concluir que as audiências públicas não só têm servido como resposta aos reclamos dos cidadãos como também permitem que as autoridades melhorem a qualidade da gestão pública.

Nesse sentido, as necessidades da sociedade plural nos levam a reconhecer o afastamento do debate democrático das vias tradicionais e o desenho de outros espaços de representação e participação da sociedade na tomada de decisão do Estado. Essa nova sociedade deseja se sentir parte do processo de decisão do seu Estado, não se contendo mais com a postura passiva.

De modo que as audiências públicas enquadram-se no perfil dos Estados Democráticos de Direito, cujo poder político não emana apenas do exercício do voto, mas também da participação direta do povo. No ano de 2007, o STF inaugurou o instituto das audiências públicas, a fim de dialogar com sociedade, tendo em vista o princípio da democracia participativa.

Observa-se que, no controle de constitucionalidade, as audiências públicas não têm como finalidade a publicidade do processo, uma vez que as ações perante o Supremo Tribunal Federal já são públicas. Trata-se de um instrumento de abertura do rol dos legitimados oficiais em interpretar a Constituição, como meio da inserção da sociedade em tal processo, caracterizando-o como mecanismo de promoção da democracia.

Na lição de Evanna Soares,

A audiência pública, nesse contexto, constitui um dos importantes instrumentos “para aferição dos fatos e prognoses legislativas no âmbito do controle abstrato das normas, como ressaltam Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes”. Isso traduz maior abertura procedimental e uma grande modernização do processo constitucional brasileiro, ao tempo em que fornece ao Supremo “instrumentos adequados para uma aferição mais precisa dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelo legislador”¹¹⁹.

Ressalta-se que as qualidades das audiências públicas são próprias do caráter democrático¹²⁰. A fim de preservar seu caráter democrático, a participação da sociedade em tal ato deverá ser gratuita e, portanto, igualitária,, “uma vez que sua onerosidade não combinaria com o espírito público da audiência, pois restringiria a participação e ainda implicaria a institucionalização de privilégio em favor daqueles que pudessem ou se dispusessem a pagar”¹²¹.

Assim, havendo a necessidade de esclarecimento da matéria, ou seja, do assunto, quando de interesse de uma parcela da população, cabe ao Relator do processo tomar as providências para a realização do ato. Sobre a questão, têm-se os ensinamentos de Ruas¹²²:

Quando analisa as demais providências atribuídas ao relator, a este caberá: disponibilizar as informações relativas ao objeto da audiência pública; instalar e encerrar a audiência; conceder a palavra aos participantes e, se for o caso, suspendê-la ou cassá-la, inquirir os expositores; e garantir a participação igualitária dos segmentos da sociedade que tenham algo a contribuir para o esclarecimento da matéria.

Observa-se que as audiências públicas realizadas no Poder Judiciário têm se mostrado um mecanismo que confere legitimidade e transparência às decisões proferidas

¹¹⁹ SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 259-283, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46444/45190>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹²⁰ SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 259-283, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46444/45190>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹²¹ **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 37.

¹²² **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 37.

pelo STF, o qual passa a ter acesso a uma pluralidade de visões e a dialogar diretamente com a população interessada na resolução da demanda.

Nesse sentido, o próximo tópico versará sobre a normatização das APs no âmbito do STF.

2.1 Amparo legal do exercício das audiências públicas no âmbito do STF

Em decorrência do espírito democrático trilhado pela Constituição Federal ¹²³ de 1988, as audiências públicas, além de ali encontrarem abrigo, também são amparadas por leis infraconstitucionais, mostrando-se um valioso instrumento de participação popular, destinado ao alargamento do sentido democrático por todas as esferas do poder estatal.

Destaca-se que o mecanismo da audiência pública possui seu fundamento de validade na ordem constitucional, no art. 58, §2º, inciso II, da CF/88, segundo o qual há possibilidade de convocação desse instituto para ouvir entidades da sociedade civil, por parte das comissões que integram o desenho institucional e funcional do Congresso Nacional e suas respectivas casas¹²⁴.

Todavia, esse dispositivo não vincula as APs ao Judiciário. Porém, por meio da interpretação extensiva do art. 58, §2º, inciso II, da CF/88, agregado ao princípio democrático, apresenta-se a possibilidade de as APs acontecerem também no âmbito do poder Judiciário, em especial no STF.

No âmbito da jurisdição constitucional, no ano de 1999, foram introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro as Leis 9.868,¹²⁵ e 9.882¹²⁶. A finalidade desses regulamentos é a de esclarecer sobre questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no STF.

¹²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF**. Brasília, 06 de agosto 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioInterrupcaoGravidez.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹²⁵ BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

¹²⁶ BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

Assim, segundo o art. 9º, §1ª, da Lei 9.868,¹²⁷

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.

No mesmo sentido de inovação no desenho institucional, a Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999¹²⁸, em seu art. 6º, §1º, prevê que cabe ao Relator, se entender imprescindível, determinar a realização de audiência pública para que pessoas com experiência e autoridade na matéria possam ser ouvidas.

A introdução das APs no Poder Judiciário brasileiro é a possibilidade de construção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, como um fio condutor que auxiliará na edificação das decisões do STF, sob influência do autor alemão Peter Haberle.

Assim, não resta dúvida de que a AP é um instrumento que possibilita a abertura procedimental dos processos no âmbito do STF. No entanto, mesmo que houvesse previsão legal para que o Judiciário realizasse APs, somente no ano de 2007, o STF realizou a primeira audiência.

Nesse sentido, ainda que houvesse previsão em lei específica, regulamentando as audiências públicas, o Regimento Interno da Corte Constitucional brasileira não possuía previsão no ano de 2007, quando foi realizada a primeira audiência pública, convocada pelo Ministro Ayres Brito, Relator da ADI 3.510-DF¹²⁹, cujo objeto era a declaração de constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105, de

¹²⁷ BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

¹²⁸ BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

24 de março de 2005¹³⁰. Ao realizar a primeira audiência, o STF recorreu às regras contidas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Com base na Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009¹³¹, o STF regulamentou as audiências públicas, atribuindo competência ao Presidente ou ao Relator,

[...] nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154 e 155, Parágrafo único, do Regimento Interno (RISTF) do Supremo.

Desde a primeira audiência realizada pelo STF, tal mecanismo tem se tornando cada vez mais frequente em suas discussões.

Em março de 2010, o Ministro Relator Lewandowski, quebrou o formalismo desse instrumento, o processo tratava-se das ações afirmativas, mais especificamente cotas para o ingresso nas universidades, o Relator concedeu a palavra a dois estudantes que não estavam escritos como expositores. Com essa iniciativa o Supremo enalteceu a participação popular, demonstrando assim a importância das audiências no julgamento de interesse da sociedade¹³².

Os preceitos trazidos pelo RI expandem o cenário de convocação das audiências públicas, tendo em vista que a convocação de instrumento agora pode ser dar independentemente da matéria que esteja sendo analisada.

Nos últimos anos, no Brasil, a jurisdição constitucional tem adotado o modelo procedimental, o qual oferece alternativas e condições possíveis em prol da intervenção

¹³⁰ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas**: apresentação. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹³² ROSA, Igor Ramos. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 37-38.

de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional¹³³. Dessa forma, a seguir faz-se o estudo da inserção da sociedade no processo de interpretação do Supremo.

2.2 Inserção da sociedade no processo de interpretação da Constituição por meio das audiências públicas

Este tópico analisa o uso das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como parâmetro a teoria de Habermas¹³⁴, da sociedade aberta de intérpretes – mecanismo de inserção da sociedade no processo de interpretação da Constituição – e busca verificar se essa participação é apenas formal ou se os Ministros levam em consideração as informações fornecidas por meio das APs.

As necessidades da sociedade plural levam a reconhecer o afastamento do debate democrático das vias tradicionais e o desenho de outros espaços de representação e participação na tomada de decisão do Estado. Essa nova sociedade deseja se sentir parte de outros espaços de representação e participação da na tomada de decisão do Estado.

Nesse sentido, a nova sociedade deseja se sentir parte do processo de decisão de seu Estado, não se contendo mais com a postura passiva. Sobre a questão, Habermas¹³⁵ ensina que o povo não é apenas uma referência quantitativa que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão.

Assim, a participação da sociedade no processo decisório do Estado é o verdadeiro combustível da democracia. A interação da sociedade no processo de decisões pelo Supremo fortalece a democracia e o povo se sente parte desse processo. A intervenção da sociedade no processo de interpretação da Constituição junto ao Supremo por meio das APs almeja a consolidação desse órgão como casa de representação argumentativa.

É cediça a influência da doutrina habermasiana – sociedade aberta de intérpretes da Constituição –, contribuição para interpretação pluralista e procedimental da

¹³³ _____. O pensamento de Peter Habermas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, a. 2, 2008/2009. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹³⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

¹³⁵ Peter Habermas e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 37.

Constituição, e a principal fonte do desenho institucional assumido pelo STF em inserir a população no processo de interpretação da Constituição.

Ensina Peter Haberle que,

Com a interpretação da Constituição realizada aberta, plural e pública, haverá coincidência das ideias da sociedade com os fundamentos constitucionais, reforçando a legitimidade da interpretação e garantindo que a coerção não seja o único instrumento para o cumprimento da Constituição.¹³⁶

Portanto, a participação da sociedade no processo de interpretação da norma constitucional possibilita uma ação ativa, não somente uma ação meramente formal, uma vez que promove a importância da opinião da sociedade no assunto debatido. Nesse sentido ensina Haberle,

A cidadania de hoje é conferida como ativa, de sorte que exige maior índice de participação dos indivíduos no processo de construção dos interesses do Estado Democrático. Existem diferenças entre a cidadania ativa e a passiva. A cidadania ativa é presente desde a antiguidade grega, a passiva é configurada no liberalismo político com uma percepção unicamente individual na busca de interesse. Hoje temos um retorno à prática antiga de cidadania onde comungava de uma maior percepção das decisões para a comunidade.¹³⁷

De modo que compreender a teoria desse autor é de fundamental importância para a percepção da introdução da audiência pública no controle de constitucionalidade pelo STF como instrumento de abertura democrática à sociedade plural. Para Haberle¹³⁸, o processo de interpretação constitucional não compete apenas ao Tribunal Constitucional, mas também aos demais órgãos do Poder Judiciário e se estende a todos os componentes da sociedade.

¹³⁶ Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 30.

¹³⁷ Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p.56.

¹³⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

Ainda de acordo com Haberle,

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralista da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (ein Stück Öffentlichkeit and Wirklichkeit der Verfassung), não podendo ser tomada como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “res publica” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário “in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellten Verfassungsverhandlisses”). Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privada como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos¹³⁹.

Ensina Haberle¹⁴⁰ que a interpretação constitucional deve ser percebida de modo amplo, estendendo a interpretação da lei fundamental a um número maior de intérpretes. A incumbência do processo de interpretação constitucional abrangeria também “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹⁴¹. Ainda segundo o ensinamento de Haberle,

Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados. Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente, o tema "Constituição e realidade constitucional" – aqui se pensa na exigência

¹³⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

¹⁴⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

¹⁴¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da "realidade constitucional"¹⁴².

O autor alemão ainda associa “a teoria democrática à ideia de uma sociedade pluralista”¹⁴³. Assim, partindo da fórmula de “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”¹⁴⁴, ele propõe a “democratização da interpretação constitucional”¹⁴⁵, nos seguintes termos:

Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma que vive como este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição. [...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. [...] o processo de interpretação das normas constitucionais não pode ser restrito a uma sociedade fechada de intérpretes oficiais, mas, sim, deve ser um processo aberto, na mesma proporção do pluralismo verificado na sociedade para qual a norma é dirigida. Dessa forma o autor identificou no processo de interpretação constitucional princípios democráticos, garantindo, dessa forma, melhor compreensão do texto constitucional e mais eficaz concretização de seus preceitos¹⁴⁶.

¹⁴² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 11-12.

¹⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

¹⁴⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

¹⁴⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 14.

¹⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 14.

Diferentemente de Kelsen¹⁴⁷, que advogava ser a interpretação constitucional restrita à arena do Poder Judiciário, Habberle¹⁴⁸ visualiza a Constituição como um processo público de cuja interpretação toda a sociedade deve participar. A ideia kelseana de limitar o processo de interpretação constitucional aos operadores do Poder Judiciário caracteriza uma sociedade fechada, em desarmonia com o pluralismo contemporâneo. Sobre a questão, Habberle¹⁴⁹ ensina que ,

Quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mas consistentes e eficazes serão as decisões da Jurisdição Constitucional enquanto respostas hermenêuticas –temporalmente adequadas – às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição. [...] A participação da sociedade aberta no processo hermenêutico constitucional confere à jurisdição constitucional uma maior legitimidade. As decisões serão mais legítimas à medida em que se aumente a participação dos interessados no procedimento que, porém, deve-se dar forma racional e organizada.

Ainda é preciso esclarecer que a ideia da doutrina haberliana nunca foi de desmerecer a importância do Poder Judiciário no processo de interpretação, mas somente de ressaltar que não cabe direcionar tal procedimento a um único órgão. Caberia, então, às Cortes Constitucionais a atribuição de intermediadoras entre os diversos participantes do processo de interpretação constitucional. Nesse sentido, esclarece Habberle:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos "intérpretes da Constituição da sociedade aberta". Eles são os participantes fundamentais no processo de "trial and error", de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação

¹⁴⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Os limites da interpretação constitucional numa abordagem positivista. **Os constitucionalistas**: um *blog* para pensar, desconstruir e revolucionar o Direito Constitucional, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/os-limites-da-interpretacao-constitucional-numa-abordagem-positivista>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁴⁸ **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 26-29.

¹⁴⁹ **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 26-29.

constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.¹⁵⁰

A ideia de abertura da jurisdição constitucional efetiva-se por meio das audiências públicas e do *amicus curie* – função desempenhada pelo Poder Judiciário ao fazer a interpretação das normas constitucionais –, mas não de forma estanque, como ocorria no direito positivo, introduzindo a sociedade como legítimas intérpretes, de modo a ampliar a arena interpretativa das normas constitucionais.

O papel da jurisdição constitucional vai além de garantir a força normativa da Constituição. Faz-se importante trazer o debate, na tomada de importantes decisões, para o espaço público. Assim, a Corte Maior vislumbra no instrumento das audiências públicas o mecanismo ideal para inserir a sociedade em suas deliberações.

Na doutrina positivista, os intérpretes estavam vinculados às normas da sociedade fechada. A arena de interpretação se concentrava no formalismo e em um número limitado de intérpretes. Na sociedade plural, o Direito não pode operar um discurso formalista em descompasso com a realidade contemporânea, uma vez que pode criar obstáculo para a real efetivação das normas constitucionais. Nesse sentido, cabe citar o entendimento de Habermas¹⁵¹:

Se considerar que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídicas-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

Nesse sentido, a lei fundamental deve ser interpretada com vistas a atender a realidade social, necessitando adequar a interpretação às necessidades atuais. Do contrário, seria um conjunto de normas vazias, de modo a minimizar a força normativa

¹⁵⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 42-43.

¹⁵¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

constitucional. Uma Constituição escrita, além de estabelecer as normas constitucionais, deve ser mutável, de forma que suas normas possam ser interpretadas com vistas a atender aos anseios da época de uma sociedade pluralista. Nesse sentido, Haberle¹⁵² compreende que:

Se tem uma norma a partir do momento em se interpreta, entende-se que a Constituição se tornará viva após sua interpretação, com o que se tornará condizente com a realidade social, sem se esquecer dos ideais orientadores do futuro da sociedade, que também estão presentes na Constituição.

O direito não pode ser interpretado de acordo com a doutrina da teoria pura, em razão do nível da complexidade da sociedade atual, sob pena de se tornar obsoleto. O direito é mutável, necessita evoluir, como a sociedade. Ensina Conrado Hubener Mendes que “a Constituição é um pacto vivo, uma fonte de argumento que permeia a disputa política, um registo de valores que a sociedade, num determinado momento histórico, prometeu compartilhar”¹⁵³. Conforme Lassalle¹⁵⁴, “a Constituição de um país é a soma dos fatores reais do poder que rege uma nação”. E o autor ainda destaca:

Uma constituição escrita é boa e duradora, quando ela corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores reais de poder que regem um país. Onde a constituição escrita não corresponde à real, irrompe ineditamente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país¹⁵⁵.

De acordo com a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen¹⁵⁶, o Direito não pode ser estudado como uma criação estanque, pois possui origem política, com vistas a atender

¹⁵² **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 30.

¹⁵³ MENDES, Conrado Hubener. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. XXIV.

¹⁵⁴ LASSALLE, Fernand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. Pref. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 19.

¹⁵⁵ LASSALLE, Fernand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. Pref. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 41-42.

¹⁵⁶ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Os limites da interpretação constitucional numa abordagem positivista. **Os constitucionalistas**: um *blog* para pensar, desconstruir e revolucionar o Direito Constitucional, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/os-limites-da-interpretacao-constitucional-numa-abordagem-positivista>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

aos anseios imediatos da sociedade. Nesse sentido, não se pode deixar de citar o entendimento de Hesse¹⁵⁷:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e a realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise, unilateral, que leve em conta apenas um aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. [...] uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata no positivismo jurídico de realidade, como constata tanto no positivismo jurídico. [...] a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser, não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. [...] a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. [...] A constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um deve ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. [...] A constituição real e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma outra.

¹⁵⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 13-15.

O método de interpretação constitucional em questão, realizado por todos os membros de uma sociedade, confere maior legitimidade democrática às deliberações do STF. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹⁵⁸ assevera:

O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição [...]. [...] tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional, quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Häberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei.

Diante de uma sociedade plural, os métodos de interpretação das normas constitucionais não podem ser limitados a uma sociedade fechada de intérpretes oficiais, mas deve ser um aberto, na mesma dimensão do pluralismo verificado na sociedade ao qual a norma é destinada.

Entende Haberle que,

o processo interpretativo não mais poderia ser ficar sob o monopólio dessa sociedade fechada de interpretes, dada sua incapacidade de apreender toda a extensão do problema em exame. Para ele exigem-se formas de efetiva participação daqueles que estão sob o império da norma a ser interpretada, pois só assim poderão expor suas necessidades e visões, que de outro modo não serão contempladas. Ou seja, desse-se estabelecer uma sociedade aberta de interpretes da Constituição, uma vez que é a esta sociedade plural e democrática, que a norma é dirigida¹⁵⁹.

Nesse sentido, o uso do mecanismo da audiência pública pelo STF coaduna-se com a teoria da sociedade aberta, de Haberle, a qual propõe que a hermenêutica constitucional seja adequada à sociedade plural ou sociedade aberta¹⁶⁰. Ainda segundo a doutrina haberliana,

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1063/1047>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁵⁹ **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 26.

¹⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando pelo menos, como pré-interpretres do complexo normativo constitucional. [...] não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no termo ou integrá-lo na realidade. Assim, se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acaba, tem-se necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da LAW IN PUBLIC ACTIONI. A ampliação do círculo de intérpretes constituiria para Haberle apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação¹⁶¹.

Nesse sentido, se dá a ampliação do processo democrático de interpretação da Constituição por meio das APs, em que o Supremo Tribunal Federal se aproxima da sociedade com vistas à promoção do diálogo social. Como veremos pela análise das audiências, tal diálogo do STF com a sociedade, por meio do qual se pode levar aos autos a realidade vivida pela população, acaba por implicar transformações constitucionais.

Esse é o motivo pelo qual o processo de interpretação da Constituição não pode estar desvinculado da realidade na qual a norma se aplica, e porque devem ser estimulados instrumentos qualificados para promover opções para que a norma fundamental possa ser interpretada por aqueles que a vivem.¹⁶²

Por essa razão, o STF, em busca de reforçar cada vez mais a participação da sociedade no processo de decisão para uma construção da interpretação aberta da Constituição, tem feito uso de mecanismos de abertura procedimental, com evidência para as audiências públicas recentemente inauguradas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido, faz-se necessário que conheçamos o ensinamento de Habermas, segundo o qual,

as interpretações de casos singulares que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, depender da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representada através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras. Essas circunstancias explica também por que o conceito de coerência, utilizado para interpretações construtivas, é alheia a

¹⁶¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

¹⁶² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12

caracterização semânticas, apontando para pressupostos pragmáticos da argumentação”¹⁶³

Assim, por meio da análise da APs realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, foi possível observar que o Ministros do STF, nas sessões das audiências públicas, mencionaram a doutrina alemã haberlina, “sociedade aberta dos intérpretes”¹⁶⁴. Também foi possível averiguar, na fala dos Ministros nas sessões das audiências, que este seria um instrumento que proporcionaria diálogo com a sociedade. Nesse sentido, cita-se o entendimento de Conrado Hubner Mendes,

Argumentos constitucionais devem ter recepção qualificada em qualquer foro de deliberação pública, e não se reduzem ao que o tribunal pensa sobre o assunto. A constituição é um pacto vivo, uma fonte de argumentação que permeia a disputa política, um registro de valores que a sociedade brasileira, num determinado momento histórico, prometeu compartilhar. A linguagem constitucional precisa impregnar a luta política e não filtrada e aprisionada pelo jargão técnico dos tribunais.¹⁶⁵

A racionalidade de uma decisão está calcada na lei, porém uma ação possui pressupostos de validade além do que está expresso na lei, de modo que os juízes têm que buscar a racionalidade das suas decisões em outras fontes diversas da jurídica¹⁶⁶. Assim, em busca de conhecimento para racionalizar as decisões recheadas de fundamento moral, o Supremo tem procurado na sociedade conhecimentos que possam dar racionalidade a sua decisão.

Em suma, as audiências funcionam como um canal de comunicação entre a Corte e a sociedade, permitem que o cidadão, quer individualmente ou representado por entidades, expresse suas razões e opiniões sobre questões de interesse coletivo, como meio de participação democrática, expandindo a possibilidade de participação no processo de interpretação da constitucional,¹⁶⁷ identificando-se com a esfera da democracia deliberativa de Habermas.

¹⁶³ HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 284.

¹⁶⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁶⁵ MENDES, Conrado Hubener. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. XXIV

¹⁶⁶ HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 284.

¹⁶⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Assim, as próximas linhas têm como finalidade o estudo da democracia deliberativa de Habermas, proporcionada por meio das APs no âmbito do controle de constitucionalidade.

2.3 Democracia deliberativa de Habermas estimulada pela audiência pública no âmbito do STF

Esta parte da pesquisa tem como foco o estudo da democracia deliberativa habersiana, fomentada pelo uso das audiências públicas junto ao STF. O autor alemão formula um modelo de democracia deliberativa cuja preocupação central é a forma como o cidadão legitima racionalmente as regras do jogo democrático.¹⁶⁸

Nessa perspectiva, para o princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições que o direito em geral deve satisfazer para se amoldar à constituição de uma comunidade de direito e para que possa servir como *medium* da auto-organização desta comunidade. Por essa razão, é necessário criar um sistema de direito que agregue a linguagem para que venha possibilitar a comunicação, enquanto associação voluntária de membros do direito iguais e livres.¹⁶⁹

Nesse contexto, ensina Habermas :

Para os sistemas jurídicos modernos, recomenda-se uma dupla delimitação. Ao direito, enquanto sistema de ação, podemos subordinar a totalidade das interações reguladas através de normas. Luhmann, por exemplo, define o direito, neste sentido mais amplo, como o sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento.¹⁷⁰

Ensina o autor alemão que, na interpretação liberal, o exercício do poder político acabaria por legitimar uma vontade formada democraticamente. De modo que as eleições possibilitariam o poder pelo governo e justificariam seu uso perante a esfera pública e o parlamento. Todavia, na interpretação da República, a formação democrática vai além da

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 p. 23.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.146.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.242.

formação da vontade, perpassando pela ideia de uma sociedade como comunidade política que se mantém viva a cada eleição¹⁷¹.

Harbemas desenvolve o conceito de democracia fundado no discurso e na deliberação a partir de uma dimensão procedimental. Nesse sentido, ensina Alexy que o princípio do discurso exige a democracia deliberativa. E ainda afirma

Que a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesse ótimo abaixo do limite de ditadura ou guerra civil. [...] a democracia deliberativa pressupõe a possibilidade de racionalidade discursiva”.¹⁷²

Nessa direção, entende Habermas que a teoria do discurso desenvolve-se da política deliberativa, que depende da institucionalização dos correspondentes e pressupostos de comunicação, assim o jogo entre as deliberações institucionalizadas e as opiniões públicas se forma de modo informal, razão pela qual não depende de uma cidadania voltada para o agir da coletividade.¹⁷³

Dessa maneira, a prática procedimental, por meio da construção comunicativa e argumentativa, confere autonomia aos cidadãos, para que assim venham a chegar a um consenso, de modo a contribuir com a produção normativa. Esse formato discursivo possibilita ao cidadão o sentimento de membro integrante da construção da norma e, ao mesmo tempo, destinatário da norma a que está submetido.

Todavia, é essencial que as decisões que vão atingir toda a sociedade sejam construídas de forma conjunta, com Estado e o povo, destinatário na norma, conferindo-lhe mais que apenas um número na eleição, para que assim haja uma coincidência entre a interpretação da norma e os anseios da sociedade, fortalecendo, assim, a democracia. Nesse contexto, podemos citar o ensinamento do Ministro Roberto Barroso, na abertura da audiência pública referente ao ensino religioso, o qual ressaltou que

a democracia contemporânea possui três dimensões: a primeira dimensão é da democracia representativa e a do voto, na qual os representantes são eleitos para tomar as decisões políticas; e a segunda dimensão da democracia contemporânea é a substantiva, cujo papel do

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.22-23.

¹⁷² ALEXY, Robert. **ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 35.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.21.

estado e da sociedade é o de proteger os direitos das pessoas, inclusive os da minorias; a terceira dimensão é a dimensão deliberativa, aquela em que é feita o debate público de apresentação de razões para que prevaleça no espaço público as melhores razões pautadas e escolhidas com a razão pública, portanto a democracia contemporânea ela é feita de voto, de direito e de razões, ainda declarou o ministro que buscava na audiência pública o equilíbrio possível entre os três elementos das dimensões da democracia contemporânea¹⁷⁴.

Assim, soberania popular, no sentido de que todo poder do Estado emana do povo, não pode ser vinculada apenas às eleições, faz-se necessária a inserção de mecanismo capaz de agrupar as preferências individuais com a vontade coletiva pela interação discursiva em espaços informais, o que vai se concretizar através dos procedimentos e pressupostos comunicativos.¹⁷⁵ Ensina Habermas que

O discurso jurídico não pode mover-se autossuficiente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outros providencias, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. [...] a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo. Ora, seria natural encaminhar a teoria discursiva do direito conforme o modelo da ética do discurso, melhor elaborada. Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos práticos-morais, nem a exigência segundo a qual regras do direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discurso jurídicos constituem uma parte das argumentações morais¹⁷⁶.

Segundo o ensinamento de Habermas¹⁷⁷, faz-se importante ampliar o modo com que as informações chegam aos juízes constitucionais, especialmente em relação às audiências públicas. Sem dúvida, as audiências públicas conferem maior legitimidade às decisões da Corte, além de proporcionarem a aproximação da sociedade e de promoverem o diálogo social.

¹⁷⁴ Vídeo da audiência pública sobre o ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mNrmjzN5-c>>. Acesso em: set. 2018.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 173.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 289

¹⁷⁷ **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 23.

Nesse sentido, a ação comunicativa ganha relevância na democracia contemporânea, apresentada como parte de um processo mais amplo de racionalização do modo de vida da sociedade moderna, diversamente, portanto, da compreensão republicana, a qual entende a cidadania como um ator coletivo, habilitado para o refletir global; do ponto de vista liberal, sequer considera a via comunicativa como poder político, idealizando os agentes individuais como dependentes de processos sistêmicos¹⁷⁸. Na visão de Habermas,

O direito como meio de integração social, mais precisamente, como um *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária, numa forma mais abstrata. Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concretas através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito. [...] entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integralidade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às normas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta do interprete da constituição, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”.¹⁷⁹

O Judiciário é um órgão que somente age se provocado e, quando convocado por qualquer um da sociedade, não pode se esquivar de decidir todas as questões apresentadas, sob pena de afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição:

Os processos são sistemas sociais especiais que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. [...] juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica.¹⁸⁰

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 250.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 277-278.

¹⁸⁰ ARAUJO NETO, Olavo Irineu de. **Análise da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal frente às sentenças de caráter aditivo**. S. d. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/646/431>>. Acesso em: 1º mar. 2016.

Nessa direção, a guarda da Constituição brasileira foi confiada, pelo constituinte originário, ao STF, ao qual compete também sua interpretação. Todavia, faz-se necessária a ampliação do rol de legitimados para sua interpretação, sob risco de o Supremo tornar-se um órgão arbitrário e antidemocrático.

Existem determinadas matérias para as quais o direito positivado não oferece elementos para a solução da demanda, em razão de versarem sobre assuntos que gravitam fora da órbita do Judiciário, pautando-se em questões de outras ciências que não a ciência jurídica. A análise das audiências revelou que esse motivo é utilizado quase que em regra nos despachos de convocação das audiências públicas pelo Supremo. Nessa lógica, ensina Habermas, que um “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”¹⁸¹.

Nesse sentido, as audiências analisadas revelaram a necessidade de investigação de informações em outras fontes que não a jurídica e de aprimoramento da decisão, como uma solução justa e adequada aos conflitos da sociedade complexa. Nesse cenário, Habermas foi categórico ao apontar que,

A correção de juízes normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. “Correção” a validade de um juízo, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas direitas ou de fatos dados uma visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são “cogentes” no sentido de um raciocínio lógico, ou de uma evidência imediata. Por isso não há um fim “natural” no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir *a fortiori* a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos.¹⁸²

No discurso de abertura da audiência sobre financiamento de campanha eleitoral, o Ministro Luiz Fux declarou ser a audiência um processo novo de democracia participativa, em que o Supremo buscava a colaboração da coletividade.¹⁸³

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 278.

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 281-282.

¹⁸³ Notas taquigráficas da audiência sobre Financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquiograficasFinanciamentoCampanhas.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Assim, a abertura do debate democrático no âmbito do STF, por meio da inserção das APs, corresponde ao ideal da democracia deliberativa, já que possibilita a inserção da sociedade no processo de decisão de questões importantes. Até a presente data, já foram realizadas 24 (vinte e quatro) audiências pela Corte Suprema.

Em suma, as audiências são mecanismo que fomenta a democracia deliberativa, introduzindo a sociedade no processo de decisão do Estado. Todavia, a importância da inserção das audiências públicas nas decisões do Estado Democrático vai além. Como podemos observar pela análise apresentada no próximo capítulo, ela também proporciona diálogo institucional entre os poderes.

Assim, as próximas linhas têm como finalidade estudar essa face das APs como mecanismo de diálogo institucional.

2.4 Audiências Públicas: mecanismo de diálogo institucional

Habermas, percorrendo o caminho do modelo procedimentalista, busca resposta para a prática da interpretação construtiva no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que haja invasão na competência legislativa.¹⁸⁴

Ainda segundo o autor, em razão das condições da divisão dos poderes no Estado de Direito, a prática da decisão está conectada ao direito e à lei, a racionalidade das decisões é extraída da vigência do direito, assim como de um processo legislativo.¹⁸⁵ Dessa forma, seguindo essa linha de pensamento de Habermas, este item do trabalho tem como objetivo pesquisar o diálogo institucional, buscando verificar se as APs realizadas junto ao STF são mecanismos aptos a intermediar o diálogo entre os poderes do Estado.

O tema “divisão de funções” é fruto de várias reflexões filosóficas, tendo ganhado força com a obra “o Espírito das Leis”, de Montesquieu, segundo o qual, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limite o poder.” Acrescenta ainda o autor que, “para que o poder limite o poder, é preciso que haja separação de órgãos, a especialização de funções e a cooperação entre esses órgãos”.¹⁸⁶

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.297.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.297.

¹⁸⁶ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; FERREIRA E COSTA, Mônica Aragão Martiniano. **Aulas de teoria do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2010, p. 191.

Montesquieu dividiu os poderes do Estado em três, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, para ele, havia uma tripartição de poderes. O poder Legislativo teria a função de elaborar as leis, o Executivo a de administrar, e o Judiciário a de punir crimes e julgar as demandas particulares.

No Brasil, a separação dos poderes está prevista no art. 2º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário”¹⁸⁷. Devido à sua importância, é elevada à cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda tendente a abolir o art. 60, § 4º, inciso III, da Carta Magna.

Assim, segundo o modelo de separação de poderes, o poder Judiciário brasileiro possui a função típica de dizer o direito. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal foi eleito pelo constituinte como guardião da Constituição. Ao exercer a função de guardião da Constituição por meio do exercício da jurisdição constitucional, constituiu mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, a crítica sobre a jurisdição constitucional é quase sempre guiada na direção da distribuição de competência entre o legislador democrático e a justiça, sob alegação de afronta ao princípio da separação de poderes.¹⁸⁸ De acordo com a doutrina Haberniana, o papel do Tribunal Constitucional é o de proteger o procedimento democrático da legislação¹⁸⁹.

Ensina Habermas que a legitimidade do direito somente é assegurada pelas condições processuais da gênese democrática das leis e que, a partir dessa compressão democrática, é possível encontrar explicação para a competência do Tribunal Constitucional, no que diz respeito ao propósito da divisão de poderes no interior do Estado de direito. E, entre as funções do Tribunal Constitucional, está a de proteger os sistemas de direito que proporcionam a autonomia privada e pública dos cidadãos¹⁹⁰.

Ainda ensina Habermas a clássica separação e interdependência entre os poderes do Estado, visto que a finalidade dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas convicções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, razão pela qual não pode

¹⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 298.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 299.

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.326.

limitar-se a proteger os cidadãos autônomos contra os excessos do poder estatal. Tendo em vista que a autonomia privada também é atingida pelos excessos do poder estatal, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir o direito de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Razão pela qual é necessário que o Tribunal Constitucional examine os conteúdos das normas controvertidas especialmente no cenário dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrática.¹⁹¹

Nessa direção o Estado Democrático de Direito não pode enaltecer uma função em detrimento das demais. Torna-se necessário buscar instrumento que possa contrabalançar o equilíbrio institucional e, para que assim ocorra, o diálogo institucional entre o juiz e o legislado¹⁹².

Apesar da inexistência de procedimento na Constituição de 1988 que venha proporcionar diálogo institucional, através do art. 52, inciso X, da CF/88, é possível inferir a cooperação entre o Judiciário e o Legislativo, assim como do art. 102, § 2º, da CF/88, segundo o qual os efeitos das decisões do STF são gerais e vinculantes aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.¹⁹³

Segundo entendimento de Sérgio Victor, é possível verificar diálogo institucional quando o Congresso Nacional edita norma cuja inconstitucionalidade foi declarada por órgão do Judiciário¹⁹⁴.

Portanto, o foco deste ponto da pesquisa, como mencionado, refere-se às APs realizadas junto ao STF, como mecanismo com potencial para proporcionar a interação entre o Supremo e os demais poderes do Estado.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.326.

¹⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 159-179, abr./jun./2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503043>>. Acesso em: 5 out. 2018.

¹⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 159-179, abr./jun./2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503043>>. Acesso em: 5 out. 2018.

¹⁹⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese (Doutorado). 2013. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/fr.php>>. Acesso em: 13 out. 2018.

A análise das APs revelou a sua importância no âmbito do STF, tendo sido possível observar que esse instrumento potencializa a interação institucional entre os poderes, como é o caso da audiência sobre a judicialização da saúde.

No ano de 2009, em razão da grande judicialização da saúde, entendeu o STF ser necessário realizar AP para que pudessem ser ouvidos especialistas e gestores em matéria de Saúde Pública. Eram grandes as expectativas pós-audiência acerca de qual seria o entendimento do Supremo sobre a saúde e a respeito das questões relacionadas a esse direito. Até que, em setembro de 2009, o Ministro Gilmar Mendes proferiu a decisão na Suspensão da Tutela Antecipada n. 175/CE, a qual trouxe várias situações que deveriam ser avaliadas pelo magistrado antes de tomar uma decisão em processos envolvendo saúde.

Em razão do novo posicionamento do STF, após audiência sobre a saúde, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, a qual recomenda aos Tribunais a adoção de medidas para melhor subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais envolvendo a saúde. Entre as várias orientações, o CNJ recomendou que os juízes evitassem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA e que ouvissem os gestores, sempre que possível, antes da apreciação de medidas de urgência¹⁹⁵.

Também em razão da audiência sobre a judicialização, o Poder Legislativo editou a Lei 12.401/2011, que define que a assistência terapêutica integral no SUS, inclusive a farmacêutica, consiste em: 1) dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado; 2) oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.¹⁹⁶

¹⁹⁵ TERRAZAS, Fernanda Vargas. Judicialização da saúde: algumas reflexões sobre o cenário atual. **Blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania**. 19 agosto de 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/08/19/judicializacao-da-saude-%E2%80%93algumas-reflexoes-sobre-o-cenario-atual/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁹⁶ TERRAZAS, Fernanda Vargas. Judicialização da saúde: algumas reflexões sobre o cenário atual. **Blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania**. 19 agosto de 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/08/19/judicializacao-da-saude-%E2%80%93algumas-reflexoes-sobre-o-cenario-atual/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

Daí percebe-se que algumas audiências públicas realizadas junto ao STF, como é o caso da judicialização da saúde, fomentam o diálogo institucional entre os poderes, reforçando o modelo democrático contemporâneo.

Também foi possível verificar que este instrumento diagnostica problemas, enuncia soluções que, muitas vezes, não podem ser dadas pelo STF, mas que podem ser propostas pelos poderes Executivo e Legislativo. Assim, acaba por impactar na formação de novas políticas públicas dos outros poderes, fomentando a atuação dos poderes de forma conjunta, para engendrar soluções para as possíveis falhas do sistema, como foi o caso da audiência sobre a judicialização da saúde, em que o CNJ criou comissões permanentes, bem como uma série de regulamentações sobre a questão da saúde, como visto anteriormente.

Vale acrescentar, ainda, que, assim como essa audiência, outras também estimularam o diálogo institucional entre os poderes, tal qual a audiência acerca do Regime Prisional, no RE 641.320, que discutia a falta de vaga prisional no regime semiaberto. Devido às informações colhidas na audiência, o Supremo fez uma série de recomendações ao CNJ, que, a partir de então, firmou convênio com o Executivo.

Assim, o próximo capítulo tem como objetivo analisar as APs realizadas junto ao Supremo, avaliando seu potencial de legitimar a representatividade democrática do STF em um Estado Democrático de Direito, assim como o parlamento.

3 ANÁLISE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo analisa as audiências públicas realizadas junto ao Supremo desde ano de 2007 até o término deste trabalho, com o objetivo de examinar se esse mecanismo constitui fórum hábil a efetivar o Supremo Tribunal Federal como órgão de representação argumentativa.

Até a presente data, foram realizadas 24 audiências, todavia não foi possível ter acesso aos dados da última delas, razão pela qual não foi analisada. Em virtude da variedade de sessões realizadas, optou-se por dividir a análise em dois blocos para melhor adequação metodológica.

Assim, no primeiro bloco, serão analisadas duas audiências, referentes à ADI 3.510-DF¹⁹⁷, de 2007 – que trata da Lei de Biossegurança – e ADI , acerca da judicialização da saúde. A escolha dessas audiências deu-se em razão da profundidade dos debates, bem como pela diversidade de participantes expositores. Dessa forma, busca-se analisar as regras, o formato de organização e de condução dos trabalhos, bem como o perfil dos participantes.

No segundo bloco, serão analisadas as audiências em que o fórum de discussão esteve centrado naqueles setores que tinham interesses diretos, ou seja, em que o âmbito de discussão foi menos amplo. Dessa forma, serão analisados: 1) os despachos, a fim de averiguar as razões dos Ministros para convocar audiência pública; 2) as notas taquigráficas, com o objetivo de verificar a participação de membros da Corte no evento; e 3) os votos proferidos nas referidas ações, com a finalidade de avaliar o impacto das audiências públicas nos votos dos Ministros .

3.1 Audiência pública e ideia de representação argumentativa

3.1.1 Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) – ADI n. 3.510-DF

A escolha da ADI-DF 3.510/2007 se deu em razão de ser a primeira ação em que foi realizada audiência pública no âmbito do Supremo, bem como pela multiplicidade de

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

participantes e, ainda, em virtude das expectativas diante de sua realização na esfera jurisdicional. Assim, a controvérsia da primeira audiência pública girava em torno dada Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005¹⁹⁸.

De início, é importante contextualizar a referida ação, para, então, analisar sua temática e os argumentos para a utilização das audiências públicas em âmbito jurisdicional, bem como o voto individual. *In concluso*, é preciso avaliar o impacto do uso de tal mecanismo na argumentação dos Ministros do STF e se o resultado final atingiu as expectativas esperadas.

No ano de 2005, foi aprovada a Lei n. 11.105¹⁹⁹, conhecida como Lei de Biossegurança. A princípio, tal ditame versaria sobre atividades envolvendo os organismos geneticamente modificados e seus derivados. Mas, no decorrer da tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados, o art. 5º e seus parágrafos geraram muita discussão em alguns setores da sociedade, uma vez que ali se proibia a clonagem humana, permitindo-se, no entanto, as pesquisas com células-tronco.

No mesmo ano, o Procurador-Geral da República à época, Cláudio Fonteles, ingressou com a ADI n. 3.510-DF²⁰⁰, que requeria, em sua petição inicial, a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, e parágrafos, da Lei n. 11.105/2005²⁰¹, *in verbis*:

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²⁰¹ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A controvérsia da ADI n. 3.510-DF²⁰² versava sob a impossibilidade jurídica de utilização de embrião humano, ou seja, de células-tronco de procedimentos de fertilização artificial, em pesquisas científicas e terapias.

Entre os argumentos apontados pelo Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles para embasar sua peça inicial, tinha-se que a vida tem início com a fecundação, de modo que o artigo em questão afrontaria os princípios constitucionais de inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, ambos resguardados pela Constituição Federal ²⁰³ de 1988. A seguir, tem-se o argumento utilizado pelo autor para impugnar os dispositivos da referida lei:

A inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade humana²⁰⁴.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

Por fim, o Procurador-Geral da República solicitou a realização de audiência pública, com base na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999²⁰⁵, em prol dos depoimentos daqueles experientes na matéria.

O Ministro Ayres Britto, Relator da ADI n. 3.510-DF, assim se pronunciou:

Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de "amigos da Corte" (*amici curiae*), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO -ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, do tema²⁰⁶.

Em uma decisão monocrática, o Ministro Ayres Britto determinou a abertura da audiência pública. Como justificativa da utilização de tal mecanismo, no momento de sua abertura, o Ministro afirmou ser aquela uma ferramenta de “notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa”²⁰⁷. Destacou, ainda, o entendimento de que aquela seria uma experiência inédita em toda a trajetória da Corte Constitucional brasileira, marcando dia e local onde as autoridades científicas teriam voz.

²⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

A seguir, tem-se a justificativa do relator, Ministro Ayres Britto, para a realização das audiências públicas:

Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas²⁰⁸.

As audiências públicas, onde se tem a voz de indivíduos experientes nas matérias em debate e a intervenção do amigo da Corte, como, por exemplo, a do Ministério Público (MP) – representante de toda a sociedade perante o Tribunal –, constituem um aspecto relevante para fazer do STF um espaço de democracia através da contribuição jurídica e social²⁰⁹.

Devido à inexistência, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), de regulamentação do procedimento da audiência pública, o relator escolheu as regras do Regimento Interno da Câmara Legislativa, com algumas modificações. O Ministro optou por dividir os participantes em dois grupos, a saber: 1) pela constitucionalidade do artigo impugnado; e 2) pela inconstitucionalidade do artigo. Havia uma preocupação de sua parte em dar tratamento isonômico aos opositores. Assim, a ordem de participação dos grupos foi decidida por sorteio, sendo ainda determinado um tempo de participação para cadaum.

O Ministro Ayres Britto, então, optou por não haver contraditório entre os participantes da audiência pública. Ao final da explanação dos especialistas, preferiu

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

fazer perguntas elaboradas por ele em conjunto com os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau. A audiência foi conduzida pela então presidente, a Ministra Ellen Grace, além do Ministro relator Ayres Britto.

A maioria dos Ministros, ao proferir seus votos, seja pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade do dispositivo impugnado, enalteceram, direta ou indiretamente, as audiências públicas como instrumento de democratização das decisões tomadas pela Corte brasileira.

De modo a enriquecer a fundamentação dos votos, os Ministros transcreveram trechos de parte de algumas explicações de autoridades que participaram da audiência. Assim, não se pode furtar aqui da citação de alguns trechos dos votos dos Ministros que participaram do julgamento da referida ação.

O Ministro Relator Ayres Britto, em vários trechos de seu voto, fez referências às audiências públicas como mecanismo de diálogo entre a Corte e a sociedade, conforme se segue:

Audiência pública em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica. [...] foi inequívoca demonstração das unidades de formação humanitária de todos quantos acorrem ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgamento que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico²¹⁰.

O Ministro Celso de Mello, ao fazer pedido de vista, argumentou no sentido de valorizar a audiência pública jurisdicional, conforme se segue:

o dever da Suprema Corte de um país, quando tem de julgar temas dessa natureza, é fazer uma reflexão profunda, com o tempo, com a análise dos autos, para que possam ser sopesados todos os argumentos apresentados, incluída, no caso, a audiência pública realizada²¹¹.

O Ministro Gilmar Mendes, ao encerrar mais uma parte da sessão de julgamento da referida ação, registrou a importância do debate entre a Corte e a sociedade, conforme se segue:

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

A sociedade brasileira só tem a ganhar com a produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o julgamento rigoroso por parte desta corte.²¹²

A Ministra Cármen Lúcia, ao iniciar seu voto, se referiu à ação como um debate democrático realizado na sociedade – algo legítimo e de democrático interesse de todos –, mas que um juiz não pode se levar pela emoção, devendo se ater aos ditames constitucionais e cultivar o Direito, que é dever do STF com a CF²¹³ de 1988.

Assim se pronunciou a Ministra Cármen Lúcia:

A Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. O Juiz, no fóro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial, por isso, como todo juiz, tenho de ater ao que é o núcleo da indagação constitucional. [...] No Estado Democrático de Direito, os poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica²¹⁴.

O Ministro Eros Grau se referiu às manifestações sociais com certa aversão: “forças sociais manifestaram-se intensamente – de modo mesmo que impertinente, algumas delas – em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade”²¹⁵. E ainda consignou:

o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais do poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão”. O compreender é algo existencial, consubstanciando experiência. O que se compreende, no

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

caso da interpretação do direito, é um "objeto" que não pode ser conhecido independentemente de um "sujeito". O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico. Toda interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, orientando seu olhar "à coisa mesma". A Constituição do Brasil não é apenas o conjunto/sistema de normas situado, na pirâmide de hierarquia das normas, imediatamente abaixo da norma fundamental. A Constituição do Brasil é a representação mais elevada, no plano do direito positivo, de uma ordem concreta anterior ao direito posto pelo Estado, ordem concreta que arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um nomos. Daí que o caráter aberto da ação direta de inconstitucionalidade.²¹⁶

O Ministro Cezar Peluso, antes de proferir seu voto na ação em questão, se referiu à participação da sociedade com reverência por dialogar com a Corte, com base nos argumentos apresentados.

Na análise do voto do Ministro Gilmar Mendes, tem-se a afirmação de que o julgamento da referida ADI ficaria marcado pela profundidade dos debates entre os seus participantes, elevando a Corte a um centro de argumentação e reflexão, com repercussão na coletividade, bem como nas instituições democráticas.²¹⁷

Ainda na lição do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI n. 3.510-DF²¹⁸, fica visível que o aparente caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional diante do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da jurisdição na resposta de temas de relevância social e axiologicamente revestidos de valores fundamentalmente contrapostos. Para o Ministro Gilmar,

Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas²¹⁹.

Entendeu o Ministro Gilmar Mendes que o STF demonstrou ser a casa do povo, assim como o Parlamento, uma vez que abriu espaço para a sociedade e o pluralismo político, ético e religioso, encontrando abrigo nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

Diante do exposto, é possível perceber que a iniciativa do Ministro Ayres Britto de fazer uso das audiências públicas acabou por introduzir a sociedade na técnica de interpretação das normas constitucionais, visando ampliar a democratização da Corte Maior.

Após a realização da primeira audiência pública jurisdicional pelo STF, várias outras foram realizadas – todas no sentido de legitimar o papel de democratização das deliberações desempenhado pela Corte –, as quais serão analisadas a seguir.

3.1.2. A judicialização do direito à saúde

No ano de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, à época presidente do STF, convocou audiência pública sobre a judicialização da saúde, cuja finalidade era proporcionar o debate dos diversos setores envolvidos na busca por soluções judiciais. De acordo com o Ministro Gilmar, era necessário realizar audiência em razão²²⁰

Dos inúmeros pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito desta

²¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

²²⁰ Ata de convocação da audiência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

Presidência, os quais prestacionam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros).²²¹

A audiência foi realizada no período de 27 a 29 de abril e de 04 a 07 de maio de 2009. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, diante da grande repercussão do tema e do interesse público envolvido, tendo em vista as inúmeras questões suscitadas nas decisões que versam sobre lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde pública, a finalidade da audiência era ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.²²²

Em sua fala de abertura, o Ministro Gilmar Mendes declarou que a realização da audiência era relevante em razão do profundo significado simbólico de os diversos setores da sociedade buscarem solução para o problema de saúde²²³.

E ainda citou no seu voto Amartya Sen, para a qual o verdadeiro desenvolvimento encontra-se na melhoria da qualidade de vida, cujo aumento da produção de riquezas e desenvolvimento de um país depende das oportunidades oferecidas à população para fazer escolhas e exercer a cidadania²²⁴.

O Ministro Gilmar também fez referência à teoria do alemão Habermas, no sentido de a Constituição Federal de 1988 poder ser caracterizada como aberta, o que torna possível a sociedade aberta de Popper, ou suave, no sentido de Zagrebelsky, que abarca tanto a espontaneidade da vida como a competição para assumir a direção da política²²⁵. Ainda lembrou na sua fala de abertura da primeira audiência que,

²²¹ Ata de convocação da audiência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

²²² Ata de convocação da audiência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

²²³ Vídeo da audiência pública realizada pelo STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfYBes8&list=PL16EF970A92DD4E1E>>. Acesso em: 5 set. 2018.

²²⁴ Vídeo da audiência pública realizada pelo STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfYBes8&list=PL16EF970A92DD4E1E>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²²⁵ Vídeo da audiência pública realizada pelo STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfYBes8&list=PL16EF970A92DD4E1E>>. Acesso em: 05 set. 2018.

no contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.²²⁶

À guisa de conclusão, defendeu que posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda a qualquer prestação de saúde não são igualmente aceitáveis. A saída, para o Ministro, seria uma posição equilibrada, capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e em especial o direito fundamental à saúde.

Os debates para essa audiência foram divididos por assunto, assim foram realizadas seis sessões. De modo que, no primeiro dia, foi proposta a discussão sobre o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do poder Judiciário.

Nesse primeiro dia, apresentou-se uma preocupação em relação à discussão sobre o papel do Judiciário na efetivação do direito à saúde, quanto ao reconhecimento da legitimidade de sua atuação no âmbito das demandas individuais. Na primeira sessão se fizeram presentes:

Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF; Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício; Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde; Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Marcos Salles, representante da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB; Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito; Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Ministro do Supremo Tribunal Federal.²²⁷

Já o segundo dia de audiência foi reservado para uma abordagem das questões relativas à responsabilidade dos entes federados e ao financiamento do Sistema Único de Saúde. Também houve preocupação em relação à análise dos magistrados na concessão do pleito, devendo haver maior cuidado, para que não se defira todo e qualquer pedido de financiamento de medicamento e tratamento. Estiveram presentes:

²²⁶ Vídeo da audiência pública realizada pelo STF. Disponível em: < em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfYBes8&list=PL16EF970A92DD4E1E>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²²⁷ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 05 set. 2018.

Abertura - Ministro Gilmar Mendes; Francisco Batista Júnior, Presidente do CNS (apresentação em PowerPoint); Antônio Carlos Figueiredo Nardi, Presidente do CONASEMS; Edelberto Luiz da Silva, Consultor Jurídico do Ministério da Saúde (apresentação em PowerPoint); Agnaldo Gomes da Costa, Secretário de Estado da Saúde do Amazonas; Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro; José Antônio Rosa, representante do Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras; Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ; André da Silva Ordacgy, Defensor Público Chefe da União Substituto.²²⁸

O terceiro dia de AP foi dedicado à discussão acerca da gestão e da legislação do Sistema Único de Saúde e da universalidade do sistema. Também foi discutida a necessidade de escolha dos medicamentos de menor custo, destacando-se, ainda, a importância das ações civis públicas e a ausência de motivação do Judiciário pelas ações coletivas, conforme descrito abaixo:

Durante as discussões, assinalou-se a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional n. 29/00, para aprimoramento das políticas públicas de saúde; a ilegitimidade de ser buscar, judicialmente, produtos de estudos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); a necessidade de haver, anteriormente ao ajuizamento da demanda, previa recusa da autoridade administrativa em atender ao pleito; a baixa aceitação por parte do Poder Judiciário, de demandas coletivas na área da saúde, bem como a importância das ações civis públicas; a necessidade de maior diálogo entre os órgãos públicos, tendo havido exposição da parceria existente entre a Defensoria do Estado de São Paulo para obtenção de soluções na esfera administrativa, que levou à redução drástica, na capital paulista, da judicialização em matéria de saúde. Ainda foram abordadas as questões da necessidade de escolha do medicamento de menor custo, quando houver mais de um com o mesmo efeito. Da necessidade de edição de leis em matéria de saúde, para definição de obrigações, competências e responsabilidades; da gratuidade dos serviços de saúde. do excesso de atos normativos de natureza administrativa em matéria de saúde; da reforma do pacto federativo, no tocante à forma de financiamento do sistema, tendo em vista as carências financeiras dos municípios; da ilegitimidade de indicação médica por marca do produto, por conta da diferença de preço entre as diferentes marcas do produto, por conta da diferença de preços entre as diferentes marcas; da impossibilidade de o sistema público custear tratamento envolvendo encaminhamento para o exterior; e das fraudes envolvendo o fornecimento de medicamentos por força de determinação judicial.²²⁹

²²⁸ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 set. 2018.

²²⁹ VALLE, Gustavo Henrique Moreira do.; CAMARGO, João Marcos Pires. Audiência sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito**

No terceiro dia a finalidade era a discussão sobre a gestão do SUS e se fizeram presentes:

Ministro Gilmar Mendes; Adib Domingos Jatene, Ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo; Osmar Gasparini Terra, Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, e Cátia Gisele Martins Vergara, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, representantes da Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Vitore Maximiano, Defensor Público do Estado de São Paulo; Jairo Bisol, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; Paulo Ziulkoski, Presidente da Confederação Nacional dos Municípios (apresentação em PowerPoint); Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde (apresentação em PowerPoint); Cleusa da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde (apresentação em PowerPoint); Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo;²³⁰

O quarto dia foi dedicado à discussão das questões relacionadas ao registro dos medicamentos e insumos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, da mesma maneira que os protocolos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde. Logo no início da sessão, o Ministro Gilmar Mendes afirmou:

Não obstante a existência de uma política pública de saúde, “não são raros os cidadãos que buscam garantir na Justiça o acesso a medicamentos e outras prestações de saúde, prescritas por médicos credenciados junto ao SUS, mas não registradas na ANVISA, ou não recomendados pelos protocolos terapêuticos do SUS”.²³¹

Ainda é possível extrair da discussão do quarto dia de audiência a comprovação da eficiência e da qualidade de novos tratamentos. No entanto, verifica-se os órgãos governamentais entendiam que os medicamentos apenas poderiam ser fornecidos se fossem registrados previamente, na ANVISA; já os representantes dos médicos e os pacientes, que o registro na ANVISA não era imprescindível. Por outro lado, o Ministério

Sanitário, v. 11, n. 3, p. 13-31, nov. 2010/fev.2011, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 5 out. 2018.

²³⁰ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²³¹ VALLE, Gustavo Henrique Moreira do.; CAMARGO, João Marcos Pires. Audiência sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 3, p. 13-31, nov. 2010/fev.2011, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 5 out. 2018.

Público, era pela concessão de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, um vez que o registro nessa agência não garantia a segurança terapêutica.²³²

No quarto dia, a discussão girava em torno do registro na ANVISA e dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. Se fizeram presente na sessão:

Abertura - Ministro Gilmar Mendes. Dirceu Raposo de Mello, Diretor-Presidente da ANVISA (apresentação em PowerPoint); Geraldo Guedes, Representante do Conselho Federal de Medicina; Luiz Alberto Simões Volpe, Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida; Paulo Marcelo Gehm Hoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP (apresentação em PowerPoint); Paulo Dornelles Picon, representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (apresentação em PowerPoint); Claudio Maierovitch Pessanha Henrique, Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde (apresentação em PowerPoint); Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Sueli Gandolfi Dallari, representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; Leonardo Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União;²³³

No quinto de dia de sessão, a discussão objetivava tratar da Política Pública de Saúde - Integralidade do Sistema, com a finalidade de identificar a necessidade de um equilíbrio na intervenção judicial, com fundamentação e um mínimo existencial para decisão judicial. Entre os pontos importantes em discussão, estava a judicialização de pedido de fornecimento de medicamento ou de procedimento incluso nas políticas públicas de saúde.

Participaram dessa sessão:

Ministro Gilmar Mendes; Maria Inês Pordeus Gadelha, Consultora da Coordenação-Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde (apresentação em PowerPoint); Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife; Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e

²³² VALLE, Gustavo Henrique Moreira do.; CAMARGO, João Marcos Pires. Audiência sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 3, p. 13-31, nov. 2010/fev.2011, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 5 out. 2018.

²³³ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 05 set. 2018.

Territórios; Valderilio Feijó Azevedo, representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos (apresentação em PowerPoint); Heloisa Machado de Almeida, representante da ONG Conectas Direitos Humanos (apresentação em PowerPoint); Paulo Menezes, Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; Raul Cutait, Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo.²³⁴

No sexto dia, tratou-se da Assistência Farmacêutica do SUS. Nessa sessão participaram:

Na abertura, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses (apresentação em PowerPoint); Sérgio Henrique Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose (apresentação em PowerPoint); José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; José Aristodemo Pinotti, Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo; Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde (apresentação em PowerPoint); Antonio Barbosa da Silva, representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (apresentação em PowerPoint); Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Intervalo; Ciro Mortella, Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica; Débora Diniz, Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Ministro José Gomes Temporão, Ministro de Estado da Saúde; Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.²³⁵

É possível extrair desse sexto dia de debate que “as organizações não governamentais, quase de forma unânime, afirmaram que a lista de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS) encontra-se ultrapassada, principalmente no que tange aos medicamentos excepcionais, usados para combate de doenças raras. Os órgãos governamentais, por seu turno, limitaram-se a explicar o procedimento para inclusão de novos medicamentos na lista do SUS, tendo se comprometido, conforme se depreende da fala do Ministro da Saúde, com a melhora do procedimento.”²³⁶

²³⁴ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²³⁵ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²³⁶ VALLE, Gustavo Henrique Moreira do.; CAMARGO, João Marcos Pires. Audiência sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 3, p. 13-31, nov. 2010/fev.2011, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 5 out. 2018.

Essa audiência tinha algumas particularidades. A primeira é que foi convocada pelo presidente do STF à época, e a outra foi o fato de não ser uma audiência convocada para discussão de uma controvérsia específica, mas de vários processos relacionados às políticas públicas de saúde.

Essa audiência também chamou atenção em razão da diversidade de membros da sociedade participantes, assim como de expositores, entre os quais se incluíam médicos, advogados, antropólogos, farmacêuticos e jornalistas.

Após a análise das notas taquigráficas, foi possível constatar a presença, ainda que não em tempo integral, dos Ministros Menezes de Direito, Dias Toffoli do Gilmar Mendes²³⁷.

A realização da audiência trouxe novos parâmetros para serem concretizados pelos magistrados em decisões concernentes à judicialização da saúde.

3.2 Impacto das audiências públicas no voto dos ministros do STF

3.2.1 Interrupção de gravidez -feto anencéfalo- ADPF n. 54

A terceira audiência ocorreu em julho de 2008, por requerimento do Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, no bojo da ADPF 54, intitulada “interrupção de gravidez- feto anencéfalo”, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), e cujo objetivo era que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não fosse equiparada aos casos de aborto permitidos pelo Código Penal²³⁸.

Na abertura da audiência, o Relator, Ministro Marco Aurélio, enalteceu a importância de se realizar esse ato junto ao Supremo, afirmando ser o momento oportuno para que diversos seguimentos da sociedade fossem ouvidos²³⁹.

O Ministro Gilmar Mendes, presidente do Tribunal, à época, destacou que a audiência concretizaria uma oportunidade de diálogo da Suprema Corte não apenas com a comunidade científica, mas também com a sociedade em geral.²⁴⁰

²³⁷ Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 05 set. 2018.

²³⁸ ADPF 54. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²³⁹ Vídeo da audiência da ADPF 54. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2>. Acesso em: 05 set. 2018.

²⁴⁰ Vídeo da audiência da ADPF 54. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2>. Acesso em: 05 set. 2018.

O Ministro Marco Aurélio ainda ressaltou a possibilidade de juntada de memoriais, para aqueles que se interessassem em contribuir com a Corte, bem como de se fazer perguntas. Portanto, imediatamente à primeira intervenção, o Ministro pontuou que não havia debate ou refutação do argumento apresentado²⁴¹.

Após análise dos vídeos da audiência, foi possível averiguar a presença dos Ministros Gilmar Mendes e Menezes de Direito²⁴².

O Ministro Marco Aurélio, no despacho de convocação dessa audiência, considerou importante a presença não somente das entidades que solicitaram a admissão no processo como *amicus curiae*, como também das associações e de especialistas, no entanto o Procurador-Geral Cláudio Fonteles, ao requerer a realização da APs, indicou um rol de professores para serem ouvidos.²⁴³

Ainda ressaltou o Ministro Marco Aurélio que, em diversas ocasiões, utilizou as informações levadas pelos expositores na fundamentação de seu voto. Segundo o Ministro, a audiência em muito contribuiu para que ele pudesse esclarecer o que seria anencefalia²⁴⁴. Também cita em seu voto o momento em que o Ministro Gilmar Mendes²⁴⁵ foi indagado pelo professor Pinotti. Ainda lembrou a fala das duas mulheres às quais foi dada voz e que relataram que fizeram a opção de antecipar o parto com a finalidade de diminuir o sofrimento. O Ministro Marcos Aurélio encerrou seu voto com a seguinte fala:

ressaltando a valia maior da audiência pública realizada e do fato de ter colocado intencionalmente na prateleira o processo, já que não envolvia interesses subjetivos, sendo um processo objetivo, no que, em janeiro de 2004, em uma página – continuo convencido – repleta da maior tristeza, este Tribunal lançou as mulheres brasileiras em geral em uma verdadeira via crucis para, caso a caso, pleitearem em Juízo o que normalmente é deferido: a autorização para a interrupção da gravidez. [...] realizando audiência pública, ouvindo os diversos segmentos da sociedade, como convém em um Estado Democrático de Direito, em

²⁴¹ Vídeo da audiência da ADPF 54. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2>. Acesso em: 05 set. 2018.

²⁴² Vídeo da audiência da ADPF 54. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2>. Acesso em: 05 set. 2018.

²⁴³ Despacho convocação da ADPF 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>. Acesso em: outubro 2018.

²⁴⁴ ADPF 54. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁴⁵ ADPF 54. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 08 set. 2018.

uma República, verdadeiramente República, e, aparelhado o processo, trouxe-o a julgamento.²⁴⁶

Igualmente o Ministro Cezar Peluso, por diversas ocasiões, fez referência à audiência na fundamentação do seu voto. Ensina o Ministro:

Realizadas audiências públicas com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada, em especial à comunidade científica, delas emergem pontos altamente controversos e posições éticas e religiosas antagônicas”. [...] A noção de comunidade é aqui muito importante, porque determina que o conhecimento aceito a partir dos elementos citados depende da prática institucional dos membros dessa comunidade e não de uma realidade empírica alheia ao que é compartilhado intersubjetivamente. Assim, àquele que não comunga dos pressupostos do paradigma não é um cientista, pode ser no máximo um filósofo. Por sua vez, àquele integrado à comunidade científica só consegue enxergar a realidade em conformidade com as condições paradigmáticas, de modo que se pode dizer, inclusive, que o paradigma serve como os “óculos” que o cientista usa para enxergar a realidade. Sem ele, não há atribuição de sentido aos fatos empíricos que servem de base para a prática científica. [...] Para os fins do Direito todas as demais áreas do conhecimento são importantes no auxílio à compreensão dos limites daquilo que pretende regular e para a aplicação dos conceitos de forma coerente com os seus próprios pressupostos. Os outros ramos do conhecimento informam ao Direito como se estabelecem e qual a gramática dos fenômenos que a ele estão submetidos em forma de ação, para que se mantenha coerente com seus princípios e objetivos. É sob esta perspectiva que têm de ser interpretadas todas as colaborações presentes nas audiências públicas realizadas²⁴⁷.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux fizeram referências à audiência em seus votos.²⁴⁸ **E os ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de fazerem a evento da audiências nos seus respectivos votos, ainda citaram trechos da exposição feita pelos participantes na audiência como fontes de fundamentação nos seus respectivos votos²⁴⁹.**

Já o ministro Gilmar Mendes reservou um capítulo inteiro para falar sobre a audiência ocorrida na referida ação. O ministro Gilmar ainda citou Peter Häberle, autor

²⁴⁶ ADPF 54. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 08 set. 2018..

²⁴⁷ ADPF 54, Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁴⁸ ADPF 54, Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁴⁹ ADPF 54, Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 07 set. 2018.

da sociedade aberta dos intérpretes.²⁵⁰ Entretanto o Ministro Ayres Britto não fez menção à audiência no seu voto²⁵¹.

3.2.2 Audiência sobre Regime Prisional - RE n. 641.320

O Recurso Extraordinário era de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e a matéria em discussão versava acerca da possibilidade do cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação²⁵².

O Ministro Gilmar declarou que decidiu realizar audiência pública para que a Corte pudesse ouvir o depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral, com o objetivo de contribuir para o esclarecimento técnico, científico, administrativo, político, econômico e jurídico sobre o tema²⁵³.

No despacho de convocação da sociedade para a audiência pública, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que as informações colhidas teriam como finalidade auxiliar o julgamento, ressaltando novamente a necessidade de se incluir a sociedade no processo interpretativo da Corte, uma vez que a decisão produziria efeito em outros processos com as mesmas características²⁵⁴.

Em razão dos relatos discutidos nos autos, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária virtual, por unanimidade e nos termos do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, em dar provimento aos embargos de declaração apenas para sanar o erro material apontado.

Após pesquisa feita nos vídeos da audiência, é possível averiguar que apenas o Ministro Gilmar Mendes se fez presente na audiência.²⁵⁵

²⁵⁰ ADPF 54, Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵¹ ADPF 54, Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵² Despacho de convocação para audiência sobre regime prisional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioRegimePrisona1.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵³ Despacho de convocação para audiência sobre regime prisional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioRegimePrisona1.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵⁴ Despacho de convocação para audiência sobre regime prisional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioRegimePrisona1.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵⁵ Vídeo da audiência sobre regime prisional. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P_uyW1Bos8c&list=PLippyY19Z47uE1ldG-eXW9tIE6L8DIgGE&index=2>. Acesso em: 07 set. 2018.

3.2.3 Financiamento de Campanhas Eleitorais – ADI n. 4.650

Refere-se a ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contra diversas disposições da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei n. 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que, ao possibilitarem doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos, teriam contrariado o princípio da isonomia (CF/88, arts. 5º, *caput*, e 14), e os princípios democrático, republicano e da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*)²⁵⁶.

No despacho de convocação de abertura da audiência, o Relator, Ministro Luiz Fux, declarou que a discussão respectiva ao financiamento das campanhas se situa nos estreitos limites dos subsistemas econômico e político, impactando diretamente o funcionamento das instituições democráticas.²⁵⁷

O Ministro Luiz Fux declarou a necessidade de convocar a audiência pública em temas controvertidos por considerar esse um valioso instrumento para que a Corte pudesse tomar conhecimento de informações imprescindíveis, que enriqueceriam a fundamentação de uma futura decisão judicial revestida de maior legitimidade democrática²⁵⁸.

No despacho de convocação de audiência, o Relator declarou que a oitiva de especialistas, cientistas políticos, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil organizada não se destinava a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a levar para a discussão alguns pontos relevantes da perspectiva econômica, política, social e cultural acerca do financiamento vigente, em especial por meio de estudos estatísticos e/ou empíricos²⁵⁹.

²⁵⁶ Despacho de convocação de audiência sobre financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵⁷ Despacho de convocação de audiência sobre financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵⁸ Despacho de convocação de audiência sobre financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

²⁵⁹ Despacho de convocação de audiência sobre financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

Segundo o Relator, existe distinção na postura do magistrado quando aprecia um processo subjetivo e quando aprecia um processo objetivo, onde existem opções políticas adotadas pela Constituição Federal. A legitimidade das decisões do Supremo em processo objetivo vem por meio da sociedade, razão pela qual a Corte, em processo que tenha contenha temas interdisciplinares, convoca audiência pública.²⁶⁰ Na abertura do seu voto, o Ministro Luiz Fux destacou:

A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. [...] O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes”²⁶¹.

É interessante assinalar que, em diversas passagens do seu voto, o Ministro fez referência a trechos de exposições feitas por participantes na audiência pública realizada, como fonte de fundamentação²⁶².

Os Ministros Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Teori Zavascki e Gilmar Mendes votaram sem fazer referência à audiência pública.²⁶³

O Ministro Marco Aurélio cita em seu voto, como fonte de fundamentação, algumas falas dos expositores na audiência. Em uma dessas citações, faz referência a um professor da Universidade de São Paulo:

²⁶⁰ Despacho de convocação de audiência sobre financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018

²⁶¹ ADI 4.650. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁶² ADI 4.650. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁶³ AD 4.650. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

[...] pode não ter sido peremptório, mas o serei: o Brasil vive profunda crise de representatividade política marcada pelo distanciamento entre as pretensões e os anseios sociais e as ações concretas dos mandatários políticos. Os representantes fazem prevalecer, além de interesses próprios, os propósitos nada republicanos daqueles que financiaram as campanhas eleitorais que os levaram aos cargos. A causa principal desse descolamento está na forma de conduzir o processo de escolha dos representantes no Brasil. O valor da igualdade política é substituído, desde o primeiro momento, pela riqueza das grandes empresas doadoras que controlam o processo eletivo. Não vivemos uma democracia autêntica, mas uma plutocracia – um sistema político no qual o poder é exercido pelo grupo mais rico, implicando a exclusão dos menos favorecidos.²⁶⁴

Essa audiência transcorreu com falta de quórum dos Ministros, contando apenas com a presença do Ministro Relator Luiz Fux. Assim como nas audiências anteriores, nesta também não houve perguntas²⁶⁵.

3.2.4 Importação de pneus usados – ADPF n. 101

Após a primeira audiência pública, que ocorreu no ano de 2007, somente em junho de 2008, aconteceu a segunda, convocada pela ministra Cármen Lúcia. A controvérsia girava em torno da ADPF 101, a qual discutia a importação de pneus usados²⁶⁶.

O Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF à época, fez a abertura da audiência pública e, em sua fala, ressaltou que se tratava da segunda audiência a realizar-se na Corte²⁶⁷.

A ministra Cármen Lúcia, por sua vez, ressaltou que a Constituição brasileira determina a democratização não somente do processo, mas também em processos judiciais. Afirmou ainda que o Supremo, buscando dar cumprimento ao que está expresso na Constituição, chamou a sociedade e especialistas para que, com seus conhecimentos, pudessem dar subsídios aos Ministros no julgamento da ADPF 101²⁶⁸.

²⁶⁴ AD 4.650. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁶⁵ Notas taquigráficas da audiência sobre Financiamento de Campanhas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasFinanciamentoCampanhas.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁶⁶ ADPF 101. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁶⁷ Vídeo de audiência pública da DPF 101. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sh6CeOevzAA&list=PLippyY19Z47uAO7tHc22j7BNnDiGOqWA6>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁶⁸ Vídeo de audiência pública da DPF 101. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sh6CeOevzAA&list=PLippyY19Z47uAO7tHc22j7BNnDiGOqWA6>>. Acesso em: 08 set. 2018.

A ministra Cármen Lúcia relembrou, ainda, uma fala dela na qual dizia que “um bom juiz, quando abre a voz, permite que a justiça fale e, para que a justiça fale pela boca do juiz, é preciso que o juiz tenha olhos e ouvidos bem abertos e atentos à sociedade para que ele realmente possa realizar a justiça de seu tempo e para os homens do seu tempo”, e em razão desse objetivo o Supremo tem realizado audiências públicas²⁶⁹.

Ainda ressaltou a ministra Cármen Lúcia a importância da audiência pública junto ao Supremo pela repercussão social, econômica e jurídica da matéria, justificando abertura da Corte à oitiva de especialistas para a melhor compreensão das questões técnicas²⁷⁰.

A ministra Cármen Lúcia dedicou um capítulo inteiro do seu voto às teses apresentadas por especialistas na audiência, como arcabouço de fundamentação²⁷¹.

Já os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ellen Gracie não fizeram menção ao evento da audiência²⁷².

No entanto, o Ministro Gilmar Mendes fez citação da audiência pública realizada Corte, com a finalidade de permitir a manifestação da sociedade civil, das partes e dos especialistas previamente indicados, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99²⁷³.

Por meio da análise dos vídeos dessa audiência pública, foi possível verificar que estavam presentes, mesmo que não em tempo integral, os Ministros Gilmar Mendes, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, além da ministra relatora Cármen Lúcia²⁷⁴.

3.2.5 Política de ação afirmativa de acesso ao ensino superior - RE n. 597.285

O Relator desta ação, Ministro Ricardo Lewandowski, declarou que decidiu convocar audiência pública com o objetivo de reunir especialistas sobre a questão

²⁶⁹ Vídeo de audiência pública da DPF 101. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sh6CeOevzAA&list=PLippyY19Z47uAO7tHc22j7BNnDiGOqwA6>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁷⁰ Vídeo de audiência pública da DPF 101. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sh6CeOevzAA&list=PLippyY19Z47uAO7tHc22j7BNnDiGOqwA6>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁷¹ ADPF 101. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷² ADPF 101. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷³ ADPF 101. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷⁴ Vídeo de audiência pública da DPF 101. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sh6CeOevzAA&list=PLippyY19Z47uAO7tHc22j7BNnDiGOqwA6>>. Acesso em: 08 set. 2018.

judicializada, bem como de ouvir a sociedade interessada. No discurso de abertura da audiência, o Ministro exaltou a previsão constitucional de inserção do povo no processo de tomada de decisão da Corte²⁷⁵.

Nessa audiência, a discussão girava em torno da produção de amianto e suas consequências para o meio ambiente e a saúde pública. Foram 37 participantes, com prazo de 20 minutos cada. Dentre eles, estavam professores universitários, pesquisadores científicos e médicos; também estiveram presentes vários representantes de órgão públicos, associações, sindicatos, confederações, além de um ex-empregado de uma das empresas produtoras de amianto ou asbesto.

Ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski que a audiência representaria um extraordinário salto qualitativo ao superar uma democracia meramente representativa para ingressar no âmbito novo das relações entre o povo e o poder, que é exatamente a democracia participativa²⁷⁶.

Declarou, ainda, o Ministro Ricardo Lewandowski que o art. 14 da CF/88 determina a participação popular, a participação dos cidadãos, mediante referendo, plebiscito e iniciativa popular. Entendendo existir outras formas de o cidadão participar da gestão da coisa pública, dando como exemplo o planejamento urbano, na fiscalização das contas públicas, no estabelecimento de políticas públicas no âmbito da saúde, da educação, do meio ambiente²⁷⁷.

Declarando o Ministro que a audiência realizada pelo Supremo insere-se na ideia de democracia participativa da Ricardo Lewandowski cidadania, no processo de tomada de decisões. Além de ser um mecanismo de aproximação da cidadania dos Poderes da República, em especial do Poder Judiciário. Sendo está um instrumento que oportuniza o Supremo da voz a sociedade civil de modo geral²⁷⁸.

Para encerrar sua fala de abertura, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que as audiências públicas são convocadas não de forma rotineira, mas de forma muito excepcional, quando algum tema tenha grande repercussão na sociedade, como foi o caso do julgamento das células-tronco embrionárias, da questão dos territórios indígenas e a

²⁷⁵ RE 597.285. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷⁶ RE 597.285. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷⁷ RE 597.285. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 10 set. 2018.

²⁷⁸ RE 597.285. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 10 set. 2018.

da reserva de vagas nas universidades públicas, temas magnos que devem ser decididos pelo Supremo Tribunal Federal com a audiência da sociedade em geral, dos cidadãos brasileiros²⁷⁹.

O Ministro Gilmar Mendes também se manifestou na aberta da audiência, declarando ser este um instrumento que permite à Corte selecionar diferentes participantes, os quais levariam ao Supremo visões variadas sobre o tema e, assim, contribuir no processo de reflexão de questões controvertidas, corroborando para o desenvolvimento constitucional²⁸⁰.

Por meio da análise das notas taquigráficas, é possível verificar a presença, ainda que em período parcial, dos Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.²⁸¹

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski mencionou a audiência apenas uma vez na fundamentação de seu voto.

Já os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Marcos Aurélio e Ayres Britto não mencionaram a audiência.

3.2.6 Lei seca: proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias - ADI-DF n. 4.103.

Ação Direta de Inconstitucionalidade, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizada pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento – ABRASEL Nacional, com objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º, 4º e 5º, incisos III, IV e VIII, todos da Lei n. 11.705/08, diploma reconhecido como “Lei Seca²⁸²”.

No despacho de convocação da audiência, o Ministro Luiz Fux salientou que a temática experimentada nos autos reclamava análise que ultrapassava os limites do estritamente jurídico, porquanto demandava abordagem técnica e interdisciplinar. Ressaltou ainda a existência de estudos e pesquisas acerca de legislação mais rigorosa

²⁷⁹ Notas Taquigráficas da audiência pública RE 597.285. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸⁰ Notas Taquigráficas da audiência pública RE 597.285. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸¹ Notas taquigráficas da audiência pública RE 597.285: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸² Despacho de abertura da audiência. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2011/11/ADI-4103-convocacao-audiencias-publicas.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

para o motorista que faz uso de bebidas com álcool na condução de um veículo, esclarecendo que o objetivo da discussão seria a redução de acidentes em rodovias²⁸³.

Declarou o Ministro Luiz Fux a audiência consistia em uma ferramenta valiosa e necessária para que a Corte ouvisse o depoimento de pessoas com experiência e autoridade sobre a proibição da comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais, bem como sobre a imposição de penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool e, ao final, pudesse acolher informações imprescindíveis para o esclarecimento da matéria, bem como para a legitimidade democrática do futuro pronunciamento judicial²⁸⁴.

Em sua fala de abertura da audiência, o Ministro Luiz Fux ressaltou que a audiência pública é instrumento que representa o diálogo entre a sociedade e o poder Judiciário e que existem algumas demandas que exigem conhecimento interdisciplinar que escapa da seara judiciária²⁸⁵.

A finalidade da audiência, segundo o Ministro Luiz Fux, é municiar o Supremo de conhecimentos que extrapolam os conhecimentos jurídicos, assim o propósito da audiência não é fornecer conhecimentos jurídicos à Corte, mas de levar conhecimentos extremamente técnicos sobre a matéria²⁸⁶.

Também estavam presentes na audiência o Ministro Ayres Britto, o qual declarou que, cada vez mais, o Judiciário se aproxima da sociedade para poder ouvi-la e que, se possível, formataria suas decisões com as informações colhidas na audiência através da participação da sociedade brasileira. Segundo o Ministro essa medida se faz necessária quando o Judiciário se vê diante de questões interdisciplinares de interesse comum.

Ainda afirmou o Ministro que, por intermédio da audiência pública, o Supremo buscou homenagear os princípios constitucionais da pluralidade e da diversidade cultural.

Declarou o Ministro que o STF buscou na doutrina alemã do autor Peter Herbele sua fonte de inspiração, em *expertises*, porém, segundo o Ministro, a Corte brasileira buscou essas *expertises* não somente pelo Supremo, mas através de setores altamente especializados.

²⁸³ Despacho de abertura da audiência. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2011/11/ADI-4103-convocacao-audiencias-publicas.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸⁴ Despacho de abertura da audiência. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2011/11/ADI-4103-convocacao-audiencias-publicas.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸⁵ Vídeo da audiência. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RehaFRuvQxQ&list=PLD132B4C9241368C2>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸⁶ Vídeo da audiência. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RehaFRuvQxQ&list=PLD132B4C9241368C2>>. Acesso em: 08 set. 2018.

Fez referência à fala do Ministro Luiz Fux no sentido de “ser a audiência uma forma de dialogar com a sociedade”, e que essa forma legitima mais ainda as decisões do Supremo no Estado Democrático.²⁸⁷

Pela análise dos vídeos, é possível verificar que estavam presentes na audiência, ainda que não em tempo integral, os Ministros Luiz Fux, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Rosa Weber²⁸⁸.

3.2.7 *Uso de amianto - ADI n. 3.937*

A ADI 3937 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei 12.684/07, do Estado de São Paulo. A discussão girava em torno da proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou outros minerais na sua composição. Essa audiência se destaca em razão da multiplicidade de temas em discussão (saúde, meio ambiente, agricultura, financiamento público tecnologia, energia e emprego).

A ADI, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ensejou a convocação da audiência pública para promover a discussão democrática sobre o tema, de forma que a sociedade e especialistas pudessem apresentar elementos para subsidiar a decisão da Corte²⁸⁹.

No discurso de abertura, o Relator ratificou que a finalidade da audiência seria obter dados e fatos que pudessem conduzir a Corte para um julgamento seguro. É possível inferir da fala do Ministro que a finalidade da audiência era unicamente instrutória, com vistas a colher dados eminentemente técnicos para contribuir com o julgamento²⁹⁰.

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Marco Aurélio²⁹¹, em diversas ocasiões, fez menção à fala dos expositores da audiência.

A ministra Rosa Weber, também em várias ocasiões, fez menção à audiência, citando, inclusive, a fala de alguns expositores. Em seu voto, a ministra descreve os

²⁸⁷ Vídeo da audiência. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RehaFRuvQxQ&list=PLD132B4C9241368C2>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸⁸ Vídeo da audiência. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RehaFRuvQxQ&list=PLD132B4C9241368C2>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁸⁹ Despacho de convocação da audiência proibição do uso de amianto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1979625&ad=s#73%20-%20Decis%E3o%20monocr%E1tica>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹⁰ Vídeos da audiência proibição do uso de amianto. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PL8031EED7EAEAF459>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹¹ Vídeos da audiência proibição do uso de amianto. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PL8031EED7EAEAF459>>. Acesso em: 08 set. 2018.

possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente em decorrência do uso do amianto, esclarecendo que chegou a tal conclusão após a realização de audiência pública, na qual foram ouvidos representantes de entidades governamentais, de órgãos internacionais e da sociedade civil acerca dos aspectos científicos da matéria-prima e de suas repercussões para o meio ambiente, a saúde pública e a economia²⁹².

Para a ministra Rosa Weber, a realização da audiência pública possibilitou ao Supremo ouvir pessoas com entendimento sobre o tema e a sociedade no geral, as quais levaram ao conhecimento dos membros da Corte abordagens diferentes sobre o tema, o que elevou o nível de discussão a um patamar mais avançado.²⁹³

Já o Ministro Dias Toffoli, além de fazer referência à realização da audiência pública, afirmando que compreendeu os riscos à saúde humana decorrentes do uso do amianto após esse evento, também consignou que a

interpretação das normas jurídicas sempre é um processo de articulação entre texto e realidade fática. Do mesmo modo, a esfera dos fatos é determinante na compreensão que temos acerca da adequação de determinada norma aos princípios e regras constitucionais. [...] A jurisdição constitucional deve ser exercida com prudência e sensibilidade para esse importante aspecto da interpretação constitucional. [...] é essa compreensão que embasa, por exemplo, o emprego da técnica do apelo ao legislador em virtude de mudança nas relações jurídicas ou fáticas, a respeito da qual leciona o eminente Ministro Gilmar Mendes na seara doutrinária, a partir da análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Dentre as decisões citadas pelo eminente Ministro, vale mencionar o caso da divisão dos distritos eleitorais, clássico exemplo de processo de inconstitucionalização na jurisprudência alemã²⁹⁴.

A análise dos vídeos evidencia a presença, mesmo que em período parcial, dos Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber²⁹⁵.

²⁹² Vídeos da audiência proibição do uso de amianto. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PL8031EED7EAEAF459>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹³ Proibição do uso de amianto – ADI 3.937. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹⁴ Proibição do uso de amianto – ADI 3.937. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹⁵ Vídeos da audiência proibição do uso de amianto. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PL8031EED7EAEAF459>>. Acesso em: 08 set. 2018.

3.2.8 Audiência TV por assinatura - ADI-DF n. 4.679

Essa ADI tinha como finalidade a discussão sobre o marco regulatório da televisão por assinatura. O Relator, Ministro Luiz Fux, considerou indispensável a realização de audiência pública para dar voz a especialistas na matéria e à sociedade. No despacho de convocação da audiência, exaltou como

valiosa e necessária a realização de Audiência Pública sobre os diversos temas controvertidos nestas ações, de sorte que esta Corte possa ser municiada de informações imprescindíveis para o deslinde do feito, bem como para que o futuro pronunciamento judicial revista-se de maior legitimidade democrática.²⁹⁶

A audiência foi realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013. No discurso de abertura, o Relator afirmou que a Audiência Pública representa um novo instrumento democrático de introdução da sociedade no processo de resolução dos litígios, afirmando ainda que a Corte ouve a sociedade e os especialistas para que as soluções judiciais sejam o quanto possível mais aproximadas das expectativas populares, notadamente naquelas hipóteses em que se faz necessário um conhecimento interdisciplinar que extrapola o mero conhecimento jurídico²⁹⁷.

Declarou também que, em razão da complexidade técnica que perpassava boa parte das arguições de inconstitucionalidade ventiladas nas ações diretas, decidiu convocar Audiência Pública no intuito de receber esclarecimentos sobre o tema por parte de especialistas no setor, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil diretamente envolvidos com a concepção e aplicação da Lei n. 12.485/11.

No julgamento, o Ministro Luiz Fux fez citação ao evento da audiência em diversas ocasiões em seu voto, como fonte de fundamentação deste:

A Audiência foi realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013, contando com a participação de trinta expositores, o que permitiu o aporte de valiosos subsídios técnicos para esta Suprema Corte, bem como viabilizou a ampla pluralização do debate jurídico em questão”. Os dados trazidos à Corte durante as audiências públicas realizadas

²⁹⁶ Despacho de convocação da audiência sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaTvAssinatura/anexo/Despacho_convocatorio_ADI_4679.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹⁷ Notas taquigráficas da sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasTVporAssinatura.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

apontam que tanto o diagnóstico quanto o prognóstico do legislador são consistentes²⁹⁸.

Ainda podemos citar outro trecho em que o Ministro faz referência à audiência como fonte de fundamentação de seu voto:

Pertinente é, por isso, a consideração levantada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) também durante a audiência pública realizada perante o Supremo Tribunal Federal. Por intermédio da expositora Sra. Veridiana Alimonti, a entidade questionou a real liberdade do consumidor no mercado audiovisual brasileiro, notadamente em relação à programação de cada canal e ao conjunto de canais que integram cada pacote. Isso porque é notório que a grande massa de contratos de assinatura de TV são típicos contratos de adesão, confeccionados prévia e unilateralmente pelos fornecedores do serviço. Nesse contexto, a pretensa liberdade do consumidor bradada pelos requerentes é apenas parcial e sempre limitada pelas opções que lhe são oferecidas pela empresa²⁹⁹.

O Ministro Edson Fachin declarou ser sabedor da realização da audiência pública, convocada pelo Relator, em que reuniu especialistas, entidades reguladoras e entidades civis de vocação social e pública, assim como esclarecimento pelos aportes técnicos ali lançados acerca da controvérsia em abstrato.³⁰⁰

Os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux proferiram seus votos sem mencionar a audiência.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, parabenizou o Relator pela iniciativa de convocar audiência pública, porém não fez citação ao evento no seu voto, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski.

A ministra Cármen Lúcia menciona em seu voto, como fonte de fundamentação, trechos expostos pelos participantes na audiência. Segundo a ministra,

os argumentos apresentados em audiência pública conduzem à conclusão de que o serviço de TV por assinatura não seria uma atividade que a União se comprometeria a assegurar a existência, a

²⁹⁸ Notas taquigráficas da sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasTVporAssinatura.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

²⁹⁹ Notas taquigráficas da sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasTVporAssinatura.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰⁰ Notas taquigráficas da sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasTVporAssinatura.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

universalização e a continuidade, quanto mais se se considerar que esse serviço subsiste paralelamente à rede de sinal aberto pelas empresas de radiodifusão de sons e imagens³⁰¹.

As notas taquigráficas evidenciam a presença apenas do Ministro relator Luiz Fux. Ele declarou que os outros Ministros estariam acompanhando a audiência de seus gabinetes.³⁰²

3.2.9 audiência campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia - RE n. 627.189

Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Dias Toffoli, interposto pela Eletropaulo Metropolitana-Eletricidade de São Paulo S.A, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a qual determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão em vista de energia elétrica localizada nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão do potencial cancerígeno da radiação produzida³⁰³.

No despacho de abertura, o Relator declarou que a matéria em questão ultrapassava os limites jurídicos, fazendo-se necessária uma abordagem técnica e interdisciplinar da matéria por meio de audiência pública para a Corte ouvir o depoimento de pessoas com experiência e especialistas no assunto, e, assim, colher informações que auxiliassem os Ministros a tomar uma decisão justa e socialmente aceitável³⁰⁴.

3.2.10 Queimadas em canaviais - RE n. 585.224

Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

³⁰¹ Notas taquigráficas da sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasTVporAssinatura.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰² Notas taquigráficas da sobre o marco regulatório na TV por assinatura no Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasTVporAssinatura.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰³ Despacho de convocação da audiência sobre campo magnético de linhas de transmissão de energia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaRE6271891.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰⁴ Despacho de convocação da audiência sobre campo magnético de linhas de transmissão de energia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaRE6271891.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

O Relator optou por realizar audiência pública com a finalidade de ouvir especialistas no setor para que, no momento em que a Corte fosse decidir a questão jurídica, pudesse embasar a decisão por aspectos interdisciplinares.³⁰⁵

A audiência foi realizada em dois dias, nos quais 29 pessoas foram ouvidas, pelo prazo de 10 minutos, na condição de representantes de classe, órgãos públicos e universidades.³⁰⁶

Segundo o Relator, a audiência pública é um instrumento importante também no sentido de revelar para sociedade que a tarefa do magistrado não é só a de julgar, mas também a de ouvir a sociedade, o que legitima democraticamente o processo judicial de análise de todas as questões que interessam à coletividade brasileira³⁰⁷.

Pelo exame das notas taquigráficas, verifica-se apenas a presença do Relator, Ministro Luiz Fux.³⁰⁸

Na construção do seu voto, o Ministro Luiz Fux, em diversas ocasiões, utilizou as informações colhidas na audiência para fundamentá-lo. Ainda segundo o Relator, para que a Corte pudesse cumprir o seu papel na resolução do caso, era preciso analisar todos os dados colhidos em sede de audiência pública, de maneira a desenhar o quadro apresentado, a fim de que se pudesse formar um paradigma mais efetivo, em consonância com todas as necessidades expostas, diante do seu caráter eclético e multidisciplinar, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas inerentes ao caso.³⁰⁹

O Ministro Roberto Barroso, na fundamentação do seu voto, cumprimentou o Relator pela realização da audiência, afirmando que se tratava de uma matéria interdisciplinar, a qual dependia de conhecimento que extrapolava a seara jurídica, sendo necessário também um conjunto de conhecimentos de matéria de fato³¹⁰.

³⁰⁵ Despacho de convocação da audiência sobre queimadas em canaviais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰⁶ Despacho de convocação da audiência sobre queimadas em canaviais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰⁷ Despacho de convocação da audiência sobre queimadas em canaviais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰⁸ Notas taquigráficas da audiência sobre queimadas em canaviais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/NotasTaquigraficasQueimadasCanaviais.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁰⁹ RE 585.224. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306750595&ext=.pdf>>. Acesso 10 set. 2018.

³¹⁰ RE 585.224. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306750595&ext=.pdf>>. Acesso 10 set. 2018.

Os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Melo não mencionaram a audiência em seus votos. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, parabenizou o Relator pela audiência pública³¹¹.

3.2.11 Biografia não autorizada - ADI n. 4.815

Ação de Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) para declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), os quais conteriam disposição que proíbe biografias não autorizadas pelos biografados³¹².

No despacho de convocação de audiência pública, a relatora, ministra Cármen Lúcia, declarou que a matéria versava sobre ação que ultrapassava os direitos fundamentais individuais e sociais e os conhecimentos jurídicos necessitando, assim, a realização de audiência pública para que o STF pudesse ouvir especialistas, historiadores e cidadãos a fim de obter subsídios relevantes para se manifestar sobre o objeto de exame da ação.³¹³

Em sua fala de abertura, a ministra Cármen Lúcia declarou que a finalidade da audiência pública era ouvir a sociedade e, assim, colher dados, a fim de que os juízes pudessem ter uma decisão tendo ouvido não somente o autor da demanda, o Ministério Público, mas também toda a sociedade, que possa levar subsídios para que os juízes levem em consideração novos olhares acerca da matéria³¹⁴.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia declarou que elaborou um índice em que faz referência a tudo que foi apresentado na audiência pública, bem como apresenta os parâmetros normativos constitucionais e as regras da interpretação da demanda – a questão da liberdade de expressão, do pensamento de informação, do direito à intimidade

³¹¹ RE 585.224. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306750595&ext=.pdf>>. Acesso 10 set. 2018.

³¹² Despacho de convocação para audiência sobre biografias não autorizadas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹³ Despacho de convocação para audiência sobre biografias não autorizadas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹⁴ Vídeos sobre audiência pública sobre biografias não autorizadas. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj>>. Acesso em: 10 set. 2018.

e à privacidade, o que são biografias, a sua história e a transcendência do direito à intimidade.³¹⁵

No capítulo reservado a tratar da audiência, antes de entrar no mérito da ação, a relatora ratificou que a finalidade da audiência foi ouvir a sociedade sobre a matéria posta a exame pela Corte, fazendo referência a vários expositores, com citação de algumas falas como fonte de fundamentação do seu voto.³¹⁶

O Ministro Roberto Barroso ressaltou que as sociedades contemporâneas são abertas, complexas e plurais, conseqüentemente convivem na sociedade valores contrapostos, que entram em rota de colisão ou que, pelos menos, convivem com algum grau de tensão, fazendo menção à audiência em seu voto³¹⁷.

Os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes fizeram referência à audiência e acompanharam o voto da relatora³¹⁸.

Os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski não fizeram menção à audiência pública em seus votos³¹⁹.

A análise dos vídeos evidencia que as ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber estiveram presentes na audiência.³²⁰

3.2.12 Programa mais médicos - ADI-DF n. 5.037

Ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados (CNTU), buscando a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o denominado “Programa Mais Médicos”, em especial, dos arts. 3º a 11, 13 e 14³²¹.

³¹⁵ ADI 4.815. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹⁶ ADI 4.815. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹⁷ ADI 4.815. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹⁸ ADI 4.815. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³¹⁹ ADI 4.815. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³²⁰ Vídeos sobre audiência pública sobre biografias não autorizadas. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³²¹ Diário da Justiça Eletrônico. Despacho de convocação da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoAudienciaMaisMedicos.pdf>>. Acesso em: outubro de 2018.

Tramitava, em apenso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.035/DF, proposta pela Associação Médica Brasileira (AMBR), com pedido menos extenso, considerado o aludido ato normativo, alcançando os arts. 7º, incisos I e II, §§ 1º, 2º, incisos I e II, e 3º, 9º, incisos I e II e § 1º, 10, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, e 11³²².

A medida da provisória estabeleceu política pública com alterações quanto ao funcionamento dos cursos de graduação em medicina e à formação dos profissionais, bem como à contratação de médicos para atuarem no âmbito da saúde pública, inclusive estrangeiros e brasileiros formados no exterior, dispensada a revalidação do diploma universitário. As normas possuem implicações nos campos da administração pública, da educação e do trabalho, principalmente, da saúde³²³.

A audiência pública foi convocada pelo Ministro Marco Aurélio, o qual afirmou que, diante da relevância da questão, era necessária a oitiva de pessoas com experiência e autoridade no tocante aos temas envolvidos.

Em sua fala de abertura da audiência, o Ministro Marco Aurélio, ressaltou que ficou determinado o tempo de 20 minutos para a fala de cada expositor³²⁴.

Pelos vídeos disponibilizados, verifica-se a presença somente do Ministro Relator e ainda é possível observar que não houve perguntas nesta audiência³²⁵.

3.2.13 Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil - ADI n. 5.062 e ADI n. 5.065

Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.062 e 5.065, ajuizadas, respectivamente, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD e outros) e pela União Brasileira de Compositores (UBC) contra diferentes dispositivos da Lei n. 12.853/2013,

³²² Diário da Justiça Eletrônico. Despacho de convocação da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoAudienciaMaisMedicos.pdf>>. Acesso em: outubro de 2018.

³²³ Diário da Justiça Eletrônico. Despacho de convocação da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoAudienciaMaisMedicos.pdf>>. Acesso em: outubro de 2018.

³²⁴ Vídeo de convocação para audiência programa mais médicos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9HE6PV_pYXE&index=6&list=PLippyY19Z47sS32_b19XvgMoVUFWqtDfD>. Acesso em: 10 set. 2018.

³²⁵ Vídeo de convocação para audiência programa mais médicos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9HE6PV_pYXE&index=6&list=PLippyY19Z47sS32_b19XvgMoVUFWqtDfD>. Acesso em: 10 set. 2018.

que alterou o marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (Lei n. 9.610/98)³²⁶.

No despacho de convocação de audiência pública, o Relator declarou que a ação exigia abordagem técnica e interdisciplinar da matéria, para que atendesse às particularidades da gestão coletiva de direito autorais e às repercussões práticas, sendo necessária apreciação que ultrapassa os limites estritamente jurídicos³²⁷.

³²⁶ Despacho de convocação para audiência pública.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioDireitosAutorais.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³²⁷ Despacho de convocação para audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioDireitosAutorais.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Ainda para o Ministro Luiz Fux

Considera-se, assim, valiosa e necessária a realização de Audiência Pública sobre os diversos temas controvertidos nestas ações, de sorte que esta Corte possa ser municiada de informações imprescindíveis para o deslinde do feito, bem como para que o futuro pronunciamento judicial revista-se de maior legitimidade democrática. A oitiva de titulares de direito autoral, entidades estatais envolvidas com a matéria e representantes da sociedade civil não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento da gestão coletiva de direitos autorais, sobretudo à luz da experiência internacional sobre a matéria.³²⁸

O voto do Relator consigna que a gestão coletiva de direitos autorais e a coexistência da participação do Estado assumem graus variados em diferentes democracias constitucionais. Também destacou que convocou audiência pública visando obter esclarecimentos sobre o tema, por parte dos titulares de direito autoral, de entidades estatais envolvidas com a matéria e de representantes da sociedade civil diretamente encarregados da concepção e da aplicação da Lei n. 12.853/2013.³²⁹

Segundo o Relator, a audiência possibilitou à Corte, por meio da exposição dos participantes, valiosos subsídios técnicos, além de ter viabilizado ampla pluralização do debate jurídico. O Ministro declarou que considera a abertura da Corte, em alguma medida, à interpretação constitucional, uma forma de fortalecer as decisões do Supremo³³⁰.

O Ministro Luiz Fux fez referência ao evento da audiência como arcabouço de fundamentação em vários momentos do seu voto, sempre ressaltando a importância desse mecanismo como forma de a Corte dialogar com a sociedade³³¹.

Os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski acompanharam o Relator, sem menção à audiência. Por outro lado, os Ministros Roberto

³²⁸ Despacho de convocação para audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioDireitosAutorais.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018

³²⁹ ADI 5.062. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312036882&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³³⁰ ADI 5.062. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312036882&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³³¹ ADI 5.062. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312036882&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Barroso e Cármen Lúcia também acompanharam o Relator, fazendo, no entanto, menção à audiência. O Ministro Marco também não mencionou a audiência no seu voto.³³²

A ministra Rosa Weber começou seu voto ressaltando a produtividade da audiência realizada, salientando ainda que as excelentes sustentações orais colaboraram muito para o debate. Citou também a fala de um participante na audiência, como fonte de fundamentação do seu voto, seguindo o voto do Relator³³³.

A partir da análise dos vídeos, verificou-se que a audiência contou com a presença somente do Ministro Relator, não tendo havido questionamentos³³⁴.

3.2.14 Internação hospitalar com diferença de classe no SUS - RE n. 581.488

Audiência convocada no dia 20 de março de 2014 e realizada no dia 26 de maio do mesmo ano, no curso do julgamento do RE n. 581.488, do estado do Rio Grande do Sul, em razão da decisão judicial de manter a improcedência da ação civil pública que permitia que o paciente internado pelo SUS pudesse promover uma melhoria na sua internação mediante o pagamento da diferença respectiva³³⁵.

O Relator do RE n. 581.488, Ministro Dias Toffoli, em sua fala de abertura, ressaltou a relevância jurídica e social que envolvia valioso interesse jurídico e a importância do mecanismo, razão pela qual o debate reclamava uma análise que ultrapassava as fronteiras jurídicas, sendo necessária uma “abordagem técnica acerca, por exemplo, do impacto administrativo e econômico da “diferença de classe” no Sistema Único de Saúde (SUS) e do seu efeito nos procedimentos de triagem e de acesso ao SUS”³³⁶.

Ainda afirmou o Ministro Dias Toffoli que a realização da audiência permitiria a oitiva de especialistas, de representantes do poder público e da sociedade civil, visando obter informações técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas acerca da

³³² ADI 5.062. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312036882&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³³³ ADI 5.062. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312036882&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³³⁴ Vídeo de convocação para audiência programa mais médicos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9HE6PV_pYXE&index=6&list=PLippyY19Z47sS32_b19XvgMoVUFWqtDfD>. Acesso em: 10 set. 2018.

³³⁵ Despacho de convocação para o RE 581.488. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatorioInternacao.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³³⁶ Despacho de convocação para audiência do RE 581.488. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

questão debatida, de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo”.³³⁷

Pode-se perceber, após pesquisa das notas taquigráficas, que além do Ministro Relator, a audiência contou com a presença dos Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber.³³⁸

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, além exaltar a importância da audiência pública realizada junto à Corte, como forma de dar voz à sociedade, também transcreveu reflexões apresentadas por alguns participantes, como o Professor Doutor Raul Calut. Segundo o Ministro, o argumento jurídico somado aos fáticos se robustecem³³⁹.

O Ministro Edson Fachin, na fundamentação do seu voto, cumprimentou o Ministro Relator pela iniciativa de convocar audiência pública, destacando que a consagração dos objetivos da realização daquele evento seria uma forma de efetivar a participação da sociedade nos processos de relevância reconhecida pela Corte.. Informou ainda que havia examinado os depoimentos apresentados na audiência nos pontos fixados pelo Relator como sendo controvertidos.³⁴⁰

Os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux acompanharam o voto do Relator e o cumprimentaram pela audiência pública realizada, ressaltando que a leitura material da audiência teria sido esclarecedora para eles.³⁴¹

Também a ministra Rosa Weber parabenizou o Relator pelo ato de realizar a audiência e acompanhou, em parte, o evento, mencionando o nome de alguns expositores na fundamentação de seu voto. A ministra Cármen Lúcia, em vários momentos da fundamentação de seu voto, cita trechos da exposição feita na audiência³⁴². O Ministro Marco Aurélio não fez menção à audiência, acompanhando o Relator.³⁴³

³³⁷ Despacho de convocação para audiência do RE 581.488. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³³⁸ Notas taquigráficas da audiência do RE 581.488. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscricaoInternacaoHospitalar.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³³⁹ RE 581.488. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309088057&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁴⁰ RE 581.488. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309088057&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁴¹ RE 581.488. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309088057&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁴² RE 581.488. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309088057&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

³⁴³ RE 581.488. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309088057&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

3.2.15 Ensino religioso em escolas públicas – ADI n. 4.439

ação direta de inconstitucionalidade que buscou discutir o ensino religioso nas escolas públicas, tendo sido proposta pela Procuradoria-Geral da República, que questionava a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé³⁴⁴.

A discussão girava em torno das relações entre o princípio da laicidade do Estado e o ensino religioso nas escolas públicas, as diferentes posições a respeito dos modelos confessional, interconfessional e não confessional e o impacto de sua adoção sobre os sistemas públicos de ensino e sobre as diversas confissões religiosas e posições não religiosas, bem como as diferentes experiências dos sistemas estaduais de educação com o ensino religioso.

O Relator, Ministro Roberto Barroso, entendeu que tais questões extrapolavam os limites do estritamente jurídico, demandando conhecimento interdisciplinar a respeito de aspectos políticos, religiosos, filosóficos, pedagógicos e administrativos relacionados ao ensino religioso no país.³⁴⁵

Recomendou, assim, a convocação de audiência pública para que fossem ouvidos representantes do sistema público de ensino, de grupos religiosos e não religiosos e de outras entidades da sociedade civil, bem como especialistas com reconhecida autoridade no tema³⁴⁶.

A motivação do Relator para utilizar-se da audiência foi a de promover a interpretação conforme a Constituição aos referidos dispositivos para assentar que o ensino religioso em escolas públicas fosse não confessional. A finalidade precípua era a de utilizar a audiência para instaurar efetivo diálogo com a sociedade, abrindo-se os variados pontos de vista sobre a questão e possibilitando a obtenção de subsídios para o equacionamento da controvérsia constitucional³⁴⁷.

³⁴⁴ Despacho de convocação para audiência sobre ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio_ENSINO_R_ELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁴⁵ Despacho de convocação para audiência sobre ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio_ENSINO_R_ELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁴⁶ Despacho de convocação para audiência sobre ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio_ENSINO_R_ELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁴⁷ Despacho de convocação para audiência sobre ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio_ENSINO_R_ELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

Na sua fala de abertura da audiência, o Ministro ainda ressaltou o fator tempo, afirmando que cada expositor teria apenas 15 minutos para expor suas ideias, tempo concedido aos advogados para defenderem suas teses na tribuna do STF. Afirmou, ainda, que essa teria sido a condição para que todos pudessem participar com igualdade de condições.³⁴⁸

Por meio do exame dos vídeos, é possível averiguar que apenas esteve presente na audiência o Ministro Relator, o qual solicitou esclarecimento ao expositor Luiz Roberto Alves.³⁴⁹

É interessante destacar que, em seu voto, o Relator assinala que a Constituição de 1988 prevê expressamente o ensino religioso e que, na audiência pública, muitas entidades se opuseram à existência da regra constitucional. Ressalta ainda que:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo³⁵⁰.

O Ministro Alexandre de Moraes, em diversas ocasiões, citou a audiência no seu voto, como fonte de fundamentação³⁵¹.

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Relator sem fazer menção à audiência pública. Os Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello também não fizeram referência à audiência no seu voto³⁵².

O Ministro Dias Toffoli ressaltou em seu voto que diversas entidades ouvidas na audiência pública relataram que o ensino religioso confessional seria prejudicial aos

³⁴⁸ Despacho de convocação para audiência sobre ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio_ENSINO_RELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁴⁹ Despacho de convocação para audiência sobre ensino religioso em escolas públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_convocatorio_ENSINO_RELIGIOSO_EM_ESCOLAS_PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁵⁰ ADI 4.439. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁵¹ ADI 4.439. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁵² ADI 4.439. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

alunos agnósticos ou para aqueles que adotam crenças minoritárias, e a má aplicação e regulamentação protege os estudantes que professam religiões tidas como majoritárias.³⁵³

3.2.16 *Uso de depósito judicial - ADI n. 5.072*

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, contra a Lei Complementar 147, de 27 de junho de 2013, alterada pela Lei Complementar 148, de 22 de agosto de 2013, e pela Lei Complementar 163, de 31 de março de 2015, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a utilização de parcela de depósitos judiciais para pagamento de requisições judiciais de pagamento e dá outras providências.³⁵⁴

A ação versava sobre a constitucionalidade de normas estaduais que possibilitam aos entes da federação utilizar recursos judiciais e extrajudiciais, inclusive efetuados em litígios nos quais não são partes, para pagamento de despesas diversas.

Ação de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual, em sua fala de abertura da audiência, declarou que, na ação em análise, há comunicação entre norma e fato, o que constitui condição da própria interpretação constitucional. E que, por se tratar de uma investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos, convocou audiência pública com a finalidade de ouvir especialistas em gestão pública, auditoria, direito financeiro, econômico e finanças públicas, para subsidiar o julgamento.³⁵⁵

O Relator ressaltou que o tema era repleto de variáveis e complexidade, agradecendo a participação dos expositores por dividirem com a Corte suas experiências e impressões sobre o tema. Declarou que buscava informações que auxiliariam o Supremo a compreender cada um dos aspectos referentes ao tema.³⁵⁶

³⁵³ ADI 4.439. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁵⁴ Despacho de convocação para audiência sobre o uso de depósito judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI_5072__Despacho_de_convocacao_de_audiencia_publica_.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁵⁵ Notas taquigráficas da audiência sobre o uso de depósito judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Depositos_Judiciais.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁵⁶ Notas taquigráficas da audiência sobre o uso de depósito judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Depositos_Judiciais.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

Em uma decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes declarou que, após analisar como mais profundidade o tema, inclusive após as informações recebidas na audiência pública, pôde ter percepção mais ampla da gravidade do tema em discussão.³⁵⁷

Foi possível verificar, por meio da análise da transcrição da audiência, que apenas estiveram presentes, mesmo que não em tempo no integral, o Ministro Edson Fachin, além do Relator. Não houve indagações na audiência.³⁵⁸

3.2.17 Novo Código Florestal - ADI n. 4.902

Ação de relatoria do Ministro Luiz Fux, envolve 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), processadas sob a forma eletrônica e autuadas sob os números 4.901/DF; 4.902/DF; 4.903/DF; e 4.937/DF – todas elas contra diversos dispositivos da Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012 (também na redação conferida pela Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012), que alteraram o marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil, sob a égide da instituição do denominado “Novo Código Florestal” (a mencionada Lei 12.651/2012)³⁵⁹.

No despacho de abertura da audiência pública, declarou o Ministro Luiz Fux que a temática da ação revestia-se de grande complexidade, pela relevância constitucional e institucional, e que necessitava de apreciação além dos limites jurídicos, demandando abordagem técnica e interdisciplinar da para que fossem atendidas as nuances das repercussões práticas do Novo Código Florestal³⁶⁰.

O Ministro Luiz Fux afirmou que a audiência é um instrumento valioso e necessário para o exame dos diversos temas controvertidos presentes na ação e para que a Corte pudesse colher informações imprescindíveis à elucidação do tema, bem como

³⁵⁷ ADI 5.072. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311227566&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁵⁸ Notas taquigráficas da audiência sobre o uso de depósito judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Depositos_Judiciais.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁵⁹ Despacho de convocação de audiência sobre o novo código florestal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁶⁰ Despacho de convocação de audiência sobre o novo código florestal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

para que o futuro pronunciamento judicial fosse revestido de maior qualificação constitucional e de adequada legitimidade democrática³⁶¹.

O Ministro Marcos Aurélio inicia seu voto acentuando que a ação impõe ao Supremo prudência na análise das causas de pedir veiculadas e deferência às instâncias representativas, em razão da complexidade maior de que se reveste, em razão do impacto da política ambiental nas futuras gerações e do caráter técnico científico próprio da matéria. Ainda segundo o Ministro Marcos Aurélio, isso não significa afastar-se do papel contramajoritário, mas sim de reconhecer as diversas capacidades institucionais em jogo, as quais afetam, sobretudo, situações como a deste processo, presentes os fatos e previsões efetuadas pelo Legislativo, com significativa influência de fatores propriamente científicos³⁶². Cabe salientar que o Ministro fez citação da audiência como fundamento no seu voto.

O Ministro Celso de Mello introduz seu voto exaltando a importância da audiência para a análise da matéria, em que está em jogo não apenas o conhecimento jurídico. Cita-se parte da fundamentação do voto do Ministro:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (ação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.[..]"Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer.[...] É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto,

³⁶¹ Despacho de convocação de audiência sobre o novo código florestal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁶² ADI 4.902. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355128>>. Acesso em: 07 set. 2018.

infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior. O fato irrecusável é um só: o desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoría de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta de decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’ resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). – A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...)” (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). [...] Nem diga que o Supremo Tribunal Federal, ao assim proceder, transgrediria o dogma da separação de poderes, pois, uma vez configurado tal contexto, esta Suprema Corte nada mais estaria a fazer senão desempenhar o papel a ela outorgado pela própria Constituição da República, com o objetivo de impedir que a atuação normativa insuficiente do Poder Público culmine por degradar a autoridade e a supremacia da Lei Fundamental³⁶³.

Por meio do estudo dos vídeos, verifica-se a presença na audiência apenas do Relator, ministro Luiz Fux.³⁶⁴

³⁶³ ADI 4.902. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355128>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁶⁴ Despacho de convocação de audiência sobre o novo código florestal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

3.2.18 Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos - RE n. 973.837

Recurso Extraordinário interposto por Cristhian Moreira Silva Santos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Agravo em Execução Penal n. 1.0024.05.793047-1/001.

Em sua fala de abertura da audiência, a ministra Cármen Lúcia, presidente do STF à época, ressaltou que essa seria a 20ª audiência realizada pelo Supremo, com a finalidade de ouvir a sociedade. Segundo a ministra, a Corte esperava que a sociedade, por meio de opiniões e ensinamentos dos estudiosos da matéria, proporcionasse um acervo de informações necessárias para a realização de um julgamento mais célere e mais fecundo sobre tema da maior gravidade, que é a Identificação e o Armazenamento de Perfis Genéticos de Condenados por crimes violentos ou hediondos.³⁶⁵

A ministra ainda ressaltou que o Supremo, mais uma vez, abria as portas à sociedade a fim de dar voz àqueles que possam proporcionar informações para que o julgamento não tenha por base apenas fundamentos jurídicos, mas também toda a multiplicidade de conhecimentos necessários a uma decisão coerente³⁶⁶.

A audiência contou com a presença apenas da ministra Cármen Lúcia, além do Relator, Ministro Gilmar Mendes.

3.2.19 Bloqueio do aplicativo WhatsApp - ADPF n. 403

Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) em face de decisão do Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Marcel Maia Montalvão, lavrada em processo criminal que tramita em segredo de justiça, a qual determinou a suspensão do aplicativo de comunicação WhatsApp em todo o Brasil³⁶⁷.

³⁶⁵ Despacho de convocação do RE 973.837-MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁶⁶ Despacho de convocação do RE 973.837-MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

³⁶⁷ Despacho de convocação da ADPF nº 403. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403DESPACHOCONVOCATORIO.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

A questão gira em torno do ato impugnado, que viola preceito fundamental da liberdade de comunicação, prevista no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

Em razão da complexidade da matéria, entendeu por bem o relator, Ministro Edson Fachin, convocar audiência pública para que fossem ouvidos o WhatsApp e, conseqüentemente, o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., órgãos de investigação, como a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, as entidades já admitidas como *amici curiae*, bem como especialistas com reconhecido conhecimento sobre o tema.³⁶⁸

A Corte pretendeu abrir um espaço que promovesse, por meio de um diálogo aberto e plural, esclarecimentos técnicos, a partir de outros olhares e pontos de vista sobre a questão, a fim de colher mais subsídios para o exame da controvérsia³⁶⁹.

A ministra Cármen Lúcia declarou, em sua fala de abertura, que a 21ª audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal contaria com dois relatores, a ministra Rosa Weber e o Ministro Edson Fachin, e que a discussão gerava em torno do Marco Civil da internet, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.527, relatada pela Ministra Rosa Weber, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403, relatada pelo Ministro Edson Fachin, que cuidam especificamente da suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais.³⁷⁰

A ministra Cármen Lúcia ressaltou ainda que a audiência pública é instrumento democrático, instaurado pelo Supremo para atuar de forma conjunta e com mais profundidade em temas que apresentem especificidades necessárias para um julgamento justo, como é objetivo da Corte³⁷¹.

A ministra esclareceu também que, em razão da impossibilidade de participação de todos os Ministros do Supremo, as informações prestadas pelos especialistas seriam gravadas e entregues a cada, para que todos tivessem conhecimento do que se passou na

³⁶⁸ Despacho de convocação da ADPF nº 403. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403DESPACHOCONVOCATRIO.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁶⁹ Despacho de convocação da ADPF nº 403. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403DESPACHOCONVOCATRIO.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷⁰ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷¹ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

audiência³⁷². Acentuou a ministra que a prática do Supremo de realizar audiência pública para que analisar com maior profundidade e levar em consideração os bons auspícios tem sido referência para outros países³⁷³.

A ministra Rosa Weber enfatizou que os temas tratados nessas ações envolvem questões de extrema complexidade e de caráter multidisciplinar, exprimem valores fundantes da ordem jurídica brasileira e revestem-se de inegável relevância para consolidação do Estado Democrático de Direito e, ainda, são de fundamental importância para o enquadramento e a concretização de direitos fundamentais³⁷⁴.

Segundo a ministra Rosa Weber, o Supremo, por meio de audiência pública, convida diferentes segmentos da sociedade para serem colaboradores com a jurisdição constitucional e, assim, construir para um direito melhor³⁷⁵.

Ainda segundo a ministra Rosa Weber, a aplicação justa do direito não dispensa adequada compreensão dos fatos disciplinados e de suas implicações sociais, a integridade do direito depende de coerência na sua aplicação à realidade³⁷⁶.

A ministra destaca que a audiência é um instrumento que aproxima o Supremo da sociedade e constitui mecanismo de democratização da própria exegese constitucional, auferindo maior legitimidade às decisões tomadas pela Corte³⁷⁷.

A audiência contou com a presença dos relatores, ministra Rosa Weber e Edson Fachin, e da ministra Cármen Lúcia, presidente do STF à época.³⁷⁸

³⁷² Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷³ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷⁴ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷⁵ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷⁶ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷⁷ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁷⁸ Ata da audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildalInterneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

3.2.20 Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares -RE n. 101.0606

RE n. 1.010.606/RJ, em que se discute, à luz dos arts. 1º, III, 5º, *caput*, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade³⁷⁹.

O Relator, Ministro Dias Toffoli, em sua fala de abertura, declarou que convocou a sociedade a participar da audiência pública com a finalidade que ela levasse subsídios necessários para que os Ministros do Supremo obtivessem conhecimento e mais informações para auxiliar no julgamento.³⁸⁰

Por meio do estudo da transcrição da audiência, verifica-se a presença do Relator, Ministro Dias Toffoli, e da ministra Cármen Lúcia, presidente do STF à época.³⁸¹

3.2.21 Interrupção voluntária da gestação - ADPF n. 442

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face de alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos arts. 124 e 126 do Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), que estabelecem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), pela ordem normativa constitucional vigente³⁸².

Considera a relatora, ministra Rosa Weber, que a discussão em tela é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados colocado sob apreciação do Supremo, envolvendo razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública, bem assim a tutela de direitos

³⁷⁹ RE n. 1010606. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoDireitoAoEsquecimento.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁸⁰ Ata de audiência pública. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁸¹ Ata de audiência pública. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

³⁸² Despacho convocatório de audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatoriointerupcaoGravidez.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

fundamentais³⁸³, razão pela qual entendeu conveniente convocar audiência pública para o mês de agosto de 2018.

³⁸³ Despacho convocatório de audiência pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatoriointerupcaoGravidez.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da decisão do clássico julgamento do caso *Marbury versus Madison*, intensificou-se o debate acerca da legitimidade democrática no controle judicial de constitucionalidade nas sociedades contemporâneas. Mesmo nas Constituições em que o sistema democrático consagra a participação da população no processo de decisão do Estado, é crescente a crise representativa deste, por se mostrar ineficiente frente às necessidades da sociedade plural, que exige maior participação e agilidade do Estado.

Mesmo reconhecendo a existência de limitação do tema aqui empreendido, percebem-se alguns avanços quanto a este, de modo que é possível chegar a algumas conclusões.

As novas exigências da sociedade contemporânea impulsionaram o Judiciário a deixar a postura cerrada na aplicação da lei, ou seja, de submissão a lei, limitando a tarefa de declarar o direito preexistente, como defendia a doutrina positivista. Indubitavelmente essa postura do Judiciário já não atende aos anseios da sociedade atual, que se encontra em constante desenvolvimento, necessitando de um Judiciário ativo.

A representatividade política em países de Terceiro Mundo encontra-se em franca decadência, deixando a sociedade órfã, sem amparo político. E no Brasil não é diferente. O país enfrenta a maior crise representativa de sua história, e os fatores são muitos, dentre eles, os escândalos de corrupção, conduzindo a democracia representativa ao fracasso.

Como resultado, surge a jurisdição constitucional como remédio capaz de aliviar a sensação do abandono dos órgãos tradicionais de representação. Nessa direção o Judiciário tem convocado para si a responsabilidade de engendrar soluções para problemas que saem da sua seara de competência.

Os juízes constitucionais não podem ficar presos à literalidade das normas constitucionais, devem ter consciência de que o processo de interpretação é multável, necessita evoluir com a sociedade, Assim o entendimento da Corte não pode ser imutável, muito pelo contrário, a modificação de posicionamento nas decisões reafirma a força normativa da Constituição no sentido de atender às necessidades da sociedade pluralista.

Nesse cenário surge uma grande tensão entre o Judiciário e os órgãos políticos, sob alegação de afronta à separação de poderes. Entre diversas justificativas para tal tensão, está a de que o órgão do Judiciário é desprovido de representatividade. No entanto, aqui cabe destacar que a Constituição é a morada da democracia, e o Supremo é uma instância neutra, à qual foi dado o papel de guardião da lei fundamental. Sendo assim,

parece não fazer sentido a afirmação de que esse órgão seja desprovido de legitimidade democrática.

Ressalta-se que a democracia não ser pode convencionada somente pelo exercício do voto, o cidadão necessita se sentir inserido no processo decisório de poder do seu país. O Estado não pode querer silenciar seu povo após o exercício do voto, sendo necessário que promova oportunidade para sua a participação ativa no processo decisório.

Para que o Estado promova a participação do povo em suas decisões, é necessário o afastamento da democracia tradicional e sua aproximação com a democracia deliberativa, que exalta a comunicação e possibilita ao cidadão o sentimento de ser membro ativo na construção da norma e na tomada da decisão. Essa é a razão pela qual vincular o conceito de democracia unicamente à eleição como parâmetro de representatividade acaba por conduzir a arbitrariedades.

Vimos nesta pesquisa que, segundo os ensinamentos de Robert Alexy, não se pode vincular o conceito de democracia unicamente ao procedimento de decisão centralizado nas eleições. Advoga o autor que a democracia necessita de argumentos concretizadores da democracia argumentativa e que o tribunal constitucional possui legitimidade representativa argumentativamente.

Todavia, ressalta Alexy além de o tribunal promover argumentos seus como sendo do povo, é necessário que o povo reconheça que decisão como sua, aceitando o tribunal como uma instância de reflexão política.

Nesse sentido a temática desta pesquisa foi a de verificar se as audiências públicas realizadas junto ao STF podem ser vistas como instrumento de concretização da Representação Argumentativa no Estado Democrático de Direito. Vimos que o Supremo, na tentativa de ampliar sua legitimidade democrática e fazer com que o povo o reconheça como uma instância de reflexão política, tem realizado audiências públicas.

Assim, a análise das audiências públicas executadas junto ao Supremo revelou uma grande diversidade de assuntos debatidos nesses fóruns, bem como a amplitude dos debates, com uma grande heterogeneidade de participantes, motivo pelo qual optou-se por dividir a análise das audiências em dois blocos, com o objetivo de verificar a ideia de representatividade.

Até o término deste trabalho, o Supremo havia realizado 24 audiências públicas, das quais 23 foram aqui analisadas. Por meio dessa análise, observou-se que as APs vêm desempenhado diferentes funções para o Supremo, assim como para a sociedade.

A análise dessas audiências revelou que o STF identificou nesse instrumento um fórum ideal para diálogo entre a sociedade, à medida que promovera a ampliação do debate democrático a ser realizado no controle de constitucionalidade, bem como a aproximação da Corte à realidade social.

O estudo da ADI 3.510 revelou que, por ser a primeira, a audiência pública realizada pelo STF gerou uma grande expectativa da sociedade por participar do processo decisório da sua Corte Constitucional, no entanto os juízes constitucionais participantes da referida ação desenvolveram os argumentos de suas decisões a uma interpretação conforme, sem redução de texto, aproximando-se assim da função legislativa.

O estudo dos despachos de convocação das audiências demonstrou que o motivo para que o Supremo convoque APs segue quase que um padrão de justificativas, dentre as quais, está a preocupação em compreender a realidade posta nos casos sob análise, que vai além do conteúdo estritamente jurídico. Para isso, o Supremo tem dado voz a pessoas qualificadas e experientes da sociedade, com autoridade sobre a matéria, para elucidação do tema.

Já a análise das notas taquigráficas das audiências revelou a ausência de quórum dos Ministros nas APs. Quase todas aconteceram com a presença apenas do Relator. Das vinte três audiências estudadas, somente uma contou com a presença de quatro Ministros, sendo um deles o Relator. Em seis audiências, pode-se verificar a presença de três Ministros, incluindo o Relator. Cinco audiências contaram com a presença de dois Ministros, sendo um o Relator. Nove audiências contaram com a presença apenas do Relator. E em duas audiências não foi possível a análise das notas taquigráficas. Daí percebe-se a falta de quórum dos Ministros nas sessões das audiências.

Também foram estudados os vídeos das audiências e as suas transcrições, os quais revelaram carência de diálogo entre os Ministros e os participantes das sessões. Revelou-se ainda que o tempo dos expositores é limitado. Em uma audiência presidida pelo Ministro Roberto Barroso, o tempo concedido aos expositores foi o mesmo concedido aos advogados no plenário do Supremo. Em outra, o Ministro Marcos Aurélio advertiu um expositor que não eram permitidas indagações.

O estudo dos vídeos das transcrições enunciou, ainda, que é entendimento unânime da Corte que as audiências públicas possibilitaram a abertura do diálogo da Corte com outros que não são formalmente legitimados para interpretação da Constituição, de modo que seriam instrumento de aproximação com a sociedade. Assim, a análise das

audiências expressou que esse instrumento fomenta a democracia deliberativa, introduzindo a sociedade no processo de decisão do Estado.

Igualmente foram analisados os votos dos Ministros nas ações em que foi realizada audiência pública, sendo possível averiguar que, em todas elas, os Ministros fizeram uso das informações colhidas por meio da audiência como fonte de fundamentação no seu voto. Daí percebe-se que as informações colhidas nas sessões das audiências impactam na fundamentação dos votos dos Ministros.

O estudo das audiências ainda enunciou sua importância no âmbito do Supremo no sentido de fomentar o diálogo institucional entre os poderes, reforçando o modelo democrático contemporâneo, como foi o caso das audiências da judicialização da saúde e do regime prisional.

Evidenciou o estudo que esse instrumento diagnostica problemas e enuncia soluções que muitas vezes não podem ser aventadas pelo Supremo, mas apenas por outros atores e, assim, impactando, assim, na formação de novas políticas públicas pelos outros poderes.

O estudo demonstrou que foram realizadas pelo STF todas as espécies de audiências, motivo pelo qual a diversidade de entidades representativas presentes nas sessões evidenciou que algumas geram um fórum de discussão bastante amplo, já outras possuem o fórum de discussão bem menor, centralizado apenas em setores que possuam interesse no tema.

Assim, é possível concluir que audiência pública desempenha no Supremo diferentes funções. A depender do fórum de discussão, algumas **por exemplo** evidenciaram a função mediadora.

Assim, este estudo nos levou a concluir que as audiências públicas jurisdicionais vão ao encontro do desejo do STF em dar maior legitimidade democrática as suas deliberações, ensejando maior participação da população no processo de interpretação das normas constitucionais. O estudo também enunciou que, em razão da ampla discussão que ocorreu nas sessões das audiências, nem todas elas podem ser qualificadas como fórum de representação argumentativa. Vimos que a finalidade dada pelo Supremo Tribunal Federal a esse instrumento depende do tema em debate. Entretanto, nem sempre as APs serão de fato o fórum para que o STF represente a sociedade, uma vez que em determinadas sessões esse mecanismo tem a função de engendrar soluções, fomentando o diálogo institucional, de estimular a democracia deliberativa, de dialogar com a sociedade, de levar ao Supremo conhecimento não jurídicos.

Assim, ao final deste trabalho, pode-se afirmar que, na audiência pública sobre biossegurança (ADI 3.510), o Supremo representou a sociedade argumentativamente. No entanto, as audiências sobre a judicialização da saúde e sobre o sistema prisional tiveram o papel de estimular o diálogo institucional. Já a audiência sobre biografias não autorizadas teve a função de promover a mediação entre os interlocutores. Por sua vez, a audiência sobre pneus teve a tarefa de levar ao Supremo conhecimentos não jurídicos, o que nos levar a concluir que as audiências realizadas no Supremo possuem finalidades diversas, não podendo ser qualificadas como um instrumento de papel único no STF, tendo em vista que variam em razão do tema debatido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. de Luís Afonso Heck. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução Lupis Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização/Tradução Lupis Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

ARAÚJO NETO, Olavo Irineu de. **Análise da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal frente às sentenças de caráter aditivo**. S. d. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/646/431>>. Acesso em: 1º mar. 2016.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOMFIM JUNIOR, Carlos Henrique de Moraes. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. **Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emenas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946 – Distrito Federal**. Brasília, 03 de abril de 2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771281/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1946-df>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas**: apresentação. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

_____. **Lei n. 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. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

_____. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 07 fev. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal**. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.367/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.
Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** 132/RJ. Brasília, 05 de maio 2011. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.321-7/DF**. Brasília, 25 de outubro de 2000. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 Distrito Federal**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE709212voto.pdf>>. Acesso em 1º jan. 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. Pref. de Vicente de Paulo Barretto. Posf. de Antonio Cavalcanti Maia. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 159-179, abr./jun./2014. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503043>>. Acesso em: 5 out. 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Os limites da interpretação constitucional numa abordagem positivista. **Os constitucionalistas: um blog para pensar, desconstruir e revolucionar o Direito Constitucional**, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em:<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/os-limites-da-interpretacao-constitucional-numa-abordagem-positivista>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. **RVMD**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2011. Disponível em:<<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/3124/1933>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **Jurisdição constitucional**. Disponível em:<file:///C:/Users/usuario/Downloads/JURISDI%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, jan.-jun., 2010, p. 159.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2014.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília, Edu-UnB, 2016.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; FERREIRA E COSTA, Mônica Aragão Martiniano. **Aulas de teoria do estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direito fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. **DPU**, n. 60, p. 25-50, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1553/1246>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INGOR Sarlet estreia coluna sobre direitos fundamentais na ConJur. In: **Revista Consultor Jurídico**, 14 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-14/ingo-sarlet-estrela-coluna-direitos-fundamentais-conjur?utm_source=dlvr.it&utm_medium=>. Acesso em: 24 jun. 2015.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Fernand. **A essência da constituição**. Trad. de Walter Stönmmer. Pref. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 1, Brasília, jan.-jun./2009, p. 63-93. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/6594>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e a teoria do direito**. São Paulo: Landy, 2006.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**.

Tese (doutorado). 2008. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2018.

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. XXIV.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 8, jan.

2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1063/1047>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, IDP, Brasília, a. 2, 2008/2009. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites e da justiça constitucional. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coloquio do 10º Aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

PERELMAN, Chaim, **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica: técnica de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSA, Igor Ramos. **Peter Haberle e a hermenêutica constitucional no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político (nota de trabalho). **Revista Brasileira de História**, v.15, n° 30, 1995, p. 9-22.

SILVA, Cecília de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro; MOURA, Francisco; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo; VALLE, Vanice Lírio do. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição?. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, jul. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33743>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 259-283, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46444/45190>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal Representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 236-273, maio. 2017. Disponível: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917/66521>>. Acesso em: 20 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. Judicialização da saúde: algumas reflexões sobre o cenário atual. **Blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania**. 19 agosto de 2013. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2013/08/19/judicializacao-da-saude-%E2%80%93-algumas-reflexoes-sobre-o-cenario-atual/>>. Acesso em: 12 out. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 154-171, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/1877/8236>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 67, n. 7, p. 191-268, 2006. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/urbinati.pdf. Acesso: novembro de 2018.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do.; CAMARGO, João Marcos Pires. Audiência sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 3, p. 13-31, nov. 2010/fev.2011, São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 5 out. 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado). 2013. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/fr.php>>. Acesso em: 13 out. 2018.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **Internacional Journal of Constitutional Law – I-CON**, v. 7, n. 1, p. 2-24, 2009. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/7/1/2.full.pdf+html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.