

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

LUÍS CARLOS BALBINO GAMBOGI

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Luís Carlos Balbino Gambogi, Anizio Pires Gavião Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-136-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro Teorias do Direito e Realismo Jurídico é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, tal foi proposto em 2014.2 pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Na terceira edição do GT, tal livro se apresenta elaborado a partir dos artigos apresentados durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI BELO HORIZONTE em novembro de 2015.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo como parâmetro as linhas de pesquisa dos programas aos quais os pesquisadores são vinculados, mas cuja temática central girou em torno do debate sobre pragmatismo e realismo jurídico, que sobremaneira se expressa por meio das teorias da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, os 17 artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

O leitor encontrará aqui os seguintes temas, basilares para um debate de teoria do direito na referência ao Realismo Jurídico: Ativismo judicial, Relativização da coisa julgada, a questão da vinculação aos precedentes judiciais, inferências sobre o comportamento decisional, função criadora do juiz e revisão judicial; além de artigos com maior expressão teórica como referência para discutir problemas práticos, como os artigos baseados no pensamento de Robert Alexy, Hans Kelsen, Barry Friedman, Herbert Hart e Niklas Luhmann; ou mesmo aqueles com fito mais teórico-didático, tais como o debate em torno do pensamento sistêmico, regras de reconhecimento, semiótica e positivismo jurídico.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por não tentar agregar em partes que pretensamente agrupassem o que a priori poderia ser uma identidade entre alguns artigos, dado que a natureza do próprio olhar realista e, porque não dizer, pragmático em alusão à sua matriz filosófica, advoga o raciocínio hipotético-criativo, abduativo nas palavras de Charles S. Peirce, como aquele provavelmente mais rico para uma compreensão do fenômeno jurídico. Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Belo Horizonte, novembro de 2014.

Lorena Freitas - Coordenadora do PPGCJ/Universidade Federal da Paraíba

Anizio Pires Gavião Filho - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP

Luís Carlos Balbino Gambogi - Universidade Fumec

LEVANDO A CONSTITUIÇÃO PARA ALÉM DAS CORTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO DE BARRY FRIEDMAN

TOMANDO LA CONSTITUCIÓN ADEMÁS DE LOS TRIBUNALES: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS DE LA CORTE SUPREMA DE BRASIL A TRAVÉS DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO DE BARRY FRIEDMAN

**Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes
Gabriel Soares Cruz**

Resumo

O presente artigo objetiva analisar as audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Demonstra-se o fracasso e a necessidade de reforço do instituto a partir da teoria do constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman. Faz-se uma análise crítico-reflexiva desse instrumento, com vistas a compreender a sua relação com os processos decisórios da prática constitucional no Brasil. Aborda-se a relação entre opinião pública e a revisão judicial, e o papel do Poder Judiciário como mediador da tensão entre maioria e minoria no Estado Democrático de Direito, bem como as audiências públicas como meio de ampliação da interpretação constitucional e instrumento de participação popular no STF.

Palavras-chave: Revisão judicial, Constitucionalismo popular mediado, Audiências públicas, Participação popular

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene como objetivo analizar las audiencias públicas en el marco del Tribunal Supremo de Brasil. Se muestra el fracaso y la necesidad de fortalecer el instituto a través de la teoría del constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman. Se hace un análisis crítico y reflexivo de este instrumento, a fin de comprender su relación con los procesos de toma de decisiones de la práctica constitucional en Brasil. Se analiza la relación entre la opinión pública y la revisión judicial, y el papel del poder judicial para mediar en la tensión entre la mayoría y la minoría en el Estado democrático de derecho, y las audiencias públicas como medio de expansión de la interpretación constitucional y una herramienta de participación ciudadana STF.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Revisión judicial, Constitucionalismo popular mediado, Audiencias públicas, Participación popular

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de ampla participação popular e de engajamento político em mobilizações com e contra o atual governo, bem como o estabelecimento de um protagonismo judicial, tendo em vista o encaminhamento de quase todo tipo de discussões ao Supremo Tribunal Federal, não raro se veem manifestações em relação a determinadas decisões tomadas tanto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Essa crescente preocupação do cidadão com atos da vida política e com a proteção de seus direitos faz com que se desconstrua a forma clássica de representatividade popular e exija do cidadão uma participação perene no processos públicos de tomada de decisão. Diante desse cenário político-jurídico, bem como considerando que a atuação dos tribunais pátrios não pode ser dissociada de influências advindas da opinião pública, indaga-se até onde vai a participação popular nos processos de tomada de decisão no Brasil.

A emancipação política no Brasil, entretanto, não pode dá ensejo à retirada da implementação dos direitos previstos na constituição pelo Poder Judiciário, entregando-a ao próprio povo ou pela maioria dominante, eis que maiorias poderão cometer abusos. Nesse sentido, e à luz da tese do “constitucionalismo popular mediado” (*mediated popular constitutionalism*) faz-se uma análise crítico-reflexiva sobre a forma de participação popular do controle judicial de constitucionalidade por via principal por meio das audiências públicas, com vistas a compreender o instituto e as suas influências na prática constitucional brasileira no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Na primeira seção será analisada tese do constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman e as críticas que o autor lança à defesa do fim da supremacia judicial a partir do chamado “constitucionalismo popular”.

Na segunda seção será analisado a participação popular na prática constitucional brasileira no STF a partir das audiências públicas e da tensão entre a previsão normativa e a realidade observada no voto e nas decisões dos Ministros em julgamentos que foram precedidos do instituto.

2 NEM A MAIORIA, NEM A MINORIA: O CONSTITUCIONALISMO POPULAR MEDIADO E O PAPEL DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL A PARTIR DA RELAÇÃO COM A OPINIÃO PÚBLICA

Diante do sistema eleitoral adotado pela Constituição Federal de 1988, a democracia, em regra, é exercida por meio de representantes eleitos pelo sistema proporcional e majoritário, atuando, respectivamente, como representantes do povo e dos estados-membros. Esse sistema bicameral compõe o Congresso Nacional brasileiro¹. A representatividade direta dos cidadãos está, portanto, a cargo do Poder Legislativo², cujas decisões são tomadas a partir de uma premissa majoritária, na forma do artigo 49, da Constituição Federal de 1988. Como forma de operacionalizar as decisões tomadas no âmbito de um Estado Democrático há que se obter maioria num dado sentido.

A legitimidade da produção normativa é função típica do Poder Legislativo que, a partir de um amplo procedimento de participação popular extrai da positividade a discursividade (diálogo) necessária à legitimidade normativa. O processo legislativo figura, nesse sentido, como uma forma de expressão das liberdades individuais dentro de uma arena pública de debate, que concede à norma legislada maior possibilidade de aceitação por todos os destinatários, eis que os cidadãos não são apenas destinatários da legislação, mas coautores. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006)

Se compreendermos, portanto, a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais que assegura a inter-relação e a co-originalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para a institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade. Mas, para isso, temos de livrar nossa compreensão do processo político de conotações excessivas, impostas por uma concepção republicana, que colocariam a Jurisdição Constitucional sob permanente pressão. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 170)

¹ Eis os dispositivos específicos da Constituição de 1988: “Art. 44, *caput*. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; [...] Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal; § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados; § 2º Cada Território elegerá quatro Deputados.; Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário; § 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.”

² Há possibilidade de iniciativa legislativa direta pelos próprios cidadãos. Confira, nesse sentido o artigo 61, §2º, da Constituição de 1988: “[...] A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

A ampla participação dos indivíduos nos processos públicos de tomada decisão é peça principal dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. O povo, portanto, é o povo ativo e participante dentro desse processo dialógico como autor legítimo da norma (MÜLLER, 2003). Qualquer atuação de modo diferente a isso ou ao fundamento de defender as liberdades individuais sem possibilitar que o cidadão assim o faça, constitui, nas palavras de Friedrich Müller (2003) na “iconização do povo”.

Esse modelo acima referido advém de uma compreensão procedimentalista do devido processo legislativo, assentado no âmbito de produção normativa, no discurso de justificação da norma. Sob esta perspectiva, não há problemas acerca da legitimidade democrática das decisões ou interpretações sobre constituição no âmbito do Poder Legislativo e eventual chancela pelo Poder Judiciário, eis que existe um vínculo ontológico entre devido processo legislativo e a revisão judicial dos atos legislados. A justificação democrática do controle judicial de constitucionalidade é derivada do juízo de justificação da norma (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006).

No entanto, uma vez que esse processo dialógico é exercido de modo adequado por meio do devido processo legislativo, resta compreender se a participação dos cidadãos é findada nessa fase de justificação (produção legislativa).

A ampliação dos meios de comunicação pelas redes sociais e do acesso à informação torna suscetível uma ampla e adequada participação nos processos públicos de tomada de decisão. Cabe compreender se essa participação continuaria no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário, influenciando em suas decisões. O momento de protagonismo judicial provoca o cidadão a ficar mais atento às decisões judiciais que, assim como a produção normativa pelo legislativo, também terá ampla incidência sobre a população como um todo.

A Corte precisa ser sensível a essa participação que, muitas vezes é uma forma de reconhecimento da própria capacidade institucional dela. Necessário, portanto, uma postura autoconsciente do tribunal dentro prática constitucional que, segundo Barry Friedman (2009), atua como catalisador e fomentador da implementação dos direitos constitucionais. O reconhecimento da interação entre o povo e as Cortes é um primeiro passo para levar a Constituição para além (e não para fora) dos tribunais, como um ato inicial nas questões constitucionais.

Nesse sentido, Barry Friedman (2003), identifica a existência de um “constitucionalismo popular mediado” (*mediated popular constitutionalism*), em crítica ao chamado “constitucionalismo popular”. Antes, porém, é preciso compreender o pressuposto

desse movimento chamado de “constitucionalismo popular”, cuja análise ocorreu primeiramente no âmbito dos Estados Unidos como uma forma de crítica à supremacia judicial no estabelecimento do significado da Constituição. Se a constituição é do povo, conforme estampado no preâmbulo, e a participação popular também ocorre no âmbito da fase de aplicação das normas constitucionais, então, caberia ao povo estabelecer o significado da norma constitucional e não as Cortes, em que a operacionalização se daria por meio da premissa majoritária.

Em análise descritiva, Larry Kramer (2004), enfrenta o problema do porquê de deixar sob a responsabilidade de uma minoria não eleita o papel de intérprete final da Constituição. Para tanto, apresenta um panorama histórico que segundo ele demonstra que a Constituição do Estados Unidos foi escrita dentro de um contexto de constitucionalismo popular, de modo que a palavra final sobre ela deveria ficar com o povo e não na Suprema Corte.

Todavia, em que pese a sociedade norte-americana ter vivido sob o constitucionalismo popular, cuja ascensão ocorrera na primeira metade do Século XIX, aos poucos houve a aceitação (passiva) da revisão judicial dos atos, tendo em vista uma leitura do Poder Judiciário como agente do povo e uma intervenção maior dos tribunais sobre questões constitucionais. Caso emblemático desse momento histórico foi o clássico *Marbury vs. Madison*, cujo juiz John Marshall, no meio de uma crise política entre o Partido Federalista e o republicano, estabeleceu a possibilidade de revisão judicial dos atos públicos que contrariassem a constituição, o que contribuiu como forte impulso para aceitação e respeito ao controle judicial de constitucionalidade. (KRAMER, 2004)

Aqueles que defendem a supremacia judicial se assentam no fato de que os tribunais são mais confiáveis na determinação do direito constitucional, mantendo-se um mínimo de integridade e coerência sobre o significado da Constituição. Nada obstante, deixar tal tarefa para o Poder Legislativo resultaria na defesa deficiente dos direitos, tendo em vista o despreparo dos representantes. No entanto, o que haveria, na verdade é um medo do povo de tomar por si só decisões sobre seus próprios direitos, de aceitar que as pessoas podem tomar decisões por si mesmas, o que levaria a necessidade de utilização de mecanismos não democráticos. Assim, a mais alta autoridade sobre o significado da constituição é o povo e não uma Corte Suprema. O tribunal seria um servo apenas com a finalidade de produzir bases para julgamento pelo povo. É preciso, portanto, retomar o significado de participação popular na interpretação final acerca dos direitos constitucionais. (KRAMER, 2004)

Segundo essa análise histórica, a relação de tensão entre supremacia judicial e constitucionalismo popular sempre existiu na história americana. A tensão mais evidente, o que levou, inclusive, à defesa de medidas contra a Corte Suprema (*Court-packing plan*), se deu a partir da invalidação de determinadas legislações progressistas durante, principalmente, o conjunto de medidas após a severa crise de 1930, o *New Deal*. Segundo Barry Friedman (2009), as medidas oferecidas pelo então Presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, ofereciam esperança ao povo americano, de modo que a atuação da Suprema Corte na invalidação das normas trouxe à tona a máxima democrática de que o povo que deve governar, o que levou ele a propor várias medidas contra o tribunal, inclusive com a inclusão de novos juízes, corte de verba e, até mesmo, *impeachment*.

Em pese uma aceitação inicial dessas medidas contra a Suprema Corte, demonstrando que a participação popular na determinação dos direitos constitucionais ainda era presente, o tribunal mudou o seu posicionamento, validando algumas medidas. De igual modo, o povo passou a ter medo de um possível golpe pelo Presidente Roosevelt, de modo que as medidas em face da Corte não passaram do discurso político, muito embora tenha pressionado os *justices* a ponto de fazer com eles mudassem de opinião. (FRIEDMAN, 2009)

Um outro momento de tensão evidente entre a vontade do povo e a supremacia judicial se deu nas decisões da “era *Lochner*”³. Em razão de tais decisões que *a priori* pareciam contra a vontade do povo, alguns esforços foram realizados na tentativa de diminuir os poderes do Poder Judiciário ou de alterar alguns aspectos de sua competência. As tentativas de limitar esse poder que, em tese, seria ilimitado e irresponsável por seus atos, não passavam de simples discursos ou de tentativas vãs que esbarravam em outro argumento, igualmente forte, de que um “judiciário independente e livre de pressões políticas constitui um meio de garantia aos direitos da minoria”. (FRIEDMAN, 2009)

Assim, os argumentos em prol do constitucionalismo popular se assentam, principalmente, dentro do aspecto contramajoritário da atuação do Poder Judiciário, eis que interferem na vontade do povo, surgindo a necessidade de ampliação da interpretação sobre a Constituição e a efetiva participação popular nessa atividade.

³ O caso *Lochner*, que deu nome a essa era de legislações e decisões, envolveu um ato normativo de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho de pequenas padarias em dez horas diárias. Tal lei teve grande adesão pública, mormente porque tratava de questões de meio ambiente de trabalho, bem como que pode ter sido uma forma de proteger *unionized shops* da competição com pequenas padarias em que a jornada diária de trabalho não era limitada. A Corte de Apelação de Nova Iorque manteve a validade da lei ao fundamento da questão da saúde do trabalhador, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou ela inconstitucional, ao fundamento da liberdade de contratar. (FRIEDMAN, 2009).

Diante desse cenário por ora fixado, vê-se que a participação popular é uma forma de ampliação dos canais interpretativos da Constituição. A Corte desce do mais alto patamar hierárquico para debater as questões sobre direitos constitucionais com a sociedade civil, a fim de conceder maior legitimidade à decisão judicial.

A incidência de determinados eventos históricos, portanto, fazem com que a doutrina do constitucionalismo popular ganhe força e reforce as críticas à revisão judicial, principalmente pelo papel de ativo participante que os membros da sociedade vêm realizando. Essa crítica, entretanto, não ganha ares tão somente a partir do aspecto que as decisões dadas pelos tribunais vão de encontro àquilo decidido por uma maioria legítima e eleita para tanto. Há uma abordagem mais radical acerca do constitucionalismo popular, defendida por Mark Tushnet (1999)⁴.

Para o autor, o povo precisa retomar para si a Constituição e o estabelecimento dos direitos constitucionais. O direito constitucional populista, para ele, não estabeleceria os caminhos das controvérsias políticas, mas apenas orientaria como se pensar e discutir em que caminho os Estados Unidos deveria ir. Fazendo uma severa crítica à revisão judicial dos atos do poder público, Tushnet (1999) defende a abolição do controle judicial de constitucionalidade e que a Constituição seja levada para longe do tribunais, considerando que o povo tem condições de realizar os princípios da Declaração de Independência dos EUA e do preâmbulo da Constituição do referido país, que estabelece que a formação do direito constitucional deverá ocorrer de forma mais direta e aberta, a recuperar a Constituição dos tribunais pelo povo.

Assim, a interpretação oferecida por um tribunal não teria nenhuma supremacia sobre aquela realizada pelo Congresso Nacional, devendo-se ampliar os canais para a interpretação das questões constitucionais. Ademais, a interpretação oferecida pelo poder legislativo, dando ensejo a criação de novas emendas, não prejudica a higidez constitucional, tendo em vista que, conforme abordado pelo autor, somente alteração que gere uma mudança na compreensão fundamental do que o povo dos Estados Unidos é que poderá ser danosa. A preocupação, portanto, não ocorre com as propostas legislativas em si, mas com o procedimento (processos abertos de opinião) para se chegar a determinado resultado.

⁴ Conforme abordado por Bernardo Fernandes Gonçalves (2015, p.207 – grifos no original), “[...] é bom que se diga, que em recentes trabalhos, ele [Mark Tushnet] vem alterando sua proposta radical de abolir o *judicial review* optando por sua admissão desde que o judiciário seja extremamente deferente ao legislativo, e desde que o Parlamento possa reverter, de forma célere e fácil (isto é por maioria simples), as decisões judiciais indesejadas.”

Sob esse modelo de constitucionalismo popular, embora de viés um pouco radical, vê-se que a linha mestra que guia esse movimento é a abertura dos processos de opinião sobre questões constitucionais, escopo, também das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, conforme se verá, A constituição é do povo, pertence ao povo, de modo que a participação dele deverá ocorrer em todas as fases e instituições no estabelecimento do significado da Constituição. A Corte tem que dar importância às opiniões tomadas fora dela.

É uma doutrina que fomenta a participação popular no estabelecimento do significado da Constituição, com o intuito de tirar essa função dos tribunais. O povo agindo de modo direto e participativo é o verdadeiro conceito de povo (ativo), conforme defende Müller (2003).

Contraditando à abordagem populista e na defesa da revisão judicial, Erwin Chemerinsky (2003) aduz que a partir da história do processo político, as cortes se mostraram por essenciais na proteção dos direitos constitucionais tendo, assim como o parlamento, falhado em algumas decisões. O constitucionalismo popular ganhara adeptos durante o seu desenvolvimento, porque apresentava confiança no povo ao mesmo tempo em que republicanos conservadores dominavam o sistema judiciário, sendo o contrário também verdadeiro. Entretanto, falha ao proteger os direitos das minorias, caso em que o Poder Judiciário se mostra essencial. A defesa da retirada da Constituição das Cortes, portanto, apenas aparece quando a decisão de uma maioria é derrubada pelo Poder Judiciário.

De igual modo, ressurgem a defesa da doutrina populista considerando que as decisões dos poderes Executivo e Legislativo serão sempre adequadas e representativas da vontade popular, sendo desnecessária a revisão judicial dos atos do poder público. Assim, para Chemerinsky (2003), o constitucionalismo popular estaria assentado em premissas falaciosas e chega a resultados indesejados, sendo perigoso no que se refere à proteção dos direitos constitucionais. A defesa do constitucionalismo popular estaria, segundo ensina a história americana, no meio de um embate político entre os partidos, em que a crítica à revisão judicial tem e teve adeptos tanto de esquerda como de direita. (CHEMERINSKY, 2003; KRAMER, 2004)

Considerando o papel da Suprema Corte na proteção aos direitos de minoria, o povo deu aval à revisão judicial ainda que, conforme assentado por Larry Kramer (2004), de modo passivo. É dizer, a questão principal estaria assentada na crítica contramajoritária das decisões da Suprema Corte e no possível desvio aos pressupostos democráticos.

A Suprema Corte, portanto, é criticada por interferir na vontade do povo (maioria). De igual modo é criticada quando falhou em defender os direitos das minorias

quando demanda. Portanto, a discussão está para além da própria revisão judicial; o problema nunca fora o controle judicial de constitucionalidade, eis que inevitável e permanente a tensão entre o direito das minorias e a regra da maioria (FRIEDMAN, 2009).

Diante disso, Barry Friedman (2003), lançando uma crítica aos pressupostos do constitucionalismo popular, defende que, na verdade, a sociedade americana vive sob um constitucionalismo popular mediado. Nesse sentido, a discussão estaria para além do aspecto contramajoritário da atividade judicial ou da extinção da revisão judicial. Ao revés, a história apresenta dados que mostram que a interpretação da Suprema Corte dos Estados Unidos reflete a vontade do povo, de modo que os tribunais atuam no sentido de diminuir a distância entre a vontade do povo e a decisão exarada pela Corte.

Os tribunais funcionariam, portanto, como uma instituição mediadora que colheria as informações advindas da opinião pública e canalizariam isso na identificação dos valores constitucionais. Essa mediação se mostra importante, eis que evitariam que as eclosões políticas do momento viessem a ser implementadas sem a análise daquilo que ganhou apoio popular ao longo do tempo e refletiria com maior precisão a vontade do povo. (FRIEDMAN, 2003)

Na implementação dos direitos previstos na Constituição, há uma forte sintonia entre a revisão judicial e a opinião popular. Os juízes reconhecem isso, de modo a se vislumbrar uma interação e não a uma submissão às opiniões da maioria dominante. Com isso, tem-se uma interação e uma distância da opinião que somente será alcançada por uma instituição afastada minimamente do fervor popular. (FRIEDMAN, 2003)

Assim, há que se reconhecer que a discussão sobre a revisão judicial está para além da dicotomia entre premissa majoritária ou defesa dos interesses da minoria. A doutrina do constitucionalismo popular apresenta determinados perigos e falha no reconhecimento dos direitos das minorias. Ademais, ela mesma apresenta fatos que o reconhecimento e aceitação da revisão judicial ocorreu de modo passivo, sendo defendidos tanto por posturas políticas de direita como de esquerda, a depender de quem tivesse a maioria do Parlamento.

Há, portanto, que se reconhecer a importância da revisão judicial na análise e implementação dos direitos constitucionais, todavia, sem deixar de lado as opiniões da maioria e a interação dela com os tribunais, principalmente com a Suprema Corte.

A revisão judicial ocorre em meio a um cenário político e o reconhecimento desse cenário é essencial para compreender aquilo que motiva os juízes em suas decisões. Afastar por completo a opinião pública ou acabar com a revisão judicial seria fechar os olhos para a

função do controle judicial de constitucionalidade e os seus reflexos dentro da prática constitucional. (FRIEDMAN, 2005)

O reconhecimento e a interação dos diversos fatores dentro do processo de revisão judicial, exige o abandono de uma postura ideal – como querem os teóricos do constitucionalismo popular – para trabalhar com uma perspectiva a partir do cenário político o qual a tomada de decisão é realizada. (FRIEDMAN, 2005)

Segundo Barry Friedman (2009), ao se fazer isso, percebe-se que a decisão seria apenas o começo da implementação ou reconhecimento de um direito constitucional, eis que quase todas as consequências sobre a revisão judicial ocorreriam após a decisão e a reação dela pelo povo. O que importa, assim, não é o papel de uma Corte nesse processo, mas como o povo reage às decisões. As audiências pública, nesse sentido, teriam importante papel não apenas de levar ao conhecimento do STF de informações relevantes e as quais não dispõem os Ministros, mas de demonstrar em qual sentido encontra-se a maioria dominante e se a postura defendida por ela é do momento ou advém de um aspecto mais consolidado.

A proposta de um constitucionalismo popular mediado parece ser mais adequado ao cenário brasileiro e, ainda que o fortalecimento de uma cultura cidadã seja observado a cada dia, não é o momento de recuperar ou retirar a constituição dos tribunais aqui no Brasil. Cabe ao Supremo Tribunal Federal compreender esse processo de interação e usar da melhor maneira as audiências públicas como um canal de acesso e ampliação da opinião em questões constitucionais, figurando como um mediador nesse processo.

[...] a realidade brasileira é muito distinta da norte-americana. Primeiro, porque enquanto o fenômeno da judicialização da política, e a consequente saliência política do Judiciário, têm mais de 200 anos nos EUA, no Brasil ele data de pouco mais de uma década. Segundo, porque, enquanto há nos EUA uma sólida cultura liberal que impediu o êxito de autoritarismos mesmo no momento em que tais regimes se expandiam por todo o mundo (primeiro pós-guerra), a democracia brasileira ainda está em sua infância, e a nossa história político-institucional é repleta de exemplos de governos autoritários que achacaram a independência judicial. Terceiro, porque enquanto os EUA a partir da década de 1960 podem ser considerados uma democracia de direitos, na qual todos os “Poderes” se encontram seriamente vinculados a esse ideal (em cuja implantação a Suprema Corte – reconheça-se – teve papel historicamente importante), no Brasil o constitucionalismo e os direitos ainda não se incorporaram plenamente à nossa cultura política. (BRANDÃO, 2015)

Conforme se verá, o cenário atual de participação popular exige que se leve a opinião pública para os processos decisórios também no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É preciso equalizar o sistema e reconhecer essa interação de modo a não ser nem unicamente majoritário ou minoritário. As audiências públicas podem figurar, dentro do

processo decisório, como um instituto importante para levar a Constituição para além das Cortes e para conceder legitimidade democrática à decisão.

3 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AMPLIAÇÃO (E FORTALECIMENTO) DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PROCESSOS DECISÓRIOS

Como meio de possibilitar a participação popular no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mormente nos processos de controle por via de ação principal - cuja análise da lei ocorre de modo desvinculado à resolução de um caso concreto, figurando como objeto do controle -, as Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 estabeleceram que a Corte Suprema brasileira pode ouvir a opinião pública por meio de audiências, a fim de contribuir para a decisão⁵.

Trata-se, pois, da possibilidade do STF ouvir o cidadão de modo direto e de receber informações para que possibilite uma análise adequada da questão. É o momento que tribunal tem para se aproximar da sociedade, a fim de ampliar o debate constitucional e conferir maior legitimidade à decisão do STF. É uma oportunidade, também do tribunal aferir as capacidades institucionais⁶ de modo que a decisão seja menos propensa a erros ou a consequências sistêmicas indesejadas. (FREIRE; FREIRE; MEDINA, 2013)

Conforme dados colhidos do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁷, já foram realizadas 17 audiências públicas com as mais diversas matérias, porém, apenas 6 processos foram decididos pelo tribunal.

A primeira audiência realizada pelo STF foi convocada pelo Ministro Ayres Britto, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que discutia a validade de dispositivo da Lei Nacional de Biossegurança (Lei n. 11.105/05), especificamente no que

⁵ Cf.: artigo 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99: “§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” No mesmo sentido: artigo 6º, §1º, da Lei n. 9.882/99: “§ 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.”

⁶ Diante de casos constitucionais de alta complexidade ou com questões morais relevantes cujo consenso não é possível, Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), aduzem a necessidade de uma postura autoconsciente do órgão que está decidindo, a fim de reconhecer sua incapacidade institucional, de modo a evitar que a decisão possa causar erros ou efeitos sistêmicos indesejados.

⁷ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em jul. 2015.

tange à permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, ao fundamento de que essa permissão violaria o direito fundamental à vida e à dignidade humana.

Em seu despacho, com justificativa diferente da previsão normativa, assentou o Ministro Relator que audiência pública é uma possibilidade de melhor discussão da matéria, bem como uma oportunidade de subsidiar os Ministros. A oitiva de interessados, especialistas e membros da sociedade civil é uma possibilidade de conceder maior legitimidade popular à decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, diante da ausência de previsão regimental, do ato ordinatório se consegue extrair uma postura vacilante do relator.

É certo que a regulamentação das audiências públicas somente correu a partir da Emenda Regimental n. 29/2009 (dez anos após a promulgação da lei que permitiu o STF se utilizar desse instituto), no qual foi atribuída competência ao Relator ou ao Presidente do Tribunal na convocação da audiência, nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF⁸.

Segundo Alexandre Freire, Alonso Freire e José Miguel Garcia Medina (2013), a partir da ADIn 3.510 a audiência pública passou de simples meio para ouvir especialistas e esclarecimento de questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas para se tornar um instrumento de legitimidade da decisão, eis que propicia a participação de pessoas e entidades pertencentes da sociedade civil que, igualmente destinatários da decisão do STF, contribuem para a solução da questão sob análise da Corte.

Assim, considerando que os processo de controle judicial de constitucionalidade por via principal pode dar ensejo a um pretense isolamento do Supremo Tribunal Federal, eis que inexistente um processo em contraditório⁹, as audiências públicas, promoveriam a

⁸ Eis o inteiro teor dos dispositivos: “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.”

⁹ O controle judicial de constitucionalidade realizado por meio da via principal ocorre de forma concentrada com um órgão específico para analisar de modo originário a validade da norma. Nessa modalidade, a questão constitucional é objeto (pedido) da ação, de modo que a finalidade dessa forma de controle é a garantia da harmonia do sistema constitucional positivo. Trata-se de um processo objetivo em que não há partes, mas interessados na guarda da constituição, razão pela qual as regras de postulação são diferentes da processo civil comum. No Brasil, os legitimados para provocarem essa modalidade de revisão judicial estão no artigo 103, da Constituição de 1988, cujos órgãos ou entidades lá constantes representam de modo horizontal a sociedade brasileira. (FERNANDES, 2015). Essa caracterização do controle por via principal como um processo objetivo se dá, principalmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No entanto, há divergências na literatura jurídica acerca de tal caracterização pelo STF. Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), aduz que várias características da prática constitucional nessa modalidade afastam essa (pretensa) característica de um processo sem partes como, por exemplo, a participação do Advogado-Geral da União como curador

ampliação do debate sobre questões constitucionais. Com efeito, na forma do artigo 154, II, do Regimento Interno do STF¹⁰, vê-se uma espécie de contraditório diferido ou devido processo legal intelectual (LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014).

Segundo Fernando Leal (2015), à luz do dispositivo legal que autoriza a convocação das audiências públicas, tal instituto estaria preocupado em assentar aspectos sobre os conhecimentos que os Ministros têm sobre a questão. Assim, sua principal função seria contribuir com aspectos técnicos, “[...] com a justificação epistêmica das decisões da Corte, não com a legitimidade democrática.”

O povo ativo impõe a abertura dos processos de interpretação da Constituição, a fim de que não se feche o sentido da Constituição dentro daquilo que somente os tribunais dizem, eis que se o indivíduo é destinatário da norma constitucional também é o seu intérprete. Transforma-se numa “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (HABERLE, 1997), em que a interpretação leve em conta as posições dos sujeitos envolvidos. Ao se valer das audiências públicas o STF pluraliza o debate constitucional e assenta a lógica da abertura dos processos de interpretação (FERNANDES, 2015).

Nessa primeira descrição do instituto, vê-se que a participação dos cidadãos não se encerra no âmbito da elaboração normativa. O reconhecimento pelo STF de que existem outros intérpretes indica que a participação popular também ocorre no momento de aplicação da norma constitucional, de modo que não se colocaria a Corte num andar inatingível pelo povo. A sociedade também é intérprete e tem influência na decisão.

Diante dos requisitos da previsão normativa em cotejo com a justificativa para convocação de audiências públicas no STF, Margarida Lacombe, Siddharta Legale e Rodrigo Johann (2014) apresentam a existência de dois modelos do instituto, tendo em vista a forma de atuação dos participantes: o modelo Gilmar Mendes, pautado no viés da legitimação democrática levada a efeito por meio das audiências públicas; e o modelo Luiz Fux, por sua

especial da validade das leis e o pedido de informações para melhor instrução do feito, conforme previsão na Lei n. 9.868/99. No mesmo sentido, cf.: MEYER (2008).

¹⁰ 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 arts. 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.

vez, estaria assentado no fato dos participantes terem perfil mais técnico-científico, de modo que o instituto teria por motivação conferir e aferir maior capacidade institucional¹¹.

Ademais, à luz do constitucionalismo popular mediado, cuja interação entre Cortes e opinião popular se mostram essenciais à proteção e efetivação dos direitos constitucionais, vê-se que as audiências públicas podem consistir em canais legítimos de participação popular nos processos decisórios nos tribunais pátrios e de fluxos comunicacionais, figurando como influência, ao menos endógena, nas decisões.

A decisão ficará sob a competência do STF, porém, ao menos normativamente, a função das audiências públicas é de ampliar os canais interpretativos da Constituição Federal de 1988, levando não apenas conhecimentos técnico-científicos à Corte, mas reforçando o papel de mediador do poder judiciário na identificação e implementação dos valores constitucionais, afastando-se do argumento do aspecto contramajoritário da revisão judicial, como argumentam os defensores do constitucionalismo popular.

No entanto, apesar de mais de 15 anos da implementação desse instituto no âmbito dos processos de controle por via principal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, somente 17 audiências foram realizadas (desde 2007) dentre as quais 6 processos restam por finalizados. Aparentemente o instituto está subutilizado, mas entre 2012 e 2013 uma ampla utilização das audiências públicas pelo STF foi observado, cujo crescimento se deve ao fato da Presidência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹².

A partir da regulamentação regimental advinda em 2009, a convocação e a fixação das questões a serem debatidas assumem um caráter discricionário e unilateral por parte do Ministro¹³, mas sempre com o discurso de legitimidade popular por trás ou de insuficiência de informações técnicas sobre matérias de alta complexidade.

¹¹ Conforme alertam os autores, não se trata de modelos puros ou únicos. Para aferição da espécie do modelo, há se observar em termos quantitativos o número de participantes com perfil jurídico-político (modelo Gilmar Mendes) ou técnico científico (modelo Luiz Fux), que se deve, principalmente ao edital convocatório e ao deferimento de participação daqueles que se inscreveram. Ademais, podem existir outras formas de analisar a audiência pública, mas segundo o modelo aqui apresentado eles podem ser inserido num ou noutro modelo. (LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014)

¹² A atuação do Ministro Gilmar Mendes como Presidente foi importante para implementar as audiências públicas na prática constitucional pelo STF de modo mais permanente, inclusive, com a explicitação do papel do participante da audiência e abertura maior para aqueles que se prontificaram em participar. (LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014)

¹³ Nesse sentido, conforme notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 28 de abril de 2010, o Ministro Eros Grau negou pedido de realização de audiência pública para discutir a Lei da Anistia. Para tanto, alegou grande decurso de tempo entre a propositura da ação (2008) e a solicitação da audiência (2010). Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125336>>. Acesso em 15 de jul. 2015.

Parece inegável as audiências públicas são um instrumento (endógeno) de participação popular nos processos no âmbito do STF, mas ainda resta saber qual o impacto das audiências sobre os votos e decisões.

Segundo afirma Carolina Alves Vestena (2010), a participação popular não passa de discurso sem conexão com a realidade da prática constitucional. A participação social assume um caráter absolutamente secundário diante, principalmente, da pouca utilização dos argumentos apresentados em audiência pública pelos Ministros em seus votos ou decisões.

Embora a pesquisa ter findado em 2010, ela já sinalizava um déficit argumentativo nas decisões que foram precedidas por audiências. Por vezes, ministros sequer faziam referência a ela, ou, quando faziam, os argumentos eram pinçados pelos Ministros de modo a reforçam as tendências decisórias pessoais do julgador. Essa postura argumentativa estratégica dos Ministros demonstrou uma irrelevância imediata das audiências nas três primeiras realizadas - da lei de biossegurança, da importação de pneus utilizados, das ações sobre o sistema de saúde -, cuja explicação se daria, naquela época, por uma incipiência e costume ao procedimento novel. Outro fator importante seria a baixa presença dos Ministros nas sessões (VESTENA, 2010).

A decisão final ainda fica a cargo do Supremo Tribunal Federal o que, segundo se colhe, coloca a convocação das audiências num cenário de mero cumprimento de procedimento, criando uma crença de legitimidade democrática ou ampla participação popular. (VESTENA, 2010) É preciso, assim, pensar para além da Corte nessa participação popular para que se implemente no Brasil o constitucionalismo popular mediado.

Diante desse cenário, em que pese a justificativa oferecida pelos Ministros na convocação de audiências, por vezes não se vislumbra nos votos que conduziram o referido julgado as manifestações técnicas dos cientistas convocados ou da sociedade civil, deixando-se muitos argumentos de lado. Esta ausência de cotejo analítico dos especialistas nos votos pode ser atribuída a uma incipiência do tribunal na utilização do instituto. De igual modo, a ausência de análise poderia ter ocorrido de modo intencional pelos Ministros, porque a análise dos argumentos suscitados em audiência pública impõe ao Ministro um ônus argumentativo adicional (FREIRE; FREIRE; MEDINA, 2013).

Para Barry Friedman (2005) as influência de fatores internos do Poder Judiciário são apenas uma forma de apresentar justificativas para a compreensão daquilo que motiva os juízes. Outras influências, exógenas, por vezes demonstram maior impacto sobre a decisões de modo a demonstrar uma relação entre opinião pública e as decisões da Suprema Corte (FRIEDMAN, 2005; 2009).

As audiências públicas, segundo o modelo normativo ora apresentado, deveriam, minimamente, cumprir de modo adequado o papel de levar ao Poder Judiciário a opinião popular, mas ainda esbarra em aspectos de mero cumprimento de procedimentos ou de estratégia argumentativa do Ministro, o que demonstraria, *prima facie*, a subutilização do instituto. Assim, conforme assentado por Alexandre Freire, Alonso Freire e José Miguel Medina (2013), “[...] todos os argumentos levantados durante as exposições e debates oportunizados devem ser observados e enfrentados, sob pena de esvaziamento de sua função primordial [de função legitimadora da decisão e de auxílio técnico-científico].”

Todavia, apesar das Cortes Supremas afirmarem que elas detêm a última palavra sobre o significado da Constituição, ainda com a existências de meios legais de participação popular, essa atuação (da Corte) serve apenas para que nós sejamos forçados a pensar e interpretar a Constituição. (FRIEDMAN, 2009)

Com a ampliação do processos de interpretação e opinião sobre questões constitucionais, o próprio povo consegue dizer o que ele é e o que ele entende por direito constitucional. Assim, estando clara a participação popular em questões político-jurídicas pelo Brasil, há que se pensar numa forma direta de participação da resolução de questões constitucionais. As audiências públicas são exemplo de uma forma de procedimentalização dessa participação no âmbito do STF.

Os magistrados devem observar esse importante papel desempenhado pela opinião pública nos processos decisórios, tendo em vista que a jurisdição constitucional ocorre num cenário político e o ambiente decisório em muito se parece com o fórum deliberativo do Poder Legislativo, de forma que participação não fica condicionada à fase de elaboração legislativa. De igual modo é irrelevante afirmar que a decisão final ficaria a cargo de uma única instituição, eis que tudo de importante ocorre após a tomada de decisão e a resposta da opinião pública a ela. (FRIEDMAN, 2005; 2009)

Diante disso, portanto, há que se levar a Constituição para além das Cortes, incluindo aqui essa legitimidade democrática advinda por meio das audiências públicas como uma forma de manutenção do equilíbrio do sistema diante da tensão entre a premissa majoritária e a proteção aos direitos das minorias. Uma decisão para ser adequada precisa estar aberta às influências da opinião pública para se compreender se os juízes decidiram ou não adequadamente.

É necessário que se reconheça essa interação advinda da sociedade civil, agora com outros canais além dos clássicos meios de comunicação, de modo a mitigar o isolamento do Poder Judiciário como uma instituição isenta de influências. As audiências públicas

abriram para esse caminho, mas ainda pecam pela cultura de cumprimento de procedimento nas instituições brasileiras e pelo discurso falacioso como forma de mascarar uma justificativa estratégica dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Barry Friedman (2009) observou que nenhum acontecimento político ou decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos se manterá sem o endosso do povo. A revisão judicial atua apenas como um mediador dessa relação (tensão) política que se expressa tanto de modo interno ao processo, como externo, a partir da reação às decisões pela opinião popular. A Suprema Corte americana sempre esteve em sintonia com a vontade do povo.

A cada dia o povo participa de modo mais ativo nos processos de tomada de decisão que, antes apenas no âmbito do parlamento, hoje se desloca também para o poder judiciário que também tem um importante papel na proteção dos direitos das minorias. Apesar disso, não se mostraria adequada a retirada da constituição dos tribunais, conforme alerta Rodrigo Brandão (2015), mas já passa da hora de se conceder efetividade aos instrumentos de participação popular no STF como, por exemplo, as audiências públicas.

O reconhecimento e observância da interação (e influência) que a opinião pública impõe nas decisões judiciais é essencial para a reflexão da prática constitucional brasileira. É preciso repensar o papel das Cortes e dos instrumentos processuais para que as decisões judiciais sejam tomadas de forma mais adequadas e reflitam - ao menos dialoguem - com a opinião popular, seja por meios internos – audiências públicas -, ou meios externos, como os meios de comunicação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação popular nos processos públicos de decisão permeia tanto a fase de elaboração legislativa como o momento de aplicação do direito. Isso significa que a efetiva participação nos processos públicos de tomada de decisão amplia o processo interpretativo da Constituição e faz com que ela dialogue com a vontade da maioria.

Todavia, por vezes o procedimento no qual a tensão sobre direito constitucional é analisada impede a participação popular, colocando o Poder Judiciário numa posição de modo a dificultar uma interação com o povo, único capaz de, ativamente, estabelecer quem ele é, bem como qual o sentido da Constituição. É documento derivado da vontade popular e, portanto, exige a ampla participação no processo de identificação e implementação dos direitos constitucionais.

Mantendo-se como uma postura mediadora e catalisadora nessa atividade, o Poder Judiciário, por meio da revisão judicial dos atos do poder público e guardião dos direitos e interesses das minorias não pode ter essa competência diminuída ou retirada. Qualquer argumento que assim o defenda é perigoso e falacioso, de forma que a compreensão adequada da prática constitucional deve garantir não apenas essa participação popular, mas manter hígida as competências dos tribunais.

Diante disso, e considerando a estrutura institucional brasileira, as audiências públicas se apresentam como um meio para possibilitar essa mediação e diálogo com a opinião pública no âmbito da proteção aos direitos constitucionais, e como uma forma de criar uma cultura deliberativa e autoconsciente no STF. Retira-se a isenção de influências políticas da prática constitucional e leva a Constituição para além do tribunal. O diálogo e a reação às decisões pela opinião pública é importante para a implementação de um constitucionalismo democrático no Brasil. Para tanto, necessário reforçar os canais de acesso que possibilitarão que a interação ocorra durante todo o processo decisório, conferindo não apenas uma pretensa legitimidade decisória – como visto na atualidade -, mas uma estrutura de apoio ampla, de modo a conferir efetividade aos direitos diante de casos constitucionais moralmente complexos.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Rodrigo. **O que é constitucionalismo popular**. JOTA. Publicado em 21 jul. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-que-e-o-constitucionalismo-popular>>. Acesso em 22 jul. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamento, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. **In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism**. Disponível em: <http://lawreview.law.uiuc.edu/publications/2000s/2004/2004_3/Chemerinsky.pdf>. Acesso em 15 jul. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. Salvador-BA: Juspodivm, 2015.

FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso. MEDINA, José Miguel Garcia. **Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade**. CONJUR. Publicado em 4 jul. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>>. Acesso em 20 jul. 2015.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

_____. **The politics of judicial review**. *Texas Law Review*, Vol. 84, pp. 257-337. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em 31 mar. 2015.

_____. **Mediated popular constitutionalism**. 101 Mich. L. Rev. 2596, 2003. Disponível em: < http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-mediatedpop_5876E725-1B21-6206-6053A93E6A8A0C13.pdf>. Acesso em 05 jul. 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

KRAMER, Larry. **The people themselves – popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

LACOMBE, Margarida. LEGALE, Siddharta. JOHANN, Rodrigo F. **As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes**. In: MARQUES, Gabriel Lima. VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. **Democracia e suas instituições**. Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Imo's, 2014.

LEAL, Fernando. **Para que servem as audiências públicas no STF**. JOTA. Publicado em 16 jun. 2015. Disponível em: < <http://jota.info/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf>>. Acesso em 20 jul. 2015.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008, (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. Ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions** (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Disponível em SSRN: < <http://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso em 20 jun. 2015.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou Formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro.** 109 fl. Dissertação de Mestrado Profissional em Poder Judiciário. Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:<
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7832/DMPPJ%20-%20CAROLINA%20ALVES%20VESTENA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em 15 de jul. 2015.