

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO –UFJF
JOÃO PAULO BISAGGIO TEIXEIRA

**PLURALISMO DEMOCRÁTICO NO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE: a utilização da Audiência Pública no Supremo Tribunal
Federal.**

Juiz de Fora
2016

JOÃO PAULO BISAGGIO TEIXEIRA

**PLURALISMO DEMOCRÁTICO NO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE: a utilização da Audiência Pública no Supremo Tribunal
Federal.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração abarcada pelo Direito Constitucional e Política, sob orientação da Prof^a. Joana Machado.

Juiz de Fora

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO PAULO BISAGGIO TEIXEIRA

PLURALISMO DEMOCRÁTICO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: a utilização da Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração abarcada pelo Direito Constitucional e Política, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof^ª. Joana de Souza Machado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª. Fernanda da Costa Vieira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Fernando Perlatto
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016.

RESUMO

O presente trabalho propõe um estudo acerca do papel desempenhado pelo instituto legal da Audiência Pública no controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), ante a abertura da jurisdição constitucional à interferência de atores sociais. Assim, à luz dos ditames propostos pela teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, busca-se explorar a utilização do referido instrumento no exercício do controle abstrato, perguntando-se: diante da regulamentação legal e da aplicação dada pelo Suprema Corte brasileira é possível compreender a Audiência Pública como mecanismo capaz de potencializar a participação deliberativa da sociedade civil na Jurisdição Constitucional? Para tanto, por meio de uma abordagem qualitativa, efetua-se um corte epistemológico temporal, concentrando-se na análise de dois casos, mais especificamente, do primeiro caso em que o STF utilizou a audiência pública e do último, até o período em que foi concluída esta pesquisa.

Palavras-chave: Audiência pública; Supremo Tribunal Federal; Controle de constitucionalidade abstrato; Participação deliberativa;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO -----	7
2 DEMOCRACIA NO PARADIGMA DISCURSIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO -----	8
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE -----	13
3.1 Notas introdutórias -----	13
3.2 A questão da legitimidade da Jurisdição Constitucional no paradigma discursivo do Direito -----	16
3.3 Do Controle de Judicial de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro -----	20
4 AUDIÊNCIA PÚBLICA -----	27
4.1 A disciplina normativa da audiência pública no processo constitucional brasileiro -----	27
4.2 Definição e Características -----	30
4.3 A participação popular nos procedimento de fiscalização abstrata de constitucionalidade: a audiência pública como instrumento de potencialização democrática -----	32
4.4 Audiências públicas paradigmas: caso ADI nº 3.510 e caso ADI's nº 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 -----	38
4.4.1 Apresentação dos casos -----	38
4.4.2 Procedimento -----	40
4.4.2.1 Convocação -----	40
4.4.2.2 Forma de escolha dos participantes -----	41
4.4.2.3 Perfil dos expositores -----	42
4.4.2.4 Organização dos expositores e interação com membros da Corte -----	43
4.4.3 Análise crítica das audiências públicas -----	46
5 CONCLUSÃO -----	50
REFERÊNCIAS -----	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe um estudo acerca do papel desempenhado pelo instituto legal da Audiência Pública no exercício do controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), diante da abertura da jurisdição constitucional à interferência de atores sociais.

Assim, à luz dos ditames propostos pela dogmática discursiva do direito de Jürgen Habermas, busca-se explorar a tensão subjacente entre o processo de tomada de decisões pela Suprema Corte brasileira ante a institucionalização de procedimentos democráticos de formação da vontade pública.

Nesse sentido, pergunta-se: defronte sua atual regulamentação legal e aplicação no STF, é possível compreender o instituto da Audiência Pública como mecanismo capaz de potencializar a participação deliberativa da sociedade civil na Jurisdição Constitucional? Em outras palavras, é capaz, o presente instrumento, de acrescer a legitimidade democrática das decisões do STF, ampliando a pluralidade dos intérpretes da Constituição?

Para tanto, inicialmente, o presente estudo faz uma breve digressão do paradigma discursivo do Estado Democrático de Direito, utilizando-se do referencial epistemológico da racionalidade comunicativa proposta por Habermas, seguindo, ato contínuo, a uma abordagem do Controle de Constitucionalidade Concentrado, por meio de sua reconstrução histórica, sua configuração atual na ordem jurídica e seu papel no STF.

Em seguida, delimita-se o conceito atribuído à Audiência Pública, entendendo-a como mecanismo de extrema relevância dentro da ordem democrática, direcionada em proporcionar à Corte Constitucional uma gama de informações técnicas relativas sobre a causa *sub judice*, promovendo o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, marcada em sua dimensão teleológica, ainda, como meio singular na ampliação do debate jurídico-constitucional à interferência de diferentes seguimentos sociais.

Finalmente, a fim de responder à pergunta geradora que estimulou o desenvolvimento desta pesquisa, busca-se, por meio de uma abordagem qualitativa, analisar a aplicação da audiência pública em dois casos específicos.

Considerando o grande número de audiências públicas existentes e a extensão do objeto a que se propõe, uma análise casuística tornaria inviável a conclusão deste trabalho.

Assim, efetua-se um corte epistemológico temporal, concentrando na análise de dois casos, a fim de investigar a questão apresentada, mais especificamente, do primeiro caso em

que o STF utilizou a audiência pública e do último, até o período em que foi concluída esta pesquisa.

Trata-se, primeiramente, de um estudo teórico-documental em que se vale dos conhecimentos científicos produzidos sobre o tema, para, num segundo momento, analisar criticamente duas relevantes situações de utilização pelo STF do famigerado instituto, em conjunto com os elementos teóricos aferidos.

Dessa maneira, problematiza-se se e de que forma tal instrumento vem contribuindo para abertura da interpretação constitucional à sociedade, através da ampliação democrática nos processos decisórios.

2 DEMOCRACIA NO PARADIGMA DISCURSIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após o extenso período sombrio e tenebroso marcado pelas duas décadas de regime ditatorial, a introdução de nova ordem constitucional pela Carta Magna de 1988, a “Constituição Cidadã”¹, corresponde ao resultado de um denso processo de ressignificação da mentalidade da constitucional pela sociedade brasileira.²

O renovado contexto histórico-jurídico balizado no processo de constitucionalização e redemocratização do Brasil, introduziu na agenda política nacional temas como os limites da democracia representativa, representação argumentativa, participação popular na construção da vontade pública e etc., reformulando sobremaneira a percepção de realização democrática das décadas anteriores.

Por conseguinte, viu-se a institucionalização de instrumentos legais voltados à interação popular nos processos decisórios, a fim de se ampliar a representação nas instâncias políticas do Estado, reafirmando a consagração do princípio constitucional do pluralismo democrático.³ Nesse sentido,

¹ Expressão de Ulysses Guimarães em Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 27/06/2016.

² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; DILLY PATRUS, Rafael. O poder constituinte no Brasil pós-1964: contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia *in* Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n.63, pp.m529-548, jul/dez.2013, p.540.

³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição

O Brasil tornou-se referência do debate internacional acerca do aprofundamento da reforma da democracia, precisamente, graças à onda de novas experiências participativas na definição de prioridades ou no desenho de políticas públicas, enquadradas inicialmente na Constituição de 1988 ou em administrações municipais sob o comando do Partido dos Trabalhadores, notadamente conselhos gestores e orçamento participativo.⁴

Explicando a imbricada relação de coexistência entre Direito e democracia, Habermas desenvolve o paradigma constitucional contemporâneo do Estado Democrático de Direito.⁵ O autor parte da ideia de que o Direito moderno, por ser positivo, histórico, contingente, mutável e coercitivo, abriga, em sua dimensão ontológica, uma forma de legitimação diversa daquela apresentada na era pré-moderna, tendo em vista a necessária coexistência ao modelo democrático de Estado, que se preste à garantia da liberdade e da autonomia dos sujeitos de direito.⁶

Nesse contexto, Habermas traça um paralelo entre as noções de consensualismo moderado – orientado pela razão prática comunicativa - e direito, estabelecendo uma entrelaçada conexão deste em relação à existência de consensos básicos ou basilares entre os sujeitos de direito, erigidos a partir da conciliação intersubjetiva de concepções subjetivas de existência. Nesse sentido, brilhante síntese feita por Rodrigues:

A intuição básica do convencionalismo jurídico é certa: um sistema jurídico é uma criação convencional de uma comunidade jurídica, emerge do engenho pragmático e da concordância mútua dos agentes a ele sujeitos, depende da dupla capacidade deles de inteligentemente perseguir solução para os problemas comuns e concluir racionalmente os debates em torno dessas soluções (com entendimentos recíprocos).⁷

É em meio a tais postulados que Habermas afirma a relação conceitual interna entre direito e democracia, atribuída a partir da superação dos paradigmas liberal burguês e social de Estado de Direito, a fim de sanar a lacuna subjacente à justificação da legitimidade do poder e do ordenamento jurídico.

constitucional concentrada”. Revista Mestrado em Direito n.1, 2008, p.73-91. pp.67

⁴ Lavalle, A.G; Houtzager, P.P; Castello, G. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. Lua Nova, São Paulo, 67. Pág.81, 2006

⁵A necessária coexistência entre Direito e Democracia , é amplamente tratada por Jürgen Habermas no capítulo dez da obra “A inclusão do outro” (2002) e “Direito e democracia: entre facticidade e validade” (1997).

⁶HABERMAS, Jürgen. “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia” In: A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, capítulo dez, p. 285 et seq.

⁷ RODRIGUES, Ivan. Direito moderno entre consenso e dissenso: a reconstrução habermasiana da legitimidade consensual do direito positivo da sociedade pós-tradicional. Disponível em: https://www.academia.edu/14636824/Direito_moderno_entre_consenso_e_dissenso_a_reconstrucao_habermasiana_da_legitimidade_consensual_do_direito_positivo_da_sociedade_pos-tradicional. Acesso em: 28/06/2016

A concepção moderna do Estado democrático de Direito partiria, então, da confluência de duas ideias à primeira vista antagônicas, sintetizadas no ideal democrático de soberania do povo e vontade da maioria, *versus* a juridicização do poder e o respeito a um catálogo de direitos fundamentais. Para tanto, tal concepção parte da fundamentação da legitimidade do poder calcada em um sistema jurídico que garanta e permita, ao mesmo tempo, a preservação da autonomia pública e da autonomia privada (agentes como autores e destinatários do Direito) dos sujeitos de direito.⁸

Assim, as bases estruturais de edificação do constitucionalismo contemporâneo seriam marcadas pela permanente tensão entre a esfera pública e os poderes constituídos no campo político-institucional.

Indo mais além, Habermas propõe não simplesmente uma conexão, mas sim uma relação de dependência entre a noção de Estado de Direito e democracia, considerando os limites deliberativos do procedimento democrático – conciliação entre a autonomia pública e a autonomia privada – como postulados condicionantes da própria existência do direito, elevando-os ao grau de pressupostos de validade, ou seja, condição *sine qua non* para o desenvolvimento do jogo democrático.

Como um quebra-cabeça que só pode ser completado ante a existência de todas as peças, a teoria habermasiana justifica procedimentalmente a existência de um cabedal de direitos, que no constitucionalismo contemporâneo ganham a roupagem de direitos fundamentais, como condições de possibilidade da autonomia política dos indivíduos, vitais em sua participação como cidadãos na formação do consenso democrático.

Para o autor, são através de ações democráticas desenvolvidas sob a prevalência de discursos práticos, marcados por pretensões universais e igualitárias, que os cidadãos atribuem-se mutuamente direitos fundamentais, permitindo uma múltipla formação das identidades comunitárias e subjetivas, com o livre desenvolvimento do ideal individual de vida boa, dos acordos sob condições comuns de desenvolvimento da comunidade política que se encontram. Porquanto somente sob a proteção de tais direitos os sujeitos terão a possibilidade de se considerarem reciprocamente como igualmente livres, podendo desempenharem seu papel de cidadãos.⁹

Nesse contexto, caberia à democracia a preservação da condição política necessária às manifestações individuais plurais de cultura, salvaguardando as diferentes concepções éticas dos sujeitos integrantes do discurso, a partir da preservação da tolerância e de condições

⁸ RODRIGUES, Ivan, 2016, p.13.

⁹HABERMAS, Jürgen, 2002, p.285.

dignas de influência na instância deliberativa, sob o signo da inclusão imparcial e equitativa, com fincas à consagração plena do pluralismo cultural.

Assim, apenas as estruturas de deliberação firmadas no seio de estruturas democráticas seriam capazes de legitimar a força vinculante das decisões coletivamente construídas, vez que as mesmas se fundariam na inclusão das contribuições pertinentes de todos os agentes por ela afetados.

Por outro lado, o pluralismo cultural representaria a dimensão substancial em que se estabelece de forma democrática o poder político, promovendo, antes, a formação dos consensos de forma racional, a partir da legitimidade aferida pelo melhor argumento, possibilitando a articulação dos múltiplos juízos valorativos.

Nesse caminho explica Rodrigues:

A democracia, por sua vez, é necessariamente complementada pelo pluralismo cultural, no plano normativo, em virtude de que ela não pressupõe uma “Homogeneização cultural” dos cidadãos, mas, em lugar disso, pressupõe uma interconexão inquebrantável entre a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos que, no final do dia, dota-lhes de uma autorização recíproca para a *autoafirmação desagrilhoada e a constituição não reprimida das identidades pessoais e interpessoais*. Dessa autorização recíproca, a democracia haure um respaldo capital de sua legitimidade: é na medida em que intrinsecamente comporta essa autorização que pode a democracia ser vista pelos cidadãos como terreno político propício ao autodesenvolvimento livre de interferências caprichosas e restrições opressivas. 10

Sob a lente epistemológica proposta pelo arcabouço teórico habermasiano, o direito enquanto resultado da “incessante (re)construção de consensos (procedimentalmente esvaziados de arbitrariedades irracionais) sobre pretensões normativas presumivelmente válidas”¹¹, funda-se, portanto, em duas estruturas conceituais: os direitos fundamentais e a soberania popular, vez que é condicionado ao princípio democrático, segundo o qual “somente podem reivindicar legitimidade os estatutos que podem ser respaldados pela anuência de todos os cidadãos em um processo discursivo de legislação que por sua vez, foi legalmente constituído”¹².

Ao fim e a cabo, a identificação do Estado democrático de Direito segundo os ditames da teoria discursiva prática racional, deve preservar o extrato dialógico da política deliberativa

¹⁰ RODRIGUES, 2016,p.22.

¹¹RODRIGUES, 2016, p.23.

¹²HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Translation by William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996, p.110.

em contraposição à noção tradicional da política como simples arena de luta de interesses ou *locus* de autorrealização ética.

É nessa dimensão que se desenvolve a noção base nuclear do constitucionalismo contemporâneo, calcada no exercício do poder estatal limitado e da garantia dos direitos fundamentais.

Urge, assim, a relevância do papel atribuído à jurisdição constitucional que, a partir de uma visão discursiva e procedimental, assume o escopo de, ao mesmo tempo, garantir o pluralismo axiológico social e preservar a dimensão dialógica da política deliberativa.¹³

Nesse sentido, sobre o papel da jurisdição constitucional, DILLY PATRUS¹⁴

Uma das mais interessantes e pertinentes metáforas já concebidas para a descrição da relação entre a democracia e o constitucionalismo foi apresentada pelo pensador sueco Jon Elster. Em sua exposição, o autor faz menção ao livro XII da Odisseia de Homero, em que Ulysses, diante da advertência de Cirne, ordenam que o atem ao mastro de seu barco, amarrando seus braços e suas pernas, para que permaneça preso ao longo da passagem pelo largo dos rochedos e não sucumba ao canto cruel e sedutor das sereias. Elster conclui, a partir do relato, que o povo – entendido aqui como instância plural de legitimidade – ocorre a mesma coisa: só amarrada a um esquema rígido de limitação do poder estatal e de afirmação dos direitos fundamentais é que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição consegue resistir à tentação das sereias nas passagens mais turbulentas da viagem pelo mar.

Como elucida Cattoni de Oliveira, a institucionalização de um processo público que permita o debate entre iguais deve ser garantida através da proteção exercida pela jurisdição constitucional na defesa do devido processo legislativo, do devido processo constitucional e dos direitos fundamentais¹⁵.

Diante do exposto, analisa-se mais detalhadamente no capítulo seguinte o exercício judicial de conformidade constitucional segundo os ditames da teoria discursiva do direito.

¹³CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

¹⁴ DILLY PATRUS, Rafael . Controle preventivo de constitucionalidade e democracia: a Constituição de 1988 e as intervenções jurisdicionais destrutivas. In: Julia Maurmann Ximenes; Janete Ricken Lopes de Barros. (Org.). 25 anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico. 1ed. Brasília: IDP, 2013, v. 1, p. 113-137. p.115.

¹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.36, 2001.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Notas introdutórias

Partindo das ideias explicitadas em linhas volvidas, lança-se um dos pontos mais controversos na identificação da conformação do exercício dos poderes constituídos do Estado e do regime democrático em determinada comunidade política: qual ente estatal seria responsável pela interpretação e fiscalização da compatibilidade das leis e atos normativos em relação aos mandamentos constitucionais. Noutras palavras, qual “Poder” seria o responsável pela “última palavra” sobre a Constituição.

Assim, não obstante uma análise profunda sobre o tema fuja aos limites traçados por esta pesquisa, torna-se necessário abordar o contexto no qual se desenvolvem as bases em que se fundamenta o exercício da Jurisdição Constitucional ¹⁶ sob o paradigma do Estado democrático de Direito inaugurado pela Carta de 1988 e sua atribuição teleológica no ofício hermenêutico da Constituição.

Para tanto, faz-se necessário entender o contexto histórico-normativo em que se desenvolve a recente experiência constitucional, que baliza o ordenamento jurídico pátrio.

Marcados por um intenso processo de gestação e desenvolvimento, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988 trouxeram consigo os anseios sociais de longos anos de ressignificação da mentalidade da comunidade política nacional.

Para Andrade e Barbosa,

Se observarmos as circunstâncias que cercam a reivindicação de uma nova Constituição na década de 70, seu enredamento com os movimentos pela anistia e pelo restabelecimento das eleições diretas, o processo de convocação da Assembleia Constituinte e, finalmente, o biênio de seu funcionamento, algo de novo pode ser percebido. Debatendo-se contra uma longa tradição de “transições pelo alto”, uma nova prática começa a se articular, propondo para a pergunta acerca do fundamento da autoridade da Constituição respostas ao mesmo tempo inesperadas e criativas.¹⁷

¹⁶ Adota-se neste trabalho a definição dada por Luis Roberto Barroso, para o qual o vocábulo Jurisdição Constitucional “designa a aplicação da Constituição por juizes e tribunais. Essa aplicação pode ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição do sentido a uma norma infraconstitucional ou parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas do exercício da jurisdição constitucional”. (2001, p.25).

¹⁷ BARBOSA, Leonardo Augusto de. História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

É cediço, pois, que a Constituição brasileira de 1988 marcou um recomeço. Com a perspectiva de uma nova história, sem as velhas e ultrapassadas utopias, sem as tais certezas ambiciosas, mas com uma carga de esperança e com legitimidade sem precedentes, finalmente abrindo espaço à participação popular no processo político.

Ademais a Constituição edificou um arcabouço normativo dotado de exímia relevância axiológica, refratário das esperanças políticas de diversos segmentos sociais, elevadas, agora, ao status de norma constitucional, passando a prever uma extensa pauta de questões judicializáveis.

Conforme sintetizado por Machado, o modelo axiológico de Constituição como norma, “se revela especialmente importante, porquanto é habitualmente atrelado às Constituições contemporâneas de intensa carga substantiva, como costuma ser enquadrada a Constituição brasileira de 1988”.¹⁸

Tal conformação institucional vem em correspondência a um movimento originário ao longo da segunda metade do século XX, após a 2ª Grande Guerra, sinalado pela redefinição do papel desempenhado pelas Cartas Políticas e a força normativa que dela emanam.

Nesse cenário, desenvolveu-se no plano teórico um amplo conjunto de transformações relacionas à dogmática do Estado de Direito sob a égide das Constituições contemporâneas, identificados pela estreita relação entre os textos constitucionais de pauta substantivamente alargada e as diversas maneiras de instituição da jurisdição constitucional.

Assim, a partir da relevância axiológica atribuída ao texto normativo constitucional destacam-se as teorias substantivista e procedimentalista da Constituição.

A teoria substantivista, não obstante seja carente de uma definição canônica, pode ser representada pelo movimento teórico-dogmático intitulado de “Neoconstitucionalismo”. Para o referido movimento, os recentes textos constitucionais apresentam um signo de identificação mútua marcado pela ampla densidade axiológica imputada ao seu corpo normativo, demandando uma prática constitucional diferenciada.¹⁹

Como aponta Barroso, o neoconstitucionalismo pode ser reconhecido pelas seguintes características:

Como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) *como marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e reaproximação entre Direito e ética; e (iii) *como marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da

¹⁸ MACHADO, Joana. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Puc, 2008. P. 26

¹⁹ MACHADO, Joana. 2008, p.28.

Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²⁰

Em contraposição à posição alinhavada anteriormente, apontam-se os partidários da teoria procedimentalista. Para esse posicionamento, ainda que se reconheça um valor especial atribuído ao conteúdo normativo da Constituição, há uma total contraposição à interpretação do exercício da jurisdição constitucional orientada por valores.

Afiguram-se como relevantes expoentes desta linha de raciocínio Habermas e Waldron. Ambos os autores reconhecem a compleição normativo-genética substantiva que marca o movimento de constitucionalização pós-guerra, no entanto, pressupõem uma justificação procedimental da amplitude axiológica dos textos constitucionais, concebendo os direitos que dela decorrem como pressupostos viabilizadores da autonomia dos indivíduos para participação política na formação do consenso democrático.

Para além das divergências dogmáticas existentes ante a conformação da jurisdição constitucional nas Constituições contemporâneas, é imperioso reconhecer que o alargamento do leque de direitos previstos constitucionalmente reflete, como consequência natural, a ampliação do espaço de atuação da jurisdição constitucional na proteção das expectativas normativas que deles derivam, sendo os Tribunais Constitucionais chamados cada vez mais a se posicionarem sobre questões até então restritas ao âmbito do processo legislativo majoritário.

Ao avanço verificado da jurisdição sobre os espaços anteriormente restritos à política majoritária, decorrentes do modelo de Constituição substantiva, tem-se comumente designado de “Judicialização da Política”.²¹ Nesse aspecto, diversas situações que no passado seriam impossíveis de serem avaliadas pelo Poder Judiciário passaram a ser deduzidas por pretensões a provimentos jurisdicionais.

Em decorrência dessa possibilidade, há no constitucionalismo contemporâneo uma redefinição dos limites traçados entre a arena política e o direito, com a implementação de diversas políticas públicas e de justiça distributiva por cortes judiciais.

A ocorrência do fenômeno da judicialização sobre a seara política, presente no movimento de constitucionalização do mundo ocidental, após a metade do século XX, ocasionou inúmeras implicações no sistema de tripartição dos poderes do Estado, com a

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. p.15. Acesso em: 01/07/2016.

²¹MACHADO, Joana. 2008, p.25

proliferação do discurso jurídico para o discurso político, alterando sobremaneira o modo de se pensar e debater política.²²

No que toca à judicialização da política no Brasil, apontam-se diversos fatores contributivos para sua ocorrência, sendo eles: o fortalecimento das garantias da magistratura e do ministério público, alinhados ao processo redemocratização da forma de governo, ambos assegurados pela Constituição de 1988; a previsão constitucional de uma série de direitos fundamentais anteriormente inexistentes, possibilitando sua proteção do Poder Judiciário em razão da justiciabilidade a eles conferidos; a sistematização de um modelo de controle de constitucionalidade próprio com a utilização de institutos dos sistemas anglo-saxão e continental europeu.

Na experiência brasileira, o fenômeno da judicialização da arena política tem assumido uma vasta dimensão, em que o constituinte originário de 1988, tornando constitucional uma pauta abrangente e analítica de direitos, abriu espaço à fluidez da discussão do fórum eminentemente político para o fórum jurídico, levando-os para “o universo das pretensões judicializáveis”.²³

Diante de tal realidade, a atual remodelação do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil permite uma profusão de meios e vias de acesso ao Poder Judiciário, concedendo-lhe amplamente a possibilidade de revisão das atividades políticas produzidas no seio dos poderes legislativo e executivo, quando afetas a direitos resguardados constitucionalmente.

Nesse sentido, diversas questões que guardam em si discussões morais, políticas/comunitárias, sociais e jurídicas têm sido postas à avaliação do Poder Judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, tornando irresistível o reconhecimento da importância desempenhada pela Jurisdição Constitucional no controle abstrato.

3.2 A questão da legitimidade da Jurisdição Constitucional no Paradigma Discursivo do Direito.

A fim de se reconstruir a pretensão finalística, bem como os pressupostos de justificação da Jurisdição Constitucional, impõe-se a necessidade de identificar em um primeiro momento sob qual modelo de organização política se parte.

²² BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 05.

²³ BARROSO, Luis. 2010, p.05.

No entanto, não se busca esgotar o referido tema neste item, tendo em vista que tal pretensão reclamaria uma pesquisa autônoma, dada sua amplitude. Aborda-se assim, ainda que minimamente, a relação de legitimidade atribuída ao exercício da jurisdição constitucional à luz do paradigma discursivo do direito.

Em face disso, é inevitável reconhecer que no atual contexto do Estado brasileiro, a jurisdição constitucional desempenha um lugar de destaque. O constitucionalismo contemporâneo, baseado na compleição discursiva entre o Estado de direito e Democracia, traz o escopo de promoção da autonomia jurídica do sujeito de direito, para além das perspectivas liberal e social de Estado, atribuindo à jurisdição constitucional o dever de fiscalização, proteção e efetivação das condições procedimentais necessárias ao agir democrático, guarnecendo as premissas cruciais ao exercício discursivo da autonomia política.²⁴

Nesse prisma, sabe-se que o processo de tomada de decisão pela via institucional do Estado, na função legislativa, deve se sujeitar, necessariamente, às contingências de um corpo social plural e estruturado através do discurso, refletindo a inexistência de argumentos absolutos na arena política, perante a falibilidade intrínseca decorrente da refutabilidade que se impõe com a identificação de um melhor argumento.

Como consequência, urge à manifestação do sujeito participante do discurso, no processo de formação do consenso, a oportunidade de deliberação autônoma e livre, tornando-se indispensável a garantia de condições paritárias de possibilidade e participação no discurso, a fim de assegurar que aqueles que sofram a incidência dos efeitos da decisão tenham podido, de modo efetivo, dela participar.

Quando da institucionalização das condições para um processo legislativo democrático, sob a forma de direito político, é necessário que o código do direito já esteja à disposição. Para a criação desse código, do código ou forma jurídica moderna, é necessário criar o “status” de sujeito de direito que pertençam, enquanto titulares de direitos subjetivos, a uma comunidade jurídica. Pois, na modernidade, “não há direito algum sem a autonomia privada de sujeito de direito”. (HABERMANS, Jürgen. A inclusão do outro, p.293)²⁵

²⁴BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99 *in* Sarmento, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.139-164.

²⁵CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas. Extraído em: <http://gajop.org.br/justicacidade/?p=2414>. Acesso em: 10/07/2016.

Nesse sentido, a missão da jurisdição constitucional no paradigma do Estado democrático de Direito seria, a partir dos direitos fundamentais resguardados no seio da Constituição, promover a “garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos, no sentido de interdependência e da equiprimordialidade delas”²⁶, através do devido processo legislativo democrático e o devido processo constitucional.

Na defesa do devido processo legislativo, ante a dinâmica de justificação das normas jurídicas, cumpre à jurisdição constitucional a proteção dos instrumentos de participação deliberativa dos sujeitos de direito, de modo a defender a fluência dos pressupostos comunicativos, isto é, das regras de participação no discurso e das condições processuais para a deliberação legislativa na criação e fundamentação das normas jurídicas.²⁷

Como consequência, a partir do modelo constitucional de processo visa-se a garantia dos direitos fundamentais processuais a fim de se estabelecer condições para a manifestação autônoma dos participantes do processo legislativo democrático no exercício da atividade legiferante.

Importa, sob essa perspectiva, assegurar a plenitude dos efeitos normativos que decorrem do cabedal de direitos resguardados constitucionalmente, proporcionando verdadeira viabilidade de participação democrática dos sujeitos de direito na prática discursiva, negando o acometimento meramente instrumental do processo legislativo.

No que toca a defesa do devido processo constitucional, cabe à jurisdição constitucional atuar de modo a promover iguais capacidades formais e materiais dos sujeitos de direito no exercício de suas posições jurídicas nos discursos de aplicação jurídica em geral.²⁸

Ante o escopo apontado, urge a identificação da jurisdição constitucional como o fiel da balança na garantia do jogo democrático, isto é, na participação constitucionalmente adequada daqueles afetados pelos efeitos da aplicação de determinada norma jurídica, a fim de se assegurar o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos pelo próprio processo jurisdicional.

Em síntese, tal modelo se propõe à tarefa de concretização dos direitos fundamentais, pressupostos viabilizadores da arena democrática, da autonomia política e da capacidade para escolha racional e autorrealização ética dos indivíduos, como expressão da utilização pública

²⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p.194

²⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p.195.

²⁸ Idem.

das liberdades comunicativas e do uso privado das liberdades subjetivas nos discursos de aplicação do direito.

Sob tal compreensão, compete à jurisdição constitucional garantir a autonomia dos sujeitos de direito, tanto na sua dimensão pública quanto privada, resguardando, igualmente, um corpo de direitos para este fim.

Como a atuação da jurisdição constitucional deve referir-se às condições procedimentais do processo legislativo constitucionalmente estruturado, de acordo com o qual os cidadãos, no exercício de seu direito de autodeterminação, possam realizar o projeto cooperativo de estabelecer condições recorrentemente mais justas de vida, essa atuação deve justamente assegurar o sistema de direitos que apresentam tais condições procedimentais e que, assim, garantam as autonomias pública e privada dos cidadãos, não somente perante o poder administrativo do Estado mas também em face do poder social e econômico. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p.196).

Em igual sentido, Binbenbojm aponta para a dupla vocação da jurisdição constitucional, prestando-se como garantidora da Constituição e do Estado de direito e dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo, da própria democracia.

[...] O procedimento democrático tem como limite deliberativo as suas próprias condições de existência consubstanciadas nos direitos fundamentais. Sua teoria pressupõe, assim, uma justificação procedimental – e não metafísica – dos direitos fundamentais, que passam a ser compreendidos como condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático. Atuando como guardião de direitos fundamentais assim compreendidos contra maiorias legislativas ocasionais, o Tribunal Constitucional se erige, simultaneamente, como guardião da própria democracia.

Como apontado por Habermas, há uma diferença fundamental entre a justificação da legitimidade da jurisdição constitucional a luz do paradigma discursivo do direito, em relação à concepção republicana de Estado, na medida em que “a tradição republicana sugere um tal excepcionalismo, uma vez que liga a prática política dos cidadãos ao *ethos* de uma comunidade naturalmente integrada.”²⁹, relegando a autonomia pública e o exercício do direito a determinada concepção ética, condicionante do exercício deliberativo da política à existência de condições excepcionais.

Ademais, a importante dimensão assumida pela jurisdição constitucional no processo político está na viabilização de um ambiente discursivo construído de forma plúrima e

²⁹HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997, p.345.

deliberativa, rechaçando o assentamento da comunidade sob as bases excludentes de uma única identidade ético cultural, autoritária e castradora das potencialidades subjetivas.

É, portanto, claramente tangível a qualidade política que acomete o exercício contemporâneo da jurisdição constitucional, o que, conseqüentemente, reflete na necessária cautela imposta ao Poder Judiciário, a fim de que não se ideologize ou exerça o referido instrumento em total disvirtuamento do exercício do Poder. Não se considera aqui a existência da objetividade plena ou a neutralidade do julgador, mas sim a busca pela aplicação do Direito sob a consagração do pluralismo e do discurso jurídico racional-argumentativo.

Não compete, pois, às Cortes Judiciais, a tomada de decisão sob a lente de pontos de vista sectários, não importando o quão abrangente sejam tais pontos em relação às concepções majoritárias na sociedade. As Cortes, ao contrário, devem produzir seus argumentos a partir de um debate franco e aberto, a fim de otimizarem a legitimidade dos resultados obtidos.

Ademais, sabe-se que a concepção de democracia deliberativa³⁰ não se contenta com a configuração do postulado democrático tão somente pela via autorizativa do voto, com o exercício da prerrogativa popular de eleição dos seus representantes, muito menos, com sua simplificação à expressão do processo majoritário.

Ao revés, sua base se funda no debate público amplo e plural, em que assegure os pressupostos de participação discursiva dos sujeitos de direito, observando, ao mesmo tempo, o respeito aos direitos fundamentais, podendo, só assim, desempenhar uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas.

3.3 Do Controle de Judicial de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise do tema do controle judicial de constitucionalidade merece destaque principalmente, pelo crescente protagonismo vivenciado pelo Poder Judiciário, resultante da ampla pauta de direitos resguardados pela Constituição de 1988.

Sob a moderna conjuntura dos ordenamentos jurídicos, todas as normas previstas no seio da Constituição possuem força normativa, além de se situarem hierarquicamente no topo de todo o sistema, sendo utilizadas como parâmetros de adequabilidade das demais leis - decorrência do Princípio da Supremacia da Constituição. Assim, todo o ordenamento, bem como as situações jurídicas titularizadas pelos sujeitos de direito, devem estar em conformidade com a dogmática constitucional.

³⁰HABERMAS, Jürgen. 1997, p.

Nessa dinâmica, em razão da posição ocupada pela Constituição, todo ato que contrarie uma norma constitucional, carece de correspondência em relação ao ordenamento jurídico, sendo-lhe ausente o pressuposto de validade necessário à existência perante o sistema.

As contrariedades dos atos normativos em relação aos ditames constitucionais se dão de duas ordens: incompatibilidade substancial, ou seja, aquela marcada pela violação direta aos ditames constitucionais, contrariando a norma que se extrai do texto constitucional; e a incompatibilidade formal, relativa ao vício formal presente no processo de produção legiferante, não maculando especificamente o mérito da norma constitucional, mas sim sua dimensão procedimental.

No que pese a divisão apontada, independentemente de qual seja a contrariedade verificada, tais incompatibilidades não podem existir no ordenamento jurídico, devendo ser extirpadas ante sua invalidade.

A fim de retirar do ordenamento os atos jurídicos que atentam contra os ditames constitucionais, erige-se o controle judicial de constitucionalidade, aqui definido como mecanismo de verificação de compatibilidade ou adequação entre um ato jurídico e a Constituição.

Seu escopo, portanto, traduz-se em uma atividade processualmente institucionalizada de garantia dos pressupostos democráticos de instituição e aplicação do direito, assegurando a supremacia constitucional e a unidade do sistema jurídico.

Logo, o presente item propõe uma abordagem histórica sobre do controle judicial de constitucionalidade e sua conformação perante o ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se, porém, que uma análise exaustiva seria inviável, vez que a extensão do tema reclamaria uma abordagem em pesquisa autônoma. Assim, faz-se um breve resgate histórico sobre a institucionalização do controle judicial de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro tem sua fagulha na Constituição Provisória promulgada pelo Decreto nº 510, em 22 de junho de 1890, com a criação do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Ainda no mesmo ano, o Decreto nº 848, com a criação da Justiça Federal, trouxe de forma inaugural a previsão da possibilidade de qualquer juiz poder recusar a aplicação de uma lei que considerasse inconstitucional.³¹

Na Constituição de 1891 o controle de constitucionalidade ganha previsão expressa. Assim, no artigo 59 da constituição o legislador originário prevê o juízo de constitucionalidade das leis a partir de um recurso especial direcionado ao STF, além da competência para decidir conflitos entre a União e os estados e entre os próprios estados-membros.

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete.

(...) § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunaes locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunaes Federaes, quando houverem de interpretar leis da União.³² (Grifamos)

Em decorrência de marcada influência do sistema americano, o controle de constitucionalidade passa a ser previsto de forma difusa, isto é, incidentalmente, sendo disciplinado de forma pormenorizada pela Constituição de 1891 com a previsão do tribunal competente e das situações de sua aplicação.³³

A constituição de 1934 traz duas mudanças importantes no sistema de controle de constitucionalidade, implementando a competência do controle difuso, atribuindo ao Senado Federal a prerrogativa de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”³⁴, bem como a possibilidade da Representação Interventiva, competência atribuída ao Procurador-Geral da República de questionar a inconstitucionalidade de lei

³¹RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t.1, p.1.

³² Extraído em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em 10/07/2016.

³³BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira. In: Coletânea Jurídica. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928, p.164.

³⁴VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São paulo: Malheiros, 1994, p.120.

estadual perante o Supremo Tribunal Federal, caso a mesma infringisse princípios fundamentais da ordem federativa.³⁵

De forma modesta, a intervenção marcou a consolidação do controle concentrado no Brasil. Segundo Mendes, embora a representação interventiva configurasse uma peculiar forma de composição de conflitos federativos, a jurisprudência e a doutrina brasileira tratam esse processo como típico processo de controle abstrato de normas.³⁶

Na Constituição de 1937, que instaurou o regime ditatorial do Estado Novo, o controle de constitucionalidade sofreu uma importante restrição no que toca aos efeitos da decisão judicial que declarava a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, submetendo tal decisão à possibilidade de suspensão dos seus efeitos, mediante ato legislativo.³⁷

Já na Constituição de 1946, surge a gênese do que se tornaria futuramente a ação direta de inconstitucionalidade, com a manutenção da figura da representação interventiva. Tal instituto previsto no artigo 8º, parágrafo único, da Carta política de 1946³⁸ permitia a submissão do ato arguido de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República ao STF, cabendo a este último declarar a intervenção.

Em 1965, com a promulgação da Emenda Constitucional nº16, o controle de constitucionalidade passou por sua primeira reestruturação, com a previsão legal inédita de uma ação específica ao fim de se questionar, de forma abstrata e concentrada, perante o STF, a constitucionalidade de determinado ato normativo. Assim, visando combater o crescimento desenfreado de demandas judiciais que chegavam àquela Corte, criou-se a figura da ação direta de inconstitucionalidade, atribuindo ao Procurador-Geral da República a competência para demandá-la.³⁹

A partir da previsão legal implementada pela EC 16 de 1965, passaram a conviver mutuamente no ordenamento jurídico brasileiro duas formas de exercício do controle de constitucionalidade, através de um modelo difuso e de um modelo concentrado, criando-se um sistema complexo e misto.

³⁵MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.26.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P.64.

³⁷Ibid. p.30.

³⁸ Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

Extraído em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 10/07/2016.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 992

Na via incidental, o controle judicial de constitucionalidade não traz grandes questionamentos sobre sua natureza, restringindo-se ao juízo de constitucionalidade dos dispositivos normativos imbricados na resolução de situações individuais, garantindo, assim, a dinâmica de elaboração democrática do direito a partir da imposição do respeito aos direitos fundamentais como condições de viabilidade e pressupostos normativos de existência das autonomias públicas e privadas dos sujeitos de direitos. Neste modelo, conhecido como norte-americano, “atribui-se o conhecimento das questões afetas à constitucionalidade dos atos normativos a todo órgão em exercício ordinário de potestade jurisdicional, daí porque controle difuso”.⁴⁰

Já na via principal, exige-se uma readaptação do controle judicial de constitucionalidade ao quadro proposto pela jurisdição constitucional democrática, centrando-se no estabelecimento de “condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas de formação política da opinião e da vontade”⁴¹, assegurando os espaços ao exercício discursivo da autonomia pública, no próprio ambiente legislativo. Neste modelo, conhecido como europeu ou austríaco-kelseniano, “o contencioso constitucional é de competência exclusiva de um Tribunal, daí porque controle concentrado”.⁴²

A partir da previsão legal trazida pela EC nº 16/65, surge no ordenamento jurídico brasileiro um terceiro modelo, caracterizado pela combinação das formas de controle concentrado e difuso, denominado de “sistema misto”.

Sob a influência dos principais modelos de controle judicial de constitucionalidade, desenvolveram-se ao redor do mundo diversos sistemas conjugando, ao mesmo tempo, traços do modelo estadunidense e europeu, somados às suas próprias particularidades. Desse modo, Camazano aponta sete características comuns que definem o movimento vivenciado pelos modelos de controle sul-americano, resultantes da convergência dos sistemas denominados puros. São elas:

- a) adoção de elementos de controle difuso por diversos sistemas de controle concentrado, a exemplo do incidente de constitucionalidade, incorporado pelos ordenamentos austríaco, italiano, belga, espanhol;
- b) legitimação popular em alguns sistemas concentrados para questionamento da constitucionalidade de leis;
- c) a própria fórmula mista de controle, adota em alguns países, como os que serão estudados, é um indício desse fenômeno;

⁴⁰MACHADO, Joana. 2011, p.56.

⁴¹ OLIVEIRA, 2001, p.197

⁴²MACHADO, Joana. 2011, p.56.

- d) concentração do controle não mais em um órgão *ad hoc*, mas no órgão superior da jurisdição ordinária;
- e) nos sistemas difusos, a crescente práxis de que as decisões dos Tribunais Superiores assumam eficácia geral, tal como ocorre no concentrado, seja pela lógica do *stare decisis*, ou por outros mecanismos;
- f) possibilidade de que o Tribunal Supremo (ao menos nos E.U.A) excepcionalmente declare a constitucionalidade de uma lei *on its face*, isto é, em si mesma considerada;
- g) a modulação dos efeitos da decisão tanto no sistema difuso (tradicionalmente de eficácia *ex tunc*); como no concentrado (tradicionalmente de eficácia *ex nunc*).⁴³

É possível, portanto, vislumbrar diversas formas de compleição sistêmica para o exercício do controle de constitucionalidade nos países ao redor do planeta, não havendo, naqueles adotantes dos sistemas mistos, uma única identidade de atuação, mas, sim, diversas combinações possíveis de conformação de controle, com diversas particularidades, sendo-lhes imputado “o ônus de harmonizar suas formas bem distintas de feitura do controle de constitucionalidade”.⁴⁴

A Constituição de 1988 manteve na ordem jurídica brasileira o sistema misto inaugurado em 1965 pela EC nº16, disciplinando detalhadamente as competências do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado, prevendo, igualmente, o controle difuso para todo órgão no exercício da potestade jurisdicional.

Em consequência, a atuação do STF sofreu significativa reforma, sendo criados diversos instrumentos de acionamento da Corte Constitucional, destacando-se: a previsão de institutos direcionados à apreciação de casos de omissão inconstitucional, como o mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão), previstos nos art. 5º, LXXI⁴⁵ e 103, parágrafo 2º⁴⁶, respectivamente; a competência originária do Tribunal para o julgamento da ação de arguição de descumprimento de preceito

⁴³ CAMAZANO, Joaquín Brage. **La acción de inconstitucionalidad**. México: UNAM, 2000. P.52-54

⁴⁴ MACHADO, Joana. 2011, p. 58.

⁴⁵ Art. 5º (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17/07/2016 às 14:44.

⁴⁶ Art. 103 (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17/07/2016 às 14:45.

fundamental (ADPF), prevista no art. 102, parágrafo 1º⁴⁷; além da ampliação do rol de legitimados para ajuizamento de ações do controle abstrato, antigamente restritas ao Procurador-Geral da República, prevista pelo art. 103⁴⁸ da Carta Política.

Ainda, com o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, fora criada a ação declaratória de constitucionalidade prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição de 1988, prevendo a análise da compatibilidade constitucional de lei ou ato normativo federal. A referida emenda operou outras modificações no sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que, visando a pacificar as controvérsias instauradas nos tribunais em todo país, a ADC trouxe possibilidade de expressa declaração de constitucionalidade de uma determinada norma.

O processo de constitucionalização traduzido pela Carta Magna de 1988 sedimentou a ampliação das formas de controle judicial de constitucionalidade abstratamente, criando, para tanto, um rol de três ações direcionadas especificamente para esse fim, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Como expõe Oliveira, a convivência mútua de ambas formas de controle de constitucionalidade, ante o desenho institucional previsto pela Constituição de 1988, impele o reconhecimento da via incidental como o modo de verificação ordinário, correspondente ao juízo de constitucionalidade afeto a todo órgão judicial na aplicação do direito, e do controle pela via principal como modo de verificação especial, restrito à análise direta da constitucionalidade de determinado ato normativo, a fim de que, dessa forma, compreenda-se

⁴⁷ Art. 102 (...) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. ([Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93](#)).

Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17/07/2016 às 14:45.

⁴⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17/07/2016 às 14:45.

tais modelos a partir de uma ótica sistêmica e interdependente⁴⁹, importando, como consequência, a complementariedade de atuação entre ambos.

Assim, diante da sistemática prevista no direito doméstico sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, faz-se necessário a compreensão das formas de atuação dos órgãos jurisdicionais, isto é, incidental e principal, de modo conjunto, não excludentes e compatível.

4 AUDIÊNCIA PÚBLICA

4.1 A previsão normativa da audiência pública no processo constitucional brasileiro

Tendo compreendido os liames fundantes da legitimação atribuída à jurisdição constitucional, bem como as dinâmicas e os modelos de exercício desta jurisdição no controle concentrado de constitucionalidade, nesse momento a pesquisa abordará a verificação das audiências públicas diante do juízo de verificação de conformidade constitucional exercido abstratamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Muito utilizada nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo adotada em diversas oportunidades, seja no exercício legiferante, seja na gestão da administração, a previsão de audiência pública no Poder Judiciário é extremamente recente.

Foi só a partir de 1999 que o referido instituto passou a ter regularização perante o exercício do poder jurisdicional, isto é, 11 (onze) anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vindo a ocorrer a primeira audiência pública somente em 2007.

A partir da edição das leis 9.868 de 10 de novembro de 1999 e 9.882 de 03 de dezembro de 1999, que disciplinam as ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas passaram a fazer parte do cotidiano do Judiciário.

Na Lei 9.868 de 1999, o instituto é citado em seu artigo 9, parágrafo 1º, regulamentando os trâmites adotados em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁵⁰, e no artigo 20, parágrafo primeiro, regulamentando os trâmites da ação declaratória de constitucionalidade. *In verbis*:

⁴⁹CATONNI DE OLIVEIRA, 2001, p.198.

⁵⁰Art. 12 – E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei. (Lei 9.868/99).

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

§ 1º—**Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.** (Grifamos).

Em igual sentido, a Lei 9.882 de 1999, dispendo sobre os trâmites da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, assim estabelece em seu artigo 6º, parágrafo 1º. *In verbis*:

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

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

Com as previsões instituídas pelas leis 9.868 e 9.882, a convocação das audiências públicas destinava-se somente às hipóteses previstas nos artigos supracitados: convocadas pelos Relatores de processos do controle abstrato de constitucionalidade.

No entanto, o aprimoramento de sua utilização se iniciou no ano de 2009 através da alteração ocorrida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a previsão da convocação de audiências públicas em situações não mais adstritas aos processos de controle abstrato de constitucionalidade, estendendo-a, também a outras hipóteses.

Nesse sentido é o previsto no artigo 13, XVII e XVIII do STF:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

(...)

XVII – convocar **audiência pública** para ouvir o **depoimento das 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 âmbito do Tribunal.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência. (Grifamos)

Ademais, o artigo 21, XVII e XVIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também concede a mesma prerrogativa ao Ministro Relator, prevendo a possibilidade

do mesmo convocar audiência pública quando julgar necessário, decidindo, ainda, de maneira irrecorrível, sobre a participação de terceiros nesta, nos seguintes termos:

Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVII – 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 ou de interesse público relevante.

XVII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. (Grifamos).

Após a previsão do RISTF instaurou-se uma dúvida sobre a nova possibilidade criada pelo artigo 13. Como se depreende de análise da previsão regimental, não há especificação se o Presidente da Corte poderá promover a convocação de audiência pública sempre que entender necessário, ainda que, para isso, convoque a referida audiência em processo no qual outro Ministro seja Relator.

A referida controvérsia foi solucionada pela Emenda Regimental nº 29 de 2009, que regulamentou, minimamente, as possibilidades e o modo de convocação das audiências públicas, bem como disciplinou sua realização. Assim, o artigo 154, parágrafo único, alterado pela Emenda em comento, trouxe o seguinte texto:

Art. 154. Serão públicas as audiências:

(...)

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único - A Audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

Assim, conforme aduz Lima⁵¹, considerando os textos legais que regulam a matéria, bem como as normativas previstas no Regimento Interno, as hipóteses de convocação das audiências públicas podem ser resumidas na seguinte forma:

- 1) Para ADI, ADI por omissão e ADC (Art. 9º, parágrafo 1º e art. 20, parágrafo 1º da Lei 9.868/99): Em caso de **necessidade de esclarecimento de matéria ou de circunstância de fato**, ou em havendo **notória insuficiência das informações existentes nos autos**, para que sejam ouvidas pessoas com experiência e autoridade na matéria. A convocação, nesses casos, será faculdade do Relator da ação;
- 2) Para ADPF (6º, parágrafo 1º, da Lei 9.882/99): Em havendo **necessidade**, para que sejam ouvidas pessoas com **experiência e autoridade na matéria**. A convocação aqui também será faculdade do Ministro Relator;
- 3) Para qualquer espécie de ação ou recurso que tramite no STF (art. 21, incisos XVII e XVIII do Regimento Interno do STF): Quando for **necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato**, com **repercussão geral e de interesse público relevante**, para que sejam ouvidas pessoas com **experiência e autoridade na matéria**. A convocação da audiência, nesta hipótese, será faculdade do Relator da ação;
- 4) Para a discussão de matéria debatida no âmbito do Tribunal, porém desvinculada de um caso específico (art.13, inciso XVII do Regimento Interno do STF): Sempre que entender **necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato**, com **repercussão geral e de interesse público relevante**, para ouvir o depoimento de **pessoas com experiência e autoridade na matéria**. Nessa hipótese, a convocação será faculdade do Presidente do STF.

4.2 Definição e Características

De acordo com a atribuição conferida pelas leis acima analisadas é possível concluir que as audiências públicas, desenvolvidas no âmbito jurisdicional, são instrumentos à disposição dos Ministros do STF, direcionadas para colheita de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade sobre tema debatido no âmbito do Tribunal, destinada ao esclarecimento de determinada matéria ou circunstância de fato, podendo, ainda, ser utilizada para o fim de se levar informações ao processo, quando estas forem insuficientes para o julgamento.

Em definição proposta por Anna Candida da Cunha Ferraz, as audiências públicas jurisdicionais representam verdadeiro “instrumento de abertura democrática no exercício da interpretação e da jurisdição constitucional concentrada”, sendo

(...) convocada pelo órgão supremo da jurisdição constitucional **para**

⁵¹LIMA, Barbara Scavone Bellem. Participação democrática no controle de constitucionalidade brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013.

instrução, particularmente fática, de processos constitucionais que têm como tema central, assuntos de grande ressonância social e com relação aos quais a participação de especialistas no ramo para prestar esclarecimentos técnicos e fáticos é considerada forma de informação desejável para os magistrados que devem decidir uma questão sob o ângulo jurídico.⁵² (Grifamos).

Como expõe Diogo Rais,

Audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o instrumento pelo qual essa Corte ouve o público especializado ou dotado de experiência na matéria para esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, com a finalidade de esclarecer os Ministros sobre a matéria ou circunstância de fato, além de criar oportunidade para se debater simultaneamente as teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando o debate dentro e fora da Corte, ampliando a transparência e a publicidade das atividades do Supremo Tribunal Federal e trazendo maior pluralidade ao processo constitucional, além de aproximar a sociedade da Corte e, ainda possibilitar a aferição de efeitos do julgado, realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão a ser tomada.⁵³

Entretanto, para além das disposições legais, faz-se necessário perscrutar sobre sua aplicação diante do STF, isto é, analisando como o referido instituto tem sido implementado na prática, a fim de que se possa dimensionar o âmbito de sua efetividade.

Outrossim, segundo as previsões trazidas pelas Leis 9.868 e 9.882, não obstante haja a instituição das hipóteses de previsão para ocorrência das audiências, carecem, as leis, de regulamentação sobre o procedimento a ser adotado. No mesmo sentido, a alteração regimental n.29/2009, que traça o regramento de convocação e regulamentação das audiências públicas, também se mantém silente sobre diversas outras questões, as quais são legadas ao critério do Ministro responsável pela condução da audiência.

Nesse contexto, o alto grau de discricionariedade concedido aos Ministros, nos casos vinculados a processos em específico, ou ao Presidente do Tribunal, nas hipóteses em que não há vinculação direta a um processo, abre espaço para que as audiências assumam rumos diversos, condicionados, em grande parte, à postura adotada pelo Juiz condutor.

Assim, para que se compreenda a real dimensão do papel desempenhado pelas audiências públicas perante o controle concentrado de constitucionalidade, faz-se necessário uma análise empírica das sessões, o que se fará nos itens a seguir.

⁵²FERRAZ, Anna Candida da Cunha, 2011, p.88.

⁵³Diogo Rais, A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

4.3 A participação popular nos procedimentos de fiscalização abstrata de constitucionalidade: a audiência pública como instrumento de potencialização democrática.

Como abordado anteriormente, diversas são as possibilidades de conformação institucional na operacionalização do juízo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, relegando-o à qualidade de fórum típico para a análise e deliberação dos conflitos constitucionais.

Seja no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, ou como instância recursal, o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, no papel de intérprete último da Constituição, é chamado a se manifestar em áreas envoltas a competências tradicionalmente exercidas pelos demais poderes constitutivos do Estado, atuando constantemente de forma a suprir, modificar ou até mesmo contrariar decisões políticas geradas nos ambientes de deliberação, como o Legislativo e o Executivo.

Destarte, o debate sobre a democratização da Jurisdição Constitucional vem ganhando cada vez mais espaço nos últimos anos no cenário político e social brasileiro, tendo em vista consolidar-se como atividade desenvolvida pelo poder estatal mais afastado das vias ordinárias de legitimação.

Ademais, o tema ganha volume, vez que a Constituição de 1988 adota o Princípio da Cidadania Participativa (art.1º, III c/c Parágrafo único, CF/88), criando o desafio do estreitamento constante das vias de interconexão entre sociedade civil e Estado.

Não é atoa que a própria Carta Magna prevê diversas formas de participação dos cidadãos na rotina estatal, seja individualmente, através dos instrumentos de ampliação da participação popular, como as audiências públicas, seja através de grupos e associações, voltadas à defesa dos direitos difuso ou coletivos, como as ações constitucionais, seja com a comunidade em geral, por meio dos instrumentos de consulta popular. Logo, vê-se que tais institutos podem ser percebidos em todas as esferas estatais.

No âmbito legislativo, a Carta de 1988 prevê a participação popular por intermédio do plebiscito, do referendo e da proposta de iniciativa popular (art. 14 e art. 61, parágrafo 2º ⁵⁴),

⁵⁴Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos

bem como a possibilidade intervenção nas comissões do Congresso Nacional, através da realização de audiências públicas, o recebimento de petições, reclamações, representações e queixas, além de depoimentos de qualquer autoridade ou cidadão ⁵⁵ (art. 58 e ss).

No que toca ao processo de gestão da coisa pública, os mecanismos de participação social perante a administração pública também têm resguardo constitucional, sendo possível o peticionamento perante a administração⁵⁶ (art.5º, XXXIII e XXXIV), a proposição de ação popular por qualquer cidadão⁵⁷ (art. 5º, LXXIII), entre outros diversos.

Projeta-se igualmente perante o Poder Judiciário o movimento de democratização das esferas estatais, possibilitando ao exercício da jurisdição a utilização de mecanismos de participação popular. Ademais, é na jurisdição constitucional concentrada que essa tendência se evidencia, seja pelas disposições constitucionais ou pelo arcabouço normativo infraconstitucional.

Um exemplo desse movimento está na ampla reforma empreendida pelo texto constitucional no que toca ao rol de legitimados para provocação do exercício jurisdicional através do controle concentrado de constitucionalidade, ficando evidente a intenção da Carta Magna de promover o alargamento da participação de uma série de atores sociais (art. 103, CF/88)⁵⁸ anteriormente excluídos.

Outro grande exemplo pode ser verificado na edição das leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, acunhadas como as principais responsáveis pela institucionalização dos instrumentos legais direcionados à participação popular na jurisdição constitucional⁵⁹.

previstos nesta Constituição. (...) § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

⁵⁵Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; (...)

⁵⁶Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (...)

⁵⁷Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁵⁸Op. cit.

⁵⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As audiências Públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade *in* Carlos Bastide

Ante o caráter democrático desses diplomas, chama-se atenção para previsão de mecanismos de abertura do procedimento à interferência de agentes exteriores ao processo, com a intervenção a partir do instituto do *amicus curiae* (art.7º, parágrafo 2º da Lei 9.868/99 e art. 6º, parágrafo 2º da Lei 9.882/99)⁶⁰ e a possibilidade de convocação da audiência pública para colheita de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria fática discutida (art. 9º, parágrafo 1º da Lei 9.868/99 e art. 6º, parágrafo 1º da Lei 9.882/99).

Considerando o objeto a que se propõe esse trabalho, por ora, direciona-se o foco da análise para a audiência pública nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Para além da função ressaltada pelo texto legal, isto é, a possibilidade de ampla informação aos Ministros do STF sobre questões que envolvam a matéria de fato discutida, com a colheita de depoimentos de pessoas dotadas de experiência e autoridade na matéria levada a juízo, o instituto da audiência pública assume relevância no debate jurisprudencial e doutrinário ⁶¹, sendo concebido como elemento efetivo na democratização da jurisdição constitucional, a partir da implementação deliberativa e plural da participação de diversos atores sociais.

É nesse sentido a posição alavancada pelo Ministro Carlos Ayres Britto consignada no despacho convocatório da primeira audiência pública no STF: “a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte”. ⁶²

Horbath, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal [coord.], *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p.87.

⁶⁰ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Lei 9.868/99). Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. (Lei 9.882/99).

⁶¹ Ver Fabrício Juliano Mendes Medeiros, “O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história”, *Revista Jurídica*, n.84, v.9, 2007; Jânia Maria Lopes Saldanha e Ângela Araújo da Silveira Espindola, “A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático de processo”, *Revista de Processo*, n.154, 2007, pp.266-267; Tahinah Albuquerque Martins, “Audiência Pública na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3510/DF: Breves Considerações”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 1, out. 2007, pp.14-15; Gustavo Binenbojm, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, pp.176-178; Oscar Vilhena Vieira, “Superdemocracia”, p.453; entre outros.

⁶² Decisão disponível em:

Sobre seu aspecto legitimador, interessante contribuição de Leal, para quem “o direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação de atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo”.⁶³

Ainda sobre o reforço substancial na legitimação das decisões da Corte Constitucional, Nino destaca a potencial realização democrática proporcionada pelo instituto da audiência pública.

Também é possível considerar procedimentos para assegurar que os membros dos tribunais superiores que exercem a revisão judicial possam receber periodicamente o apoio do processo democrático. Esses mecanismos não devem criar uma dependência no poder judiciário, como aquela que exercem sobre o poder político, mas simplesmente fornecer ao primeiro uma base de apoio democrático mais sólida.⁶⁴

Nesse contexto ROSANVALLON⁶⁵ aduz a ideia de que a pressuposição de legitimidade democrática não se traduz meramente em um atributo exclusivo de um ato autorizativo – como o voto –, mas sim, em um atributo de qualidade, que resguarda uma profusa representação de interesses, discursos e ideias. Para o autor, o estado constitucional moderno não se circunscreve à estática identificação entre representação e governo representativo, promulgando a necessidade de institucionalização de uma representação para além da dualidade Estado e sociedade.

Na visão dos renomados autores, levando-se ao julgamento da Corte Constitucional diversas visões e posicionamentos a respeito de determinada questão, além de proporcionar o alargamento do universo social de intérpretes da Constituição, a utilização da audiência pública teria o condão de fortalecer a legitimidade das decisões produzidas pelo Supremo Tribunal Federal.

De toda forma, para além da questão legitimatória, o fato de o provimento jurisdicional produzido ser marcado, pelo menos potencialmente, pela presença dos argumentos elencados pelos interlocutores admitidos nas audiências públicas, consagra, de

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000025438&base=baseMonocraticas>. Acesso em 20/07/2016.

⁶³LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante da jurisdição constitucional, São Paulo: Saraiva, 2006, p.101.

⁶⁴NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa, p.292.

⁶⁵ROSANVALLON, Pierre. Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity. Princeton:Princeton University Press,2011.

certa maneira, uma ampliação do debate público sobre determinada questão constitucional, direcionando-se para realização da participação democrática de forma emancipadora e pluripotencializadora.

Nessa senda destaca-se a importante contribuição de Häberle, em sua famosa obra “Hermenêutica Constitucional”, na qual propõe uma reformulação do processo de interpretação jurifundamental através da participação indiscriminada dos sujeitos de direito no processo de significação da norma constitucional, aduzindo a uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. Nesse sentido, expõe Rafael Dilly Patrus⁶⁶, sob as ideias do autor:

A delimitação sistemática das esferas múltiplas de interpretação da Constituição deve levar em conta os participantes do processo interpretativo, cumprindo a uma ordem verdadeiramente democrática considerar tanto as funções estatais (órgãos jurisdicionais, legislativas ou executivos responsáveis por exarar decisão vinculante) e os participantes formais do procedimento (requerente e recorrente e requerido ou recorrido, bem como os auxiliares do juízo, peritos, terceiros interessados) como a opinião pública democrática e pluralista, incluindo a imprensa e os outros espaços de formação pública de opinião, como as universidades.

Sob tal prisma o processo interpretativo da Constituição deve figurar como um processo aberto, no qual o “intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição. A vinculação judicial à lei e a interdependência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade”.⁶⁷

Isto é, a vastidão dos intérpretes diretos e indiretos da Constituição é uma consequência irretratável, sendo, ademais, o fim a que se propõe sua plena concretização material, devendo se lhe impor uma dinâmica onde todos que sofram as consequências de sua incidência normativa, também sejam capazes de, potencialmente, participarem do seu processo de interpretação.

Desse modo, o vaticínio da audiência pública com promulgação das leis 9.868 e 9.882 institui formidável inovação ao Poder Judiciário criando através da participação plural da sociedade civil um ambiente de deliberação e debate acerca da Constituição, proporcionando a afirmação da jurisdição constitucional como instância de garantia da autonomia pública dos indivíduos e de participação cidadã.

⁶⁶DILLY PATRUS, Rafael. 2013, p.13

⁶⁷HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

Conforme visto, se boa parte da doutrina, além da jurisprudência firmada pelo próprio STF reconhece o caráter democrático do instituto da audiência pública, ampliando o espaço de manifestação social diante da jurisdição constitucional concentrada, tendo em vista permitirem ampla participação popular, necessário se faz analisar se na prática a regulamentação e a aplicação da audiência pública realmente vem cumprindo tal função.

Diante disso, pergunta-se: os mecanismos de participação popular, mais especificamente, a audiência pública, com sua atual previsão em sede constitucional e regulamentação infraconstitucional, têm sido capazes de proporcionar o alargamento do debate constitucional, pluralizando a participação social (acrescendo de legitimidade democrática – ou mesmo suprindo sua ausência, para aqueles que acreditam que o STF carece de legitimação) perante as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle abstrato?

Torna-se imperioso, para tanto, partir-se da reinterpretação do conceito de representação, isto é, para além de sua face unicamente política, tendo em vista o papel assumido pelas instâncias de participação social nos novos processos político-decisórios, igualmente submetendo de forma imprescindível a abertura da jurisdição constitucional à participação da população no que tange ao processo jurídico-racional-discursivo de elaboração de decisões.

Aliás, como propõe Alexy⁶⁸, a democracia constitucional exige a concepção de uma representação argumentativa, em que há uma distinção entre as dimensões política e argumentativa da representação, de modo que a jurisdição constitucional, por meio de um discurso jurídico-racional, atue como espaço de representação argumentativa do povo constitucional.

Portanto, com fulcro na proposta de reinterpretação da noção de participação discursiva, com base na necessária dimensão representativa-argumentativa exercida pelo foro constitucional, busca-se no próximo item analisar a função desempenhada pelo instituto da audiência pública na abertura das possibilidades participativas perante o controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, n.217, p.55-66, 1999.

4.4 Audiências públicas paradigmas: caso ADI nº 3.510 e caso ADI's nº 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937.

Pretende-se no presente item abordar de forma sistemática e exemplificativa dois casos paradigmáticos de utilização de audiências públicas pelo STF. Como já explicitado na introdução deste trabalho, consideram-se os presentes casos paradigmáticos ante sua delimitação temporal e organizacional, vez que representam o primeiro e, até então, o último caso em que a Suprema Corte valeu-se do instituto em comento.

Nesse sentido serão analisados discursivamente dois casos de convocação de audiências públicas, mais precisamente o caso da ADI nº 3510, no ano de 2007 e das ADI's 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF, em 06 de maio de 2016.

A audiência pública ocorrida no caso da ADI 3.510 trata do primeiro momento em que o Supremo Tribunal Federal, após quase 8 (oito) anos de edição das leis 9.868 e 9.882, valeu-se do instituto sendo, só por esse motivo, de enorme relevância. Ademais sua importância reside também na medida em que permite vislumbrar os procedimentos adotados e os impactos projetados no processo, em um marco temporal no qual a doutrina e a jurisprudência começavam a se defrontar com a utilização do instituto de forma ainda incipiente.

Já a audiência pública ocorrida nos casos 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF e 4.937/DF, os quais foram reunidos por prevenção, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, tendo em vista o reconhecimento da conexão entre os processos, torna-se de grande valia, sendo a última audiência realizada até o encerramento deste trabalho, permitindo, ante uma ótica comparativa, analisar criticamente o desempenho do famigerado instituto no controle abstrato de constitucionalidade, após 17 (dezessete) anos de sua previsão legal, inquirindo-se, assim, sobre a efetividade de seu potencial democratizador.

4.4.1 Apresentação dos casos

Conforme indicado no item acima, a partir da solicitação feita pela Procuradoria-Geral da República na ação direta de constitucionalidade nº3.510, em 20 de abril de 2007, pela primeira vez na história, o Supremo Tribunal Federal fez uso da audiência pública.

A referida ação, proposta pelo Procurador-Geral à época, Cláudio Fonteles, questionava a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/05, mais conhecida como Lei de Biossegurança, que previa a admissibilidade de pesquisas científicas e terapêuticas de

células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que tais embriões fossem inviáveis para fertilização ou estivessem congelados há 3 (três) anos ou mais, resguardando-se, em qualquer caso, o consentimento dos genitores e as normas de relativas às pesquisas científicas.

Conforme os termos da petição inicial veiculada pela PGR, impugnava-se a admissibilidade de uso dos embriões congelados e descartados do processo de fertilização para pesquisas científicas, sob o argumento de que os mesmos já traziam em si a vida humana, logo sua manipulação aviltaria o direito à vida e à proteção da dignidade humana, resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Assim, fundamentando-se no artigo 9, parágrafo 1º, da Lei 9.868/99, a PGR solicitou realização da audiência pública, oportunidade na qual, o Ministro relator do processo, Carlos Ayres Britto, em decisão monocrática, designou a ocorrência de “audiência pública para depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema”, ante a “saliente importância da matéria que subjaz a esta ADI”⁶⁹.

O segundo caso trata da audiência pública convocada diante do ajuizamento de 4 (quatro) ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's), processadas sob a forma eletrônica e autuadas sob os números 4.901/DF, 4.902/DF, 4.903/DF, ajuizadas todas na mesma data, pela Procuradoria-Geral da República, tendo então como chefe o Procurador-Geral Rodrigo Janot, e a ADI nº 4.937/DF, sendo esta, por sua vez, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

Em síntese, as ações em comento questionavam diversos aspectos da lei 12.651/2012 (na redação conferida pela Lei 12.727/2012), comumente conhecida como “Novo Código Florestal”, mormente os dispositivos ligados à modificação do regime jurídico de proteção ambiental de Reserva Legal (RL), da área de preservação permanente (APP), regulação do cadastro ambiental rural (CAR) e a regulação da cota de reserva ambiental (CRA).

Assim, o Relator dos processos supracitados, Ministro Luiz Fux, de ofício, convocou a realização de audiência pública sob o fundamento de que “a temática versada nessas ações, seja por sua complexidade, seja pela relevância constitucional e institucional, reclama apreciações que ultrapassam os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda

⁶⁹ Despacho convocatório proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto em 16 de março de 2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598179#38%20-%20Despacho%20-%202016/3/2007>. Acesso em 05/08/2016.

abordagem técnica e interdisciplinar da matéria”⁷⁰, determinando, em decisão monocrática, sua marcação e a ciência dos demais ministros, partes e *amicus curiae* participantes nos processos.

4.4.2 Procedimento

Tendo em vista que a legislação que regula o procedimento das audiências públicas pouco dispõe sobre como as mesmas deverão ser conduzidas, lega-se à construção consuetudinária, marcada pela prática dos Ministros, o desenvolvimento de sua dinâmica.

É de se destacar, dessa forma, o procedimento adotado em cada uma das audiências realizadas, para que as informações a serem extraídas subsidiem um diagnóstico crítico e a conclusão deste capítulo.

Isso posto, nos itens a seguir serão examinados os seguintes pontos: convocação, forma de escolha dos participantes, perfil e organização dos expositores, interação com os membros da corte.

4.4.2.1 Convocação

A convocação, conforme previsão legal, poderá se dar pelo Ministro Relator do caso, ou pelo Presidente do STF, de ofício, através de despacho convocatório, quando os mesmos compreenderem ser necessário o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, abrindo espaço para se manifestarem pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Entretanto, a iniciativa de incitar à convocação das audiências não parte somente dos ministros, não obstante a competência de convocá-las seja a eles atribuída. Como visto, é possível que uma das partes, ou o MPF, quando custos legis, ou até mesmo os *amici curiae* admitidos no processo, solicitem a realização da audiência pública, ficando ao arbítrio dos ministros a convocação ou não.

No caso da ADI 3.510 a convocação da audiência pública partiu da solicitação do Procurador Geral da República. No caso, a PGR não se preocupou em justificar seu pedido, restringindo-se a fundamentar tal possibilidade a partir dos artigos da Lei 9.868/99 que

⁷⁰ A decisão monocrática foi extraída do sítio eletrônico da Corte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>. Acesso em 05/08/2016.

preveem a ocorrência das audiências. 71

Já no caso das ADI's do Novo Código Florestal, a convocação da audiência pública se deu de ofício, isto é, a partir de ato próprio do Ministro Relator, Luiz Fux. Na oportunidade, o Ministro justificou a convocação sob o argumento de que a oitiva dos expositores proporcionaria um acréscimo de legitimação técnica à decisão proferida pela Corte, tendo em vista que a questão em discussão ultrapassava os limites de uma discussão jurídica, abarcando também questões técnicas de outras áreas.

Ademais, o Relator ainda destaca que a ocorrência da audiência pública visa a contribuir com a legitimidade democrática da decisão proferida pelo Tribunal.

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 qualificação constitucional e de adequada legitimação democrática. 72

Gize-se que a convocação das audiências condiciona-se ao arbítrio exclusivo do Ministro Relator ou, se for o caso, o Presidente do STF, ainda que existentes todos os pressupostos para sua convocação, havendo outras ações em que, apesar de solicitada, a realização da audiência pública não ocorreu.⁷³

4.4.2.2 Forma de escolha dos participantes

A forma de escolha dos participantes das audiências é de máxima importância, pois é ela que possibilitará a participação (ou não) plural da sociedade civil perante a jurisdição constitucional. Entretanto, não há uma regulamentação legal, nem regimental sobre como será tal escolha, competindo ao Ministro que presidir a audiência o estabelecimento de critérios para escolha.

No caso da ADI 3.510 a indicação dos participantes ficou a cargo dos interessados, cabendo ao relator, após a indicação, admitir ou não aqueles que foram indicados. Assim, o

⁷¹O requerimento da PGR pode ser encontrado na peça inaugural da ADI 3.510, disponível no sítio eletrônico do STF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594135#%20-%20Peticao%20inicial>. Pág. 13. Acesso em 05/08/2016.

⁷² Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>. Pág.4. Acesso em 05/08/2016.

⁷³ Decisão disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2504010>. Acesso em 05/08/2016.

autor, o requerido e os *amici curiae*, apresentaram a qualificação dos profissionais, ocasião em que o Ministro Relator Carlos Ayres Britto determinou a intimação dos especialistas habilitados.⁷⁴

No que concerne ao indeferimento das participações, verifica-se que essa se deu logo na primeira utilização do instituto. Tratou-se do estudioso Reginaldo Luz Ghisolfi que fundamentou sua solicitação diante do fato de estudar há anos o tema debatido na audiência. Para o relator, apesar do alegado pelo interessado, estava configurada a falta de representatividade do postulante, razão porque indeferiu seu pedido.

Já em relação às ADI's sobre o Novo Código Florestal, “visando a uma composição plural e equilibrada do quadro de expositores”, o Ministro Luiz Fux, relator dos processos, optou por possibilitar o ingresso de todo e qualquer interessado, a partir da inscrição dos mesmos em endereço eletrônico indicado no despacho convocatório, com sua qualificação e identificação sobre o posicionamento a ser defendido, no prazo determinado.⁷⁵

Assim, após o prazo determinado no despacho convocatório, foi divulgada a lista com aqueles que foram habilitados, estabelecendo-se o cronograma de apresentação de cada um dos participantes. Entretanto, não ficou claro, porém, se todos os inscritos foram habilitados ou se a inscrição de algum especialista foi negada, sobretudo porque seu deu por solicitação através de e-mail.⁷⁶

4.4.2.3 Perfil e dos expositores

Diante do norte teleológico do instituto da audiência pública firmar-se no postulado democrático, faz-se necessário determinar em que grau se deu a contribuição dos participantes na formação da decisão do tribunal, observando, para isso, o perfil daqueles que foram selecionados.

Nesse contexto, há duas diferenciações básicas percebidas entre os perfis apontados, qual seja, aqueles que podem ser associados como “técnicos”, devido à sua especialização em determinado tema científico, e aqueles que podem ser associados como “não-técnicos”, tendo

⁷⁴ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598088#18%20-%20Despacho%20-%202019/12/2006>. Acesso em 05/08/2016.

⁷⁵ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatrioCodigoFlorestal.pdf>. Pág. 4. Acesso em 05/08/2016.

⁷⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI4901Relaodehabilitadosecronograma.pdf>. Acesso em 05/08/2016.

em vista não possuírem um conhecimento científico sobre a matéria, integrando, no entanto, a sociedade civil e a pluralidade de visões de mundo nela existentes.

Na audiência realizada para o caso da ADI 3.510, foram habilitados 22 (vinte e dois) especialistas, sendo todos eles da área da saúde (médicos, pesquisadores da saúde, biólogos). Foram ainda habilitados três profissionais de áreas de conhecimento técnico diversas da saúde: a antropóloga Débora Dinis e os juristas Oscar Vilhena e Paulo Silveira Martins Leão Júnior. Não obstante esses dois últimos houvessem sido habilitados, o Ministro Relator indeferiu a participação dos mesmos durante sessão, fundamentando a decisão sobre dois argumentos: o primeiro, pois, caso fosse permitida a participação dos juristas indicados, estar-se-ia antecipando a fase de sustentação oral; o segundo, pois não caberia à esfera da audiência pública a apresentação de argumentos jurídicos, mas sim de questões técnicas de saúde sobre a matéria discutida.⁷⁷

Em relação à audiência ocorrida nos casos das ADI's sobre o Novo Código Florestal, foram igualmente habilitados 22 (vinte e dois) especialistas, sendo 12 (doze) professores/pesquisadores, abarcando as áreas de pecuária, agricultura, sustentabilidade, limnologia, socioambientalismo, agronegócio, meio ambiente, ciência e tecnologia e geoprocessamento; 8 (oito) profissionais atuantes nas áreas agricultura e pecuária, políticas públicas sobre meio ambiente, energia elétrica, meio ambiente, uso sustentável da biodiversidade e florestas; 2 (dois) políticos, sendo o então ministro do meio ambiente e relator da legislação impugnada no âmbito da Câmara dos Deputados e o deputado federal representante da Frente Parlamentar Ambientalista.⁷⁸

É de se destacar ainda que, diferentemente da audiência pública relativa à ADI 3.510, foi admitida a participação de profissional da área jurídica, condicionando, no entanto, que sua participação não tratasse de questão jurídica.⁷⁹

4.4.2.4 Organização dos expositores e interação com membros da Corte

Para além da forma de escolha dos participantes e do seu perfil, o procedimento adotado nas audiências públicas é de fundamental importância para determinação de seu

⁷⁷ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%Eancia>. Pág. 103. Acesso em 05/08/2016.

⁷⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI4901Relaodehabilitadosecronograma.pdf>. Pág. 3-6. Acesso em 05/08/2016.

⁷⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscriesNovoCdigoFlorestal.pdf>. Acesso em 05/08/2016.

resultado, vez que influi diretamente em como será a dinâmica das exposições. Isto é, a definição do tempo que cada expositor terá direito, a existência ou não de debater, a divisão entre dois grupos, responsáveis pela sustentação e defesa de determinado ponto de vista, entre outros.

Nesse caso, como também há um silêncio na regulamentação legal e regimental, fica a critério do Ministro que presidir a audiência, decidir como será a sua forma de organização.

No que toca ao caso da ADI 3.510, a audiência realizada foi a primeira vez que o instituto foi utilizado pelo STF, ocorrendo toda em um único dia, 24 de abril de 2007, durante o período da manhã e da tarde, em que, por ordem do Ministro Relator, foram formados dois grupos de expositores, aqueles que eram favoráveis aos dispositivos de Lei que regulamentavam as pesquisas com células-tronco embrionárias e os que eram contrários a estes.⁸⁰

Ante a ausência de qualquer disposição no Regimento do STF, disciplinando a ocorrência das audiências, o Ministro Relator decidiu por aplicar, em analogia, as normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que dispunha sobre a realização de audiências públicas perante aquele órgão. *In verbis*:

3. Diante da carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 usque 258 do RI/CD). Logo, são esses os textos normativos de que me valerei para presidir os trabalhos da audiência pública a que me propus. Audiência coletiva, realce-se, prestigiada pela própria Constituição Federal em mais de uma passagem, como *verbi gratia*, o inciso II do parágrafo 2º do art.58 (...)

Ao mesmo tempo em que se dispôs ao uso da famigerada legislação, o Ministro Carlos Ayres Britto definiu diversos procedimentos a partir de seu poder diretivo sobre a audiência. Nesse sentido, o tempo para exposição dos especialistas não foi de 20 minutos, prorrogáveis a juízo do Relator, como previsto no artigo 256, parágrafo 2º do RI da Câmara dos Deputados, mas sim o ajuste livre do tempo de exposição entre os membros dos dois grupos formados, isto é, daqueles que impugnariam e os que defenderiam a constitucionalidade do artigo de Lei.

A definição de ordem de apresentação foi dada por sorteio, no qual se determinou que o bloco favorável às pesquisas iniciaria a exposição, alternando na apresentação com o grupo representante daqueles contrários às pesquisas. No entanto, essa alternância não visava à

⁸⁰ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%Eancia>. Pág.7. Acesso em 05/08/2016.

formação de um debate, estabelecendo um contraditório em efetivo, como esclareceu o relator em audiência, buscando, apenas, o favorecimento da igualdade de participação, evitando-se a concentração de um ou de outro grupo somente no período matutino e vespertino.⁸¹

Ao fim das apresentações foi aberto espaço para apresentação de perguntas pelos Ministros, a fim de se esclarecer possíveis dúvidas, sendo elaboradas três questões pelo Relator, duas pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pelo gabinete do Ministro Eros Grau, todas dirigidas a ambos os grupos participantes. Assim, abriu-se o prazo de dez minutos para que cada grupo respondesse às questões elaboradas, não se permitindo réplicas ou trélicas.

Cabe destacar por fim que dos onze integrantes da Corte compareceram à audiência o Relator, a Presidente do STF à época, Ellen Gracie, Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa e o Ministro Ricardo Lewandowski, através do acompanhamento pela TV Justiça, pois estava em viagem à São Paulo.

Na audiência pública realizada no caso das ADI's sobre o Novo Código Florestal, todo o seu transcurso se concentrou no período vespertino do dia 18 de abril de 2016, tendo cada expositor 10 (dez) minutos para sustentar seu ponto de vista, conforme artigo 154, parágrafo único, III do RISTF, sendo viabilizada a juntada de memoriais dos mesmos.

Conforme disposto no despacho convocatório, cada interessado deveria indicar no e-mail enviado, no qual se solicitasse habilitação na audiência pública, qual seria o posicionamento defendido pelo expositor, ou seja, se a favor ou contra a constitucionalidade dos dispositivos da Lei em comento.

Com base nessa indicação, estabeleceu-se na audiência a dinâmica de manifestação de um expositor a favor, seguido de um contrário à constitucionalidade dos artigos de Lei questionados. Em esclarecimento, o Relator salientou que a referida forma de organização direcionava-se ao estabelecimento do contraditório e da bilateralidade, assim como se faz num processo.⁸²

A definição da ordem de apresentação não foi indicada no despacho convocatório, nem mesmo durante o transcurso da audiência, não sendo possível aferir se foi um ato de liberalidade de escolha do Relator, ou sorteio.

Destaca-se ainda que, entre a lista de inscrições homologadas, divulgadas no sítio eletrônico do Tribunal e a ocorrência da audiência, foi habilitado mais um especialista,

⁸¹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%Eancia>. Pág.7. Acesso em 05/08/2016.

⁸² Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscriesNovoCdigoFlorestal.pdf>. Pág. 22. Acesso em 05/08/2016.

concernente no Sr. Roberto Varjabedian, representando a Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente – ABRAMPA, não sendo informado, no entanto, como se deu tal inscrição.

Diante da presença do Procurador da República Ubiratan Cazetta, representando o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, o Relator permitiu a participação do mesmo, o qual fez intervenção pontual ao final da sustentação travada por uma expositora, inquirindo-a sobre um ponto controvertido, o qual foi respondido.

Ao final das apresentações não foi aberto espaço para apresentação de perguntas, não havendo um debate formado entre os expositores, nem mesmo réplicas ou trélicas. Por fim, não fora indicado quantos ou se algum dos ministros do STF estavam presentes.

4.4.3 Análise crítica das audiências públicas

Sob uma ótica analítica, busca-se nesse item encarar os procedimentos adotados em cada uma das audiências realizadas nos respectivos casos, a fim de que as informações colhidas pudessem respaldar a formação de um balanço crítico sobre a implementação do instituto, considerando as limitações traçadas pelo próprio objeto a que se propõe pesquisar.

Conforme consignou-se em linhas volvidas, ante a legislação atribuída a audiência pública jurisdicional, visualiza-se como seu objetivo o fornecimento de informações sobre matéria e circunstâncias de fato de questão levada a juízo, auxiliando os Ministros no processo de tomada de decisão, ante a insuficiência técnica da Corte sobre assuntos de outras áreas do saber científico.

Nesse contexto, não obstante a dinâmica empregada no desenvolvimento das sessões públicas, no que toca a identificação e habilitação dos expositores ou a organização da participação, pode-se considerar que qualquer que seja o método adotado, em maior ou menor grau, a finalidade prevista em lei será atendida.

Ocorre que, ao que foi exposto na introdução deste trabalho e desenvolvido em todo seu corpo, busca-se analisar o instituto da audiência pública a partir do paradigma discursivo do Estado Democrático de Direito, entendendo-a como mecanismo propício à sedimentação de novas condições de representação nas instâncias políticas do Estado, a fim de se consagrar o princípio constitucional do pluralismo democrático.

Para tal fim, segundo a construção doutrinária e jurisprudencial demonstrada, o instrumento legal da audiência pública no âmbito da jurisdição constitucional se constitui,

ainda que de forma mediata, em mecanismo apto à potencialização da legitimidade democrática das decisões proferidas pelo STF, na medida em que visa a concretizar a participação plural dos destinatários das decisões constitucionais em seu processo discursivo-interpretativo de elaboração.

Entretanto, para que sua função mediata seja alcançada, isto é, que a mesma aprimore a legitimidade democrática das decisões do Supremo, faz-se indispensável a garantia dos pressupostos discursivos de liberdade e igualdade de fala, estabelecidos como os fundamentos deliberativos do procedimento democrático.

Em relação ao estudo de caso feito nos itens anteriores, cabe analisar primeiramente, o processo de escolha daqueles que tiveram direito à participação das sessões públicas. Assim, dentre as formas utilizadas para seleção dos expositores, o primeiro caso trouxe como método de seleção dos participantes através da indicação das partes – requerente e requerido – e dos *amici curiae*. Já o segundo caso proporcionou a abertura de inscrições para quaisquer interessados se habilitarem a participar da audiência.

É facilmente perceptível a superioridade do potencial democrático apresentado na forma de seleção empregada no segundo caso, em detrimento do primeiro, permitindo que houvesse uma maior representação das diversas correntes de opinião presentes na sociedade, vez que não restringiu a indicação de expositores às partes, mas sim, proporcionou que a mesma fosse resultado de uma participação plural de diversos atores sociais.

Conforme aduz Ferraz, “a escolha dos participantes, para ser representativa, deve ser efetivamente aberta à opinião pública por meio de chamamento popular de entidades via publicidade no Diário Oficial, Internet, etc., conforme estabelece o RISTF”.

Portanto, diante de sua dimensão teleológica, imperioso que a audiência pública seja palco de ampla participação, garantindo-se que diversas correntes de posicionamento sejam ouvidas.

Mas não é só. Considerando que são, na maioria das vezes, muito os inscritos, como se percebe em outras audiências⁸³, impõe-se um método de seleção dos participantes. No entanto, concentrar a competência funcional de escolha exclusiva dos participantes habilitados à exposição, de forma discricionária, à figura do Ministro Relator, pode comprometer a tão almejada pluralidade social.

⁸³Audiência Pública convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacaox.pdf. Acesso em 05/08/2016.

Sobre a necessidade ampla de participação, marcada por critérios rigorosos sobre a escolha dos participantes, destaca Barbará Scavone Bellem de Lima, “é importante que o maior número possível de pessoas possa participar. É claro que, tendo em vista os muitos inscritos, dificilmente será possível que todos se manifestem, mas havendo a possibilidade de destinar alguns dias a mais às audiências para que se garanta uma maior participação popular, é preferível que assim ocorra”.⁸⁴

No que concerne ao perfil dos participantes, destaca-se a necessidade interpretação adequada da disposição legal presente nas leis 9.868 e 9.882, que preveem a presença de “pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

É possível perceber que no primeiro caso, o perfil dos expositores que participaram da audiência, restringiu-se exclusivamente sobre profissionais da saúde, em sua maioria, médicos e biólogos. Já no segundo caso, a participação dos expositores trouxe uma mostra mais plural, na medida em que englobou não só especialistas diretos no assunto, mas também representantes de entidades e organizações sociais, além de autoridades públicas e políticos, optando-se pela colheita de depoimentos de pessoas que, não obstante não fossem experts no assunto, traziam posicionamentos diversos de segmentos da sociedade.

Portanto, ao tornar o contingente de expositores mais plural, isto é, favorecendo a presença de técnicos e autoridades na matéria, mas também, participantes que não são especialistas em específico no tema discutido, a audiência pública funciona como verdadeira ferramenta de implementação plural da sociedade.

Sobre esse item cabe ainda destacar a acertada decisão em ambos os casos de se obstaculizar a discussão de matéria jurídica perante a audiência pública, tendo em vista que a intervenção de tais sujeitos no processo, levando ao conhecimento dos Ministros determinada questão jurídica, já tem seu espaço garantido, não acrescentando em nada a tão almejada legitimidade técnica e democrática das decisões do Tribunal.

Cabe analisar ainda a forma de organização da participação dos expositores, isto é, sua divisão em blocos e a interação travada com os membros da Corte. Nesse sentido, é possível perceber que em ambos os casos, houve uma divisão simplista determinada pelo Ministro Relator, entre aqueles especialistas favoráveis ou contrários à constitucionalidade do ato legal impugnado.

Como bem lembrado por Lima, “a função das exposições é fornecer informações que possam esclarecer os Ministros na tomada de decisão – e não defender a constitucionalidade

⁸⁴LIMA, Barbara Scavone Bellem. Participação democrática no controle de constitucionalidade brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. p.66.

ou não de determinada lei ou ato”⁸⁵, o que pode ocorrer a partir da divisão indicada.

Outrossim, tal separação propõe a defesa de uma única posição sobre a questão posta em debate, restringindo a multiplicidade de variantes e posicionamentos possíveis, além de afetar diretamente a potencialidade democrática a que o instituto almeja, vez que condiciona os argumentos trazidos pelos especialistas em favoráveis ou contrários à constitucionalidade discutida, suprimindo-se que demais questões sejam defendidas e postas em discussão.

Embora tal modalidade de escolha auxilie na garantia de diferentes posicionamentos, subtrai o caráter plural dos argumentos levados à Corte, restringindo o acesso dos Ministros a informações importantes, sobre um ponto talvez não abordado e importante para compreensão da questão em sua complexidade.

Assim, aponta-se como mais propício ao caráter deliberativo da audiência pública o estabelecimento de um modelo de divisão que não fira ou crie óbices ao conteúdo de exposição dos especialistas, permitindo a veiculação de qualquer questão relevante ao esclarecimento do tema, organizando os mesmos a partir do segmento da sociedade que representam, conforme modelo já utilizado pelo Tribunal.⁸⁶

Relevante questão está no debate estabelecido entre os participantes. Tanto no que toca a legitimidade técnica, quanto no que toca a legitimidade democrática, torna-se necessário que haja a garantia, para além da ampla participação, de um amplo debate entre as ideias apresentadas e defendidas, a fim de que as dúvidas dos membros do Tribunal possam ser esclarecidas e os argumentos lapidados, elevando qualitativamente a participação da sociedade.

Conforme verificado em ambos casos, regra geral, não houve o estabelecimento de debates entre os envolvidos (havendo apenas uma flexibilização no primeiro caso, onde os ministros fizeram perguntas aos blocos de expositores, ao final das sustentações orais), mas sim, a mera apresentação de argumentos, sem que as ideias pudessem ser debatidas.

Considera-se, pois, imprescindível o estabelecimento de um momento na sessão de audiência pública destinada ao debate, buscando, não uma resposta para a questão em voga, mas sim a plenitude do potencial discursivo dos participantes, questionando-se uns aos outros e permitindo que todas as informações ali debatidas sirvam para dotar a Corte de

⁸⁵LIMA, Barbara Scavone Bellem. Participação democrática no controle de constitucionalidade brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. p.68.

⁸⁶Audiência Pública convocada pelo Ministro Luís Roberto Barroso para subsidiar o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.439, que discute os modelos de 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 05/08/2016.

conhecimento específico para julgar.

Entretanto, os atuais diplomas legais e regimentais que regulamentam a dinâmica procedimental travada nas sessões de audiência pública nada regulam sobre esse tema, deixando ao critério solipsista do julgador Relator.

Ainda em relação às informações proporcionadas aos ministros, além de sua lapidação, é necessária, antes, a presença dos ministros no evento. Ora, é impensável a ausência dos mesmos em um evento organizado essencialmente para a substancialização da Corte sobre circunstâncias da matéria sobre a qual esses julgarão. Como visto, em ambos os casos a presença dos ministros integrantes do Tribunal foi ínfima.

Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira defende a presença obrigatória dos Ministros nas audiências públicas, como condição *sine qua non* para o aperfeiçoamento do processo deliberativo democrático perante o STF.⁸⁷

Por fim, para que todo esforço não seja em vão, não se sujeita aos ministros vincularem-se, ou subordinarem-se aos argumentos e posicionamentos trazidos na audiência pública, mas “certamente há o dever de considerar essas atribuições, para incorporá-las ou descartá-las”, pois, ao revés, “a audiência pública se afigura como evento simbólico, e não como uma atividade efetivamente destinada à prática dialógica e ao robustecimento da deliberação política”.⁸⁸

Portanto, ao que o presente item se propôs, verificam-se meios e proposições que, se implementadas, poderiam atuar na intensificação do processo de pluralidade social da jurisdição constitucional através de mecanismos democráticos como a audiência pública. Tais condutas fomentadoras giram em torno de uma participação marcadamente popular, verificada em maior grau e em melhor qualidade.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudado no item supra, vê-se que a mínima regulação legal da matéria e sua parca regulamentação regimental propiciam um ambiente discricionário na verificação da dinâmica empregada, sujeitando sua capacidade democrática, muitas vezes, às inclinações subjetivas do Ministro Relator, impedindo a construção um ambiente seguro de participação

⁸⁷VIEIRA, Oscar Vilhena. Superdemocracia. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008

⁸⁸VALLE, Vanice Regina Lírio do. Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 120

discursiva no debate sobre a constituição, com normas claras e iguais para todos. Destarte, ante sua verificação atual, condiciona-se a capacidade legitimatória do instituto da audiência pública ao modelo de organização e condução empregado pelo Ministro Relator.

Assim, impõe-se um maior esforço no desenvolvimento e aprimoramento de sua regulamentação no âmbito processual, isto é, dos aspectos formais do procedimento, buscando-se estabelecer condições iguais de participação dos membros da sociedade.

Gize-se que para o exercício democrático de participação, deve haver uma igualdade de condição procedimental de se participar, com a supressão da discricionariedade atribuída ao Relator na determinação da dinâmica adotada.

Em anotação certa, Ferraz sobre a audiência pública:

Impõe-se, para atender aos objetivos visados, que a disciplina e a regulamentação deste instrumento devam se submeter a normas que efetivamente lhe permitam alcançar a finalidade pretendida. Esta parece ser uma “regra de ouro” para que a abertura à participação popular, em processo tão especial quanto relevante, não se desvirtue dos fins perseguidos.⁸⁹

Ante o exposto, embora se reconheça a audiência pública como instrumento de elevado potencial democrático, tendo em vista sua capacidade de ampliação plural da participação dos atores sociais na hermenêutica da Constituição, bem como da robusta contribuição à legitimidade da jurisdição constitucional, o presente trabalho verificou importantes impasses na realização de suas funcionalidades.

Dessa forma, conclui-se que sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro carece de imediata regulamentação, a fim de tornar o procedimento de interpretação constitucional um processo público, garantindo-se um regramento básico para o desenvolvimento deliberativo e democrático do instituto. Enquanto isso não acontecer, a pluripotencialização democrática da jurisdição constitucional e o conseqüente acréscimo de legitimidade às decisões do Supremo, objetivados pela aplicação das audiências públicas, estarão subjugados ao acaso do modelo de organização e condução optado pelo Ministro Relator.

⁸⁹FERRAZ, 2011,p.92.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*: relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n.217, p.55-66, 1999.

BARBOSA, Leonardo Augusto de. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARBOSA, Rui. *O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira*. In: *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928, p.164.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99 in Sarmento, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.139-164.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 01/07/2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 05.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. – 6.ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 45

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; DILLY PATRUS, Rafael. O poder constituinte no Brasil pós- 1964: contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia in *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.63, pp.m529-548, jul/dez.2013, p.540.

_____. Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei nº9.686/99 in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v.36, 2001, pp. 178-207.

_____. *Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Extraído em: <http://gajop.org.br/justicacitada/?p=2414>. Acesso em: 10/07/2016.

CAMAZANO, Joaquín Brage. *La acción de inconstitucionalidad*. México: UNAM, 2000. P.52-54.

DILLY PATRUS, Rafael. Controle preventivo de constitucionalidade e democracia: a Constituição de 1988 e as intervenções jurisdicionais destrutivas. In: Julia Maurmann Ximenes; Janete Ricken Lopes de Barros. (Org.). *25 anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico*. 1ed.Brasília: IDP, 2013, v. 1, p. 113-137.

DILLY PATRUS, Rafael. O amicus curiae como instrumento de democratização da jurisdição

constitucional brasileira in *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 6, nº2, jul/dez. 2013.

Diogo Rais, *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada”. *Revista Mestrado em Direito* n.1, 2011, p.73-91.

_____; A projeção da democracia participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As audiências Públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade in Carlos Bastide Horbath, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal [coord.], *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p.87.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translation by William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996, p.110.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997, p.345.

HABERMAS, Jürgen. “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia” In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, capítulo dez, p. 285 et seq.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAVALLE, A.G; Houtzager, P.P; Castello, G. *Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil*. Lua Nova, São Paulo, 67. Pág.81, 2006

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante da jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2006, p.101.

LIMA, Barbara Scavone Bellem. *Participação democrática no controle de constitucionalidade brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. p.66.

MACHADO, Joana. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Puc, 2008. P. 26

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.26.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P.64.

_____. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 992

NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa, p.292.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996., pp. 224-225

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

RODRIGUES, Ivan. Direito moderno entre consenso e dissenso: a reconstrução habermasiana da legitimidade consensual do direito positivo da sociedade pós-tradicional. Disponível em: https://www.academia.edu/14636824/Direito_moderno_entre_consenso_e_dissenso_a_reconstrucao_habermasiana_da_legitimidade_consensual_do_direito_positivo_da_sociedade_pos-tradicional. Acesso em: 28/06/2016

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t.1, p.1.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São paulo: Malheiros, 1994, p.120.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Superdemocracia. *REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO* 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008