



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM
WELINGTON VENÂNCIO DA SILVA

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um liame entre o
constitucionalismo e a democracia**

João Monlevade
2015

WELINGTON VENÂNCIO DA SILVA

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um liame entre o
constitucionalismo e a democracia**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito
Constitucional**

**Prof.(^a) Orientadora: Prof. Msc. Renata
Martins de Souza**

João Monlevade

2015

WELINGTON VENÂNCIO DA SILVA

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um liame entre o
constitucionalismo e a democracia**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2015.**

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2015.

.....
MSc. Renata Martins de Souza
Prof^a Orientador(a)

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Professora TCC II

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Coordenador de Curso

**Dedico este trabalho à minha mãe,
grande incentivadora e minha amiga
para todas as horas.**

AGRADECIMENTOS

Vencida esta etapa, talvez a última desta graduação, tenho o poder-dever de fazer meus agradecimentos.

Ao Senhor Jesus: meu pai, meu amigo, meu conselheiro, meu braço forte, meu ajudador, meu escudo, meu baluarte, meu tudo... A Ele a Glória para sempre.

Aos meus pais que foram grandes artífices e partícipes da construção e concretização deste sonho.

Aos meus irmãos Gideílson, Janaína, Wallisson, Washington e Welechex pelo apoio de sempre.

Aos irmãos da Igreja e demais amigos que sempre me encorajaram e quando passava por momentos difíceis me prestaram relevante auxílio.

Aos professores e funcionários da Rede Doctum pelos serviços prestados e por me suportarem por cinco anos.

À professora-orientadora Renata Martins pelo apoio sempre dado, não só neste trabalho, mas em todo o curso; pessoa simples e muito sábia, que só fez crescer em mim o amor pelo Direito.

À professora Trindade Leite pelo apoio na construção deste trabalho.

Aos colegas de turma, pelo prazer da convivência e aprendizado mútuo.

Por tudo isso, muito obrigado.

RESUMO

A atuação do Poder Judiciário tem estado muito em voga nos últimos tempos, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que como Corte Constitucional tem atuado não somente como legislador negativo, mas também com legislador positivo. Essa atuação é apludida e ao mesmo tempo criticada. Surge o ativismo judicial e teoria da autocontenção judicial. A sociedade passa por mutações sociais e vê na jurisdição uma porta para garantia dos direitos fundamentais; ao Poder Judiciário é dado um maior protagonismo diante da inércia dos demais Poderes. Surge então uma possível tensão entre a jurisdição constitucional e democracia. Até onde uma atuação jurisdicional pode atuar sem ferir a legitimidade democrática e sem negar justiciabilidade às demandas sociais? Até onde pode ir a inércia do legislador e do administrador sem ensejar em afronta aos direitos fundamentais? O presente trabalho procurou, à luz da Constituição, demonstrar ser possível compatibilizar o constitucionalismo e a democracia e uma via extremamente plausível que é a realização de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, ocasião em que colhida a opinião da sociedade civil organizada na tomada de decisões sobre temas relevantes, dando-se assim legitimidade às ações da Corte Suprema.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Ativismo judicial. Autocontenção judicial. Audiências públicas.

ABSTRACT

The role of the judiciary has been very much in vogue in recent times, especially the Supreme Court, which, as the Constitutional Court has acted not only as a negative legislator, but also with positive legislator. This action is applauded while criticized. Surge judicial activism and judicial self-restraint theory. The country undergoes social change and see a door to the jurisdiction guarantee of fundamental rights; the judiciary is given a major role on the inertia of the other branches. Then comes a possible tension between constitutional jurisdiction and democracy. As far as a judicial action can act without hurting the democratic legitimacy and without denying the justiciability of social demands? How far can the inertia of the legislature and give rise administrator can go without going against the fundamental rights? This study aimed, in the light of the Constitution, prove to be possible to match constitutionalism and democracy and an extremely plausible pathway is holding public hearings in the Supreme Court, when it collected the views of civil society organizations in decision-making on relevant themes, thus giving legitimacy to the Supreme Court action.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Judicial activism. Judicial self-restraint. Public hearings

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O ENFRENTAMENTO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	10
2.1	Democracia Procedimental.....	13
2.2	O constitucionalismo.....	19
3	O ATIVISMO JUDICIAL.....	26
3.1	A autolimitação judicial	27
4	AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	29
5	A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUCIONAL	33
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
	REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

O trabalho proposto visa um enfoque sobre o tema “Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal” e sua relação com os princípios da democracia e da jurisdição constitucional.

Como cediço, as audiências públicas são “encontros” entre autoridades, órgãos e a sociedade em geral. Assim, trata-se, sem ressalvas, de grande instituto que amplia a interlocução entre o Estado e a sociedade.

Utilizado na Administração Pública e no processo legislativo, nos últimos anos o instituto foi introduzido também na esfera judiciária, especificamente no Tribunal Constitucional.

A primeira previsão encontra-se na Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Já a segunda previsão legal encontra-se no artigo 6º, § 1º da Lei n.º 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal.

A terceira e mais destacada previsão encontra-se na Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal n.º 29/2009.

Não obstante a relevância das audiências públicas e sua contribuição histórica nas esferas do executivo e legislativo, o Poder Judiciário viu no instituto a possibilidade de estreitar a relação da Corte com os jurisdicionados, bem como conferir legitimidade às decisões tomadas.

Entretanto, em meio a outras inúmeras questões, tem-se assistido grandes polêmicas acerca da atuação do Poder Judiciário. De um lado os defensores do chamado “ativismo judicial” que defendem um maior protagonismo deste poder a fim

de dar mais efetividade à prestação jurisdicional, sobretudo na proteção aos direitos fundamentais. Doutra lado, há aqueles que defendem a autolimitação da atuação do Poder Judiciário, tendo a vista os princípios da democracia e da separação de poderes.

O trabalho está embasado em obras de Barboza (2007) e Rais (2012) para apresentação das respostas para inúmeras perguntas que se encontram no âmago da sociedade e principalmente na academia, como as que: o Poder Judiciário deve cingir-se à decisão de questões jurisdicionais? Ou deve negar a justiciabilidade das questões políticas? É possível compatibilizar o constitucionalismo com a democracia, levando em conta a opinião da sociedade organizada na decisão de temas relevantes?

O presente trabalho enfoca questões de relevância do Direito Constitucional, em consonância com o Estado Democrático de Direito.

2 O ENFRENTAMENTO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Nos últimos tempos, a atuação do Poder Judiciário tem sido alvo de polêmicas, sobretudo quando da tomada de decisões mediante aplicação do chamado ativismo judicial.

O ativismo judicial, que é uma maior atuação do Judiciário em questões relacionadas aos outros poderes visando dar efetividade aos direitos fundamentais, tem encontrado apoio e críticas em nosso país.

Entre os que o apoiam, surgem vozes argumentado que a inércia dos demais poderes não pode impedir que os cidadãos tenham pleno acesso aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição e que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988, tem levado um maior número de demandas sociais às Cortes, não podendo o Poder Judiciário furtar-se de suas prerrogativas e deveres constitucionais.

Já os críticos, invocam o princípio da separação de poderes, entendendo que um maior protagonismo do Poder Judiciário pode ofender tal princípio que é consagrado pela Constituição da República de 1988. Além de que, ao Judiciário faltar-lhe-ia a “legitimidade democrática” nas tomadas das decisões, por tratar-se de um poder em que a sua composição não se dá por meio de escolha popular majoritária e que as decisões fora das arenas constituídas por escolhas populares seriam antidemocráticas.

A judicialização das questões políticas tem sido outro forte tema em voga, tendo em vista o amadurecimento da sociedade que tem tomado maior ciência de seus direitos e não tem resistido em socorrer-se do Judiciário para efetivá-los. Assim, estamos diante de um embate entre o constitucionalismo e a democracia.

Tal embate não é de hoje. É que nos mostra estudos e relatos de grandes e renomados juristas em valiosas obras e ensaios publicados. Tais abordagens se deram não só no continente europeu, como também na América.

Já no século passado o filósofo alemão Carl Schmitt escreveu a obra *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da Constituição), defendendo que somente o presidente do *Reich*, teria legitimidade para representar os desejos do povo alemão (SCHMITT¹, 1998, *apud* SILVA, 2012, p. 32).

Confrontando Schmitt, o filósofo austro americano Hans Kelsen publicou o ensaio intitulado *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?), onde encampa a ideia de que a um Tribunal Constitucional cabe exercer a guarda da Constituição (Kelsen, 2007, p. 239-298).

Outro grande exemplo de confronto entre o constitucionalismo e a democracia seu deu nos Estados Unidos, no início e meio do século XX.

Lá surgiu a chamada “democracia procedimental”, concepção esta que vê a jurisdição constituição como apenas garantidora procedimental dos princípios democráticos.

Tal teoria surge como contraponto ao ativismo judicial que vigorava naquelas épocas. A Suprema Corte americana declarou inconstitucionais diversas leis do *New Deal* implementadas pelo presidente Roosevelt para combater a chamada “crise de 29”, tendo esse período de grande atuação da Corte recebido o nome de “Era *Lochner*”.

Já no meio do século passado, os Estados Unidos assiste a chamada “Era Warren”, em alusão ao presidente da Suprema Corte Earl Warren, período em que se deu a preponderância do *judicial review*, que se dá por uma atuação intervencionista da Corte, inclusive manifestando-se sobre políticas públicas.

Dessa forma, surge por lá, em oposição ao *judicial review*, essa nova teoria que visava desenvolver instrumentos capazes de limitar a atuação jurisdicional e “proteger” a democracia. Não obstante a resistência encontrada naquele país pelo

¹SCHMITT, Carl. **La defense de la constitution**. Madri: Tecnos, 1998.

constitucionalismo, este prevaleceu, servido o modelo americano de jurisdição constitucional como espelho para diversos países.

Para Barroso (2009, p. 87-88), a tensão entre a democracia e o constitucionalismo pode assim ser resumida:

A ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

O Constitucionalismo presta-se a impor limitação à atuação dos demais poderes, visto que se baseia numa Constituição rígida:

O constitucionalismo é a teoria que, baseada em uma constituição rígida, busca resultados garantísticos, ainda que isso importe em limitação dos demais poderes, possuindo, como pedra angular, os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte – de máxima manifestação da soberania popular – que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos de governo, estão na verdade, a proteger o povo com um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio poder constituinte. (BARBOZA, 2007, p.50).

Ainda para Barboza (2007, p. 25), a democracia procedimental funda-se na defesa do procedimento democrático, dando relevo aos direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independente do resultado a ser alcançado. A instabilidade existente entre a democracia e a jurisdição constitucional encontra-se, assim, na medida em que a primeira preconiza a vontade do povo, independentemente dos resultados obtidos, enquanto a segunda defende a prevalência da norma constitucional, ainda que em detrimento do povo:

As perguntas que desafiam a doutrina e a jurisprudência podem ser postas nos termos: por que um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? E, na mesma linha, por que se deveria transferir ao Judiciário a competência para Examinar a validade de decisões dos representantes do Povo? (BARROSO, 2009b, p. 88).

Desse modo, não se vislumbra outra possibilidade de se conceder a guarda da Constituição senão a um Tribunal Constitucional independente e que garanta a efetividade dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, inclusive àqueles que compõem minorias étnicas, sociais, religiosas, políticas, de gênero, etc.

Apesar de que tanto o regime de prevalência da democracia quanto o de prevalência da jurisdição constitucional apresentarem inconvenientes, uma vez que a democracia procedimental não respeita a vontade das minorias, enquanto o constitucionalismo pode gerar decisões desprovidas de legitimidade.

Noutro giro, ambos regimes apresentam qualidades, visto que no constitucionalismo pode-se fazer respeitar decisões afeitas às minorias, em face da possibilidade de decisões contramajoritárias, sendo na democracia procedimental prevalece a vontade popular.

Fato é que a opção pelo constitucionalismo, em detrimento da democracia, apresenta-se como um mal menor, pois:

Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobirmos nenhuma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça. (MENDES, 2009, p.155).

Entretanto, é possível compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia procedimental, como já praticado no Brasil e em outros países, através das audiências públicas.

2.1 Democracia Procedimental

Faz-se necessário colacionar algumas noções sobre a “democracia procedimental”, com o fito específico de abordar de que maneira essa concepção de democracia vê a jurisdição constitucional como garantidora apenas procedimental dos pilares democráticos, de forma a auxiliar na compreensão e, quiçá, solução da tensão havida entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático.

A democracia procedimental se funda na garantia do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos acertados, independente do resultado alcançado.

A democracia procedimental surge, no início do século passado, como uma oposição ao ativismo judicial americano. É que apesar do *judicial review* ser aceito

pela sociedade americana, a preponderância do ativismo judicial e do princípio constitucional naquele período levou os críticos a desenvolverem uma teoria para limitar este poder, de modo, a “proteger” a democracia.

Dessa forma, a principal oposição ao ativismo constitucional da Suprema Corte americana se deu no sentido de acusar o sistema de controle jurisdicional das leis para garantia da Constituição americana de antidemocrático, posto que era inaceitável a interpretação juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucional de conteúdo vago, por um grupo de juízes não eleitos e irresponsáveis perante os eleitores.

Surge então, nessa época, Ely (2002), a ser consagrado como um dos mais grandes defensores da imposição de limites ao ativismo judicial, manifestando-se contrariamente à concepção de que o papel da Suprema Corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário ao ideário de que Corte Suprema só estaria a buscar uma uniformidade que já existe na sociedade, pois, na sua visão, é impossível a construção de um consenso sobre determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe apenas uma dominação de alguns grupos por outros, o que demonstra um caráter não democrático deste pensamento.

Ely (2002) reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral, levaria a uma insegurança jurídica.

Para este doutrinador, enquanto se coloca como consenso a máxima de que ninguém pode se beneficiar de sua torpeza, não há problema algum, entretanto, tal não ocorreria se a Corte Constitucional pudesse legitimamente sobrepor um julgamento legislativo tomando como base um consenso moral, tornando as coisas um tanto quanto estranhas. Ele não aceita que a Suprema Corte atue como representante do pensamento do povo, ao invés do Parlamento, posto se tratar de conceito extremamente elitista e antidemocrático.

Outro ponto a ser ressaltado na teoria de Ely (2002) diz respeito ao caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade das leis pela Corte Suprema, na medida em que ao se declarar a inconstitucionalidade de uma lei nova, aprovada pelo Parlamento, a Corte estaria a impor os valores constitucionais de seus antepassados, o que não pode, segundo sua teoria, ser aceito por uma teoria democrática. Ou seja, ele sustenta que a manutenção dos valores da Constituição americana pela Corte Suprema seria o mesmo que não permitir novas mudanças na sociedade, ainda que manifestada esta necessidade pelos representantes do povo.

A teoria formulada por Ely (2002), enquanto defensor de uma concepção procedimental de democracia, tem, conseqüentemente, como pontos centrais a procedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juizes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático.

Habermas, já uma década mais tarde, também vem a defender uma concepção procedimental de democracia, entretanto, diversamente de John Hart Ely, que desenvolveu sua teoria apenas com foco na Constituição americana, buscou uma forma universal de legitimação do direito.

Com sua “teoria do discurso”, Habermas sustenta que só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. Sendo cristalino que, nesses casos, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos efetivamente, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos.

Para Habermas, não basta que, tal como no positivismo jurídico, o direito tenha sido criado obedecendo ao procedimento previsto na Constituição para ser legítimo. A legitimidade do direito, para este autor, está atrelada ao princípio democrático, e para que o mesmo seja observado, os destinatários do direito devem se ver como autores desse direito, de forma a haver maior legitimação e aceitação do direito imposto, e menos conflitos na sociedade. Veja-se:

De acordo com o princípio do discurso podem pretender validade as normas que poderiam encontrar assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos

políticos procurados tem que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis (HABERMAS, 2003, p.157).

Assim, a democracia procedimental acaba por condicionar a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira viável e factível.

Não pode-se olvidar que Jürgen Habermas defende uma concepção procedimental da jurisdição constitucional como forma de cumprimento do princípio democrático, que para ele significa uma concepção eminentemente procedimental de democracia, ou seja, de valorização dos meios de procedimento democráticos, independentes dos resultados a serem obtidos.

Por outro lado, Habermas entende que o direito produzido por intermédio do processo genuinamente democrático, da teoria do discurso, não poderia ter sua legitimidade questionada na via judicial, cabendo à mesma instância democrática concluir por eventual incompatibilidade da norma produzida, defendendo que o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, devendo-se reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.

Para Habermas, a razão funciona como vertente legitimadora do direito, já que pode-se aferir a legitimidade das regras pelo resgate discursivo de sua pretensão de validade normativa, prevalecendo, em última instância, o fato das regras terem surgido num processo legislativo racional. Ou seja, diversamente da validade social das normas do direito, que, segundo Habermas, é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito, a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, valendo em derradeira análise, o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vistas morais, éticos ou pragmáticos.

Apesar da defesa do procedimento democrático como forma de realização do princípio democrático, não significa a adoção por Habermas de uma teoria democrática que seja exclusivamente procedimental; em sua teoria existe uma maior valorização deste caráter procedimental, com o reconhecimento de que não pode haver o consenso pretendido e nem uma postura final quanto às divergências geradas na seara política, ou seja, apesar da concepção da impossibilidade de um consenso quanto aos valores de um grupo social, entende que é possível um consenso acerca do procedimento democrático a ser utilizado.

Habermas reconhece que a sociedade moderna é plural, e, considerando essa pluralidade, torna-se difícil o alcance de um consenso racional sobre valores ou um ideário de direito comum a todos. Apesar disso, aquilo se almeja é um acordo moral, no qual a sociedade aceita a regra como legítima por ter sido resultante de um procedimento democrático, ou seja, condiciona-se a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional.

Habermas parte da premissa do pluralismo presente nas sociedades contemporâneas, e da dificuldade em se obter um consenso com toda essa diversidade de culturas e concepções singulares. Desse modo, opta pela garantia do procedimento comunicativo por meio de regras de procedimento, ou seja, pela racionalidade presente na deliberação pública, os cidadãos, mesmo que não vejam seus interesses ali expressados, aceitam de forma racional o direito deliberado racional e publicamente.

Enquanto Habermas defende a deliberação democrática e racional como requisito essencial à legitimidade do direito, aceita um papel procedimental da jurisdição constitucional, para assegurar o exercício da democracia.

Desse modo, apesar de não aceitar uma intervenção da jurisdição constitucional sobre os valores substantivos de uma dada sociedade, aceita sua intervenção para garantia do procedimento democrático de deliberação, garantido e protegendo os direitos políticos dos cidadãos.

Dessa forma, Habermas também aceita o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais, já que são essenciais para o processo democrático, razão por que, nestes casos, o Judiciário teria o poder de restringir a vontade da maioria para salvaguardar o exercício da democracia. Veja-se:

Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (...) Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. (HABERMAS, 2003, p. 326).

Habermas vê os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais contemporâneos como um bom exemplo de moralidade universalista, configurando princípios universais de qualquer processo de socialização comunicativa.

Não se pode olvidar que a teoria de discurso de Habermas não é pensada em condições concretas, mas com uma ideia reguladora, a ser exercida numa sociedade democrática avançada, porque, para aceitar racionalmente as condições do discurso deliberativo, é necessário que os atores e os cidadãos os quais se submeterão às leis, tenham iguais condições intelectivas, como forma de se ter uma legitimidade efetiva.

Dessa forma, verifica-se que mesmos os teóricos da democracia procedimental como Habermas, ao aceitarem um papel mínimo de jurisdição constitucional para garantia do próprio processo democrático, não conseguem evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamentos de valores substantivos, demonstrando que julgamentos substantivos pelo Poder Judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático.

Até porque, ao defenderem que um processo democrático justo e legítimo é que vai legitimar as leis, os procedimentalistas acabam admitindo apenas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade,

igualdade e dignidade dos cidadãos, o que, por sua vez, demonstra condições essencialmente substantivas.

Ademais, o resultado do discurso procedimental de democracia não depende apenas das qualidades do procedimento democrático para que se garanta um resultado correto e justo. Passa-se, agora, a analisar o constitucionalismo, enquanto teoria construída sobre concepções substantivas de justiça e que, por sua vez, dá maior prioridade aos resultados justos do que aos procedimentos democráticos.

2.2 O constitucionalismo

Ao contrário da democracia procedimental, que preconiza o processo democrático independente dos resultados a serem alcançados, o constitucionalismo é a teoria que, baseada numa constituição rígida, almeja resultados garantísticos. Mesmo que isso acarrete em limitação dos poderes do Executivo e do Legislativo.

O constitucionalismo tem, com viga mestra, os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte – de mais óbvia manifestação da soberania popular – que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos administrativos, que estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias circunstanciais. E quem recebe esta incumbência de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio poder constituinte.

O ideário de substantividade ou de materialidade dos textos constitucionais deriva tanto de uma oposição ao procedimentalismo ou uma concepção procedimental de democracia que vêem a Constituição enquanto garantia procedimental da democracia, bem como de uma ideia de proteção de valores substantivos, por meio dos direitos fundamentais.

A doutrina brasileira, como a europeia do pós-guerra, foram influenciadas pela teoria substantiva americana, em que impera o *judicial review*, o qual permite um controle substantivo da Constituição por parte do Judiciário, de modo a rever as leis

emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição.

A polêmica que circunda o *judicial review* reside basicamente no seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que permite que juízes não eleitos pelo povo possam interpretar os valores substantivos presentes no texto constitucional, como também revisar e anular leis incompatíveis com tais valores, mesmo que provenientes do Parlamento, enquanto representante democrático do povo, numa aparente tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia.

Ronald Dworkin pode ser considerado um dos grandes propulsores da teoria substantiva da Constituição. Partindo da teoria procedimental de John Hart Ely, ele chega à conclusão de que esta não se aplica ao direito constitucional estadunidense.

Primeiramente, Dworkin aborda as proposições retiradas da teoria da revisão judicial de Ely, para depois analisá-las uma a uma, quais sejam:

1). A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo. (2) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia. (3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela. (4) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa. *Griswold* e *Roe contra Wade* foram decididos erroneamente, e o Tribunal deveria abster-se de tais aventuras no futuro. Ely defende cada uma dessas proposições, que, juntas, constituem seu livro. (DWORKIN, 2000, p. 80).

Dworkin só aceita a primeira proposição, entendendo que as demais são equivocadas, explicando que:

A revisão judicial deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas antes, em virtude da resposta correta a essas questões. A ideia de democracia é de pouquíssima utilidade na procura dessa resposta. Também não decorre, a partir simplesmente do compromisso com o processo e não com os resultados do processo, que as chamadas decisões de “devido processo legal substantivo”, que Ely e outros deploram sejam imediatamente excluídas. (DWORKIN, 2000, p. 81).

Dworkin assinala que a democracia não é um conceito político preciso, e, por isso, pode haver discordância de o processo ser democrático ou não, o que desvincularia que o processo por si próprio seria democrático. Ainda critica a defesa de Ely de que

não pode haver nenhum consenso sobre valores substantivos, mas por outro lado entender que há uma resposta correta para a democracia, sem que haja consenso a respeito dessa resposta. Assim, mesmo que entenda-se – como fazem os defensores da democracia procedimental – que a democracia é um conjunto de procedimentos, sem nenhuma restrição aos representantes do povo, ainda assim resta a questão de como decidir quais os processos constituem a melhor concepção da democracia.

Dworkin, do mesmo modo, não aceita a posição defendida por Ely de que não cabe à Corte Suprema rever decisões substantivas, tomados por vias democráticas. Em suas palavras:

Mas seria um erro supor (como faz Ely) que os juízes poderiam escolher ou aplicar essa teoria da revisão judicial sem deparar com questões que são, segundo qualquer descrição, questões substantivas de moralidade política. Os juízes devem decidir que o utilitarismo puro é errado, por exemplo, e que as pessoas realmente têm direitos que estão acima da maximização da utilidade irrestrita e das decisões majoritárias que servem à utilidade irrestrita. (DWORKIN, 2000, p. 95).

Dworkin critica também a teoria de Ely, quando este afirma que a democracia exige que a maioria decida questões importantes de princípio político, e que a democracia, portanto, é comprometida quando essas questões são deixadas aos juízes, tendo em consideração que para se ter uma teoria de revisão judicial que produza resultados aceitáveis, não se pode valer da ideia de que o Supremo Tribunal deve estar preocupado com o processo enquanto distinto de substância. Para Dworkin, é equivocada a ideia de que deixar o Tribunal decidir sobre uma questão polêmica é antidemocrática, e que esta decisão deveria ser decidida por um processo democrático. Ele exemplifica o caso do aborto, que deve ser decidido pelo Tribunal, já que se submeter esta decisão à maioria, justifica-se-á referida lei com base em opiniões morais, justamente o que Dworkin quer evitar, pois este tipo de decisão majoritária pode ofender sua teoria de igualdade de representação.

Dworkin também contesta o juízo segundo a qual o Supremo Tribunal não deve substituir julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria, bem como a ideia de que o nível certo de controle de constitucionalidade seria buscar a intenção dos constituintes, como defendem os originalistas, devendo o Tribunal atuar apenas policiando os processos da própria democracia. Ademais,

essas teorias se auto-anulam, posto que, ao tentarem evitar julgamentos judiciais substantivos, incorporam os julgamentos substantivos que justamente dizem ser de competência popular.

Por conseguinte, sustenta o doutrinador:

[...] O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral - , e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2000, p.100).

Dessa forma, defende o autor que o *judicial review* deve procurar garantir direitos por intermédio de decisões de princípios e não de política.

Dworkin admite, com isso, a possibilidade de legitimidade dos julgamentos constitucionais pelo Poder Judiciário, desde que esses julgamentos sejam baseados em princípios, entendidos como um padrão a ser observado em face da exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

Além disso, Dworkin defende a supremacia dos direitos fundamentais, os quais, segundo ele, dariam legitimidade suficiente à atuação do Judiciário na revisão de leis editadas pelo Parlamento ou atos oriundos do Executivo, quando as referidas leis estiverem em dissonância com aqueles direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, ainda, que, para Dworkin, a Constituição tem como papel primordial a proteção não só dos indivíduos, mas também das minorias, contra as decisões da maioria, mesmo que esta maioria esteja convencida de que sua decisão estará causando o bem estar geral, ou seja:

A teoria constitucional em que baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, é particularmente a Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. (DWORKIN, 2000, p.208-209).

Por conseguinte, Dworkin consegue fundamentar o ativismo judicial, permitindo-se a revisão judicial das leis editadas pelo Parlamento por juízes, que julgarão com base em princípios substantivos, ou seja, para Dworkin, cabe ao magistrado se orientar

pela moralidade social cambiante, promovendo de forma interminável a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos princípios contemporâneos da moralidade política. Veja-se:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, coo as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido, de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta. (DWORKIN, 2000, p. 231).

Dworkin sustenta, dessa forma, que a tutela dos direitos fundamentais está na essência do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que o *judicial review* pode conviver com total harmonia com o princípio da democracia, visto que os juízes, ao adotarem a leitura moral da Constituição, nada mais estão a fazer, do que adotando valores políticos e morais escolhidos pelo povo quando do processo constituinte, representação máxima e soberana da vontade popular.

Contrário a uma concepção majoritária de democracia, Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, ou seja, um regime de governo no qual as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas, cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros de uma comunidade com igual consideração e respeito.

A concepção constitucional de democracia prevê que as deliberações políticas sejam tomadas por agentes eleitos democraticamente pelo povo. Não obstante, permite que o Poder Judiciário, mesmo tendo caráter contramajoritário, possa tomar decisões sobre direitos, já que em alguns casos os tribunais estão mais preparados na proteção de direitos que garantam igual consideração e respeito, ou de que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos. Ademais, nesses casos os juízes têm maiores condições de serem imparciais do que os representantes eleitos, posto os legisladores poderem estar sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes por grupos politicamente poderosos, por exemplo. E conclui que não há nenhuma razão para pensar que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas

para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político, mas ao contrário, pode muito bem promover esse ideal.

Dessa forma, infere-se que Dworkin consegue conciliar o princípio democrático com o princípio constitucional, prevendo tanto instituições como procedimento e representações baseados no princípio democrático, como também instituições contramajoritárias, tais como os tribunais, mas que atuam de forma a reforçar o princípio democrático. Pode-se concluir, desta forma, que Dworkin defende uma concepção constitucional de democracia, na medida em que aceita tanto a proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais, quanto admite a existência de valores morais constitutivos de uma comunidade que também devem ser protegidos contra maiorias eventuais.

A concepção substantiva admite, assim, que a Constituição possui valores que devem ser respeitados não só pelos cidadãos, mas também, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabendo a este a fiscalização dos demais poderes em razão de sua conformidade aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais previstos na Constituição, não havendo que falar em mera adequação procedimental dos processos políticos, mas em verdadeira adequação material.

Desse modo, segundo a teoria substantiva da Constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A Carta Maior, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes Estatais, mas seu intérprete máximo e protetor, neste modelo, é o Judiciário, que, por sua vez, irá dá interpretação aos valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição, permitindo, dessa forma, uma ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

A questão está, portanto, em verificar-se quais os limites estabelecidos e impostos a esta criatividade jurisdicional, de modo a contrabalançar o princípio constitucional e o princípio democrático.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial, constitui-se uma *práxis* no Judiciário, em que ocorre uma maior participação deste poder na concretização dos objetivos constitucionais, conforme ensina Barroso (2009b, p.283-284):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Na prática o ativismo judicial é exigido pelos jurisdicionados diante da atuação insatisfatória dos Poderes Executivo e Legislativo, oportunidade em que juiz atua de forma protagonista na garantia de um direito judicial, menos adstrito às leis ou outras normas fechadas.

Essa interferência judicial gera, entretanto, fissuras no campo institucional, visto que exige uma interferência do juiz e estimula a negligência dos Poderes faltantes, que esperam do Judiciário a solução para suas mazelas.

Com o ativismo judicial corre-se o risco do desrespeito á democracia procedimental, visto que a legitimidade do Judiciário é indireta, na medida em que decidem de acordo com aquilo que foi produzido pelo legislador. Dessarte, o espaço deixado pelos demais Poderes, ou sua atuação desastrosa, não garantem uma atuação acertado do juiz, visto que também ditado de imperfeições, pois integra a mesma sociedade.

Segundo Antoine Garapon, o sucesso da atuação do Poder Judiciário é inversamente proporcional ao descrédito dos demais poderes, o que nem sempre é benéfico à sociedade:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o *déficit democrático* de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1998, p. 23).

De fato, a justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica, histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não desejável por ninguém.

O ativismo é então, um debate em forma de expressão de ideologias, quando transferido para o Poder Judiciário, quando não feito a contento pelos demais Poderes.

3.1 A autolimitação judicial

Em contraposição ao ativismo judicial, surge o princípio da autolimitação judicial, segundo o qual os juízes devem limitar-se à análise de questões judiciais, negando interferência nas questões políticas, conforme esclarece:

O princípio da autolimitação judicial é outro dos princípios importados da jurisprudência norte-americana e fundamentalmente reconduzível ao seguinte: os juízes devem autolimitar-se à decisão das questões judiciais e negar a justiciabilidade das questões políticas. O princípio foi definido pelo juiz Marshall como significando haver certas 'questões políticas' da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controle jurisdicional (CANOTILHO, 2003, p.1.309-1.309).

Barroso (2009b, p. 285), leciona que o oposto do ativismo é a autocontenção judicial, prática pela qual o Poder Judiciário deve procurar reduzir ao mínimo a sua interferência nas ações do Legislativo e do Executivo. Em virtude disso, juízes e tribunais deveriam evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, bem como utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abster-se de interferir na definição das políticas públicas.

Entretanto a autocontenção judicial é cada vez menos praticada pelo Judiciário pátrio, visto que a tendência tem sido de alargamento do âmbito de atuação deste Poder em nome da inafastabilidade da jurisdição, com a conseqüente restrição do exercício da política pelos verdadeiros titulares, em desprestígio do princípio democrático.

O ativismo judicial pode surgir de três diferentes situações: a) quando não há manifestação do legislador; b) quando há dispositivo legal, mas, em desacordo com a Constituição; c) quando há dispositivo legal, mas moralmente questionável.

Como protetor máximo do texto constitucional, o Poder Judiciário pode analisar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos, mas somente quando em flagrante desacordo com a norma constitucional. Nas demais hipóteses, deve-se remeter a matéria ao foro apropriado, em homenagem ao princípio democrático, uma vez que não lhe cabe exercer juízos políticos.

De todo modo, a postura de autocontenção deriva da falta de legitimidade democrática do julgador para julgar sobre escolhas feitas pelo povo, na pessoa de seus representantes legais, que foram eleitos para a expressão da vontade popular.

4 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para compreensão do instituto, necessário, inicialmente, visualizar um conceito.

Veja-se :

Audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o instrumento pelo qual essa Corte ouve o público especializado ou dotado de experiência na matéria para esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, com a finalidade de esclarecer os Ministros sobre a matéria ou circunstâncias de fato, além de criar oportunidade para se debater simultaneamente as teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando o debate dentro e fora da Corte, ampliando a transparência e a publicidade das atividades do Supremo Tribunal Federal e trazendo maior pluralidade ao processo constitucional, além de aproximar a sociedade da Corte e, ainda, possibilitar a aferição de efeitos do julgado, realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão a ser tomada (RAIS, 2012, p. 15).

As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal foram previstas pelas Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, respectivamente, que regulam a ação direta de inconstitucionalidade/ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Tais leis facultam ao relator da matéria naquele Tribunal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, 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 a ser enfrentada.

Em 29 de fevereiro de 2009, num ato de ousadia, coragem, inovação e democracia, foi publicada a Emenda Regimental n.º 29, por meio da qual foi inserto no artigo 13 do Regimento Interno do Pretório Excelso o inciso XVII, segundo o qual compete ao seu presidente:

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.

A mesma Emenda Regimental inseriu o inciso XVII ao artigo 21, que confere semelhante faculdade ao relator da matéria, podendo:

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.

A audiência pública é uma forma democrática-popular, que consiste na ouvida da sociedade pelo poder público antes da tomada de decisões relevantes, nesta ocasião há colhimento de informações científicas, morais, religiosas, culturais, técnicas, antropológicas e outros.

Assim, audiência pública é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, por meio da qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o poder público a uma decisão de maior aceitação social (MOREIRA NETO, 1992, p. 129).

A audiência pública é a mais genuína forma de participação popular seja no Executivo, no Legislativo e agora no Judiciário, que agora percebeu que a participação da sociedade na decisão de temas relevantes pode propiciar melhor qualidade na prestação jurisdicional, além de suprir o possível déficit democrático nas decisões do Tribunal Constitucional.

Sem falar que elas também permitem desmitificar a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade brasileira, visto que o Poder Judiciário foi por muito tempo considerado o mais hermético dos poderes, principalmente pelo vernáculo utilizado, as vestimentas dos julgadores, a forma de ingresso na magistratura e a necessidade de se mostrar imparcial.

A primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 24 de abril de 2007, na Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3. 510, conhecida como “ADI da Lei de Biossegurança”, cujo tema precípuo foi a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Até os dias atuais foram realizadas no Supremo Tribunal Federal 18 (dezoito) audiências públicas tratando dos seguintes temas:

- 1) Uso de depósitos judiciais
- 2) Ensino Religioso nas escolas públicas
- 3) Internação hospitalar em diferenças de classe no Sistema Único de Saúde
- 4) Alterações no marco regulatório da gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil
- 5) Programa Mais Médicos
- 6) Biografias não autorizadas
- 7) Financiamento de campanhas eleitorais
- 8) Regime Prisional
- 9) Queimadas em canaviais
- 10) Campos eletromagnético de linhas de transmissão de energia
- 11) Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil
- 12) Pesquisa com células-tronco embrionárias
- 13) Proibição do uso de amianto
- 14) Lei Seca
- 15) Ações afirmativas no ensino superior
- 16) Interrupção de gravidez com feto anencéfalo
- 17) Importação de pneus usados
- 18) Judicialização do direito à saúde

Tais audiências públicas têm o fito de oferecer aos ministros julgadores elementos técnicos, científicos, morais, culturais, sociais e ideológicos, abrindo à sociedade a oportunidade de interferir na seara judiciária quando de julgamentos de temas relevantes.

Dessarte, o déficit de legitimidade existente na jurisdição constitucional pode ser suplantado com a realização de audiências públicas, quando a sociedade civil organizada será ouvida, prestigiando assim o princípio democrático.

A participação popular deve ser assegurada em todas as instâncias do poder público, visto que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. Só assim será possível compatibilizar constitucionalismo e democracia, sem que um princípio fira o outro.

5 A INTERPRETAÇÃO E GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Diante das variadas formas interpretativas da Constituição, percebemos a evolutiva, que tem o fito de adequar a norma constitucional às mudanças sociais, buscando dar efetividade ao direito.

A interpretação evolutiva manifesta-se

[...] na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. (BARROSO, 2009a, p. 129-130).

De acordo com Miguel Reale, “as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais” (REALE, 1998, p. 151). Assim,

[...] a interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que estavam presentes na mente dos constituintes (BARROSO, 2009b, p. 151).

O intérprete, ao examinar uma norma, não deve se ater à realidade social de quando ela foi concebida, mas ao fundamento racional atual. A evolução na interpretação da norma deve considerar legítima a atuação jurisdicional no sentido de adequar o texto constitucional às mutações sociais.

Assim, respeitando-se os princípios estruturantes, a Constituição não pode permanecer alheia às mudanças ocorridas no seio da sociedade. É este o magistério:

No plano teórico- constitucional (também no plano teórico-jurídico e teórico-político), a interpretação da Constituição conexas-se com a problemática do historicismo e actualismo, há muito discutida na hermenêutica jurídica. O domínio constitucional seria até o espaço jurídico mais adequado para uma perspectiva actualista (= evolutiva, recreativa) (MORTATI) da interpretação, dada a necessária repercussão das mudanças político-sociais e do desenvolvimento dos elementos políticos do ordenamento na valoração do conteúdo das disposições constitucionais. Entre um “objectivismo histórico”, conducente à rigidificação absoluta do texto constitucional, e um “objectivismo actualista” extremo, legitimador de uma “estratégia política” de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir o desenvolvimento (=actualização, evolução) do “programa constitucional”, mas sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa (CANOTILHO, 2003, p 130).

Para Mendes (2009, p.152), as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações do prisma histórico-social ou fácto-axiológico em que se concentra a sua aplicação.

Já Barroso (2009b, p. 130) diz que a interpretação evolutiva diferencia-se da mutação constitucional pela via de interpretação, ocasião em que há uma mudança de sentido da norma, em contraste com outro entendimento preexistente, que pode ocorrer por força da mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito.

Desse modo, a interpretação evolutiva representa uma nova visão da norma, com base na evolução social, sendo que a realização de audiências públicas contribui efetivamente para alcance desta evolução, mostrando-se imprescindível para aferição das transformações sociais ocorridas, que legitimarão a reforma do entendimento, já que o poder provém do povo e em seu nome será exercido.

Desta feita, não há que se negar ao povo o direito de participar do processo de decisão de temas polêmicos para sociedade, tantos nas esferas administrativa, legislativa ou judicial, já que o princípio da participação popular é corolário do Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da aparente tensão existente entre direitos fundamentais, contitucionalismo e democracia, pode-se afirmar que mesmos os defensores da democracia procedimental, aceitam a proteção dos direitos sociais como garantia do próprio processo democrático, na medida em que, sem sua realização, não haverá satisfação dos direitos individuais de igualdade de participação política e de liberdade de expressão, necessários à existência de um processo democrático de discussão e deliberação.

Deve-se afastar o dogma de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário, mas também está ligada à promoção da liberdade, igualdade e da proteção de minorias e de grupos vulneráveis que ficam fora do processo político democrático, por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios da liberdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana em todas as suas interpretações.

O Poder Judiciário exerce papel importante na proteção da democracia, vez que é ele o fórum apropriado para garantir os direitos das minorias, minorias estas que se tornam maioria numa sociedade diversa e desigual como a nossa. Sem a efetivação dos direitos sociais esses grupos sociais vulneráveis nunca alcançarão uma igualdade real e continuarão à margem do processo democrático, visto que não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, faz-se necessário a garantia do direito à educação, para que o sujeito seja autônomo e crítico.

Ao se ampliar a comunidade de intérpretes da Constituição, permitindo-se a participação de outros atores interessados em ações, nas quais esteja em jogo a determinação de valores substantivos da comunidade, firma-se uma maior participação daqueles que poderão ser atingidos por uma interpretação constitucional e, com isso, o Poder Judiciário se torna aberto aos verdadeiros pleitos populares, numa ação de viés democrático.

Urge asseverar que a Constituição sendo uma carta política, cabe, sim, ao Poder Judiciário tomar decisões políticas, as quais, entretanto, devem ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo povo no momento da construção do texto constitucional.

Assim, deve-se reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil, não é somente normativa, é também política. Deve a jurisdição constitucional avocar seu compromisso histórico-social com a efetivação dos valores fundamentais esculpidos na Carta Maior e buscar superar qualquer instabilidade institucional, transformando as estruturas sociais existentes, promovendo o avanço social, a emancipação política e paz social.

Desse modo, é possível compatibilizar o constitucionalismo com a democracia por meio das audiências públicas, já que a opinião da sociedade civil é levada em conta pelo Tribunal Constitucional na tomada de decisões sobre temas relevantes.

A fim de conjugar o constitucionalismo e a democracia, deve o Judiciário realizar cada vez mais as audiências públicas para debater temas polêmicos em pauta no Pretório Excelso, e assim legitimar suas decisões que influenciarão vidas, especialmente porque o princípio da participação popular deriva do Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, portanto, que a audiência pública no Supremo Tribunal Federal embora prevista de maneira tímida, a partir do momento em que foi utilizada ganhou corpo, crescendo além das diretrizes previstas em sua concepção.

Diante dos bons efeitos produzidos é inevitável e evidente que haja a produção de efeitos colaterais, como, por exemplo, a produção de pressão popular e midiática, porém os julgadores devem se despir de influências externas, se limitado aos juízos jurídicos- processuais.

O uso das audiências públicas deve ser feito com parcimônia, não visando transformar a Corte Constitucional numa arena política, mas fazer com que a sociedade tenha voz também nos espaços jurisdicionais.

Só assim os verdadeiros almejos da Constituição serão alcançados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.882/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. Congresso Nacional. Lei n.º 9.868/99. Dispõe sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Audiências Públicas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/audienciaspublicas>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ELY, Jonh Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito à participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Leandro José da. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma ponte entre o constitucionalismo e a democracia. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2012.