

A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

A PUBLIC HEARING AS A TOOL FOR THE LEGITIMATION JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: AN ANALYSIS FROM THE THEORY OF SPEECH BY JÜRGEN HABERMAS

Daiane Nogueira de Lira¹

Sumário: Introdução; 1 O caráter procedimental do direito no paradigma do estado democrático de direito: a teoria do discurso de Jürgen Habermas; 2 A teoria do discurso no processo de aplicação do direito: necessidade de racionalidade das decisões jurisdicionais; 3 A legitimidade da jurisdição constitucional segundo Habermas; 4 A audiência pública como instrumento de legitimação democrática da jurisdição constitucional brasileira; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal, como instrumento de legitimação das decisões da Corte em sede de controle de constitucionalidade, a partir a teoria do discurso de Jürgen Habermas. Nesse sentido, procura-se num primeiro momento expor a teoria proposta por Habermas, em relação ao processo de elaboração e de aplicação do direito e como esse autor enfrenta os desafios atinentes à legitimação da jurisdição constitucional, para então passar-se à análise da realização de audiências públicas como um instrumento de democratização da jurisdição constitucional no direito brasileiro, compatível com a noção procedimentalista habermasiana.

Palavras-chave: jürgen habermas; jurisdição constitucional; legitimidade; audiência pública; supremo tribunal federal.

Abstract: This article aims to analyze the public hearing by the Supreme Court as an instrument of legitimizing the decisions of the Court in place of judicial review, from the discourse theory of Jürgen Habermas. Thus, it seeks to initially expose the theory proposed by Habermas, in relation to the drafting and implementation of the right and as the author faces the challenges relating to the legitimacy of constitutional jurisdiction, and then pass to the analysis of success public hearings as an instrument of democratization of constitutional jurisdiction in Brazilian law, consistent with the notion proceduralist Habermas.

Keywords: jürgen habermas; constitutional jurisdiction; legitimacy; public hearing; supreme court.

Introdução

Ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito, a Carta Magna de 1988 instituiu uma sociedade estatal democrática, que exige a presença de mecanismos de participação na tomada de decisões e no seu controle. Sendo assim, não é possível conceber o fenômeno democrático e a importância do papel da jurisdição constitucional sem reconhecer a necessidade de criação e de estruturação de instrumentos que, efetivamente, ofereçam à sociedade esses meios para participar dos processos de interpretação e aplicação da Constituição.

Numa sociedade pluralista e complexa como a brasileira, que adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, faz-se necessário que a atuação da Suprema Corte seja racionalmente fundamentada e pautada pela ampla participação social.

É exatamente nessa perspectiva que se enquadra a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto mecanismo processual apto a viabilizar, institucionalmente, o diálogo com os diversos setores da sociedade, conferindo racionalidade e legitimidade às decisões tomadas no âmbito da jurisdição constitucional.

Em sendo assim, o presente artigo tem por objetivo analisar a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal no direito brasileiro, como instrumento de legitimação das decisões da Corte em sede de controle de constitucionalidade, a partir a teoria do discurso de Jürgen Habermas.

Assim, num primeiro momento, discute-se a teoria proposta por Habermas, em relação ao processo de elaboração e de aplicação do direito e como esse autor enfrenta os desafios atinentes acerca

¹Advogada da União e assessora de Ministro do STF. Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (DF). E-mail: daiane.lira@ig.com.br.

da legitimação da jurisdição constitucional, para então passar-se à análise da realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal como um instrumento de democratização da jurisdição constitucional no direito brasileiro, compatível com a noção procedimentalista habermasiana.

1 O caráter procedimental do direito no paradigma do estado democrático de direito: a teoria do discurso de Jürgen Habermas

A questão central de Jürgen Habermas, em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, é a necessidade de reconstrução das bases legitimadoras do Direito moderno, em razão da superação da justificação metafísica do Estado que deve ser substituída por critérios de validade racionais. Para tanto, introduz um paradigma procedimentalista do direito a partir de uma teoria apoiada no princípio do discurso. Na visão habermasiana, o Estado Democrático de Direito possui uma justificação procedimental que torna compreensível a legitimidade do direito a partir de processos e pressupostos comunicativos – que devem ser institucionalizados juridicamente –, permitindo que os processos de criação e de aplicação do direito levem a resultados racionais².

O direito moderno deve tirar sua legitimação da ideia de autodeterminação democrática, sendo necessário que os indivíduos possam conceber-se como coautores do direito ao qual estão submetidos enquanto destinatários. Isso será possível por meio de processos comunicativos que permitem que cada indivíduo seja responsável pelas leis, a partir de um processo de convencimento baseado em discursos que buscam o consenso e que toda argumentação reivindica validade.

Para tanto, Habermas lança mão da teoria do agir comunicativo que atribui, à linguagem orientada ao entendimento, a importante função de coordenação da ação³, por meio da influência recíproca dos atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Nesse passo, resume o agir comunicativo da seguinte forma:

Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários.⁴

Habermas elabora, então, o princípio do discurso a partir da seguinte afirmação: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁵. Ademais, quando institucionalizado sob a forma jurídica, o princípio do discurso assume as feições de princípio da democracia. Habermas explica que o princípio do discurso

deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.⁶

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2, p. 153.

³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1, p. 25.

⁴ HABERMAS, op. cit., v. I, p. 36.

⁵ Ibidem, p. 142, grifos originais.

⁶ Idem, p. 158.

Nesses termos, a legitimação do direito moderno encontra raiz no nexo de co-originalidade entre autonomia privada (direitos humanos) e autonomia pública (princípio da soberania popular). Segundo Habermas, é a relação entre essas autonomias que permite que os destinatários do direito sejam, ao mesmo tempo, seus coautores. Assim, os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados como direitos jurídicos, não obstante o seu conteúdo moral⁷. Habermas entende que, em um nível pós-metafísico, a moral e o direito devem atuar de forma complementar, de modo que:

uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. (...) A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de *complementação* recíproca.⁸

No entanto, embora possuam pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, uma vez que a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, um sistema de símbolos, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional, sendo um sistema de ação⁹. Assim, enquanto o princípio moral funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia já pressupõe a possibilidade de decisão racional de questões práticas e afirma como a argumentação será institucionalizada através de um sistema de direitos que garanta igual participação num processo de normatização jurídica¹⁰. Portanto, enquanto “o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito”¹¹.

Ademais, para fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos, deve-se contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo¹². Aponta, então, as categorias de direitos, que segundo afirma, geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito, são eles:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(...)

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

(...)

⁷ Idem, p. 140.

⁸ Idem, p. 140-141.

⁹ Idem, p. 141.

¹⁰ HABERMAS, op. cit., p. 145.

¹¹ Ibidem, p. 146.

¹² Idem, p. 154

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).¹³

Habermas afirma que essa proposta de interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso serve para esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, além de solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade¹⁴.

Esclarece que as três primeiras categorias de direito são princípios jurídicos pelos quais o legislador constitucional deve se orientar¹⁵, de modo que não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos¹⁶. São direitos que os civis têm que reconhecer reciprocamente, caso desejem regular legitimamente sua convivência. No entanto, esses direitos fundamentais só garantem a autonomia privada dos sujeitos, na medida em que se reconhecem como destinatários das leis, pois somente com a quarta categoria de direitos assumem também o papel de autores da ordem jurídica¹⁷ e adquirem, portanto, autonomia pública.

Exemplificando, aponta: os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade e à inviolabilidade da residência como interpretações e configurações do direito geral à liberdade (1); a proibição de extradição, o direito de asilo e, em geral, o status material de deveres, o status de prestações e a cidadania significam uma concretização do *status* geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito (2); a proibição de efeito retroativo, do *bis in idem*, de tribunais de exceção e a garantia da independência do juiz como garantias processuais do encaminhamento do direito (3)¹⁸.

A partir da quarta categoria de direitos fundamentais, os próprios civis passam a refletir e decidir como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia, o que já implica os direitos anteriormente analisados. Assim,

À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o *uso público* da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e este *exige*, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos.¹⁹

Por fim, a quinta categoria de direitos proporciona as condições materiais para o exercício dos direitos anteriores, uma vez que são os direitos fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente necessárias para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos antes mencionados²⁰. Nestes grupos incluem-se os direitos econômicos e sociais.

Desse modo, torna-se compreensível a relação entre soberania do povo e direitos humanos e, portanto, a co-originariedade da autonomia pública e privada, na medida em que a institucionalização do princípio do discurso se expressa nos direitos de comunicação e de participação que garantem a autonomia pública dos indivíduos, que, por sua vez, pressupõem a autonomia privada baseada em direitos fundamentais não estabelecidos coletivamente, mas pressupostos aos indivíduos e que garantem essa institucionalização, como a liberdade e a igualdade. Portanto, os indivíduos só podem usufruir da autonomia pública se a autonomia privada for uniformemente assegurada e, por outro lado, só podem usufruir desta se exercerem adequadamente àquela. Assim sendo, direitos fundamentais e democracia convivem numa relação de implicação recíproca, pois só há democracia respeitando os direitos fundamentais e, inversamente, só há espaço para a afirmação e efetivação de tais direitos no âmbito de um regime democrático.

¹³ Idem, p. 159-160

¹⁴ Idem, p.160

¹⁵ Idem, p.163

¹⁶ Idem, p.164

¹⁷ Idem, p.159.

¹⁸ HABERMAS, op. cit., p.162-163.

¹⁹ Ibidem, p. 164.

²⁰ Idem, p. 160.

No entanto, para que o entrelaçamento jurídico entre as autonomias pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo da juridificação ultrapasse as liberdades subjetivas e comunicativas dos cidadãos e se estenda também ao poder político. Isso ocorre com a institucionalização do Estado de direito²¹. Diante disso, Habermas explica a existência de umnexo interno entre o direito e o poder político da seguinte forma:

Em síntese: O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implantados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* os direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se chega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.²²

Portanto, não é a forma do direito que legitima o exercício do poder político, mas sua ligação com o direito legitimamente estatuído e, para tanto, só o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. Para tanto, Habermas desenvolve um modelo do processo de formação política racional da vontade, que passa por uma rede de negociações e discursos que além de questionamentos morais, também podem ser pragmáticos e ético-políticos.

As questões pragmáticas discutem sugestões de programas políticos que são avaliados por suas consequências e, portanto, procuram os meios apropriados para a realização de preferências e fins que já são dados, embora esses fins possam tornar-se problemáticos, caso em que se passa a fazer uma avaliação racional de fins à luz de valores aceitos. É, pois, um elemento teleológico, finalístico. Nas questões pragmáticas, são determinantes os argumentos empíricos e os julgamentos das consequências de decisões alternativas²³.

Já as questões ético-políticas são colocadas na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida. Nos discursos éticos, os argumentos se apóiam numa explicação de autocompreensão da forma de vida historicamente transmitida e limitam as decisões axiológicas ao fim²⁴.

No entanto, ressalta Habermas que uma boa fundamentação não pode ser apenas pragmática ou ética, precisa levar em conta também o aspecto da justiça, pois é preciso saber se a prática correspondente é igualmente boa para todos²⁵, o que é fundamentado através de argumentos morais, de modo a demonstrar que os interesses incorporados na norma são generalizáveis²⁶.

Porém, em sociedades complexas, quando se constata que as regulamentações tocam diferentes interesses, sem que se possa fundamentar um interesse universalizável ou a primazia inequívoca de um determinado valor, é possível também negociações equitativas que resultam em compromissos que equilibram interesses conflitantes. Ademais, Habermas ressalta que o princípio do discurso deve garantir um consenso não coercitivo,

desdobrando-se através de procedimentos que regulam as negociações sob ponto de vista da imparcialidade. Desta maneira, o poder de negociação não-neutralizável deve ser disciplinado, ao menos através de uma distribuição igual entre os partidos. Se a negociação de compromissos decorrer conforme procedimentos que garantem a todos os interessados iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca, bem como na concretização de todos os interesses envolvidos, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conformes à equidade.²⁷

Mas essas condições procedimentais precisam ser justificadas em discursos morais, pois as negociações só são permitidas e exigidas quando estão em jogo interesses particulares, não generalizáveis e, assim, mesmo as negociações equitativas pressupõem o princípio do discurso. Ademais, como a

²¹ Idem, p. 169.

²² HABERMAS, op. cit., p. 171.

²³ Ibidem, p. 200-201.

²⁴ Idem, p. 202.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem, p. 203.

²⁷ HABERMAS, op. cit., p. 208.

formação de compromissos não substitui discursos morais, não se corre o risco de se reduzir a formação política da vontade à formação de compromissos. Habermas ressalta, ainda, que “[m]utatis mutandis, isso vale também para discursos ético-políticos. Pois seus resultados têm que ser ao menos compatíveis com princípios morais”²⁸.

No entanto, como as decisões políticas e as leis exigem decisões imediatas e “nem todos os cidadãos podem ‘unir-se’ no nível de interações simples e diretas, para uma tal prática exercitada em comum”²⁹, Habermas aponta o princípio parlamentar da criação de corporações deliberativas representativas como uma saída alternativa. Mas ressalta que devem “ser reguladas à luz do princípio do discurso, de tal modo que os pressupostos comunicativos necessários para discursos pragmáticos, éticos e morais, de um lado, e as condições de negociações eqüitativas, de outro lado, possam ser preenchidas satisfatoriamente”³⁰.

Também se faz necessária que a formação da opinião e da vontade parlamentar seja complementada pela formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos. Exige, então, “uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações”³¹. Ademais, essas arenas devem ser protegidas por direitos fundamentais, como forma de garantir o fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição.

2 A teoria do discurso no processo de aplicação do direito: necessidade de racionalidade das decisões jurisdicionais

Habermas faz uma diferenciação interna do sistema político, na forma do princípio da separação dos poderes, de modo que a função de aplicação das leis fica, primordialmente, com o Poder Judiciário e o processo de justificação e de elaboração de leis deve ficar nas mãos do Poder Legislativo. De fato, a prática da decisão judicial está ligada ao direito e, portanto, a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente e esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual sob condições da divisão dos poderes no Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito³².

Ademais, há uma diferença lógica e argumentativa entre fundamentação (processo legislativo) e aplicação de normas (processo jurisdicional) que se reflete nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Habermas explica:

Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais completa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo o qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio ilimitada. Ao passo que nos discursos de fundamentação há apenas participantes.³³

Assim, a argumentação acerca da validade da norma, que se realiza por meio de um discurso de justificação (fundamentação) está presente no processo legislativo, enquanto que a argumentação acerca da adequabilidade da norma, que se realiza por meio do discurso de aplicação de uma norma válida a um caso concreto, está presente no processo jurisdicional. Ademais, o discurso de justificação pressupõe circunstâncias iguais, constantes, regulares e não excepcionais, não se exigindo dele uma previsão exaustiva de todas as possíveis circunstâncias da realidade. Já o discurso de aplicação pressupõe normas válidas e discute, em regra, sua adequação a uma situação concreta³⁴.

²⁸ Ibidem, p. 209.

²⁹ Idem, p. 213.

³⁰ Idem, p. 214.

³¹ Idem.

³² Idem, p. 297.

³³ HABERMAS, op. cit., p. 215-216.

³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 191.

Segundo Habermas, “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”³⁵. De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões consistentes no quadro da ordem jurídica estabelecida, que tem, como pano de fundo, decisões pretéritas do legislador e da justiça. De outro, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões que devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito, não se limitando a concordar com as decisões de casos semelhantes anteriores. Desse modo,

as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas. As decisões judiciais, do mesmo modo que as leis, são “criaturas da história e da moral (...)”³⁶.

Assim, “para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e de decisão consistente”³⁷. Mas como fazer isso?

Habermas adota, então, a teoria da integridade de Dworkin como uma resposta possível à questão da racionalidade das decisões judiciais. Segundo afirma, essa teoria exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Primeiramente, destaca que se apoia na premissa de que as decisões judiciais contêm pontos de vista morais relevantes, uma vez que o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos teleológicos e princípios morais através dos argumentos da decisão do legislador político, o que permite que os discursos jurídicos possam admitir argumentos de origem extralegal – pragmáticos, éticos e morais –, introduzindo-os em argumentos jurídicos³⁸.

Segundo Habermas, “[e]ssa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da ideia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação – e das condições de equidade da formação do compromisso”³⁹. Assim, certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade e “enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito”⁴⁰.

Outro ponto fundamental da teoria de Dworkin, na visão de Habermas, é a distinção entre regra e princípio: tanto a regras (normas) como os princípios são mandamentos cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação, não possuindo estrutura teleológica, pois não podem ser entendidos como preceitos de otimização⁴¹. No entanto, segundo afirma Habermas, a teoria dworkiniana vai mais além e defende que regras e princípios também servem para argumentos na fundamentação de decisões, mas se posicionam de forma diferente na lógica da argumentação. Isso porque somente se resolve um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção, declarando uma delas inválida. Já no conflito de princípios, um deles gozará de primazia, mas significará a invalidez do outro⁴².

Baseado nessas duas premissas, Dworkin constrói um procedimento de interpretação construtiva, que possibilitará se chegar a uma decisão idealmente válida, compensando a suposta indeterminação do direito. O juiz, em cada caso, deverá apoiar sua fundamentação numa teoria que consiste em “reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral”⁴³. Assim, a teoria de Dworkin permite fundamentar, especialmente em casos difíceis, as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente construído. Habermas explica que

Segundo Dworkin, princípios jurídicos e determinações e objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios, põem à disposição os meios argumentativos para se reconstruir a massa do direito vigente durante o tempo que for preciso para que ele valha como normativamente justificado. A

³⁵ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 245.

³⁶ Ibidem, p. 246-247.

³⁷ Idem, p. 246.

³⁸ HABERMAS, op. cit., p. 257.

³⁹ Ibidem, p. 253.

⁴⁰ Ibidem, p. 256.

⁴¹ Idem, p. 258.

⁴² Idem, p. 259.

⁴³ Idem, p. 261.

tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica *concreta* em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz, cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. (...) Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, “do modo como é exigido pela equidade”⁴⁴.

Desse modo, a teoria do juiz Hércules consegue conciliar as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão de aceitabilidade racional do presente, reconciliando a história com a justiça⁴⁵.

No entanto, Habermas, a fim de que seja reconstruída no marco de uma teoria discursiva, faz algumas “advertências” à teoria dworkiniana, em especial, porque possui um único autor, o juiz. Afirma, então, que “Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo”⁴⁶. De acordo com Habermas:

Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. (...) é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. (...) Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.⁴⁷

O princípio da democracia, na compreensão procedimentalista do direito segundo Habermas, exige que o juiz, ao conceber sua interpretação, deve-se sustentar pela comunicação pública dos cidadãos. Isso porque a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições processuais de validade, o que só é possível através do discurso, ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente⁴⁸, através da busca cooperativa da verdade. Embora as partes dos processos judiciais não estejam obrigadas a essa busca, uma vez que também podem perseguir seus interesses numa solução favorável do processo, introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso, ainda assim fornecem contribuições para um discurso, pois servem, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial da decisão⁴⁹. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão, uma vez que correção “significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos”⁵⁰.

Desse modo, o discurso jurídico não pode mover-se de forma autossuficiente num universo hermeticamente fechado do direito vigente, pois precisa manter-se aberto a argumentos de outras precedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que, embora, não possam surgir autonomamente no processo, decorrem do processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas jurídicas. Ademais, a correção de decisões judiciais é medida pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo⁵¹.

3 A legitimidade da jurisdição constitucional segundo Habermas

Para Habermas, a crítica à jurisdição constitucional “é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”⁵².

⁴⁴ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 263.

⁴⁵ Ibidem, p. 264.

⁴⁶ Idem, p. 276.

⁴⁷ Idem, p. 277-278.

⁴⁸ Idem, p. 281.

⁴⁹ Idem, p. 287-288.

⁵⁰ Idem, p. 281.

⁵¹ Idem, p. 287.

⁵² HABERMAS, op. cit., p. 298.

No entanto, mesmo tendo a opinião de que o controle abstrato de normas deveria ser função do legislador, através de um autocontrole – isso evitaria a transmissão dessa competência para um tribunal constitucional, o que, segundo afirma, implica uma fundamentação complexa⁵³, Habermas defende que o controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente⁵⁴. No entanto, critica a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, por desenvolver uma “doutrina da ordem de valores”. Segundo afirma:

Para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma “ordem concreta de valores” (...) Quando princípios colocam o valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraída da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos...⁵⁵

De fato, as decisões dos Tribunais Constitucionais têm quase sempre o caráter de decisões sobre princípios que dependem de uma interpretação construtiva, o que não se confunde com decisões sobre valores. A Constituição não consiste numa ordem concreta de valores, pois as normas jurídicas e os direitos fundamentais nela contidos são princípios deontológicos do direito, formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias, e não segundo o modelo de bens atraentes⁵⁶. Ademais, o pluralismo social não permite ao Judiciário a referência automática a valores éticos. Para Habermas:

Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a vígia mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito.

(...) E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de preferência e padrões consuetudinários.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízes irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.⁵⁷

Nesse ponto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz esclarece que Habermas não supõe um ordenamento jurídico vazio, formalista ou insensível. Na verdade, reconhece que os princípios, podem conter valores, pois são da essência da humanidade, no entanto, não podem ser tratados como se fossem meramente valores, pois, nesse caso, o Judiciário assume a condição de refém de argumentos axiológicos⁵⁸. Ademais, a Constituição “não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade”⁵⁹. Na verdade, estabelece “procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”⁶⁰, já que são as condições processuais da gênese democrática das leis que asseguram a legitimidade do direito. É partindo dessa compreensão procedimentalista do Estado Democrático de Direito que Habermas encontra um sentido para as competências do Tribunal Constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito. Defende, então, que

o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode

⁵³ Ibidem, p. 300.

⁵⁴ Idem, p. 302.

⁵⁵ Idem, p. 315.

⁵⁶ Idem, p. 318.

⁵⁷ Idem, p. 321-322.

⁵⁸ HABERMAS, op. cit., p. 154.

⁵⁹ Ibidem, p. 326.

⁶⁰ Idem, p. 326.

limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. Neste aspecto, a discussão americana é mais fecunda do que a alemã.⁶¹

A função do Tribunal Constitucional passa, então, a ser de guardião do processo deliberativo e da democracia, de modo que é no exercício dessa função que se legitimam as possíveis restrições ao Poder Legislativo⁶². Sendo os direitos fundamentais, como visto anteriormente, condições necessárias ao procedimento democrático, devem ficar imunes à vontade da maioria legislativa, pois nem mesmo o Legislador tem a prerrogativa de inviabilizar as condições da gênese democrática das leis.

Desse modo, no marco da teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas, a função da jurisdição Constitucional é a garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, portanto, a guarda do procedimento democrático e, como consequência, também dos direitos fundamentais, que segundo Marcelo Cattoni se realizará da seguinte forma:

1 – Garantia do devido processo legislativo democrático; ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação da validade das normas jurídicas;

2 – Garantia do devido processo constitucional; ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional.

(...)

Ad 2 – Nessa perspectiva, a Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, e, matéria constitucional, através de uma *interpretação construtiva* que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação *reflexiva do princípio do devido processo legal*, compreendido, aqui, como “modelo constitucional do processo” (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera), a si mesma.⁶³

Desse modo, o Tribunal Constitucional não vai justificar a validade das normas jurídicas (discurso de fundamentação), mas sim averiguar a regularidade do processo legislativo aplicando a Constituição (discurso de aplicação). Portanto, o controle abstrato das normas ocorre por meio de um processo jurisdicional, na medida em que se desenvolve através de discursos de aplicação e tem como objeto o controle das condições do processo legislativo democrático, garantindo, institucionalmente, a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Assim sendo, mesmo a interpretação judicial da Constituição está subordinada ao dever de fundamentação racional e ao debate público, uma vez que se trata de decisão jurisdicional que precisa satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e de decisão consistente. Portanto, embora caiba ao Tribunal Constitucional a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador⁶⁴. Segundo Habermas:

temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no

⁶¹ Idem, p. 326.

⁶² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 324.

⁶³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004. p. 115.

lugar de um sucessor de menor idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transforma na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.⁶⁵

Resgata, portanto, a ideia de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. Conforme ressalta Häberle:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁶⁶

Por conseguinte, na medida em que a jurisdição constitucional se realiza por meio de discursos de aplicação, exige-se a institucionalização de instrumentos de abertura do processo constitucional. Isso se dá através da construção de espaços efetivamente argumentativos dentro do processo constitucional, de modo a ampliar os espaços institucionais de participação e as condições procedimentais que asseguram a legitimidade do provimento jurisdicional.

Nesse sentido, a previsão normativa do instituto da audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal e sua realização prática nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, como adiante melhor será explicitado, significa importante passo no sentido de se promover um maior processo de racionalização e legitimação da jurisdição constitucional.

4 A audiência pública como instrumento de legitimação democrática da jurisdição constitucional brasileira

Mesmo após o advento da Constituição de 1988 e a ampliação dos legitimados a ajuizarem ação direta de inconstitucionalidade⁶⁷, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi possível notar que o cidadão continuou tendo um papel de mero espectador passivo nos processos de interpretação e aplicação da Constituição, tendo voz apenas os legitimados a ajuizarem as ações constitucionais, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Esse modelo de processo constitucional dificultava o desenvolvimento da ideia de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, conforme defendido por Peter Häberle e resgatada por Jürgen Habermas. Ademais, no marco da teoria discursiva do direito, também se fazia necessária a institucionalização de procedimentos que possibilitassem decisões racionalmente fundadas por parte da jurisdição constitucional. Era preciso conferir, nos termos da teoria de Habermas, um caráter dialógico ao processo constitucional, uma vez que os processos de entendimento dirigidos pela argumentação “são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional das decisões judiciais”⁶⁸. Não havia dúvida de que o processo constitucional precisava garantir direitos de participação e condições procedimentais que possibilitassem a geração legítima do provimento jurisdicional no âmbito do controle de constitucionalidade.

⁶⁵ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 347.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

⁶⁷ Antes da CF/88, somente o Procurador-Geral da República podia propor a representação de inconstitucionalidade perante o STF. Com a Carta de 1988, o seu art. 103, na redação originária, ampliou essa legitimação, da seguinte forma: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; 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.” Ademais, a Emenda Constitucional nº 45, de 2005, revogou o art. 103, § 4º, que determinava que a ação direta de constitucionalidade só podia ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República e alterou o art. 103, caput, de modo que a ação direta de constitucionalidade passou a ter o mesmo rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade.

⁶⁸ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 217.

Assim, após dez anos da atual Constituição, com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da jurisdição constitucional, foram editadas as Leis nº 9.868/99⁶⁹ e nº 9.882/99⁷⁰, que pluralizaram o processo de interpretação e de aplicação da Constituição. Para tanto, destacaram-se duas inovações: a previsão expressa da intervenção do *amicus curiae*⁷¹ e, em especial, a permissão de realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal, uma prática inovadora que resultou na abertura dos processos formais de controle de constitucionalidade à participação do conjunto da sociedade civil, além de subsidiar a Corte de informações acerca de matéria ou circunstâncias de fato, nos seguintes termos:

LEI Nº 9.868/99

Art. 9º ...

§ 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.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

LEI Nº 9.882/99

Art. 6º ...

§ 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.

Todavia, somente após nove anos da edição das Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas editadas em 1999, foi realizada a primeira audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal, que ocorreu no dia 20 de abril de 2007, após decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto, na ADI nº 3.510-DF, que discutia a constitucionalidade da Lei Federal nº 11.105/05, a chamada “Lei de Biossegurança”. Segundo o Ministro,

a matéria veiculada nesta ação se ornava de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da lei 9.868/99. Audiência que, 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.⁷²

⁶⁹ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁰ Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

⁷¹ LEI Nº 9.868/99

Art. 7º

§ 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 Nº 9.882/99

Art. 6º...

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

⁷² Decisão publicada no Diário da Justiça da União em 1/2/2007.

Foram, então, convidados, para essa audiência, 17 especialistas indicados pelos requeridos e pelos *amicus curiae*, além dos arrolados pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de esclarecer aspectos sobre a matéria questionada. Assim, a primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal foi um marco na história do controle de constitucionalidade brasileiro e representou o primeiro passo para a efetiva realização desse instrumento democrático e participativo.

Em 2008, foram realizadas mais duas audiências públicas. Uma sobre a possibilidade de importação de pneus usados pelo Brasil – ADPF nº 101 –, convocada pela Ministra Relatora Cármen Lúcia e realizada em 27 de junho. E outra que tratou da possibilidade de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos – ADPF nº 54 – e foi determinada pelo Ministro Relator Marco Aurélio. Essa última restou dividida em quatro sessões, tendo participado, ao todo, 25 representantes de diferentes áreas, como religiosos, comunidade científica, sociedade civil e governo⁷³.

Posteriormente, foi editada a Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009, regulamentando o procedimento das audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O parágrafo único do art. 154 do Regimento Interno do STF passou a dispor:

Art. 154...

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.

A emenda regimental autorizou, ainda, a convocação de audiência pública também pelo Presidente do Tribunal, não sendo mais exclusividade do Ministro Relator. Assim, de acordo com o art. 13, inciso XVII, e art. 21, inciso XVII, do Regimento Interno do STF, o Presidente do Tribunal e o Ministro Relator poderão “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, como repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”.

Seguindo a tendência de utilização cada vez mais desse instrumento, e com fundamento na alteração regimental, foi realizada, em 2009, a audiência pública da saúde, convocada pelo Ministro Presidente Gilmar Mendes. Essa audiência destacou-se pela amplitude da discussão, já que não ocorreu no âmbito de um processo concentrado de constitucionalidade como as anteriores, mas para discutir o sistema público de saúde no Brasil, tema objeto de vários pedidos suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada. Conforme noticiado pelo STF, foram recebidas 126 (cento e vinte e seis) inscrições para a audiência pública, sendo habilitados 33 (trinta e três) profissionais, ligados à área da saúde, representando diversos segmentos da sociedade civil, além de outros 13 (treze)

⁷³ Notícia publicada no dia 30.12.2008 no site <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19.2.2009.

convidados da Presidência da Corte⁷⁴. Foram seis dias de audiência, entre os dias 27 de abril e 7 de maio de 2009.

Nesse ponto, é importante destacar a extensão da realização de audiência pública também em sede de controle difuso de constitucionalidade. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em jurisdição constitucional difusa, exerce uma poderosa influência sobre os demais órgãos jurisdicionais, uma vez que profere a decisão final em área constitucional. Ademais, a crescente aproximação do método abstrato de controle das normas com o método difuso, principalmente no que diz respeito ao efeito vinculante das decisões, incluindo as súmulas vinculantes e a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões, torna a análise dos recursos extraordinários cada vez mais “abstrata”.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal realizou nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, a audiência pública sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa ao ensino superior, objeto de discussão na ADPF nº 186 e RE nº 597.285/RS, e presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁷⁵.

A realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal é mecanismo inaugural no direito constitucional brasileiro, instrumento que, como visto acima, garante amplo direito de participação, no processo de interpretação e aplicação constitucional, àqueles que detenham alguma contribuição a prestar, em prol da mais ampla inteligência da matéria jurídica debatida, em consonância com a ideia de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*.

Conforme já salientado, Habermas rejeita a visão da Constituição como “ordem concreta de valores”, da qual o Tribunal Constitucional seria um intérprete qualificado que se sobressai por suas supostas virtudes intelectuais e acesso privilegiado à verdade, pois o “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva com um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”⁷⁶. Sendo assim, a audiência pública amplia os participantes do processo constitucional, inclusive permitindo a participação da sociedade civil organizada, de modo que o juiz constitucional já não interpreta isoladamente a Constituição, mas sim através de um processo argumentativo que resulta na democratização da tarefa de aplicação constitucional.

Ademais, a audiência pública objetiva subsidiar a Suprema Corte de informações acerca de matéria ou circunstâncias de fato, principalmente em razão do evidente conteúdo técnico que muitas leis assumem atualmente. Conforme salienta André Ramos Tavares:

Nenhum Tribunal Constitucional poderá furtar-se a realizar função instrutória de seus processos, como etapa preparatória para a decisão final.

(...) O magistrado não possui erudição em extensão suficiente para alcançar a verdade e a justiça por seu labor exclusivo. Essa lição é facilmente contemplada a partir de um contexto legislativo marcado pelos avanços técnicos, pela intervenção econômica, financeira, monetária, e em tantas outras searas que, nitidamente, demandam formação acadêmica específica (cf. CLÉVE, 2000: 233).⁷⁷

O pluralismo é um fato social e a legitimidade da jurisdição constitucional é garantida pelos pressupostos e procedimentos comunicativos que devem estar presentes no processo constitucional, inclusive garantindo ampla dilação probatória e contraditório entre todos os interessados. Assim,

...aceitar passivamente a ideia de que um processo possa ser objetivo, ou seja, não contraditório, viola inteiramente a noção de legitimidade trazida pela concepção da situação ideal de fala da proposta de Habermas, alternativa entendida como mecanismo de construção e solidificação do regime democrático num país subdesenvolvido como o Brasil. (...)

Garantir um fluxo comunicacional de ideia implica aceitar a oposição, percebendo que o debate é essencial na busca de melhores soluções para a ação, tanto do Estado quanto da sociedade. Assim, o processo é necessariamente um procedimento subjetivo, sujeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), sem o que perde sua legitimidade democrática. Logo, não deve ser visto como um ‘processo objetivo’ e distinto dos procedimentos da legislação ordinária, tal como argumentam o próprio Supremo e o constitucionalismo comunitarista.

⁷⁴ STF – Notícia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106735&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

⁷⁵ STF – Notícia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

⁷⁶ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 278.

⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 422.

O significativo na teoria do agir comunicativo é a necessidade que a Jurisdição Constitucional não perca o contacto com a textualidade concreta. (...).

A defesa da Constituição pauta-se, essencialmente, na defesa dos direitos fundamentais, o que, para Habermas, implica necessariamente, direito/garantia à participação. Assim é que se vê a via principal também como um processo subjetivo, de modo a garantir a incidência dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do livre acesso ao Judiciário.

Mesmo os que aceitam candidamente a ideia da objetividade admitem que a fiscalização abstrata contém a discussão de conflitos que interessa a toda a sociedade. O discurso de objetividade, ao que parece, pretende transformar o controle de constitucionalidade em algo asséptico, estéril, afastado do cotidiano e feito por luminares do Direito. Regula, pois, os fatos, as relações, os princípios e os valores mais caros da sociedade.⁷⁸

Desse modo, a previsão normativa da realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal em processos de controle concentrado de constitucionalidade desmistifica a ideia de que se dá por meio de um processo objetivo. Na verdade, “há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica”⁷⁹. Tal sentido é inclusive destacado na exposição de motivos da Lei nº 9.868/99, reproduzindo parte do Relatório da Comissão que elaborou o seu projeto, quando se afirma que

Nos Estados Unidos, o chamado ‘Brandeis-Brief’ – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no caso Muller v. Oregon (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ da aferição de legitimidade da lei em face da Constituição (cf., a propósito, Kermit L. Hall, *The Supreme Court*, p. 85).

Hoje não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que constitui condição da própria interpretação constitucional (cf. Marenholz, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*), Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).⁸⁰

Não é mais possível admitir a concepção de que a análise de (in)constitucionalidade das leis é baseada em mero juízo teórico e realizada por meio do confronto entre duas normas, sendo uma superior à outra, portanto, mera questão de direito, sem espaço para a produção de provas e contraditório. De fato, uma “instrução probatória mínima pode ser admitida e, até, em certos casos, pode ser imprescindível para o deslinde adequado da questão constitucional suscitada, sob pena, inclusive, de inabilitar-se o Tribunal Constitucional para realizar o julgamento”⁸¹.

Desse modo, a efetiva realização de audiência pública nos processos constitucionais se afigura como um caminho que, se prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão encarregado de concretizar em última instância a Constituição, o que de fato só vem ocorrendo a partir de 2007, pode emprestar racionalidade ao processo constitucional e democratizar o acesso à interpretação da Carta Magna. Conforme ressalta Inocêncio:

Imaginando-se a riqueza das informações que essas instâncias de decisão poderão transmitir ao Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da norma questionada – não nos esqueçamos de que *interpretar é sempre também aplicar* –, devemos esperar que a nossa Corte Suprema, explorando todas as virtualidades dessas aberturas procedimentais, venha a ampliar consideravelmente o seu *horizonte de compreensão* e, por via de consequência, a decidir melhor as demandas constitucionais.

Noutras palavras, se tirar todo o proveito do quanto lhe poderão proporcionar esses privilegiados sensores sociais, o STF enriquecerá a interpretação constitucional pela reintegração entre

⁷⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 272-273.

⁷⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 270.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 178.

⁸¹ TAVARES, op. cit., p. 397.

fato e norma, entre domínio normativo e programa normativo, entre realidade constitucional e texto constitucional, reintegração que se faz tanto mais necessária quanto sabemos que esses elementos se implicam e se exigem reciprocamente, como condição de possibilidade da *compreensão*, da *interpretação* e da *aplicação* de qualquer modelo jurídico.⁸²

Nas palavras do Ministro Carlo Ayres Britto, “Significa tirar o povo da platéia e colocá-la no palco das decisões que lhe digam respeito. O povo deixando de ser passivo espectador para ser um ativo condutor do seu próprio destino”⁸³.

Conclusão

Tem-se, portanto, que a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal nos processos de aplicação constitucional se enquadra na teoria procedimentalista de Jürgen Habermas, pois cria um espaço institucionalizado de comunicação e de participação, conferindo caráter dialógico à jurisdição constitucional. Como instrumento procedimental de informação, possibilita, ainda, a aferição de todos os elementos fáticos e técnicos imprescindíveis ao julgamento do processo de controle de constitucionalidade, de modo que as decisões sejam mais fundamentadas e adequadas à realidade a partir de consensos publicamente construídos.

A audiência pública funciona, portanto, como um instrumento de abertura e de pluralização do debate constitucional, possibilitando que os juízos emitidos satisfaçam simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e de consistência que, segundo Habermas, são os requisitos legitimadores da atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal é um novo instrumento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que, se devidamente explorado, servirá para racionalizar o processo constitucional brasileiro, de forma a conceber uma maior legitimação às decisões da própria Corte, a partir de uma visão pluralista e procedimentalista do debate constitucional.

Referências

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Rivardo de Souza. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

_____. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Heremênutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1. 2.ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.2. 2.ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁸² MENDES, Gilmar Mártires, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica constitucional e direitos fundamentais**. 1.ed. Brasília: Jurídica, 2002. p. 162.

⁸³ Notícia publicada no dia 17.4.2007 no site <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19.2.2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. 1.ed. Brasília: Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.