AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTRUMENTO APTO A PROMOVER A DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM A REALIDADE CONSTITUCIONAL

Leonardo Souza Santana Almeida*

RESUMO: O instituto processual da audiência pública foi introduzido no direito brasileiro pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam os processos de controle concentrado de constitucionalidade. Neste artigo, será objeto de análise a experiência do Supremo Tribunal Federal na utilização do instituto. Como pretendemos apreender se os argumentos desenvolvidos pelos participantes da audiência foram incorporados aos votos dos Ministros, analisamos apenas as audiências realizadas nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, bem como a audiência pública da saúde, porquanto nestas foram proferidas decisões pelo Tribunal. A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, aliada ao possibilismo constitucional, de Peter Häberle, constitui o marco teórico do nosso trabalho, diante da ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais proporcionada pelo mecanismo das audiências públicas. A utilização das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal coincide com o movimento de protagonismo e ativismo judicial do referido Tribunal, que nos últimos anos vem julgando casos envolvendo discussões acerca do conteúdo normativo dos direitos fundamentais e da definição de políticas públicas, que antes eram confiados aos poderes ditos políticos. Nos casos específicos das audiências públicas analisadas, ressaltamos que discussões acerca dos direitos à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde estão sempre presentes. Destacamos, ao final, a função das audiências públicas, consistente em subsidiar os ministros de informações necessárias ao julgamento e propiciar a construção de alternativas de interpretação constitucional, bem como conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal.

* Juiz de Direito no Estado de Sergipe, Professor Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: lssalmeida@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Audiência pública. Legitimidade democrática.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem assumido, no concerto institucional brasileiro, um papel de proeminência, exercendo atribuições tradicionalmente reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Podemos citar, como exemplos desta assertiva, a implementação de políticas públicas, notadamente em áreas relacionadas aos direitos à saúde e à educação, e a definição de temas importantes, como a demarcação de terras indígenas, a possibilidade de utilização, para pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias e, mais recentemente, a redefinição do instituto da união estável para abarcar as uniões homoafetivas.

Nesse contexto, o estudo que ora se apresenta, sob o fundamento teórico-filosófico da vasta obra doutrinária de Peter Häberle, cujos pontos principais pretendemos destacar, analisa as audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal em processos de inegável repercussão política, econômica, social e cultural.

No primeiro capítulo, de cunho eminentemente teórico, abordaremos, com a extensão e a profundidade permitidas neste trabalho, as contribuições de Peter Häberle para o estudo e a práxis do Direito Constitucional, notadamente a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e o possibilismo constitucional, desenvolvidos, respectivamente, nas seguintes obras: *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição (1997) e Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta (2002)*.

A partir das ideias desenvolvidas nos referidos estudos, Peter Häberle apresenta a sua **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura** (2000), que se apresenta como referencial teórico fundamental para a análise de aspectos inerentes à cultura constitucional brasileira pós-Constituição de 1988, tema que iremos desenvolver, para demonstrar a emergência de um ambiente propício para a disseminação das ideias häberleanas no Brasil, favorecendo a criação dos institutos processuais

do *amicus curiae* e das audiências públicas, destinados a propiciar instrumentos de informação aos juízes constitucionais em sua tarefa de proferir a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

As audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, bem como a audiência pública da saúde, serão objeto de análise, com o objetivo de destacar a função que vem desempenhando o referido instituto no processo decisório. A verificação da incorporação aos votos proferidos pelos julgadores dos argumentos esgrimidos na audiência pública é o nosso principal objetivo, pois, apenas com a efetiva utilização de tais subsídios, este instituto de direito processual constitucional estará servindo como instrumento de democratização da interpretação constitucional e de construção de alternativas de interpretação do texto constitucional, a partir da realidade a ele subjacente.

2. A TEORIA DE PETER HÄBERLE: A DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PENSAMENTO JURÍDICO DO POSSÍVEL

Peter Häberle desenvolveu, em obra traduzida no Brasil por Gilmar Ferreira Mendes, a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição (1997), fornecendo inovadora contribuição para o debate constitucional, ao enfocar, em matéria de interpretação constitucional, ao invés dos seus métodos, objetivos e tarefas, os seus participantes.

Diante do pluralismo e da complexidade das sociedades modernas, Häberle afirma que a interpretação constitucional não pode ser tarefa apenas dos intérpretes formais da Constituição (partes do processo e juiz constitucional), enunciando a seguinte tese central:

> (...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (1997, p. 13)

Todos aqueles, portanto, que vivem a norma, findam por interpretá-la

(Häberle, 1997, p. 13), o que propicia a democratização da interpretação constitucional. Esta não pode ser monopólio dos intérpretes jurídicos (sociedade fechada dos intérpretes da Constituição), pois não são apenas estes que vivem a norma. Na medida em que à jurisdição constitucional permanece a missão de proferir a última palavra[1] em matéria de interpretação da Constituição, os membros da esfera pública pluralista figurariam ao menos como pré-intérpretes da Constituição. À interpretação constitucional em sentido estrito, que fazem os participantes formais do processo constitucional, soma-se a interpretação produzida por todos os cidadãos que se façam presentes de forma ativa e passiva nos atos da comunidade política (Häberle, 2002, p. 89).

Vale destacar que, nesta perspectiva, o texto normativo é um ponto de partida e não um ponto de chegada, partilhando Häberle da concepção de que não existe norma jurídica anterior ao processo de interpretação. Este, a partir do texto normativo, produz a norma jurídica. Acrescentaria Häberle: traduzindo não apenas o texto, mas também "a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles" (Häberle, 1997, p. 43).

Há, assim, na teoria häberleana, a conjunção entre o documento escrito que denominamos Constituição e a realidade constitucional, resultando, através de um processo interpretativo do qual participam os intérpretes formais da Constituição, os agentes públicos e os membros da esfera pública pluralista, na construção da Constituição adequada ao tempo histórico. Diverge, neste ponto, tanto das teorias puramente normativistas quanto das teorias que integram o movimento do realismo jurídico, porquanto nas primeiras é considerado apenas o texto normativo, enquanto nas segundas enfatiza-se somente a realidade constitucional.

A distinção entre "texto" e "norma" foi a tese central da obra do constitucionalista alemão Friedrich Müller (2009), que enfatiza a dimensão pragmática da concretização da norma, conferindo menor relevância ao seu aspecto semântico. A estrutura da norma jurídica, para o citado jurista, compõe-se de dois elementos: i) o programa normativo, construído mediante a assimilação de dados primariamente linguísticos, a partir do texto normativo, e ii) o âmbito normativo, construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados reais, primariamente não linguísticos (Müller, 2009, p. 194). A norma jurídica, portanto, não se

confunde com o seu texto, sendo produzida no decorrer do processo de concretização, o que lhe confere adaptabilidade às mudanças culturais e socioeconômicas, sem a necessidade de modificação do seu texto.

À perspectiva de Müller, referente à matéria da interpretação constitucional, alia-se a orientação de Häberle, referente às pessoas e grupos (Neves, 2007, p. 85). O "processo de concretização" proposto por Müller, e a "esfera pública pluralista" que, para Häberle, deve participar do processo de concretização constitucional, "são fórmulas distintas de acentuar a equivocidade semântica dos textos constitucionais (dissenso valorativo ou 'ideológico' na 'comunidade' discursiva)" (Neves, 2007, p. 87-88).

A adoção de uma perspectiva procedimentalista, como a desenvolvida por Peter Häberle, em matéria de interpretação constitucional, prestigia o pluralismo de ideias, valores e concepções sobre o conceito de "vida boa" existente nas sociedades modernas, na medida em que não exclui a possibilidade de alguma dentre as interpretações veiculadas pelos diversos membros da sociedade ser posteriormente adotada, embora provisoriamente afastada, em um dado momento histórico, pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto pluralista, não podemos falar de uma única decisão corretamente fundamentada no texto constitucional, mas de várias alternativas de interpretação, devendo o juiz constitucional adotar aquela que melhor se adapta ao contexto atual, fazendo da concretização constitucional uma atividade historicamente situada.

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição apresenta o seguinte "catálogo provisório" de participantes da interpretação constitucional:

> (1) as funções estatais:
> a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido;
> b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do executivo, especialmente na (pré) formulação do interesse público;

(2) os participantes do processo de decisão nos casos 1ª e 1b, que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é:

a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschewerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um "diálogo jurídico" ("*Rechtsgespräch*");

b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g. §§ 77, 85, nº 2[25], 94, nº 1 a 4, §§ 65, 82, nº 2, 83, nº 2, 94, nº 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, nº 4, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*);

c) pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Interno do Parlamento Federal);

d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a "*longa manus*" da eleição de juízes;

e) os grupos de pressão organizados (§ 10 do Regimento Interno do Governo Federal);

f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;

(3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo), o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da

> comunidade, os pedagogos, as associações de pais; (4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nºs 1, 2 e 3; ela tem um papel essencial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis. (Häberle, 1997, p. 19-23).

O rol supra deve merecer as necessárias adaptações para a realidade constitucional brasileira. Como nota fundamental, constatamos o fato de incluir, dentre os participantes da interpretação constitucional, não só aqueles que efetivamente participam do processo, mas também os cidadãos, grupos organizados e todos os membros da sociedade.

Häberle enfatiza o diálogo e a participação dos diversos integrantes da esfera pública pluralista na jurisdição constitucional. A sua teoria não se preocupa com a busca do consenso, mas sim com a abertura procedimental, no sentido de que todos possam fornecer as contribuições necessárias para a construção de alternativas de decisão para o juiz constitucional, passando a decisão proferida no processo de controle de constitucionalidade a ser vista não mais como uma operação individual, mas sim como uma decisão construída no espaço democrático de diálogo.

Assim, revela-se coerente a sua proposta de substituição da democracia do povo, no sentido de Rousseau, identificada com uma vontade geral (consenso), pela democracia do cidadão, orientada pelo pluralismo (dissenso), característica das sociedades modernas. A função do Poder Judiciário, na concretização da Constituição, passaria a ser a de assimilar o dissenso presente na sociedade, absorvendo as diversas alternativas de interpretação constitucional apresentadas pelos seus membros e aplicando, acrescentamos nós, na linha do racionalismo crítico popperiano[2], aquela que melhor resistir às críticas, em um dado momento histórico.

Constata-se uma modificação no papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional. Se, adotando-se uma interpretação substancialista, cumpre ao juiz constitucional identificar os valores presentes na Constituição, ponderá-los e deles extrair uma regra que irá reger o caso concreto[3], adotando-se a interpretação procedimentalista proposta por Häberle, o juiz constitucional passa a atuar como mediador entre as diferentes forças políticas que participam do processo de interpretação constitucional. Segundo Häberle (1997, p. 42), "o resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência*, devendo

ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais".

A proposta de Häberle é adequada para enfrentar o déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário, suscitado por todos aqueles que são contrários ou têm reservas quanto ao exercício por este das funções de controle de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Executivo e do Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos democraticamente pelo povo. Trata-se de uma proposta que pretende a realização de uma democracia radical, participativa, pluralista, baseada na divisão de poderes, em substituição à tradicional democracia deliberativa.

A teoria objeto de análise compatibiliza a função de controle de constitucionalidade, confiada pela Constituição ao Poder Judiciário, com o princípio democrático. Nesse sentido, deve ser prestigiada a função exercida pelo Parlamento, mediante a observância da seguinte regra: quanto maior a participação democrática na elaboração da lei, o que se observa em situações em que a norma elaborada pelo Poder Legislativo foi objeto de debates e intensa participação da sociedade, menor deve ser a interferência judicial (Häberle, 1997, p. 45).

No âmbito do direito processual constitucional[4], deve-se permitir uma maior participação dos diversos integrantes da sociedade no processo de controle de constitucionalidade, seja através da intervenção de terceiros *(amicus curiae*) ou pelo mecanismo das audiências públicas.

A importância do direito processual constitucional, com a ampliação de formas de participação institucionalizada das diversas potências públicas interessadas, o que viabiliza a disponibilização de instrumentos de informação aos juízes constitucionais, foi destacada por Peter Häberle (1997, p. 47-48):

> Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas "intervenções").

É importante destacar que não é suficiente a abertura procedimental

da jurisdição constitucional para a participação dos cidadãos, devendo-se analisar se tais mecanismos estão efetivamente cumprindo a sua missão de influenciar conteudisticamente as decisões do órgão incumbido de exercer o controle de constitucionalidade, no sentido indicado por Peter Häberle (1997, p. 31-32), que diferencia a sua teoria da "legitimação pelo procedimento" no sentido de Luhmann:

> Também a "legitimação pelo procedimento" no sentido de Luhmann é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia, trata-se aqui de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções (assim, Luhmann, Legitimation durch Verfahren. 1969, p. 27 s., 107 s.). Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um "aprendizado" dos participantes, mas de um "aprendizado" por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes. (...)

Cumpre asseverar, ainda, que a teoria de Häberle não defende um populismo judicial, no sentido de que as decisões da jurisdição constitucional devem refletir o pensamento da maioria dos membros da sociedade civil, mas sim que todas as "potências públicas" interessadas devem ser admitidas a participar do processo, contribuindo para a construção de alternativas de interpretação constitucional.

Revela-se fundamental conciliar a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição com o "possibilismo constitucional", outra importante contribuição de Peter Häberle para a ciência do direito constitucional.

O pensamento jurídico do possível[5] só se evidencia com a compreensão da Constituição como "processo político" ou "projeto" (Häberle, 2002, p. 66), o que lhe confere múltiplas possibilidades de interpretação. Nesse sentido, escreve Häberle (2002, p. 60):

> Ditas Constituições não se apresentam ao

> cidadão como uma oferta simples e clara, senão conjuntamente como oferta e convite à reflexão (como pensamento ontológico), do que não são senão resultados parciais configurados a sua vez como tais.[6]

Não sendo um texto acabado, mas sim um projeto em contínua elaboração, propõe Häberle que a jurisdição constitucional considere, em sua tarefa de mediadora entre a teoria e a práxis, as necessidades e as possibilidades presentes na realidade constitucional, apreendidas na esfera pública pluralista. Compõe-se, assim, a tríade realidade-possibilidades-necessidades, sempre presente na doutrina de Häberle, devendo a referida tríade ser analisada segundo uma metodologia própria, de forma consecutiva:

> (...) antes de tudo, mediante uma análise prévia do realista; em seguida, mediante uma investigação o mais exaustiva possível de todas as suas possíveis alternativas; alternativas que, por outro lado, deverão ser ponderadas e avaliadas corretamente para que se possa detectar o grau de necessidades a elas inerentes.[7] (Häberle, 2002, p. 78).

É importante anotar que tal metodologia não exclui a importância do texto normativo, devendo este ser posto como ponto de partida do processo de interpretação/aplicação da Constituição. Delimita-se a referida tríade desde o âmbito da normatividade, reconhecendo-se, contudo, que existem normas tão claras cujos conteúdos prescindem da análise da realidade, das possibilidades e necessidades (Häberle, 2002, p. 81).

Renuncia-se, assim, a um sentido ontológico das disposições constitucionais, em especial das concernentes aos direitos fundamentais, o que permite a sua adaptação às novas realidades. Frise-se não se tratar, como adverte Häberle, de um pensamento alternativo (ou um ou outro), mas de um pensamento que admite a construção de diversas possibilidades de interpretação do texto constitucional, que decorrem da realidade e das necessidades em constante mutação.

A Constituição não é, portanto, um conjunto de normas prontas e acabadas ou, ainda, um plexo de princípios e regras para cuja apreensão

de sentido a atividade solitária do jurista ou do juiz seja suficiente. Antes, configura um "projeto" em contínua mutação, adaptável ao tempo histórico. Como os seus conceitos estão em permanente construção, revela-se necessária a participação dos cidadãos no processo de interpretação/aplicação, o que pressupõe uma comunicação o mais livre possível de coibições, no sentido habermasiano (Häberle, 2002, p. 65).

Com isso, o autor se afasta das interpretações substancialistas, que buscam um sentido inerente à norma jurídica, para afirmar que dela podem ser extraídos diversos sentidos, sendo necessário, para tanto, o recurso à tríade realidade-possibilidades-necessidades.

Häberle não entende o progresso como algo linear, mas sim como um processo de avanços e retrocessos. Destarte, o pensamento possibilista não se orienta apenas para o futuro, considerando também as experiências passadas. A um só tempo, considera, no sentido de Reinhart Koselleck (2006), as categorias históricas do "campo de experiências" e do "horizonte de expectativas". A Constituição, ancorada na filosofia do chamado "espírito aberto" popperiano, permanece aberta em direção ao futuro e ao passado, desenvolvendo o espírito humano presente e histórico (Häberle, 2002, p. 88).

Desse modo, uma experiência passada, já substituída por uma outra no decorrer do tempo, não estaria necessariamente "ultrapassada", permanecendo como virtualmente possível. Häberle (2002, p. 68) sustenta a reversibilidade de toda possibilidade e alternativa que surja no marco constitucional.

Häberle identifica as clássicas liberdades individuais como "possibilidades", porquanto representam o veículo e depósito de alternativas e inovações, sobretudo e especialmente das quais se faz possível o pluralismo democrático, a exemplo das garantias do sistema de eleições democráticas, da liberdade de sufrágio, da liberdade de eleição de ofício, trabalho ou profissão, da liberdade de eleição do lugar de trabalho e formação profissional, da igualdade de oportunidades no acesso à formação, da liberdade de eleição do lugar de residência, dentre outras (2002, p. 68-69).

Uma outra contribuição relevante do pensamento possibilista de Häberle verifica-se no nível do processo hermenêutico. Esse autor faz importante constatação quanto ao voto vencido nos julgamentos do Tribunal Constitucional da Alemanha:

> (...) o chamado "voto reservado" dos magistrados do Tribunal Constitucional alemão não é outra coisa senão a expressão processual institucionalizada do conhecimento de que as normas jurídicas se acham de *per si* abertas a toda uma gama de múltiplas e variadas possibilidades exegéticas e de alternativas diferentes, sabendo que a adoção de uma delas não significa de modo algum a exclusão de outras possíveis alternativas no futuro.[8] (Häberle, 2002, p. 71)

Destarte, a minoria ocasional pode-se transformar em maioria em um momento posterior. Esse processo de alteração da jurisprudência, que pode envolver um processo de mutação constitucional, decorrente da interação entre a realidade constitucional e as possibilidades dela decorrentes e o texto constitucional, encontra explicação na obra de Peter Häberle, que considera a Constituição Federal um projeto em contínuo desenvolvimento. A Constituição não é um texto acabado e definitivo; ao contrário, está em permanente elaboração pelos órgãos incumbidos de interpretá-la e aplicá-la.

O pensamento possibilista é considerado por Häberle (2002, p. 74) como um instrumento para assegurar a salvaguarda da Constituição através dos tempos.

Revela-se, portanto, a importância da relação entre "tempo" e Constituição na obra de Peter Häberle. O método de interpretação por ele preconizado, caracterizado pela flexibilidade, abertura e pluralismo, mantém aberta a possibilidade de mudança do conteúdo das normas constitucionais sem a necessidade de alteração do seu texto, evitando, assim, abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora (Bonavides, 2001, p. 471).

3. A CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RECEPÇÃO DA TEORIA DE PETER HÄBERLE NO BRASIL

A análise acerca da recepção da teoria de Peter Häberle no contexto nacional não pode ser dissociada da apreensão da cultura constitucional brasileira, considerando as premissas de ser a Constituição uma produção

cultural e a Teoria da Constituição uma ciência da cultura (Häberle, 2000).

A cultura constitucional brasileira deve ser compreendida a partir das culturas constitucionais clássicas, seja no aspecto ideológico seja em uma perspectiva sistêmica, para utilizar a sistematização proposta por Bruno Galindo (2006). Por cultura constitucional, entende-se:

> a soma de atitudes e de ideias, de experiências subjetivas, escalas de valores e expectativas subjetivas e das correspondentes ações objetivas tanto a nível pessoal do cidadão como ao de suas associações, assim como a nível de órgãos estatais e ao de quaisquer outros relacionados com a Constituição, entendida esta como processo público[9] (Häberle, 2000, p. 36-37).

A Constituição Federal promulgada em 1988, em sua perspectiva ideológica, contempla elementos das culturas constitucionais liberal e social, na medida em que consagra as características da supremacia da Constituição (através da previsão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e da presença de cláusulas pétreas), da separação dos Poderes, da existência de um catálogo de direitos individuais de matriz liberal e, também, diante da previsão de direitos econômicos, sociais e culturais e da presença de normas constitucionais que determinam um programa mínimo de governo.

No tocante à perspectiva sistêmica, a nossa cultura constitucional, embora se filie ao sistema jurídico do *civil law*, de influência romano-germânica, também colhe elementos do *common law*, a exemplo do respeito às decisões dos Tribunais Superiores, que avança paulatinamente mediante a instituição de decisões vinculantes.

Insere-se a Constituição brasileira de 1988, portanto, no contexto da cultura constitucional ocidental, dela extraindo elementos que forjaram a sua estrutura básica e o seu conteúdo mais significativo. Há de ser destacado, também, o papel da cultura brasileira na edificação da obra constitucional. Nesse sentido, a Constituição revela-se como um espelho do legado cultural da sociedade ocidental e brasileira[10] na época da sua promulgação, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, com a participação dos demais membros da esfera pública pluralista, o papel de atualizar o seu conteúdo normativo.

Analisando o texto normativo da Constituição Federal promulgada em outubro de 1988, temos a sociedade brasileira como uma "sociedade pluralista e sem preconceitos" (preâmbulo), erigindo a Carta, em seu artigo 3º, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III) e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV). Relaciona, ainda, no seu art. 1º, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a "dignidade da pessoa humana" (inciso III) e o "pluralismo político" (inciso V).

No rol dos direitos fundamentais, encontramos diversas normas que se inserem no contexto da luta pelo reconhecimento de grupos tradicionalmente marginalizados economicamente e discriminados culturalmente. Discriminações referentes a gênero (art. 5º, I), a crença religiosa ou filosófica (art. 5º, IV e VIII) e a raça (art. 5º, XLII; art. 7º, XXX) são vedadas explicitamente pela Constituição. Esta ainda revela a preocupação do constituinte com o direito à identidade cultural dos negros, como se extrai da leitura do seu art. 216, § 2º. Os índios, que pioneiramente ocuparam o nosso território, foram contemplados em norma específica (art. 231), que exige o "reconhecimento" desse grupo marginalizado, cujas manifestações culturais são, no mais das vezes, consideradas "primitivas", em contraposição com a modernidade que caracteriza a nossa sociedade.

A Constituição, a par de ser uma produção cultural[11], também se afigura como influente para a instituição de uma "cultura constitucional", refletida no modo como os seus preceitos são compreendidos e aplicados na vida cotidiana do cidadão, da sociedade e do Estado.

O aspecto pluralista da cultura deve ser aqui enfatizado, no sentido de que em uma mesma sociedade podem desenvolver-se simultaneamente diferentes culturas (Häberle, 2000, p. 26). Percebemos, nesse ponto, que as teorias da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a do possibilismo constitucional, na medida em que visualizam uma pluralidade de intérpretes e de alternativas de interpretação do texto constitucional, resultam na "Teoria da Constituição como Ciência da Cultura".

Há, no Brasil, um ambiente jurídico propício para a disseminação

de ideias, valores e concepções distintas na esfera pública pluralista. Contudo, devemos considerar o fato de que uma parcela da nossa sociedade encontra-se desprovida dos mais elementares direitos, inerentes à dignidade humana, impossibilitando-a de participar dos debates constitucionais. Estamos, nesse ponto, com Michelangelo Bovero (2002, p. 37), que assevera serem precondições da democracia os direitos fundamentais cuja violação possa comprometer e tornar vão o exercício dos direitos políticos, sendo classificados como tais algumas liberdades públicas de matriz liberal e alguns direitos sociais, como educação e subsistência. Com efeito, não sendo conferidos de fato os direitos básicos, como se pretender que a totalidade dos cidadãos participe do debate constitucional acerca do conteúdo normativo dos direitos fundamentais?

Apesar desta advertência, não consideramos serem inaplicáveis as ideias de Peter Häberle no contexto brasileiro[12], tendo em vista que, apesar de não visualizarmos um sentimento de forte apreço pela Constituição, como acontece em países integrantes da modernidade central, constatamos que há uma crescente mobilização da cidadania[13]. Podemos citar como exemplo desta assertiva a recente mobilização popular pela aprovação da Lei Complementar nº 135/2010 (a Lei da "ficha limpa")[14]. Outros exemplos podem ser extraídos da agenda do Supremo Tribunal Federal, em que julgamentos como o proferido na ADI 3510, acerca da possibilidade da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, produziram intensa participação de diversos setores organizados da sociedade.

Destarte, se ainda não podemos considerar o Brasil um Estado integrante da modernidade central, não somos impedidos de aspirar a sê-lo. Ademais, apenas com a mobilização crescente da cidadania na defesa dos seus direitos, seja no âmbito do Poder Judiciário ou dos Poderes Executivo e Legislativo, poderemos instituir, realmente, um círculo de intérpretes da Constituição, permitindo ao cidadão deixar de ser um mero espectador para passar a ser um ativo participante nas decisões constitucionais[15].

No âmbito legislativo, as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que institucionalizaram as figuras jurídico-processuais do *amicus curiae* e das audiências públicas, configuram nítida recepção das ideias de Peter Häberle.

Inocêncio Mártires Coelho (1998a, p. 161), referindo-se ao Projeto

de Lei nº 2.960, de 1997, do Poder Executivo, depois convertido na Lei nº 9.868/99, destaca que o texto normativo contém várias "aberturas hermenêuticas – umas bem significativas, outras nem tanto – destinadas, todas, a conferir *um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade*". Cita, como tais, as seguintes disposições: a) a permissão, contida no Projeto, para que os outros legitimados para a propositura da ação direta se manifestem sobre o objeto da ação, podendo juntar documentos que considerarem úteis para o exame da matéria e apresentar memoriais[16]; b) a faculdade conferida ao relator para requisitar informações adicionais, determinar a produção de prova pericial ou designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria[17]; c) a permissão concedida ao relator para solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada[18]; d) a possibilidade de admissão no processo de órgãos e entidades, dada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, na condição de *amicus curiae*[19].

Na área doutrinária, há várias obras e artigos acerca das teorias desenvolvidas por Peter Häberle[20], bem como aquelas que, de alguma maneira, incorporam as suas teses e as utilizam para desenvolver as suas próprias teorias, de que é exemplo a obra de Bruno Galindo, intitulada *Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul (2006)*. Nesta, o autor apresenta, como pressupostos filosófico-jurídicos da sua "Teoria Intercultural da Constituição"[21], o racionalismo crítico de Karl Popper e os seus desdobramentos no âmbito da Teoria da Constituição, em especial o possibilismo constitucional, com a ideia a ele subjacente de interpretação do texto constitucional a partir do recurso à tríade realidade-necessidades-possibilidades (Galindo, 2006, p. 135-139).

Há que se destacar, também, que praticamente todos os cursos ou manuais de direito constitucional[22] fazem referência à teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ao versarem sobre a abertura procedimental instituída pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que introduziram, no processo constitucional, as figuras jurídicas do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Gilmar Mendes é um dos maiores disseminadores das ideias de

Peter Häberle no Brasil, a partir da própria tradução que fez, em 1997, da sua obra *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Com a colaboração de André Rufino do Vale, o Professor e Ministro Gilmar Mendes escreveu artigo versando sobre "O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" (2008/2009), no qual descreve a importância da contribuição de Peter Häberle em decisões proferidas pelo Tribunal, considerando quatro tópicos temáticos centrais do seu pensamento: "1) *Amicus curiae* e audiências públicas; 2) Pensamento de possibilidades; 3) Tempo e Constituição: a mutação constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo" (Mendes; Vale, 2008/2009, p. 3).

Considerando a extensão deste trabalho acadêmico, a nossa análise será limitada às audiências públicas.

4. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 PRESSUPOSTOS LEGAIS E REGIMENTAIS

A designação de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal está autorizada pelas leis que disciplinam os processos de controle concentrado de constitucionalidade, sendo parte integrante do que pode ser designado "fase instrutória"[23] de tais processos.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a sua convocação está prevista no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, que prescreve:

> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.
> § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em

> audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O art. 20, § 1º, da mesma Lei[24], com idêntica redação, contempla a possibilidade de convocação de audiências públicas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

A Lei nº 9.882/99, que disciplina o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também contém a previsão de utilização deste instrumento processual:

> Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
> § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Além dessas hipóteses legais, mediante a alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, promovida pela Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009, foram introduzidas outras possibilidades de convocação de audiências públicas, por iniciativa do Presidente ou do relator de processo em trâmite no Tribunal.

Ressaltamos que, com a alteração do Regimento Interno, para a convocação de audiência pública não é mais necessário que a discussão jurídica esteja sendo travada em processo de controle concentrado de constitucionalidade, podendo se situar no interior de processo em que o Tribunal deva exercer o controle difuso de constitucionalidade ou, ainda, não ser objeto de um processo específico, mas sim de vários processos tramitantes no Tribunal. Configura exemplo desta última hipótese a convocação, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, da denominada audiência pública da saúde, destinada a debater aspectos relevantes acerca da judicialização do direito à saúde.

Cumpre asseverar que a competência dos tribunais para elaborar os

seus regimentos internos foi conferida pelo art. 96, I, "a", da Constituição Federal, que determina a observância das normas do processo e das garantias processuais das partes, indicando como matéria a ser versada a atinente à competência e ao funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Tanto ao autorizar a realização de audiências públicas em processos não enquadrados dentre os de controle de constitucionalidade, quanto ao regulamentar o seu procedimento, não vislumbramos qualquer mácula de inconstitucionalidade ou ilegalidade nas disposições regimentais.

Transcrevemos os dispositivos regimentais:

> **Art. 13.** São atribuições do Presidente:
> (...)
> **XVII** – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.
> **Art. 21**. São atribuições do Relator:
> (...)
> **XVII** – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

Considerando a ausência de procedimento regrado em lei para a realização de tais audiências, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado pela Emenda Regimental nº 29/2009, prevê:

> **Art. 154.** Serão públicas as audiências:
> **I** – (Suprimido)
> **II** – para instrução de processo, salvo motivo relevante.
> **III** – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII,

deste Regimento.
Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:
I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;
II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;
III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;
IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;
V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;
VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;
VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.
Art. 155. O Ministro que presidir a audiência deliberará sobre o que lhe for requerido.
§ 1° Respeitada a prerrogativa dos advogados, nenhum dos presentes se dirigirá ao Presidente da audiência, a não ser de pé e com sua licença.
§ 2° O secretário da audiência fará constar em ata o que nela ocorrer.

Antes da introdução, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, das citadas regras procedimentais, as audiências públicas convocadas e realizadas adotavam o procedimento determinado pelo ministro que, na condição de relator do processo, presidia a audiência. Em verdade, mesmo após a alteração do Regimento, remanesce uma grande parcela de discricionariedade ao ministro presidente da audiência[25], consoante se constata através da leitura do seu art. 154, parágrafo único, III e VII.

Os referidos dispositivos normativos concebem a audiência pública como um instrumento destinado a subsidiar os Ministros do Supremo Tribunal Federal de informações acerca de matéria ou circunstância de fato relevante para o julgamento do processo. Por isso, eles se referem ao depoimento de pessoas com "experiência e autoridade na matéria". Tratar-se-ia, portanto, de um instrumento de natureza nitidamente técnica, informativa, instrutória[26].

Contudo, não é suficiente a interpretação meramente literal dos dispositivos legais e regimentais para que possamos afirmar qual a função das audiências públicas designadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Revela-se fundamental analisar a forma como elas vêm sendo utilizadas na práxis do referido Tribunal, para que possamos constatar se elas estão cumprindo uma finalidade apenas instrutória, ou se estão funcionando como um instrumento destinado a promover a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, apto até mesmo a conferir legitimação democrática à decisão proferida pelo Tribunal.

4.2 BREVE RELATO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste item, examinaremos as audiências públicas indicadas na introdução, realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, abordando os seguintes aspectos: i) o objeto da audiência pública, ou seja, quais os temas nela versados; ii) os participantes da audiência pública; iii) a condução do ato processual pelo ministro que a presidiu, bem como a participação dos demais ministros. Após a análise de cada uma das audiências, pretendemos analisar se houve incremento de subsídios técnicos à decisão proferida pelo Tribunal, bem como se serviu a audiência pública como instrumento apto a legitimar democraticamente o STF, ao permitir que diversas forças da esfera pública pluralista participassem ativamente do processo constitucional, identificando alternativas de interpretação do texto constitucional.

Uma audiência foi designada nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI[27], outra foi convocada pela relatora de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF[28] em

trâmite no Tribunal e a última foi designada pelo Presidente do Tribunal, sob o argumento de que vários processos tramitantes na Corte abordavam a matéria[29].

4.2.2 ADI 3510: A DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO, PARA FINS DE PESQUISA E TERAPIA, DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi realizada em 20 de abril de 2007, quase 8 (oito) anos depois da autorização legislativa, sendo convocada nos autos da ADI 3510, que discutiu a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005[30], intitulada Lei de Biossegurança, a qual permite, sob específicas condições e para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro*.

A constitucionalidade do referido bloco normativo foi apreciada a partir da análise dos conteúdos normativos do direito à vida (CF, art. 5º, *caput*), do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e, ainda, do direito à saúde (CF, art. 6º, *caput*) e do direito à livre expressão da atividade científica (CF, art. 5º, IX).

É interessante anotar que os temas agitados na referida ADI são de natureza multidisciplinar, abrangendo aspectos filosóficos, éticos, religiosos e científicos. A tentativa de exegese da Constituição, com a utilização dos métodos hermenêuticos tradicionais, revela-se frustrada e inapta à resolução do "caso difícil" que se apresentou para exame do Supremo Tribunal Federal.

O caso sob referência revela-se um excelente exemplo de como não é possível separar a "Constituição" da "realidade constitucional". Apenas a partir do exame desta poderemos extrair o conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais em um dado momento da história.

Quanto aos participantes da audiência pública, merecem destaque dois aspectos essenciais: o primeiro, atinente à abertura, concedida pelo relator, para os *amici curiae* indicarem pessoas para serem ouvidas na audiência pública, o que lhes conferiu a possibilidade de intensa participação na construção da decisão ao final adotada pelo Tribunal; o segundo, concernente à divisão dos participantes em dois blocos fixos e

definidos, um a favor e outro contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias. Tal *modus procedendi*, ao nosso entender, fez com que se observasse, claramente, a disposição e o empenho dos especialistas em defender o ponto de vista jurídico manifestado pela parte ou *amicus curiae* que o indicou. Participaram da audiência pública cientistas e médicos vinculados às pesquisas com células-tronco embrionárias e adultas.

No que pertine à condução da audiência pública pelo Ministro relator, observamos a ênfase no seu caráter jurisdicional, o que o fez impedir a manifestação da plateia após as exposições. O relator esclareceu, ainda, que o objetivo da audiência seria colher dados, elementos, e não estabelecer um debate, um contraditório. Em duas oportunidades, interrompeu a apresentação do *expert* Antônio José Eça. A primeira, afirmando que ele não poderia analisar os aspectos jurídicos do problema, que seriam versados nas sustentações orais; a segunda, sob o argumento de que o expositor estaria incidindo em confronto, no campo pessoal e não no campo das ideias, com relação aos defensores do ponto de vista contrário. Também por ocasião da apresentação do especialista Herbert Praxedes, houve interrupção por parte do Ministro relator, sob o argumento de que o expositor estaria a desqualificar o opositor.

Além do Ministro Relator, que presidiu a audiência pública, estiveram presentes, no desenrolar dos trabalhos, mas não durante todo o tempo, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Durante o evento, o Ministro Carlos Ayres Britto informou que o Ministro Ricardo Lewandowski estava acompanhando a audiência em São Paulo, o que seria viável por conta da transmissão ao vivo do evento pela TV Justiça.

Contatamos, após a leitura e análise do acórdão[31], que, no referido julgamento, a comunidade científica foi ouvida pelo Tribunal e contribuiu para a decisão ao final proferida. Subsídios importantes quanto aos aspectos técnico-científicos da questão atinente à utilização, para pesquisa e terapia, de células-tronco extraídas de embriões humanos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro* foram aportados pelos pesquisadores do tema. Estabeleceu-se, assim, uma interlocução entre o STF e a ciência, representada pelos participantes da audiência pública, que se colocaram em dois blocos distintos de pensamento, como alhures destacado, refletindo o dissenso ideológico existente entre os membros da sociedade. O voto do Ministro relator, que foi acompanhado por 5

(cinco) ministros, prevalecendo como a decisão final do Tribunal, está entremeado de citações extraídas da audiência pública.

Considerando que "quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la" (Häberle, 1997, p. 13), e versando a ADI 3510 sobre o conteúdo normativo de direitos fundamentais, dentre os quais o que consagra a livre expressão da atividade científica (CF, art. 5º, IX), nada mais consentâneo com a proposta da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição que procurar o auxílio da concepção da ciência na interpretação do referido direito fundamental. Anota Häberle (1997, p. 15) que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha define o âmbito de proteção do art. 4º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental[32], com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião, para a seguir destacar:

> Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito "aberto" de ciência, deve ser cointerpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. (HÄBERLE, 1997, p. 16).

Examinando o acórdão proferido na ADI 3510, verificamos que a concepção dos diversos setores da ciência acerca da definição do início da vida, bem como da viabilidade, necessidade e utilidade das pesquisas com células-tronco embrionárias foram abordadas.

Outro aspecto que merece destaque, já anunciado neste tópico, é o fato de ter sido conferida aos *amici curiae* a possibilidade de indicarem pessoas para serem ouvidas na audiência pública. Assim, organizações não governamentais que defendem a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, considerando-as uma esperança para os pacientes, bem como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, que representa a religião católica e se manifesta publicamente em sentido contrário à utilização de células-tronco embrionárias, foram admitidas a indicar cientistas e pesquisadores para participarem da audiência pública.

Destarte, além das suas atuações como especialistas, fornecendo subsídios técnicos para a decisão do Supremo Tribunal Federal, os

participantes da audiência pública representaram "um 'pedaço' de representação da sociedade pluralista no processo constitucional" (Häberle, 2002, p. 47), porquanto foram indicados pelos mais diversos grupos da sociedade civil organizada que foram admitidos a participar, na condição de *amici curiae*, do processo constitucional. Houve, portanto, a democratização da interpretação constitucional.

Como destacamos, duas alternativas foram propostas pela comunidade científica, ouvida no Supremo Tribunal Federal. Comprovando, mais uma vez, a aplicação do pensamento do possível em matéria constitucional, que contempla a existência de múltiplas possibilidades de interpretação da Constituição (Häberle, 2002, p. 63), o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que também se reportou às contribuições dos especialistas ouvidos na audiência pública, apresentou proposta nova, não abordada na audiência pública ou destacada pelas partes do processo constitucional, consistente na possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias desde que por método que não cause a destruição do embrião, além de outros parâmetros estabelecidos em seu voto.

4.2.3 ADPF 101: A DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS NO BRASIL

A ADPF 101, proposta pelo Presidente da República, teve por objetivo evitar lesão aos preceitos fundamentais estampados no artigo 196 (direito à saúde) e no artigo 225 (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), ambos da Constituição Federal, resultante de atos do poder público consistentes em decisões judiciais que, em desacordo com Portarias do Departamento de Operações do Comércio Exterior – DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e a Convenção da Basileia, à qual o Brasil aderiu, aprovando-a pelo Decreto nº 875/93, autorizaram a importação de pneus usados.

Tais decisões judiciais, segundo o arguente, utilizaram os seguintes argumentos: a) ofensa ao regime constitucional da livre iniciativa e da liberdade de comércio (CF, art. 170, IV, parágrafo único); b) ofensa ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), uma vez que o poder público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de

países integrantes do Mercosul; c) os atos normativos compreenderiam apenas os pneus usados, não abrangendo os recauchutados e os remoldados; d) tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas apenas por lei em sentido formal; e) a Resolução CONAMA nº 258/99, com a redação determinada pela Resolução CONAMA nº 301/2002, ao prever a destinação de pneus importados reformados, teria revogado a proibição de importação de pneus usados.

A audiência pública foi realizada em 27 de junho de 2008. Ao observarmos as qualificações dos expositores que se manifestaram de forma favorável à vedação da importação de pneus usados, constatamos que todos eles, sem exceção, possuem vínculo com o Poder Executivo Federal, diretamente interessado na manutenção da vedação, por ter sido o produtor dos preceitos normativos impugnados. Sem desprezar a importância das apresentações de tais expositores, entendemos que a audiência teria despertado um maior interesse, caso ambientalistas, representantes de organizações não-governamentais e do meio acadêmico tivessem acorrido ao convite do Supremo Tribunal Federal. Pelo grupo dos que apresentaram posicionamento contrário à vedação da importação de pneus usados, manifestaram-se expositores ligados às empresas de pneus remoldados, um professor universitário e um presidente de instituto ambiental, revelando este, em sua exposição, íntima ligação com a indústria de remoldagem de pneus.

Da mesma forma que se observou quanto à condução da audiência pública realizada na ADI 3510, a Ministra Cármen Lúcia não permitiu a manifestação da plateia, solicitando ainda que as apresentações se cingissem a discutir os aspectos extrajurídicos do tema submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Ressaltou que os aspectos jurídicos seriam debatidos nas sustentações orais. Contudo, nas manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, bem como de um advogado, verificamos que os citados expositores também esboçaram argumentos jurídicos. Notamos, ainda, uma importante diferença quanto à primeira audiência pública, consistente na ausência de perguntas aos seus participantes ao final das exposições.

No que tange à participação dos demais ministros, houve a presença do Ministro Gilmar Mendes, apenas para promover a abertura da sessão, e durante parte da realização dos trabalhos, dos Ministros Carlos Ayres

Britto e Ricardo Lewandowski. Houve a transmissão ao vivo das sessões pela TV Justiça e a transcrição dos debates, que foram disponibilizados aos demais ministros. Assim, foi viabilizado o conhecimento do conteúdo da audiência pública a todos os julgadores do Tribunal.

O exame dos votos proferidos conduz à assertiva de que houve um menor aproveitamento, na decisão, do conteúdo da audiência pública, em relação ao julgamento da ADI 3510. Embora algumas informações técnicas, extraídas das apresentações realizadas no referido evento processual, tenham sido incorporadas ao voto da relatora, observamos que a maior parte delas foram hauridas de outras fontes.

A questão atinente aos participantes da audiência pública, já apresentada, pode servir como uma explicação para a menor relevância, no processo decisório, de que se revestiu esta audiência.

As entidades que funcionaram como *amici curiae* preferiram apresentar sustentações orais, através dos seus advogados, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a participarem da audiência pública[33]. Consta na certidão de julgamento, lavrada em 11 de março de 2009[34]:

> **CERTIFICO** que o **PLENÁRIO,** ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
> **Decisão:** Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, após o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, julgando parcialmente procedente a arguição, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram: pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Justiça Global e Associação de Proteção do Meio Ambiente de Cianorte – APROMA, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelos *amici curiae* ABIP – Asssociação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados; BS Colway Pneus Ltda., Tal Remoldagem de Pneus Ltda.; ABR – Associação Brasileira do Segmento de

> Reforma de Pneus; Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda.; Pneus Hauer do Brasil Ltda., RIBOR – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. e Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL, os Drs. Emmanuel de Nora Serra, Ítaro Sarabanda Walker, Carlos Agustinho Tagliari e Ricardo Alípio da Costa; e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Plenário, 11.03.2009. (...)

Mesmo com a limitada participação da sociedade civil organizada na audiência pública sob referência, não por ausência de abertura, mas por desinteresse, constatamos que houve o fornecimento de alternativas de interpretação constitucional por parte dos seus participantes. Não podemos afirmar, entretanto, que houve a ampliação da legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal, no caso em foco, diante da escassa referência, no julgamento, aos argumentos esgrimidos na audiência pública. Consoante já destacamos, a legitimação que decorre da ampliação da intervenção de terceiros no processo de controle de constitucionalidade, não pode ser entendida no sentido meramente formal, mas sim como influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Como bem destaca Häberle (1997, p. 31-32), em lição que merece ser enfatizada: "Não se trata de um 'aprendizado' dos participantes, mas de um 'aprendizado' por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes".

4.2.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE: O DEBATE SOBRE TEMAS RELACIONADOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em abril e maio de 2009, ocorreu, por convocação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública da saúde[35], sendo esta a primeira convocada com fundamento na Emenda Regimental nº 29/2009. Os temas que foram indicados para a discussão, listados no despacho convocatório, de 5 de março de 2009, foram os seguintes:

> 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;

2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

A justificativa para a realização da audiência, também contida no despacho convocatório, foi a existência de diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite na Presidência do STF, objetivando tais requerimentos a suspensão de medidas cautelares que determinaram o fornecimento de prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, nas quais são suscitadas inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas. Fundamentou-se, ainda, na repercussão geral e no interesse público relevante das questões suscitadas.

No despacho de convocação da audiência pública, consta a abertura para a participação dos interessados, o que deveria ser feito através de endereço eletrônico, oportunidade em que a entidade ou órgão interessado deveria consignar os pontos que pretendiam defender e indicar o nome de seu representante. De logo, foram expedidos convites aos representantes de alguns órgãos e entidades, para que manifestassem interesse em participar da audiência pública, bem como para que consignassem os pontos que pretendiam defender e indicassem o nome de seu representante.

Em 13 de abril de 2009, foi exarado despacho de habilitação de especialistas, constando 33 (trinta e três) pessoas (despacho do dia posterior incluiu uma outra pessoa nesta lista) habilitadas a exporem os seus pontos de vista na audiência pública, restando designados os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, das 09h às 12h, para a realização da audiência[36].

Quanto à condução da audiência pública, observamos que o Ministro Gilmar Mendes concedeu plena liberdade de manifestação para os expositores, não interferindo em suas apresentações, mesmo quando se constatava claramente o desvio de foco quanto ao tema que deveria ser debatido. Ressaltou, apenas, a impossibilidade de manifestação da plateia. No início das exposições, em cada uma das sessões, o Ministro fazia uma breve exposição acerca do tema que deveria ser enfrentado. Ao final da sessão, elaborava uma breve síntese ou apanhado geral das exposições, sempre reafirmando a importância da abertura procedimental promovida pela audiência pública. Não houve perguntas aos expositores.

Como aconteceu com as outras audiências públicas analisadas, apenas o Ministro que a convocou participou de todas as sessões. Houve a participação do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no primeiro dia da audiência pública, bem como no último dia, quando presidiu a primeira parte da sessão. A audiência pública foi transmitida ao vivo pela TV Justiça, estando o seu conteúdo à disposição no site do Supremo Tribunal Federal. Destarte, viabilizou-se o acesso ao seu conteúdo de forma ampla.

É importante asseverar que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, proferiu decisões nas STAs 175, 178 e 244 utilizando expressamente subsídios colhidos da audiência pública da saúde[37].

Em 17 de março de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou 9 (nove) agravos regimentais interpostos contra decisões do seu Presidente, que mantiveram decisões judiciais determinando ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. O Ministro Gilmar Mendes, na condição de Presidente do Tribunal, foi o relator dos recursos interpostos contra as decisões proferidas nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 211 e 278, nas Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e na Suspensão de Liminar (SL) 47[38].

O exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal comprova que foram utilizados subsídios extraídos da audiência pública, cumprindo esta a sua função informativa, e também foram analisadas as alternativas de interpretação constitucional formuladas pelos seus participantes, que representaram as diversas forças da esfera pública pluralista envolvidas na temática da judicialização do direito à saúde.

Com efeito, os gestores públicos, profissionais da área da saúde, usuários do Sistema Único de Saúde, juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, acadêmicos, dentre outros, tiveram voz e atuação efetiva na construção da decisão ao final proferida.

Vale destacar que os reflexos da audiência pública da saúde no exercício da jurisdição do Supremo Tribunal Federal não se esgotaram com o julgamento dos referidos recursos. Ainda estão pendentes de julgamento: a Proposta de Súmula Vinculante nº 4, o Recurso Extraordinário nº 566.471 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.931 e 4.234. Todos esses processos tratam de temas amplamente debatidos na audiência pública.

É interessante destacar, ainda, como reflexo da audiência pública, a instituição de Grupo de Trabalho[39] no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de "elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde" (art. 1º). Consta dentre os fundamentos do ato de constituição do referido Grupo de Trabalho:

> CONSIDERANDO os resultados da Audiência Pública nº 4 pelo Supremo Tribunal Federal, em abril e maio de 2009, na qual foram discutidas questões relativas às demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde, quando foram ouvidos 50 (cinquenta) especialistas na matéria;

A partir de indicação do Grupo de Trabalho, foi editada a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010[40], do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que em seus "considerandos" faz menção expressa à Audiência Pública da Saúde[41]. Transcrevo-os:

> CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

> (...)
> CONSIDERANDO a menção, realizada na Audiência Pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, "p", da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;
> CONSIDERANDO que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

O referido ato do CNJ, conforme consta em sua ementa, teve por escopo recomendar aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Para atender a estes propósitos, houve indicações de medidas a serem adotadas pelos magistrados[42], muitas delas incorporando sugestões lançadas na audiência pública, a exemplo da criação de convênios para instituição de serviços de apoio técnico que possam auxiliar os magistrados na instrução de processos relacionados às prestações de saúde; da instrução das ações com relatórios médicos contendo, dentre outros elementos, a denominação genérica ou princípio ativo, evitando, assim, a prescrição por marca de medicamento; a necessidade de o medicamento estar registrado na ANVISA; a oitiva prévia dos gestores, para a concessão de tutelas de urgência.

Como podemos constatar, a audiência pública da saúde produziu um intenso debate, que se refletiu até mesmo no Conselho Nacional de Justiça e, por extensão, nos Tribunais do país, acerca da judicialização da saúde, iniciando uma era de busca de soluções compartilhadas e de enfrentamento mais coerente das questões relacionadas ao tema.

5. CONCLUSÃO

A análise da obra doutrinária de Peter Häberle apresentou-se, neste

trabalho, como pressuposto fundamental para o estudo das audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Destacamos a contribuição de Peter Häberle (1997), que reconhece a impossibilidade de se propor um roteiro definido para que a jurisdição constitucional profira a decisão correta e o fato de que a Constituição não é um conjunto de normas prontas e acabadas mas, ao contrário, um "processo político" ou "projeto" (Häberle, 2002, p. 66), com múltiplas possibilidades de interpretação. Postas estas premissas, Häberle enfatiza a questão dos participantes da interpretação constitucional, bem como da instituição de mecanismos de intervenção de terceiros no processo de controle de constitucionalidade, de forma a propiciar a democratização da interpretação constitucional e viabilizar a instituição de instrumentos de informação destinados aos juízes constitucionais.

Constatamos, ainda, a influência das ideias de Peter Häberle no Brasil, no campo legislativo, o que se observa através da abertura do processo de controle de constitucionalidade promovida pelos mecanismos do *amicus curiae* e das audiências públicas, bem como no campo doutrinário e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Após a análise das audiências públicas, podemos concluir que elas funcionam como instrumentos informativos, prestando aos juízes subsídios de caráter técnico, necessários ao julgamento da controvérsia constitucional, e como mecanismo apto a conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal, na medida em que os diversos membros da esfera pública pluralista e os agentes institucionais fornecem alternativas de interpretação constitucional, e estas são consideradas no processo decisório.

Passamos a justificar a nossa conclusão.

A primeira finalidade é claramente definida pelos dispositivos normativos que permitem a utilização deste instrumento processual. Com efeito, o fundamento jurídico para a convocação de audiências públicas é a necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de suprir a ausência de informações existentes nos autos.

Tal intuito envolve a possibilidade de o Tribunal verificar fatos e prognoses legislativos no processo de controle de constitucionalidade (Mendes; Martins, 2009, p. 306). Como a norma jurídica não corresponde apenas ao texto normativo, mas envolve também a realidade a ela subjacente, não é possível ao aplicador do direito, em especial em matéria

constitucional, definir o conteúdo de uma norma jurídica mediante uma mera operação de subsunção. Faz-se necessário o exame do dispositivo em conexão com a realidade, o que, no mais das vezes, envolve a apreciação de aspectos extrajurídicos, sendo imprescindível o recurso a outras disciplinas.

Entendemos, contudo, que a segunda função que ora destacamos, qual seja, a ampliação da legitimidade democrática do Tribunal, ao incorporar ao processo decisório as distintas alternativas de interpretação constitucional fornecidas pelos membros da sociedade civil organizada, é a mais relevante. Isto porque a atuação das pessoas com "experiência e autoridade na matéria", que se manifestaram nas audiências públicas, não foi convergente.

Usando o exemplo da audiência pública realizada na ADI 3510, observamos que entre os próprios cientistas e pesquisadores não houve consenso em torno de questões fundamentais, como a definição do início da vida, a viabilidade e necessidade da pesquisa e terapia com as células-tronco embrionárias, a possibilidade de implantação de embriões congelados há muito tempo no útero materno, dentre outras. Podemos afirmar, portanto, que os *experts* ouvidos na audiência apresentaram possibilidades de interpretação constitucional, a partir da realidade e necessidades por eles desvendadas, conforme os seus próprios conhecimentos e experiências.

Caso o julgador resolvesse se filiar a qualquer uma das correntes em disputa na ADI 3510, teria o amparo da ciência para subsidiar o seu julgamento, como se constata através do exame dos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Carlos Alberto Menezes Direito, os quais, embora apresentando posicionamentos francamente divergentes, são plenos de subsídios informativos extraídos do conhecimento científico acerca dos temas versados na ação.

O mesmo se constata quanto à audiência pública da saúde, em que ampla parcela da sociedade civil organizada e integrantes do poder público manifestaram as suas opiniões acerca dos diversos temas que envolvem o direito à saúde e a sua judicialização. Alguns foram amplamente favoráveis à atuação do Poder Judiciário na implementação do direito à saúde, outros aceitavam tal intervenção com ressalvas, havendo ainda quem manifestasse oposição a esta atitude. Uma parcela dos participantes defendeu a delimitação da responsabilidade de cada um

dos entes da Federação quanto às prestações da saúde; outros defenderam a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios. Mais divergências pontuaram o debate acerca dos outros temas. Era nítido que cada participante da audiência interpretava o direito à saúde de acordo com as suas perspectivas e, mais do que isso, de acordo com a função ou cargo por ele ocupado. Esta constatação, contudo, não desmerece a importância das suas participações. Ao contrário. Na medida em que o julgador passa a estar em contato com as diferentes perspectivas apresentadas pelos agentes conformadores da realidade constitucional, poderá melhor interpretar o texto normativo, construindo, em conjunto com a sociedade civil organizada ouvida no processo constitucional, a decisão mais adequada ao seu tempo histórico.

A jurisdição constitucional, antes exercida de forma fechada e concentrada apenas no exame dos dispositivos constitucionais, feito a partir dos métodos hermenêuticos tradicionais, passa a considerar, na linha defendida por Peter Häberle, a tríade realidade-necessidades-possibilidades. Com efeito, ao admitir a participação na discussão travada no âmbito de processos em trâmite no Tribunal de membros da sociedade civil organizada, o Tribunal permite que estes personagens influenciem no processo decisório, possibilitando aos seus membros a apreensão da realidade, das necessidades e das possibilidades decorrentes da Constituição. Não há preocupação com a busca da única decisão correta, mas sim com a disponibilização ao Tribunal dos instrumentos normativos para que ele tenha condições de alcançar a solução mais adequada ao tempo histórico, sendo esta a que melhor resista às críticas, na linha do racionalismo crítico popperiano.

Podemos salientar algumas imperfeições ou limitações no instituto da audiência pública, ou no uso que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo do mesmo, a saber: a) a diminuta presença dos outros ministros, além do presidente da sessão, à audiência pública; b) a ausência de interação entre os seus participantes e os ministros, o que poderia propiciar um debate amplo e aberto sobre as questões constitucionais.

Tais dificuldades podem ser superadas nas experiências vindouras. O que, por ora, é válido ressaltar, é que o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar as suas funções jurisdicionais com visibilidade e transparência, o que é facilitado através das transmissões ao vivo das suas sessões plenárias, feitas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça. Além disso,

constatamos uma maior aproximação entre a sociedade civil organizada e o Tribunal, proporcionada pelo mecanismo das audiências públicas.

Concluímos, portanto, que a audiência pública pode servir para conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal, desde que dela possam participar todos os membros da esfera pública pluralista e agentes institucionais interessados na discussão dos temas envolvidos e que os seus argumentos sejam efetivamente considerados no processo decisório.

PUBLIC HEARINGS ON THE SUPREME COURT AS A SUITABLE INSTRUMENT TO PROMOTE THE DEMOCRATIZATION OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND INTEGRATION OF THE CONSTITUTION WITH CONSTITUTIONAL REALITY

ABSTRACT: The procedural institution of public hearing was introduced in Brazilian law by Laws No. 9.868/99 and 9.882/99, which govern the processes of judicial review. In this article, the experience of the Supreme Court in using this instrument will be analysed. Since we intend to grasp the arguments developed by participants of the hearing were incorporated into the votes of Judges, we analyze only the hearings on the case of Direct Unconstitutionality 3510 and the Allegation of Breach of Fundamental Precept 101, and the health hearing, because these decisions were handed down by the Court. The theory of the open society of interpreters of the Constitution, together with the constitutional possibilism, by Peter Häberle, constitute the theoretical framework of our work, cause of the expansion of information tools provided to the constitutional judges by the mechanism of public hearings. The use of public hearings by the Supreme Court coincides with the movement of judicial activism and leadership of that court, which in recent years has tried cases involving discussions about the content of fundamental rights and the definition of public policies, which were previously assigned by political powers. In the specific cases discussed in public hearings, we emphasize that discussions on the legal protection of rights to human dignity, life and health are always present. We emphasize, finally, the role of public hearings, consistent support judges of information needed to prosecute and to foster the construction of alternative to constitutional interpretation, as well as giving democratic legitimacy to the Supreme Court.

KEYWORDS: Judicial review. Public hearing. Democratic legitimacy.

Notas

[1]O monopólio da "última palavra" em matéria de interpretação constitucional é por diversas vezes destacado em pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, constando expressamente na ementa do acórdão lavrado nos autos do MS 26603/DF, publicado no DJe-241, de 18/12/2008, julgado pelo Plenário, de que foi relator o Ministro Celso de Mello. Em sentido contrário, em referência à experiência norte-americana, Guy Scoffoni (1999) afirma que a Suprema Corte não detém o monopólio da última palavra, diante da possibilidade, sempre existente, de revisão constitucional deflagrada pelo Parlamento, modificando aquela cláusula constitucional aplicada pelo Tribunal.

[2]Para Popper, com a sua filosofia do racionalismo crítico, a ciência não pode ter a pretensão de fornecer verdades absolutas, orientando-se pela ideia de falseabilidade, e pelos métodos do *trial and error* e das conjecturas e refutações. A crítica se apresenta, na epistemologia de Popper, como a única possibilidade real de aquisição do conhecimento. Em suas palavras: "(...) o racionalismo é uma atitude de disposição a ouvir argumentos críticos e a aprender da experiência. É fundamentalmente uma atitude de admitir que eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade" (Popper, 1987, p. 232).

[3]A lei da colisão, destinada a resolver conflitos entre princípios, é assim apresentada por Alexy (2008, p. 99): "As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência".

[4]Para Häberle (2010, p. 131), o direito processual constitucional é fundamental para qualquer sociedade aberta, constatando o autor que a ciência do direito processual constitucional está passando, no momento, por um grande desenvolvimento, especialmente no Brasil, Peru e México.

[5]Gilmar Ferreira Mendes apresenta Peter Häberle como o "mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos modernos, entendendo ser o 'pensamento jurídico do possível' expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta" (Valadés, 2009, p. XII).

[6]Na tradução espanhola: "Dichas Constituciones no se le presentan al ciudadano como una oferta lisa y llana, sino conjuntamente como oferta e invitación a la reflexión (como pensamiento ontológico), de lo que no son sino resultados parciales configurados a su vez como tales".

[7]Na tradução espanhola: "(...) ante todo, mediante un análise previo del realista; luego, mediante una investigación lo más exhaustiva posible de todas sus posibles alternativas; alternativas que, por otra parte, deberán ser ponderadas y evaluadas correctamente para poder detectar em ellas el grado de necesidades inherentes que posean".

[8]Na tradução espanhola: "(...) el llamado 'voto reservado' de los magistrados del Tribunal Constitucional Alemán no es otra cosa que la expresión procesal institucionalizada el conocimiento de que las normas jurídicas se hallan de por sí abiertas a toda una gama de múltiples y variadas posibilidades exegéticas y de alternativas diferentes, sabiendo que la adopción de una de ellas no significa, hoy por hoy, en modo alguno la exclusión de otras de sus posibles alternativas en el futuro."

[9]No original: "(...)la suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que a nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución, entendida ésta como proceso público".

[10]Nesse sentido, valendo-nos mais uma vez dos ensinamentos de Peter Häberle (2000, p. 24), a cultura é entendida como "un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de uma sociedad

determinada".

[11]Na precisa lição de Peter Häberle (2000, p. 34): "La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas e deseos".

[12]Em sentido contrário, Rafael Caiado Amaral (2004) assevera que, ao contrário do que ocorreu na Alemanha com a "Lei Fundamental" de Bonn, no Brasil não existe uma "cultura constitucional", não fazendo a Constituição parte do universo cultural dos brasileiros, o que impediria a aplicação da teoria de Peter Häberle.

[13]Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 4), "sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração". Identifica o autor o surgimento de um sentimento no Brasil, ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Constituição, o que significa um grande progresso e deve ser celebrado.

[14]Trata-se de uma lei de iniciativa popular que contou com um milhão e trezentas mil assinaturas e que, em apertada síntese, institui novas causas de inelegibilidade, como por exemplo a existência de condenações judiciais por órgãos colegiados, mesmo que por sentença ainda não transitada em julgado. Consideramos que, nesse caso, houve uma autêntica interpretação constitucional de diversos membros da esfera pública pluralista acerca do conteúdo normativo de direitos fundamentais que, se não vincula, condiciona ou limita a interpretação que, ao final, será adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

[15]Häberle (2000, p. 37) destaca que é necessário muito tempo até ver surgir do seio de qualquer Constituição positiva toda uma cultura constitucional. Tal desenvolvimento depende da atuação dos membros da esfera pública pluralista e dos intérpretes oficiais do Direito Constitucional.

[16]O § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, que continha a disposição a que faz referência o autor, foi objeto de veto pelo Presidente da República, que o justificou no sentido da necessidade de promoção da celeridade processual, acrescentando que tais autoridades ou órgãos poderiam ingressar no feito como *amicus curiae*, nos termos do § 2º do citado artigo, a critério do relator.

[17]Art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99.

[18]Art. 9º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

[19]Art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

[20]Destacamos o livro de Rafael Caiado Amaral (2004), bem como os artigos de Inocêncio Mártires Coelho (1998a, 1998b) e de Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale (2008/2009).

[21]A citada teoria tem por objetivo declarado o fornecimento de um instrumental teórico adequado às possibilidades de compreensão e diálogo entre as diversas culturas constitucionais nacionais, sistêmicas e ideológicas, a partir da ideia da intrínseca incompletude destas e, portanto, que as relações dialógicas entre elas são fundamentais para o seu aprimoramento (Galindo, 2006, p. 134).

[22]Citamos, exemplificativamente, as obras de Paulo Bonavides (2001), Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2009) e Luís Roberto Barroso (2009).

[23]É interessante anotar que os processos de controle concentrado de constitucionalidade, antes entendidos como processos objetivos, sem partes e sem contraditório, vêm assumindo uma perspectiva dialógica, em que peritos, *amici curiae* e pessoas com experiência e autoridade na matéria participam do feito, o que enseja uma subjetivação de tais processos (Araújo, 2009, p. 46).

[24]Art. 20. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.

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

[25]Nesse mesmo sentido, quanto aos poderes conferidos ao relator: "É dele que partirão as

definições fundamentais sobre a audiência, como os temas que nela serão debatidos, o(s) processo(s) relacionado(s) aos problemas em debate, os expositores que terão a palavra, a forma de organização dos depoimentos, o controle da sessão da audiência, entre outros aspectos" (Pinto; Rosilho, 2009).

[26]Ivo Dantas (2008, p. 614) afirma que a lei que autoriza a realização das audiências públicas passa a admitir a "dilação probatória" nos processos de controle de constitucionalidade.

[27]Trata-se da ADI 3510, que examinou a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, autorizando a realização de pesquisas com células-tronco obtidas de embriões humanos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro.*

[28]A referência se faz à ADPF 101, que discutiu a constitucionalidade de decisões judiciais que, em descompasso com determinações do Poder Executivo, autorizaram a importação de pneus usados.

[29]Cuida-se da audiência pública da saúde, destinada à discussão de aspectos relevantes acerca deste direito social.

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

[31]Acórdão publicado no DJe nº 96, em 28 de maio de 2010.

[32]Os referidos dispositivos consagram, no capítulo dos direitos fundamentais, a liberdade de crença e de consciência, a liberdade de confissão religiosa e ideológica, bem como a liberdade de exercício de culto.

[33]Podemos apresentar, como hipótese plausível para justificar essa preferência das entidades que funcionaram como *amici curiae*, o fato de, na sessão de julgamento, estarem presentes todos os Ministros, o que não se verifica na audiência pública.

[34]Cuida-se da primeira sessão do julgamento, que foi concluído em 24 de junho de 2009.

[35]Todos os documentos referentes à audiência pública da saúde estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>.

[36]Vale ressaltar que, dado o "grande número de requerimentos recebidos, e objetivando garantir a participação dos diversos segmentos da sociedade" (despacho de habilitação de especialistas, de 13 de abril de 2009), o período de realização da audiência pública, no despacho convocatório previsto para apenas 2 (dois) dias, foi ampliado para 6 (seis) dias. Além disso, mesmo pessoas não habilitadas foram admitidas a enviar documentos com as teses por elas defendidas para o endereço eletrônico audienciapublicasaude@stf.jus.br, para que o material fosse disponibilizado no portal do STF na internet.

[37]Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Acesso em 7 fev. 2010.

[38]Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>. Acesso em 21 set.2010.

[39]Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, da lavra do então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Gilmar mendes.
[40]Publicada no DJe nº 61/2010, de 07 de abril de 2010.
[41]No documento, faz-se referência à "Audiência Pública nº 4", por ter sido esta a quarta audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal.
[42]Frise-se que tais medidas constam no texto como sugestões, não podendo ser diferente, diante da independência que caracteriza a função jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional:* alcance doutrinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação:* o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE),* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 07 nov. 2010.
_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. In: *Isonomía*: revista de filosofia y teoria del derecho*,* Alicante, n. 16, abr. 2002.
COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998a.
_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. In: *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 35, n. 138, p. 185-191, abr./jun. de 1998b.
DANTAS, Ivo. *Constituição & processo*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GALINDO, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição:* a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura.* Trad. de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2000.
_____. *Pluralismo y Constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.
_____. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. Trad. de Italo Roberto Fuhrmann e Souza. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Info Wolfgang. (Org.) *Estado constitucional e organização do poder.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123-141.
KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado:* Contribuição à Semântica dos tempos históricos. Trad. de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional.* Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.
_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito.* Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica? In: *Sociedade Brasileira de Direito Público*, 13 de abril de 2009. Disponível em:<http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16>. Acesso em 16 ago.2010.
POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos.* Tomo II. Trad. de

Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1987.
SCOFFONI, Guy. La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 51. n. 2. Abril-Junho 1999. p. 243-280.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
_____. *Audiência pública: saúde.* Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.
VALADÉS, Diego (org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Trad. de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.