



DEMOCRATIZAÇÃO COMO ELEMENTO DE LEGITIMIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Gustavo Bruno de Freitas Paulo¹

RESUMO

As discussões acerca da jurisdição nos Estados Democráticos de Direito modernos são pautadas na legitimidade da atuação estatal, dividida nos três Poderes. Uma participação popular efetiva e que tenha influência palpável nos processos democráticos permite a consolidação dos fins aos quais se propõem os Estados Sociais e Democráticos. O presente artigo buscará avaliar se procedem (e em que medida) as dúvidas expressas pela sociedade e pelos constitucionalistas, quanto à viabilidade e eficácia dos meios atuais de participação popular, à abertura democrática e de representatividade do STF, bem como quanto à relevância desses meios na dinâmica jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Democratização. Constitucionalismo. Legitimidade da jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Servidor Público Federal.

Durante recente audiência pública, convocada pelo STF no âmbito da ADPF 442 para discussão com a sociedade acerca do tema da criminalização do aborto, esteve como representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil o Padre José Eduardo de Oliveira. Ele entendeu que aquela ocasião se tratava de um teatro armado e que o Tribunal estaria apenas fingindo ouvir as partes, sendo que na realidade a audiência pública estaria apenas legitimando o ativismo que viria em seguida.

Ocorre que, no contexto brasileiro, apesar de muito exaltada a importância da participação popular e da abertura democrática do STF à essa interação, bem como a delimitação de instrumentos para que ela ocorra, ainda há uma superficialidade na discussão acerca da influência concreta que tais instrumentos exercem no processo constitucional. É, portanto, necessário averiguar se a participação existe de fato e cumpre seu papel de destaque na discussão na esfera pública ou se sua existência é utilizada como pressuposto de legalidade para que os poderes constituídos construam a ilusão de um diálogo com a população, estando estabelecido apenas o esboço de uma democracia comunicativa que não existiria de fato.

O cerne do presente artigo diz respeito a um exame do estado atual da participação popular na jurisdição constitucional, de forma a determinar se os instrumentos atualmente existentes – com foco nos *amici curiae* ou amigos da corte (instituição com o fim de fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto) e nas audiências públicas – possuem vícios inerentes quanto à realização do proposto envolvimento popular na democracia. Ou se, de outro modo, os instrumentos são adequados e existe algum problema na forma de sua recepção perante as instituições democráticas que prejudica o diálogo essencial entre essas e o povo. Para proceder tal averiguação, será examinado se as audiências públicas provocam impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

O foco, ademais, estará não apenas em uma verificação da existência ou não de instrumentos de participação popular, mas sim no exame de como se dá a aplicação desses na jurisdição constitucional hodierna. Valendo-se, ainda, das suas implicações e desdobramentos para o projeto de Constituição que se busca consolidar no Brasil.

2 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO SENTIDO DE UMA DEMOCRATIZAÇÃO EFETIVA

Qualquer análise jurídica que busque entender o direito sem sua contextualização em tempo e espaço, bem como a consideração de sua evolução ao longo do tempo enquanto processo social, está fadada à incompletude. Além disso, tem suas conclusões maculadas pela ignorância quanto aos diversos fatores, cuja confluência levam à atual situação de necessidade de instrumentalização de uma participação popular relevante no contexto das instituições democráticas.

Isso ocorre porque a criação e as mutações do Direito (em especial o Direito Constitucional, enquanto foco da discussão ora empreendida) têm ligação direta com as transformações pelas quais passa o Estado ao longo das sociedades humanas. Qualquer avaliação havida sobre a participação popular nos Estados Democráticos de Direito é, eminentemente, também uma análise de como esses evoluem ao longo do tempo.

A análise jurídica também não pode se furtar à interdisciplinaridade, justamente porque, conforme entende Jorge Miranda, a origem do Estado tem caráter interdisciplinar, abarcando história, antropologia e ciência política (MIRANDA, 2014, p.44).

Tendo em vista esse contexto, no âmbito do presente artigo serão tecidas considerações sobre o processo interdisciplinar de construção e modificação do Estado e do Direito Constitucional. Estas se desenvolveram ao longo de séculos, sob a ótica da passagem de um constitucionalismo individualista e excludente, observado na gênese dos Estados liberais modernos, para um constitucionalismo moderno (denominado por muitos como “neoconstitucionalismo”) no qual o Direito é contextualizado e inserido na experiência social plural. A efetiva exaltação da soberania popular e da cidadania, nesse contexto, exigem uma concreta participação da população no processo constitucional.

Analisando inicialmente a gênese do Estado liberal, após a crise do Estado feudal, importa trazer as considerações de Jorge Miranda acerca do feudalismo. Dessa forma, alerta-se no sentido de que a ausência de Estado na Idade Média europeia se deve tanto à intensidade dos chamados vínculos feudais quanto à dos denominados “vínculos de subordinação (de algum modo análogos àqueles) do Rei ao Papa e ao Imperador” (MIRANDA, 2014, p. 65).

Nesse sistema, os direitos dos indivíduos não eram resguardados e a vida social tinha caráter apenas local. A crise do sistema feudal, iniciada no século XIII, suscitada pela mudança da mentalidade proporcionada por maiores comunicações internas e a expansão das áreas seguras, para além da unidade restrita medieval, dá margem a uma série de transições nos séculos seguintes.

Nesse contexto, o absolutismo gradualmente abandona a autoridade fundada no Direito Divino dos Reis (que não mais era sustentável). A partir de então, passa por um período onde se procura conferir fundamentação racional à monarquia, mesmo em um ambiente iluminista, que seria o despotismo esclarecido ou o Estado de polícia, pautado no interesse público e dando poder para que seus órgãos e agentes o persigam (MIRANDA, 2014, p. 79).

Ao longo desse processo de inserção dos ideais iluministas e do capitalismo na sociedade, a burguesia acumulou cada vez mais poder econômico e, com isso, estatura social, o que levou esse grupo a querer intensificar também seu poder político.

Desta feita, tem-se que o constitucionalismo moderno nasce com as revoluções burguesas nos Estados Unidos em 1776 e na França em 1789, nas quais as camadas populares e a burguesia se insurgem contra o Estado absolutista, lastreados no liberalismo.

Parafrazeando o Professor José Luiz de Magalhães, da Universidade Federal de Minas Gerais, a gênese desse primeiro momento do constitucionalismo moderno ocorre no contexto da ascensão do Estado liberal e adoção do modelo econômico liberal (DE MAGALHÃES, 2008, p. de internet).

A essência desse constitucionalismo está, pois, na exaltação do individualismo e de uma acepção individualista de liberdade, erigida sobre os fundamentos da omissão estatal e da propriedade privada. (DE MAGALHÃES, 2008, p. de internet).

Apesar de viabilizar essa liberdade individual e inaugurar o caráter constitucional da divisão e limitação do poder estatal, a primazia do Estado liberal pelos ideais liberais promove uma diferenciação social baseada no poder econômico, substituindo a hierarquia social entre nobres e comuns do Estado absolutista por um paradigma igualmente excludente que era a aristocracia.

Nesse sentido, temos o pensamento do Professor Antônio Avelãs Nunes de que a Revolução Francesa, essencialmente burguesa, aboliu a propriedade feudal, mas fundou-se em uma contradição marcada pela consagração simultânea da igualdade e da propriedade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Sendo, dessa maneira, evidenciada tal contradição pela manutenção da escravidão e a instituição do voto censitário, discriminatório e excludente dos pobres em favor dos que tinham o poder econômico (NUNES, 2009).

Trazendo a acepção de Paulo Bonavides acerca desse contexto de Estado liberal, assevera ele que as primeiras declarações de direitos modernas, como as posteriores à Revolução Francesa, exaltavam a soberania popular apenas como indulgência linguística: tal soberania não existia de fato (BONAVIDES, 2001, p. 55).

A partir desse panorama do Estado liberal, é perceptível que nele a garantia de dignidade e de direitos fundamentais, antes definida pela hereditariedade e pela nobreza, passa a ser vinculada ao poder econômico dos indivíduos, continuando a excluir os menos favorecidos da sociedade.

Marcelo Neves também assevera que a adoção de um constitucionalismo liberal na periferia do capitalismo levou a um processo de descolonização que foi apenas formal, não se traduzindo em um fortalecimento da independência ou soberania nacional. Isso levaria à marginalização das massas e a distorções na institucionalização de direitos fundamentais no contexto da manutenção ou ampliação dos privilégios dos grupos que poderiam dispor da constituição (infe-re-se que seriam os mais abastados e com maior poder político), alimentando, dessa maneira, uma relação em que a política iria parasitar o direito (NEVES, 2018).

No século XX ocorrem uma série de mudanças sociopolíticas que inviabilizam a manutenção desse sistema individualista, aristocrático e com foco no legislativo. Nas palavras do Professor Jorge Miranda (2014, p. 88), proliferam no século XX conflitos bélicos, crises econômicas e um progresso técnico acelerado, o que acaba por forçar a fase liberal do Estado a converter-se numa fase social para acompanhar as mudanças.

O Estado, pós-guerras, torna-se intervencionista, aparecem regimes totalitários, ocorre a emancipação do ser humano por todos os territórios e a conseguinte proteção internacional dos direitos dos indivíduos (MIRANDA, 2014, p. 88).

Acredita-se ser esse processo de valorização e garantismo abrangente dos direitos fundamentais, de internacionalização da proteção desses e da construção de uma hermenêutica jurídica voltada ao contexto, não somente ao texto, a mais importante mudança atravessada pelo constitucionalismo. Essa busca por um Estado social se prolonga até a contemporaneidade, pautada em uma busca da garantia da dignidade a todos que era impossível de conceber no Estado absolutista ou no Estado liberal.

A primazia que possuía o Legislativo no Estado liberal dá lugar a uma valorização do Judiciário no contexto do Estado Social. Para André Ramos Tavares, colocar o legislador como principal protetor da Constituição configuraria verdadeira repetição de sanção sobre o mesmo fato (TAVARES, 2005, p. 86), por isso a derrocada do Estado legalista dá margem a um modelo judicialista.

Apesar de ser necessário, nesse paradigma em que a atividade constitucional acompanha a consolidação do próprio Estado Constitucional e da ordem constitucional, um controle da discricionariedade dos juízos, a fim de evitar abusos e chegar à segurança jurídica,

configura alternativa deveras preferível à primazia do judiciário à arbitrariedade apresentada pelo Legislador do Estado liberal. O problema atual das cortes é, principalmente, relacionado à legitimidade no contexto de um Estado que não tem mais apenas meros destinatários de suas deliberações, mas sim um povo cuja participação deve ser ativa.

Dentro desse contexto de legitimidade, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que o princípio da democracia econômica e social serve como espécie de autorização constitucional. Assim, o legislador e os demais encarregados de tornar concreta a ordem político-constitucional podem adotar as medidas que forem necessárias à evolução dessa concretude sob a ótica de uma justiça constitucional que intensamente se assemelha à justiça social (CANOTILHO, 1993).

É primordial, entretanto, entender que a fuga dessa discricionariedade potencialmente nociva de maneira nenhuma enseja um enrijecimento da hermenêutica jurídica. A questão principal revelada pela mudança histórica do paradigma interpretativo é o distanciamento da concepção do direito como mero esforço positivista de adequação e aplicação de técnicas interpretativas, tal qual a entendia Hans Kelsen. A interpretação, dessa forma, é compreendida como ferramenta essencial à atividade jurisdicional voltada à concretização dos direitos fundamentais.

3 DA DEMOCRATIZAÇÃO NECESSÁRIA À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No contexto do neoconstitucionalismo, verifica-se que para propiciar decisões que respeitem a Constituição Federal e seus fundamentos é necessário conceber a hermenêutica no contexto da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, teorizado por Peter Häberle (HÄBERLE, 2007, p. 63). Ou seja, uma interpretação constitucional construtivista, aplicada de forma científica, mas não hermética, isto é, sem determinismos quanto um método ou procedimento aplicável em todos os casos.

À luz desse panorama constitucional e jusfilosófico, tem-se que a hermenêutica jurídica apropriada ao Estado Constitucional de Direito moderno (que busca se configurar como Estado social) é aquela na qual o Direito é interpretado com ponderação e razoabilidade, aplicando as normas de maneira contextual e não apenas textual como o eram no positivismo.

Dessa maneira, é necessária uma democratização da interpretação constitucional no sentido de deixá-la acessível. Dentro dessa dinâmica, a ponderação e a razoabilidade seriam parâmetros que impediriam o sequestro do Direito que ocorreria com a discricionariedade ampla de outrora.

O balizamento das interpretações possíveis teria como referencial, em culminação do raciocínio ora deduzido, o processo concretista e a concepção estruturante da norma tal qual entende Friedrich Müller, pois a atuação do Estado enquanto concretizador necessita de diretrizes sólidas (MÜLLER, 2008, p. 241).

Nesses mecanismos de delineamento da atuação da esfera pública se insere a participação popular enquanto norteadora da atuação estatal e como medida para a discricionariedade que levaria, no âmbito do Judiciário, a um decisionismo alienado da seara popular. Decerto, o equilíbrio, nesse sentido, também é devido, de forma a restar resguardada inclusive a necessária postura contramajoritária que deve desempenhar o Judiciário.

Dentro dessa perspectiva de participação popular, na teoria constitucional dos Estados modernos ganham proeminência ideias como o Constitucionalismo Popular, pautado na perspectiva de uma valorização do papel do povo e da esfera pública, e na hermenêutica constitucional, em contraposição à supremacia das cortes. Nesse sentido, autores como Mark Tushnet defendem posições como a de que seja retirada a Constituição das cortes (TUSHNET, 1999).

Essa corrente defende, pois, que a interpretação constitucional não pode ser exclusividade do Poder Judiciário, uma vez que os movimentos sociais têm importância ímpar no desenvolvimento constitucional e na consolidação dos processos constitucionais. Com isso, reverbera o conceito da sociedade aberta dos intérpretes pensada por Häberle e a necessidade ora exposta de democratização da jurisdição constitucional, pois dessas interpretações nutridas pela própria sociedade viriam novas formas de compreensão constitucional que extrapolariam os limites pensados pelo constituinte (SIEGEL, 2006).

Ainda no âmbito do constitucionalismo popular, verificam-se críticas até mesmo ao papel contramajoritário do Judiciário, sendo denunciada uma hipertrofia das práticas contramajoritárias e da importância exacerbada que têm os membros das mais altas cortes nas políticas democráticas (UNGER, 1996).

Após essas considerações, tem-se fundamentação para a ideia de que a evolução do Estado liberal burguês para um Estado social pautado na garantia de direitos, configura-se como o apogeu do constitucionalismo moderno, conquanto nesse contexto finalmente se busca a

garantia da dignidade a todos, sem as distinções de berço que existiam no Estado absoluto ou as distinções de classe que imperavam no Estado liberal.

Importa trazer, sinteticamente, as preocupações do Professor Paulo Bonavides quanto às tentativas da classe dominante de mitigar o poder popular que é a base do constitucionalismo garantista, ainda que esse tenha como alicerce uma cidadania popular soberana (BONAVIDES, 2001, p. 25).

Bonavides assevera que esse quadro é recorrente nos países de ditadura dissimulada: democracias com baixo grau de legitimidade participativa. Traz Bonavides a indagação de Friedrich Muller sobre quem seria o povo, entendendo que a globalização injusta imposta aos chamados países de terceiro mundo estaria levando-o a ser mera caricatura de um ícone (BONAVIDES, 2001, p. 26).

Frente às ameaças à soberania popular que se aglomeram, tendendo inclusive ao que ele entende como a ameaça de uma “recolonização” dos países pobres, concebe Bonavides que a saída é a defesa inabalável da democracia participativa como instrumento de legitimidade do Estado, sendo a resistência aos ataques a esse regime um papel de todos (BONAVIDES, 2001, p. 26).

A partir desse raciocínio, é evidente a necessidade atual de valorização da participação popular. Ainda, valendo-se dela como mecanismo para revestir de legitimidade uma atuação estatal comprometida em não afastar-se do povo, especialmente em Estados como o Brasil, no qual se coloca o foco no sufrágio como ápice da participação popular e posteriormente ao momento eleitoral verifica-se que os Poderes constituídos por vezes agem à revelia dos anseios do povo.

Reitere-se, ainda, que as contribuições populares não se sobrepõem às deliberações do Judiciário, por exemplo, mas devem ser efetivamente consideradas na dinâmica constitucional com vistas ao entendimento de que o povo não é um coletivo homogêneo, mas sim expressão de uma pluralidade de interesses (URBINATI, 2006, p. 191-228).

4 O PROCESSO DE INSERÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme referido anteriormente, ainda que na democracia representativa brasileira não se verifique uma pura expressividade por parte do parlamento e dos outros Poderes

constituídos, o sistema representativo não carece necessariamente de mudanças, visto que é o mais apto a instrumentalizar os interesses de uma população numerosa como a do Brasil.

A questão, portanto, tem a ver com criar mecanismos de participação direta do povo nessa democracia representativa, não de forma a vincular as decisões da esfera pública, mas sim garantir que o poder emane do povo, conforme a previsão constitucional. Não obstante, se faz necessário também que a população tenha papel ativo no processo constitucional, deixando de figurar como mera destinatária das deliberações dos poderes constituídos.

Além de ser necessidade imposta pelo modelo constitucional vigente, essa participação popular é justificada pelo Supremo Tribunal Federal com fundamento no fato de que, em muitos casos, a decisão do órgão teria consequências que extrapolariam sobremaneira as partes. Por isso, faz-se necessária a contribuição de especialistas e outros agentes relevantes à discussão em pauta.

A ampliação da participação da sociedade civil denota um reconhecimento, pelo STF, da importância da representação democrática, todavia sem perder seu papel contramajoritário.

Seria, pois, um esforço no sentido de considerar as contribuições principalmente técnicas da sociedade sem que haja um debate ideológico entre os posicionamentos opostos, visto que, conforme asseverou o Ministro Ayres Britto no primeiro caso em que se aplicou a audiência pública (ADI 3510, sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança), o debate ficaria a cargo do Tribunal na votação.²

Recuperando como se deu a inserção desses institutos que ampliaram os agentes envolvidos na interpretação constitucional, tem-se que desde a promulgação da Constituição Federal esse rol tem sido expandido de modo a permitir maior participação popular. A prova disso está, por exemplo, na colocação do Conselho Federal da OAB, de partidos políticos com representação no Congresso ou confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional como legitimados para as ações do controle concentrado de constitucionalidade

No âmbito das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 foi, então, positivada a possibilidade de convocação da sociedade para audiências públicas no sentido de ter opiniões orientadas e especializadas acerca de matérias discutidas em ADC, ADI ou ADPF. A redação dos dispositivos que preveem as audiências públicas menciona que esta poderia ser fixada em casos de “necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato” ou “insuficiência das informações existentes nos autos”.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 29.05.2008.

O critério colocado, tanto para a ADI e a ADC (na Lei nº 9.868/99) quanto para a ADPF (na Lei nº 9.882/99), seria de que as declarações nas audiências públicas fossem conferidas por pessoas “com experiência e autoridade na matéria”. É conferida ingerência aos Ministros, portanto, a aceção de que determinadas questões constitucionais têm origem em problemas sociais complexos, ou incluem componentes técnicos que inviabilizam a postura de “Juiz Hércules” de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2007, p. 168).

Também o Regimento Interno do STF dispõe sobre essas audiências, pois os arts. 13 e 21 reiteram os critérios trazidos pelas leis supramencionadas (exigência de experiência e autoridade na matéria). Além disso, há a imposição de um requisito adicional, qual seja, a exigência da repercussão geral e do interesse público relevante em relação às circunstâncias de fato das ações, como pressuposto para que se possa proceder à convocação de audiência pública³.

Dentro desses esforços pela democratização, merece atenção o fato de terem sido feitos sete pedidos de participação como amigos da corte na primeira audiência pública. Todavia, apenas cinco desses foram deferidos, sem fundamentação, critério objetivo ou limite numérico estabelecido previamente e com o Ministro Ayres Britto colocando no relatório que seu rigor foi a representatividade nacional dos pleiteantes.

A questão, portanto, é como equilibrar no sistema constitucional brasileiro os anseios do legislador e dos Ministros do STF, quando se trata da adoção das audiências públicas como instrumento de diálogo com a sociedade civil e de democratização das decisões do Tribunal, visto que há múltiplos interesses envolvidos.

Com relação a tais interesses, nota-se que o próprio Ministro Ayres Britto tornou evidente em despacho⁴, à época em que acatou pedido da Procuradoria Geral da República, o debate referente à realização de audiência pública, quanto à questão da utilização de células-tronco embrionárias. Tal documento revela que o diálogo tido no âmbito da audiência pública serviria tanto para subsidiar os Ministros e possibilitar uma maior participação da sociedade civil, como para legitimar a decisão a ser tomada, demonstrando a preocupação desde a primeira audiência pública com a questão da legitimidade que essas poderiam trazer.

Decerto, há tempos o STF vem buscando democratização do acesso ao poder judiciário, fazendo com que o objetivo de esforços argumentativos e inquisitivos, como o

³ BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 27 mai. 2019.

⁴ BRASIL. STF. ADI 3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. j. 29.05.2008. DJU 19.12.2006.

presente, recaia sobre a aferição do grau de êxito de tais esforços. Além disso, debruçando-se sobre a questão específica das audiências públicas e dos amigos da corte na seção vindoura e procedendo a relações com outras iniciativas, assim como a democratização intencionada com a transmissão televisionada dos julgamentos do STF por meio da TV Justiça, desde o ano de 2002, que também será enfrentada e esmiuçada a seguir.

5 A CONCILIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tratando, lateralmente, primeiro da questão de como o STF enquanto tribunal lida com a pressão – explanada no segundo capítulo do presente artigo – referente à necessidade de democratização e abertura da interpretação constitucional, importa ressaltar alguns pontos que extrapolam a instituição das audiências públicas e dos *amici curiae* amigos da corte.

Contextualizando a importância que se coloca hodiernamente em tal abertura, um exemplo relevante que pode ser avaliado é expressado no raciocínio do Professor da USP Carlos Horbach. Tal pensamento discorre quanto a colocar a criação da TV Justiça, por meio da Lei 10.461, de 17 de maio de 2002, acima de outros momentos impactantes para a vida institucional do Tribunal e de seu relacionamento com a sociedade (HORBACH, 2014, p. de internet), como o advento da repercussão geral com a Emenda Constitucional 45/2004.

Avaliando a importância das transmissões das sessões plenárias, Horbach as entende como mais do que um meio de divulgação de atos, representando a TV Justiça, na verdade, um mecanismo de legitimação da jurisdição constitucional.

Trazendo, enfim, a discussão para o cerne do presente artigo, relevante crítica que pode ser feita a institutos como esse advém da linha tênue entre incluir a sociedade na discussão da jurisdição constitucional, absorvendo verdadeiramente suas contribuições e estimulando seu papel ativo.

Por outro lado, ressalta-se o risco de se estar almejando, por meio desses instrumentos de democratização, não uma abertura do Tribunal com vistas ao diálogo, à argumentação, à juridicidade de decisões sólidas e à segurança jurídica, mas sim a obtenção de uma validade muito mais relacionada ao apoio popular e, assim sendo, avessa à legitimidade jurídica que deveria ser perseguida pelo STF.

Elaborando esse ponto, tem-se que a exibição das sessões e a transparência total – apesar dos fins aos quais se propõe e que são celebrados por Horbach e outros – tanto não é condição inescusável para que sejam legítimas as decisões, quanto, por vezes, não é possível estimar se tal legitimidade perante a seara popular estaria sendo obtida de fato.

O próprio Horbach menciona pesquisa em que se aponta aumento no tamanho dos votos dos Ministros no período posterior ao início das transmissões, tendo como consequência a redução da produtividade do Tribunal (HORBACH, 2014, p. de internet).

Ora, o Tribunal deve possuir e consolidar sua legitimidade por meio das decisões, não a despeito dessas. O fortalecimento do sistema constitucional não carece de uma espécie de *propaganda* de um judiciário atuante.

Os efeitos das decisões na sociedade e o sentimento de participação ativa já seriam instrumentos de promoção da legitimidade. A força da dissidência popular viria justamente das consequências das deliberações dos Ministros, pois a contenda popular sobre as decisões em si é vazia e inclusive, como visto anteriormente, o STF cuida em separar instrumentos como as audiências públicas das resoluções entre os Ministros.

Nesse sentido, a postura do Ministro Ayres Britto, quando da primeira audiência pública, dá margem a comentários como os que encabeçam esse artigo (de que seriam um “teatro armado” as audiências), reiterando a interpretação dada desde o início pelo STF. Tal pensamento adverte que as reuniões, apesar da exaltação da legitimidade e da democracia feita pelos Ministros, pode facilmente ser percebida como excludente em vez de inclusiva, devido ao foco (inclusive positivado nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 e no Regimento Interno) em determinado segmento da sociedade que tenha conhecimento técnico.

As decisões em casos onde são convocadas audiências públicas, ademais, não se baseiam nos chamados “fatos adjudicativos”, aqueles alegados pelas partes para servir às suas teses conflitantes. Fundamentam-se, na verdade, nos denominados “fatos legislativos” ou “gerais”, não voltados a provar elementos de um caso, mas sim em oferecer razões empíricas para determinado posicionamento, por vezes, político (DAVIS, 1942, p. 402), conforme também explanam Leal, Herdy e Massadas (2018, p. 331-372).

Nesse ponto resta evidenciada a aproximação entre Política e Direito. Por essa razão, tem-se apreensão com medidas populares do STF, as quais podem ser distorcidas ao ponto de perderem suas pretensões iniciais. Tais aspirações lidam com a ampliação da abertura do Tribunal e de democratização, dependendo da maneira como se dão e da consideração ou não pelos ministros das contribuições fornecidas pela sociedade na forma de, como visto, indivíduos

específicos que detenham conhecimento técnico sobre a questão fática que é objeto da discussão.

Além da perspectiva de atribuição de maior interação entre Estado e sociedade, há um novo significado quanto à representação. Todavia, tal novidade não tem sido suficiente para constatar se a legitimação pretendida pelo STF com as audiências públicas vem acompanhada da responsabilidade ética dos seus Ministros, ou seja, da noção da legitimidade do exercício da autoridade desses agentes sobre os cidadãos.

Isso porque os Ministros do STF tradicionalmente sempre ocuparam uma posição exclusivista na construção de suas decisões, de modo que eram bastante inconclusivas e de constatação empírica duvidosa as afirmações no sentido de que havia uma preocupação substancial de justificar e comprovar suas deliberações perante a opinião pública.

Um dos fatores que contribuiu para mudar este cenário foi a própria criação, acima comentada, da TV Justiça em 2002, pois a transmissão ao vivo dos julgamentos da Corte proporcionou um dimensionamento duradouro do impacto das deliberações do STF perante a sociedade (TUSHNET, 2015, p. 7).

Nesse contexto, é evidente que as Cortes Constitucionais mudaram o enfoque de como a democracia é entendida, passando a operar segundo uma legitimidade de reflexividade (SOMBRA, 2017, p. 240). Isso representa mudança no sentido de que as novas manifestações da representação passaram a ser definidas pela qualidade da sua expressão junto à sociedade, e não apenas pela eleição ou seleção que deriva das condições próprias de determinadas instituições, como o próprio STF.

Há conflito, portanto, entre os posicionamentos que defendem ser empiricamente possível comprovar a influência das audiências públicas nas decisões (GODOY, 2015, p. 141-142) e os que entendem que a forma como estão positivadas e consideradas as audiências públicas é excludente e os ministros continuam a ter uma postura isolacionista.

O problema complexo que se apresenta, pois, diz respeito à dicotomia entre os efeitos de uma maior participação da população na jurisdição constitucional. Por um lado, torna-se positiva a integração da opinião popular, com abertura das instituições democráticas às contribuições da sociedade e a produção. Entretanto, há efeitos complexos e possivelmente nocivos relacionados à resolução prática e real das questões constitucionais.

A reunião de diferentes acepções sobre um tema polêmico não garante em todas as circunstâncias maior compreensão para os Ministros, posto que esses estão vinculados à qualidade técnica exigida das suas decisões, não podendo ceder às pressões populares,

tampouco aos interesses individuais expressos nas contribuições coletadas em sede de audiência pública.

É necessário discutir, pois, a confluência e o grau de conciliação possível entre a necessidade de democratização da jurisdição constitucional e o entendimento de que as contribuições da sociedade não se confundem com a ciência jurídica. E, ainda que possam auxiliar para a construção da legitimidade do Tribunal, pois esse contato com a população não é condição para que exista tal validade jurisdicional, que, como dito anteriormente, deve advir das próprias decisões e não de qualquer acepção popular do processo a partir do qual essas surgiram.

Um viés pelo qual é possível compreender essa discussão diz respeito ao fato de que é de difícil concretização a representação no âmbito do judiciário, sendo possível correlacionar tal dificuldade de consolidação com as próprias diferenças existentes entre o direito e a política, essa última sendo a seara na qual por excelência se difundem as opiniões e anseios populares (SOMBRA, 2017, p. 237).

Parte desse problema, e que leva a entendimentos de que as audiências públicas estariam misturando o constitucionalismo político e o jurídico, tem a ver com a própria acepção popularmente difundida do conceito de representatividade numa democracia tal qual a brasileira. Assim, origina-se a discussão sobre ser ou não possível entender o STF como órgão político representativo, considerando que a utilidade social das instituições as legitima enquanto representativas perante os cidadãos.

Outro lado da discussão diz respeito ao fato de que é controverso e contraditório, até certo ponto, o próprio termo “democracia representativa”, pois o povo não está diretamente decidindo nem governando, mesmo se considerando os representantes eleitos, os quais padecem de numerosos problemas de representatividade que são objeto para exame diverso do ora empreendido.

Ademais, a avaliação quanto ao êxito ou não da ampliação da democratização do STF por meio dos instrumentos de participação, tais como as audiências públicas, são aferíveis não apenas por análises numéricas focadas puramente na menção ou não, por parte dos Ministros, de argumentos e informações trazidos no âmbito das audiências públicas ou pelos amigos da corte. Essa aferição também se dá por meio de análises qualitativas de como se dá a organização das audiências, o deferimento de seus participantes e a qualidade das deliberações nelas contidas.

Partindo de uma análise objetiva e quantitativa da contribuição dos amigos da corte e do conteúdo das audiências públicas para as deliberações dos Ministros, importa apontar que tal parâmetro demonstra relevância dessas contribuições da sociedade na resolução jurídica do STF posterior às audiências públicas. Com isso, torna-se perceptível que nos processos em que há a convocação das audiências públicas a maioria dos ministros referenciam em seus votos os argumentos apresentados nessas audiências (GODOY, 2015, p. 144-149).

A pluralização almejada com as audiências públicas e demais tentativas de democratização das deliberações do STF, entretanto, não depende apenas da constatação de que os argumentos e posicionamentos extraídos das reuniões, são referenciados pelos Ministros. O que se busca proporcionar não é apenas um campo do qual se extraíam dados e informações a complementar os votos, mas sim um espaço de efetivo diálogo com a sociedade.

Frente a tal necessidade de diálogo com a seara popular, Jürgen Habermas sintetiza que o discurso jurídico não pode ser fechado ao direito vigente e a medida da correção das decisões é o grau de preenchimento das condições comunicativas de argumentação, marcadas pela única coerção de considerar todos os argumentos e decidir de forma racional pelo melhor deles.

Além disso, o discurso jurídico (HABERMAS, 1997, p. 291) tem particularidades que o impedem de ser concebido apenas como parte das argumentações morais. Isso ocorre, justamente, porque a busca dos interesses de cada parte, no agir forense corriqueiro perante os tribunais, apesar de contribuir para decisão imparcial do juiz, não se caracteriza como a forma de argumentação pura defendida por Robert Alexy, por exemplo.

Invariavelmente devem ser retomadas, pois, as problemáticas em torno de como poderiam as audiências públicas e a atuação dos amigos da corte cumprirem de forma mais eficaz o papel objetivado pelo STF, quanto ao aumento da representatividade da corte, garantindo maior legitimidade democrática às decisões. A primeira dessas problemáticas diz respeito à total discricionariedade que possui o Ministro relator em relação ao deferimento ou não daqueles que serão ouvidos e o tempo alocado a cada um.

Tal problema de discricionariedade se relaciona diretamente com a problemática expressa anteriormente nesse artigo, quanto a serem excludentes as regras regimentais e legais estabelecidas para a participação nas audiências públicas. Culminando, assim, em uma filtragem das entidades e indivíduos que podem expressar suas opiniões nessa arena ao ponto de não ser garantida uma atuação abrangente da sociedade.

Ressalta-se, ainda, a diferenciação desnecessária advinda do foco nos aspectos técnicos e da vedação à interação entre os expositores, o que acaba por podar argumentações e embates de ideias que seriam essenciais à posterior deliberação dos Ministros.

Sobre a discricionariedade do Ministro relator, se aponta, inclusive, que essa implica na ausência de garantias institucionais para que se promova a inclusividade (MARONA; ROCHA, 2017, p. 131-156). Isso, associado à falta de interação entre os expositores e o caráter eminentemente técnico dos discursos de expressiva maioria desses, são fatores que ainda distanciam as audiências públicas do seu papel quanto à promoção da abertura democrática das deliberações do STF.

Além dessa questão, tem-se a discussão em torno dos votos dos Ministros. Ocorre que, apesar de mencionarem argumentos e informações trazidos nas audiências públicas, os mesmos evidenciam, principalmente em período recente, um apelo retórico que se sustenta por vezes em tecnicismos, em vez de pautar-se da discussão das posições conflitantes extraídas das audiências públicas (SOMBRA, 2017, p. 258).

Isso indica, apesar de inicialmente mostrar-se como uma proteção do caráter contramajoritário que deve permear as deliberações da corte, uma relativização da importância das contribuições trazidas em sede de audiência pública.

As audiências públicas restam sem razão de ser quando se percebe que, mesmo após as mais duradouras e abrangentes audiências (tendo a mais longa se estendido por seis dias), os Ministros continuam a pautar seus posicionamentos sobremaneira em questões técnico-jurídicas. A partir disso, originam-se discussões retóricas avessas aos temas tratados em sede de audiência pública ou trazidos pelos *amici curiae* amigos da corte e, conseqüentemente, avessas ao propósito de democratizar as deliberações do STF.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das posições avaliadas e do raciocínio ora construído, resta evidente que os esforços pela abertura e democratização das deliberações do Supremo Tribunal Federal, são decorrência natural da evolução do constitucionalismo moderno. Dessa maneira, tais esforços tornam-se exigências para a manutenção saudável dos Estados Democráticos de Direito e para um controle de constitucionalidade que consiga atingir seus fins.

Entretanto, há uma conclusão reverberada de forma mais recorrente e veemente pelos constitucionalistas pátrios e estrangeiros. Tal desfecho diz respeito ao fato de que há elementos, tanto conceituais como concretos, na aplicação dos institutos (audiências públicas e a figura dos amigos da corte, por exemplo) que exigem discussão no sentido de seu aprimoramento.

Sendo assim, as audiências públicas deveriam ser o apogeu do diálogo e da deliberação da sociedade com o Judiciário, mas tal potencial dialógico ainda se encontra limitado por decisões ainda marcadas por um estranho exclusivismo a um constitucionalismo plural e inclusivo.

Ressalta-se que tais discussões em nenhum momento buscam uma compreensão desses institutos como se fossem inerentemente viciados ou desnecessários ao constitucionalismo brasileiro, mas sim visam otimizar a utilização desses recursos promotores de democratização como instrumento para melhores julgamentos e uma maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**: teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

DAVIS, Kenneth Culp. An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 55, n. 1. 1942.

DE MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar. 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4616&revista_caderno=9. Acesso em 11 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3. out. 2015, p. 137-159. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42513/26943>. Acesso em: 22 jul. 2020.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORBACH, Carlos. TV Justiça é instrumento para aprimorar judiciário. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mar-10/analise-constitucional-tv-justica-instrumento-aprimorar-judiciario#_edn2. Acesso em 25 jul. 2020.

LEAL, Fernando; MASSADAS, Júlia; HERDY, Rachel. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr., 2018.

MARONA, Marjorie Corrêa. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, n. 62, p. 131-156, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782017000200131&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 ago. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra Editora, 2014. Tomo I

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: RT. 2008.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NUNES, Antonio Jose Avelãs. Propriedade, direito e Estado. **Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 29, n. 1, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6437>. Acesso em: 21 set. 2020.

SIEGEL, Reva. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA. **California Law Review**, Los Angeles, p 1323-1420, v. 94:1323, 2006.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr., 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 ago. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. **Social Science Research Network – Harvard Public Law Working Paper**, Rochester, n. 15-08, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=2589178>. Acesso em 14 ago. 2020.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNGER. Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** Londres: Verso Press, 1996.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 67, n. 7, p. 191-228, 2006.

**DEMOCRATIZATION AS AN ELEMENT OF LEGITIMACY ON
CONSTITUTIONAL JURISDICTION**

ABSTRACT

The discussions on jurisdiction in the context of the modern Democratic States of Law is grounded in the legitimacy of State action, divided in the three bodies of the State. Effective popular participation which influences the democratic processes allows the consolidation of the objectives of Democratic and Social States. This article will exam the validity (and to which extent) of the questions raised by society and constitution scholars about the viability and efficacy of the current means of popular participation, democratic and representative diversifying of the STF, and also about the relevancy of these means on the dynamic constitutional jurisdiction.

Keywords: Democratization. Constitutionalism. Legitimacy of jurisdiction.