

QUE BOCA É ESTA? LIMITES E POSSIBILIDADES DAS NOVAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO STF

Aline Sueli de Salles Santos*

Introdução

Em recente audiência pública sobre crime organizado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado¹, Gilmar Mendes, Presidente do STF disparou: “Julgamento se faz com contraditório, não se faz em bar.”

Cerca de um mês antes, em um domingo de maio ensolarado, faltava uma hora para o jogo final do Campeonato Carioca. Em um bar da Asa Norte de Brasília havia vários grupos de torcedores, e uma das mesas mais animadas conversava de forma acalorada justamente sobre... o STF!

A despeito da opinião da mais alta autoridade judiciária do país e independente do teor da conversa no bar, não há como negar que o Judiciário e o STF estão na “boca do povo”.

Na mesma época dos fatos relatados aconteceu a primeira audiência pública não integrante de uma ação processual específica convocada pelo STF. A respeito do tema “Saúde”, a Corte quis ouvir autoridades e representantes de várias entidades sobre questões como a integralidade da assistência do SUS, as competências de cada ente da federação, os limites da intervenção judicial nos pedidos de remédios e tratamentos etc.

Seria, de forma metafórica, o bar, a rua, o povo, entrando no STF?

A posição protagonista que o Judiciário, especialmente o STF, ocupou recentemente desde a redemocratização e a Constituição de 1988, mais precisamente a postura ativista que vem adotando desde o início do século, dá a este Poder uma visibilidade até então desconhecida em nossa história nacional.

As implicações desta forma de atuação na legitimação democrática da Corte é o que se busca analisar neste artigo, tomando como objeto específico de reflexão as audiências públicas da saúde.

Judiciário, Constituição e legitimidade democrática

A história constitucional é indissociável da história da separação de poderes e da democracia. Não é preciso aprofundar o argumento que o Estado de Direito nasce no séc. XVIII inspirado nas ideias de soberania popular e democracia, com limitação do poder político (do poder estatal), por meio da separação funcional de Poderes. Tudo isto

* Professora da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e doutoranda em Direito pela Unb. É conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, participa da Comissão de Supervisão dos cursos de Direito do MEC, é secretária da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi).

¹ Trata-se de audiência para discutir o PL 150/2006, 03 de junho de 2009, conforme amplamente divulgado pela imprensa.

definido e estampado em um documento escrito, com poderes para organizar o Estado e a sociedade nacional: a Constituição.

Neste cenário o Legislativo aparecia como o legítimo representante do povo, em função do princípio representativo e majoritário, cabendo unicamente a ele fazer leis, controlando sua adequação à Constituição. O Judiciário, por sua vez, era um “poder nulo”, com o dever apenas de observar literalmente a lei, “seres inanimados, que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 205/208) Esta visão que está nas raízes do Estado de Direito não mais se sustenta na sua organização contemporânea, reconhecendo-se, nas palavras de Dieter Grimm, que “onde houver uma carta de direitos não haverá mais um Legislativo autorizado a fazer tudo o que entender bom ou necessário.” (2006a, p. 8)

Logo, indica que o papel desempenhado pelo Judiciário é político, mas ressalva suas diferenças com relação ao Legislativo:

o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em um poder político. Contudo, permanece uma diferença, pois a aplicação do direito toma decisões de antemão dentro de um âmbito normativamente restrito. Ademais, ela não persegue objetivos políticos próprios e oferece, por isso, uma garantia maior de imparcialidade. E, por fim, ela também não é dependente de escolhas sucessivas e, por isso, obrigada a considerações estranhas à norma. (GRIMM, 2006b, p. 16)

É só no decorrer do séc. XX que a discussão sobre a necessidade de um “guardião da Constituição”, que não o Legislativo, ganha relevância na Europa e daí para o mundo. É de conhecimento corrente o intenso debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o “guardião da Constituição”. Se para o primeiro a jurisdição constitucional era um componente necessário para o constitucionalismo, já que, baseado em um critério de hierarquia das normas, seria necessário uma instituição para controlar as leis infraconstitucionais frente à Constituição; para o outro, ela representava o perigo de politização do Judiciário, ou de judicialização da política.² Dieter Grimm lembra que

A jurisdição constitucional é tão antiga quanto o constitucionalismo democrático. Mas por um longo período de tempo os Estados Unidos da América permaneceram como o único Estado a submeter às [sic] decisões emanadas do Poder Legislativo, dotado de legitimação democrática, à jurisdição constitucional. Enquanto as constituições foram largamente adotadas pelos países ainda no séc. XIX, levou-se quase duzentos anos para que a jurisdição constitucional obtivesse reconhecimento em nível mundial. (2006b, p.6)

O fato é que após o fim da II Guerra Mundial diminuem as reservas com relação ao controle judicial de constitucionalidade e espalham-se as cortes constitucionais, que passam a desempenhar e a assumir cada vez mais um papel político.

² Ver, a respeito, o texto de Hans Kelsen a respeito das propostas de Schmitt: KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.

Não obstante, a jurisdição constitucional [...] também seja institucionalmente parte do poder judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que os demais. (GRIMM, 2006b, p. 16)

Reconhecendo o papel político que o Judiciário representa, em especial a jurisdição constitucional, necessário que isto seja compatível com a democracia, uma vez que, sendo exercício do poder estatal, ele deve derivar da soberania popular, já que “todo poder emana do povo”, conforme determina o próprio texto constitucional. Robert Alexy (2007, p. 165) prossegue afirmando que isto se constitui em uma forma de representação, que só se legitima democraticamente no campo da argumentação, desde que os argumentos alegados pelo tribunal constitucional sejam “válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de suas possibilidades racionais”

Nesta esteira, a expansão da “cobertura constitucional” com a constitucionalização dos direitos sociais, além dos direitos civis e políticos, e a idéia da “força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 19) vai dar subsídios para maior efetividade das normas protetoras de direitos fundamentais, reforçando o poder-dever do Judiciário de garanti-los. Teorias jurídicas, como o pós-positivismo, e políticas, como a democracia deliberativa (em suas vertentes substancialista e procedimental), vão expandir cada vez mais o poder daquele que, no início do Estado de Direito, era tido como mera “boca da lei”.

O pós-positivismo busca superar uma leitura positivista do Direito, promovendo uma reaproximação entre o Direito e a ética.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua diferença qualitativa em relação à regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2007, p.7)

A democracia deliberativa assume que a ideia de democracia não mais se reduz à eleição periódica de representantes e manifestações nos canais formais dados pelo princípio majoritário, mas avança ao reconhecer que “o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora das decisões políticas mais relevantes.” (BARROSO, 2007, p. 3) Há uma gama de autores que trabalham nesta perspectiva, com enfoques diferentes entre si.³

Pós-positivismo e democracia deliberativa se harmonizam na medida em que ambas pedem um legitimação do Judiciário, “Legitimação, que não há de ser entendida

³ “Neste ambiente democrático-deliberativo, duas correntes teóricas disputam primazia no arranjo-institucional ideal para a Constituição e para a jurisdição constitucional: o substancialismo, de autores como Rawls e Dworkin; e o procedimentalismo, defendido por Habermas e Ely. [...] Em suma, na busca de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substancialistas dão ênfase aos direitos fundamentais e os procedimentalistas ao princípio majoritário.” (BARROSO, 2007, p. 3)

apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão.” (HABERLE, 1997, p. 31-32) É a imposição de um “ônus argumentativo” para o Judiciário. (CABRAL, 2008, p. 7)

E Peter Häberle adverte: “quanto mais intervenha o TCF [Tribunal Constitucional Federal alemão] nos processos de direção da sociedade, mais se volta a sociedade ao TCF, mais quer ser ouvida ‘em Karlsruhe’.” (2007, p.67) Ou seja, na medida em que o STF, e o Judiciário em geral, decidem cada vez mais questões com reflexos diretos na vida das pessoas e da sociedade, mais os indivíduos e grupos ficarão atentos ao seu trabalho e buscarão intervir, sendo legítimos esses anseios.

É desta realidade que é possível afirmar que “tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete.” (MENDES, 1997, p. 9) Em sociedades pluralistas, ainda que se reserve à jurisdição constitucional a palavra final sobre a interpretação da Constituição, seu domínio não pode mais ficar restrito aos intérpretes jurídicos, mas ampliado em direção ao destinatário da norma, configurando o que se chamou de “sociedade aberta dos intérpretes”. “Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional” (HABERLE, 1997, p. 14). E estas ideias também ganham concretude no Brasil.

O protagonismo Judiciário no Brasil pós-1988

Logo no seu início, nos art. 1º e 2º, a Constituição de 1988 expressa que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, uma república federativa, que todo o poder emana do povo e que são Poderes “independentes e harmônicos entre si” o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Mais adiante traz a estrutura e as competências dos diversos órgãos do Poder Judiciário entre os art. 92 e 126. Ali se vê que o Supremo Tribunal Federal (STF), disciplinado entre os art. 101 e 103-A, ocupa o topo da hierarquia judiciária do país, é composto por 11 ministros cuja nomeação se dá pelo Presidente da República após aprovação da maioria absoluta do Senado. Os ministros são vitalícios, não havendo mandato temporário para estes agentes. Apesar desta maneira de composição do STF ser objeto de grande questionamento quanto à sua legitimidade, pode-se argumentar que a forma de escolha dos juízes é uma forma de diálogo entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, já que ela se dá a partir de lei e com participação dos outros dois Poderes, que não o Judiciário.

Seu rol de competências que está no art. 102 é extenso, mas destaca-se, no seu *caput*, a previsão expressa de que “**compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]**” (grifos nossos). Só daí já é possível vislumbrar o protagonismo que foi dado ao STF, uma vez que a Constituição de 1988 consagra uma gama bastante expressiva de direitos e princípios que, de acordo com a já clássica afirmação de Konrad Hesse, têm força normativa, e seu desrespeito ou disputa podem (e devem) desaguar no Judiciário, num contexto de judicialização da vida social e política.

Ademais, o texto constitucional não se furtou a reconhecer uma série de garantias processuais a fim de instrumentalizar a efetividade da Constituição,

especialmente no que tange à defesa de direitos fundamentais e à forma federativa. São ações como as de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade por omissão e declaratória de constitucionalidade – art. 102-103), além do controle incidental, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a arguição de descumprimento fundamental (art. 102), o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII).

Ao que pese a discussão se o STF é realmente uma Corte Constitucional⁴, não resta dúvida que ele não tem apenas uma função de controle de constitucionalidade, mas também de foro especializado e de tribunal de recursos de última instância, o que faz com que a Corte goze de “competências superlativas”, no dizer de Oscar Vilhena Vieira (2008, 62).

E apesar da EC nº 45/2004 ter incluído a repercussão geral como requisito para o recurso extraordinário, bem como ter dado a possibilidade de edição de súmula vinculante, reduzindo significativamente o processamento de feitos na Corte⁵, o STF ainda julga mais de 100 mil (!) processos/ano⁶ contra números muito menores (centenas ou poucos milhares) do Tribunal Constitucional Alemão e da Suprema Corte Norte-americana.

No que se refere a outras instâncias judiciais e jurídicas, a criação dos tribunais especiais, a estruturação das Defensorias Públicas, a exigência de prática jurídica real nos cursos de Direito (serviços de assistência judiciária), o redimensionamento do papel do Ministério Público, a criação de instrumentos processuais coletivos, como a ação civil pública, também provocaram uma ampliação significativa do acesso ao Judiciário.

Como aliados, foram feitas várias iniciativas voltadas a aproximar este Poder da população, como os projetos de Justiça Itinerante, mutirões judiciais, simplificação da linguagem jurídica (“juridiquês”), entre outras tantas.⁷

⁴ Häberle (2005, p.120-126) ao analisar o Tribunal Constitucional Alemão apresenta um catálogo de 7 elementos que caracterizam a jurisdição constitucional autônoma: ser um órgão constitucional; sua legitimação democrática; publicidade de sua organização; atividade jurisprudencial racional; um padrão comum mínimo de competências e funções; entre as competências a garantia dos direitos fundamentais, da democracia e do Estado de Direito, do equilíbrio de poderes, entre outros; e ter participação limitada no processo de “continuar escrevendo” a Constituição. Nestes parâmetros, o STF pode, sim, ser considerado um tipo de jurisdição constitucional autônoma.

⁵ Conforme informação do próprio STF, entre abril de 2008 e março de 2009, houve uma redução de 41% do total de processos distribuídos (de quase 98 mil para cerca de 57 mil!). Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106422&caixaBusca=N>>. Acesso em 03 jun. 2009

⁶ O sítio do STF disponibiliza a movimentação processual da Corte desde 1940. Ali é possível conferir o crescimento exponencial da demanda junto ao órgão após a Constituição de 1988. Em vinte anos, o número de julgamentos saltou de pouco mais de 16 mil ao ano, em 1988, para 130. 747, em 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em 4 jun. 2009.

⁷ Estas várias iniciativas de acesso à justiça vêm no bojo da criação do prêmio Innovare, por parte de vários órgãos de classe de profissões jurídicas (como AMB, CONAMP, ANPR, OAB e outras) para “identificar e difundir práticas pioneiras e bem sucedidas de gestão do Poder Judiciário brasileiro que contribuam para a modernização, melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços da Justiça”. O prêmio mesmo é um exemplo desta proposta. Já está em sua VI edição. Maiores informações em: <<http://www.premioinnovare.com.br/>>.

Logo, com todo este arcabouço jurídico e institucional e a demanda reprimida por direitos em um país pós-ditadura militar, não podia ser diferente o papel de protagonista que o Judiciário, e o STF, assumiu após a Constituição de 1988, como, ademais, vem acontecendo em grande parte do mundo ocidental.

A tudo isto juristas e sociólogos vêm identificando um fenômeno chamado de “judicialização” da vida (BARROSO, 2009, p. 2), da política e das relações sociais (VIANNA, 1999), que, “como intuitivo [...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” (BARROSO, 2009, p.3)

Diferente é a postura ativista que vem sendo assumida mais recentemente pelo Judiciário, mais especialmente pelo STF.

Ativismo do STF e abertura institucional

Se a judicialização da política e o protagonismo judicial derivam de dadas condições objetivas como a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e a extensão do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o ativismo judicial (ou jurisdicional) é uma escolha na forma de interpretar a Constituição, de modo a ampliar seu sentido e alcance. “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” (BARROSO, 2009, p. 6, grifos do autor).

Ressalte-se que o conceito de ativismo judicial não é pacífico⁸, mas inequivocamente uma de suas características e consequências é sua intromissão em espaços tradicionalmente reservados ao Legislativo⁹ e Executivo, de tal forma que não são poucas os críticos e as críticas quanto a esta postura judicial.¹⁰

Neste contexto, todo o Judiciário passa a ter uma participação mais intensa na vida política do país e o STF se destaca no panorama brasileiro atual.

Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, como no início do

⁸ Os usos jurisdicional e doutrinário atuais deste termo podem ser identificados como: “a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar da “sala de sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.” (KMIEC, *apud* VALLE, 2009, p. 21)

⁹ Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 72) lembra que já foi afastada na prática, principalmente com a introdução do efeito vinculante no nosso sistema jurídico, a competência do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional” (art. 52, X, CF/1988), operando-se, ainda que sem mexer no texto, uma verdadeira mutação constitucional, incidindo no na relação entre os Poderes.

¹⁰ No Brasil, pode se apontar trabalhos de de Oscar Vieira Vilhena (2008); Lênio Streck, Vicente Barreto e Rafael Oliveira (2009), Eduardo Appio (2009), entre outros. Em posição crítica ao ativismo judicial no cenário internacional, confira Ingeborg Maus (2000), na Alemanha, e Ran Hirschl (2004, *apud* VIEIRA, 2008), nos EUA.

período militar, não como comparar a atual proeminência do Tribunal, com a sua atuação passada. (VIEIRA, 2008, p. 57)

Pode-se lembrar facilmente momentos recentes deste ativismo do STF: a decisão sobre temas de grande relevância social e política, como fidelidade partidária, greve nos serviços públicos, nepotismo, utilização de algemas, pesquisas com células tronco, entre tantos outros.¹¹ Encontram-se nestas decisões ativistas argumentações pós-positivistas, baseadas em ponderação e princípios, e com vistas a assegurar direitos fundamentais. O STF passa realmente a ser, nas palavras do Ministro Carlos Britto, relator da ADI 3510 (sobre pesquisas com células-tronco) “**uma casa de fazer destino.**” (2008, 56, grifos do autor)

Fora do âmbito jurídico especificamente, o STF também mostra seu ativismo quando desenvolve novas formas de abertura institucional que tornam sua atividade judicante muito mais voltada ao conhecimento, controle, transparência e participação da sociedade.

O sistema de comunicação do STF, que integra portal na internet, emissora de rádio e TV, talvez seja o maior exemplo desta postura e do potencial democrático que ela encerra. O sítio <www.stf.jus.br> disponibiliza praticamente todas as informações processuais e administrativas relativas ao STF (com exceção de prestação de contas das despesas do órgão). Aqui se tem acesso às agendas dos Ministros, além do Central do Cidadão, que um canal de comunicação entre o STF e os cidadãos, que podem enviar reclamações e elogios, pedir informações, fazer consultas, tudo online, em formulário eletrônico, e com respostas via email. Também é possível fazer acompanhamento processual, busca de jurisprudência (inclusive por meio de uma Constituição comentada com decisões do STF) e peticionamento eletrônico (nos termos das Resoluções nº 287/2004 e 350/2007) Todo o portal é de fácil manuseio para usuários da área jurídica (ainda que não seja um portal “popular”) e está constantemente atualizado.

Do portal pode-se acessar o sítio da Rádio e TV Justiça, que transmitem ao vivo e *online* as sessões plenárias e outras atividades do STF (como sessões de Câmaras, atividades comemorativas etc.), além de um jornal diário, programas produzidos por outros órgãos e entidades jurídicas, debates acadêmicos e outras propostas voltadas ao mundo jurídico (não necessariamente somente aos profissionais do Direito). O fato das sessões plenárias serem transmitidas ao vivo é inédito entre as cortes constitucionais e dá aos julgamentos do STF uma capilaridade e uma visibilidade até então nunca experimentada.

Outras formas de abertura são os *amici curiae* e as audiências públicas, que se baseiam no entendimento que “*experts* e ‘pessoas interessadas’ da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista” (HÄBERLE, 1997, p. 18).

Amicus curiae significa “amigo da corte” e se refere àquele colaborador eventual do tribunal (autoridade ou representante de grupos sociais) que, mesmo não sendo legitimado para propositura da ação diretamente, tem interesse naquela discussão. Seu surgimento no Direito Brasileiro se dá ainda no último quarto do século XX, com a

¹¹ Em 2009 os casos difíceis (e de grande repercussão) continuam na pauta do STF. São esperados julgamentos sobre interrupção de gravidez de fetos anencéfalos (já objeto de audiência pública), união homoafetiva, Lei Seca, cotas raciais e sociais, entre outros.

Comissão de Valores Imobiliários tendo sua intervenção judicial prevista em casos de direito societário sob sua competência (Lei nº 6385/1976). Gustavo Binimbojm lembra que “o próprio Supremo Tribunal Federal, **muito antes da edição da Lei nº 9.868/1999**, já admitia a juntada de memoriais por *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade.” (2005, p. 4, grifos do autor).

Mas adverte:

A inovação da Lei nº 9.868/1999, entretanto é dupla: (1º) positivou-se, pela primeira vez entre nós, a figura do *amicus curiae* como interveniente em processo objetivo de controle de constitucionalidade, embora o STF, informalmente, já admitisse sua manifestação por meio de memoriais; (2º) ao contrário do caráter de intervenção *neutra* do CVM, fulcrada na Lei nº 6.835/76, nos processo de ação direta de inconstitucionalidade, o órgão ou entidade se habilitará para apresentar a sua visão da questão constitucional em testilha, oferecendo à Corte a sua interpretação, como partícipe ativo da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. (BINENBOJM, 2005, p. 4)

A estas duas inovações, acrescento o fato que a legitimação para intervir como *amicus curiae* deve ser alegada e comprovada pelo interessado, caso a caso, não havendo intervenientes deste tipo legitimados em todos os casos de ações de controle de constitucionalidade e sendo sua legitimação não decorrente diretamente de lei, mas de sua ligação com tema em específico objeto da discussão.

Por fim, outra ação inovadora que o STF integrou e que merece destaque refere-se aos Pactos Republicanos, assinados entre os chefes dos três Poderes do Estado. Ambos os acordos levam o título “Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo” demonstrando a importância da questão judicial no debate público brasileiro. O primeiro Pacto foi assinado em 2004 e o segundo, agora em abril de 2009. Em ambos, questões de proteção e garantia dos direitos fundamentais e acesso à justiça ocupam a centralidade do texto.¹² Vale ainda ressaltar o potencial integrador e de diálogo institucional entre os Poderes que o Pacto desempenha (ainda que sua concretização mereça um acompanhamento atento da sociedade, haja vista que o primeiro Pacto, ainda que exitoso, não conseguiu atingir a totalidade de suas metas.¹³

Mas, apesar dessas iniciativas de abertura e diálogo social e institucional, não cabe falar aqui em um “tribunal social”, como é definido (e defendido) por Häberle o Tribunal Constitucional Federal (2007, p. 67). As diferenças são várias e profundas, a começar pela (não)possibilidade de acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional, como na Reclamação Constitucional alemã, destacada como uma característica marcante, ainda que não a única, para esta concepção de “tribunal do cidadão”

¹² Os textos dos Pactos Republicanos podem ser acessados, o primeiro em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63995&caixaBusca=N>>, o segundo em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PactoRepublicano.pdf>>. Acesso em 03 jun. 2009.

¹³ Segundo levantamento do STF, “Dos 32 projetos que constavam na lista, vinte e quatro foram transformados em leis e um já foi enviado para sanção do Presidente da República. Outros 15 ainda se encontram em tramitação na Câmara e no Senado e apenas dois foram arquivados.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106429&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04. Jun. 2009.

(HÄBERLE, 2007, p. 60).¹⁴ A forma de composição da Corte (poder de indicação e escolha, e tempo de exercício do cargo de Ministro) também são bem diferentes, ainda que, sobre este ponto, haja grande diversidade em todo o mundo e seja possível elencar argumentos contrários e favoráveis a esses sistemas, não havendo um modelo “ideal” de constituição da jurisdição constitucional no que se refere a legitimidade democrática.

Há ainda outras limitações importantes que podem ser apontadas para uma legitimação da ação ativista do STF, como o velho argumento de decisão contramajoritária, nem por isto menos relevantes e contundentes.¹⁵ Além disso, o excesso de decisões monocráticas,¹⁶ o que demonstraria que “o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente.” (VIEIRA, 2008, p.65)

Este título não lhe faz jus também, quicá principalmente, pela ausência de uma instância de controle social mais efetivo do Judiciário e do próprio STF, o que poderia trazer maior legitimidade democrática e contribuir para um melhor equilíbrio entre os Poderes.¹⁷

Ao que pese estas limitações, como aparecem as audiências públicas neste cenário e qual seu potencial de legitimação do STF no quadro jurídico-político brasileiro?

As audiências públicas no direito brasileiro: Administração Pública e Legislativo

Paulo Modesto, ao discorrer sobre os instrumentos processuais de participação social na Administração Pública, define a audiência pública como “sessão de discussão, aberta ao público, sobre tema ainda passível de decisão”. (2001, p. 7) Neste sentido,

¹⁴ É certo que o Recurso Extraordinário (RE) dá ao cidadão o poder de provocar o STF diretamente, e sem a limitação temática da Reclamação Constitucional alemã que só pode ser utilizada para reclamações referentes a direitos fundamentais. Ambos são sujeitos a juízos de admissibilidade. No entanto, o RE tem natureza recursal, como indica o próprio nome, não de uma ação independente, cabendo ao STF apenas reanalisar o caso a luz das provas já produzidas. Assim, não se pode afastar o caráter simbólico de um canal direto de acesso entre os cidadãos e a corte suprema do seu país. Neste mesmo sentido, há um projeto de lei que inclui o cidadão com um dos legitimados para propor Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

¹⁵ “[...] questões de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto de 11 pessoas, para as quais jamais [as pessoas] votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão para que não é versado em direito” (VIEIRA, 2008, p. 56)

¹⁶ “Como demonstra Marcos Paulo Veríssimo, [...], a somatória das decisões tomadas pelas duas turmas, mas as decisões proferidas em plenário, pouco ultrapassam a 10% do total de casos julgados pelo Supremo.” (VIEIRA, 2007, p. 65)

¹⁷ A criação do Conselho Nacional de Justiça pela EC nº 45/2004 como órgão de “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (art. 103-B) foi o resultado bastante tímido desta pretensão de controle, cuja “participação social” cinge-se a dois advogados indicados pela OAB e dois cidadãos indicados pelas Casas do Legislativo. Isto não impede reconhecer que o CNJ vem desenvolvendo um trabalho sério, inclusive incorporando práticas de abertura institucional, com a prática de consultas públicas.

merece destaque uma característica relevante das audiências públicas que é a sua oralidade. (SOARES, 2002)

Esta definição, no entanto, parece não dar a devida dimensão de legitimação e transparência que se reveste o procedimento da audiência pública na atuação de um poder público mais democrático.

Não obstante, as audiências públicas não são uma novidade para o direito.

Esta extensão do princípio da audiência individual ao princípio da audiência pública se iniciou primeiro no direito anglo-saxão, mas já é de natureza universal. No direito inglês se fundamenta no princípio da justiça natural que também se configura na garantia de defesa no caso particular e no direito norte-americano na garantia do devido processo legal [...]. (GORDILLO, 2003, p. XI-2, tradução nossa)¹⁸

No direito brasileiro atual as audiências públicas estão presentes (expressa ou implicitamente) no texto constitucional em diversos momentos, como o que prevê as audiências com entidades da sociedade civil pelas comissões do Congresso Nacional (art. 58, § 2º, I); a participação da comunidade nas decisões sobre a seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); a participação da população através de organizações representativas na formulação de políticas de assistência social (art. 204, II) entre outros.

Neste sentido, também na legislação infraconstitucional, os exemplos são muitos, dirigidos ao Legislativo e Executivo, como o fez a Constituição.

O Regimento Comum do Congresso (Resolução nº 1/1970-CN) determina a realização de audiências públicas em vários artigos, para fins de debate e aprimoramento de projetos, com a participação de “Ministros ou representantes dos órgãos de Planejamento, Orçamento e Fazenda do Poder Executivo e representantes dos órgãos e entidades integrantes das áreas temáticas”, podendo realizar audiências regionais quando pertinente (art. 29). Na mesma linha, o Regimento Interno da Câmara Federal (art. 255 a 258) e do Senado (art. 90, II; 93 a 95) também trazem disposições sobre as audiências públicas.

Com vistas a atingir a Administração Pública, tem-se dispositivos da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional de Meio Ambiente), que diz para o Conselho Nacional de Meio Ambiente escutar entidades públicas privadas nas suas decisões, regulamentando as audiências públicas que devem acontecer sempre que o órgão ambiental julgar necessário ou quando solicitada por entidade civil, pelo Ministério Público ou por mais de cinquenta cidadãos (art. 2º, Resolução CONAMA nº 009/1987); da Lei nº 8666/1993 (Licitações e contratos administrativos), que obriga a realização de audiência pública em casos de licitações com valores cem vezes acima ao limite para a concorrência pública (art. 39); da Lei nº 9784/1999 (Processo administrativo federal), com a possibilidade de audiência pública para debates sobre matéria relevante de processos administrativos, para subsidiar a tomada de decisão, bem como a utilização de outros instrumentos como a consulta pública e outros (art. 31 a 35). Encontramos ainda a indicação de audiências públicas na lei que rege as concessões de serviços públicos (Lei

¹⁸ “Esa extensión del principio de la audiencia individual al principio de la audiencia pública ha comenzado primero en el derecho anglosajón, pero es ya de naturaleza universal. En el derecho inglés se fundamenta en el principio de justicia natural que también informa la garantía de defensa en el caso particular y en el derecho estadounidense en la garantía del debido proceso legal [...]” (GORDILLO, 2003, p. XI-2)

nº 8987/1995 e Lei nº 9427/1996) e a organização do espaço urbano (Lei nº 10257/2001). (SOARES, 2002; DAL BOSCO, 2003)

Percebe-se, desta forma, que a audiência pública está presente no funcionamento dos dois poderes tidos tradicionalmente como “políticos”, como forma de participação e controle das decisões que envolvem temas de maior complexidade e/ou repercussão.

O Judiciário, no entanto, não conhecia deste instrumento como forma de influenciar a formação da vontade estatal, até porque este poder sempre foi marcado por sua ciosa independência técnica e política, e apego estrito à lei, sendo a participação social vista como indesejável para sua legitimidade. Esta postura começa a mudar ainda muito recentemente, nas ações de inconstitucionalidade, com a intervenção dos *amici curiae*, como foi visto no tópico acima, e audiências públicas, como se verá abaixo. E ainda, apesar das referidas leis datarem do final do século passado, foi apenas há dois anos que as audiências públicas começaram a sair do papel.

É importante, no entanto, perceber que as audiências públicas judiciais serão diferentes daquelas administrativas e legislativas, tendo em vista que a discricionariedade do Judiciário é diferente dos outros dois Poderes. Cabe saber, então, o papel, o poder e o limite das audiências públicas no Judiciário.

De etapa processual a arena pública: as audiências públicas no STF

É sob influência da obra de Peter Häberle, e sua “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (1997) que se implementam os institutos do *amicus curiae* e as audiências públicas no STF, como, inclusive foi expressamente reconhecido por seu Presidente do STF na fala de abertura das audiências públicas sobre saúde¹⁹, que serão analisadas no tópico posterior. Nesta perspectiva, esta abertura institucional “não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes.” (HABERLE, 1997, p. 31-32)

Mas as audiências da saúde não foram as únicas²⁰: em abril de 2007 acontecem as primeiras audiências públicas do STF, a fim de subsidiar o julgamento da ADI nº 3510, que tratava da discussão sobre a constitucionalidade de partes da Lei nº 11105/2005, que permitia e regulava pesquisas com células-tronco. Estas audiências tiveram grande repercussão social, culminando com a decisão pela improcedência da ação. A elas se seguiram as audiências referentes à ADPF nº 54 (que gravita sobre a interrupção da gravidez de feto anencefálico) e à ADPF nº 101 (sobre a importação de pneus usados). Ambas ainda se encontram pendentes de decisão (até a conclusão deste artigo).

¹⁹ “Apesar de seu inegável caráter analítico, a Carta Política de 1988 constitui uma ordem jurídica fundamental de um processo público livre, caracterizando-se, nos termos de Häberle, como uma ‘constituição aberta’ [...]” (MENDES, 2009, p. 9-10). Analisando a influência da obra de Peter Häberle na atuação do STF, conferir MENDES; VALE, 2009; SILVA, 2009; LEAL, 2008.

²⁰ Vale anotar que a prática de audiências públicas pelo Judiciário vem se espalhando por outras instâncias que não o STF, especialmente em Ações Cíveis Públicas (ACP), para além daquelas administrativas previstas e realizadas pelo Ministério Público..

Em comum, estas audiências todas se configuram em uma etapa processual em uma ação específica de controle de constitucionalidade. Surgem no ordenamento jurídico nacional com a edição das leis de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), no art. 20, § 1º e 3º da Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999; e de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), no art. 6º, § 1º da Lei nº 9882, de 3 de dezembro de 1999.

As audiências públicas da saúde, que serão pormenorizadas no tópico seguinte, guardam com as três audiências anteriores uma relação de grande proximidade, mas também tem suas particularidades. Em comum o fato de todas serem convocadas a partir do entendimento que os Ministros (o Presidente ou os relatores) têm da necessidade de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria para o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato (apesar da lei da ADPF não fazer menção expressa a esta finalidade), ou notória insuficiência de informações nos autos (no caso de ADI e ADC).

Sobre o novo tipo de audiência pública, ela não se esteia propriamente em uma lei, mas apenas no Regimento Interno do STF (RISTF), onde passou a figurar nos art. 13, 21, 154 e 363, a partir da Emenda Regimental (ER) nº 29, de 18 de fevereiro de 2009.

O art. 13 trata das atribuições do Presidente e o art. 21, dos relatores, ambos exatamente com a mesma redação e numeração dos incisos, dispondo que lhes cabe:

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.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

Vale notar aqui notar dois pontos. O primeiro é que enquanto as audiências de controle de constitucionalidade só podem ser convocadas pelos relatores dos respectivos processos, aqui o Presidente do STF também ganha esta prerrogativa.

O segundo é que há uma significativa ampliação das possibilidades de convocação de audiências públicas. Elas não mais se restringem a uma fase processual de determinados tipos de ação (ADI, ADC e ADPF, ainda que o art. 21, XII, também as inclua), podendo acontecer no decurso de qualquer tipo de ação que tramite junto ao STF, desde que, no entender dos Ministros, estejam envolvidos questões de repercussão geral ou interesse público. Isto possibilita, inclusive a convocação de audiências públicas para subsidiar a decisão de vários processos (não identificados individualmente) que versam sobre temas afins, como foi o caso das audiências da saúde.

Depois de apontar quem pode convocar audiências públicas e em que circunstâncias, o art. 154, III, dispõe que as audiências referidas nos art. 13, XVII, e 21, XVII, são públicas, e regulam seu procedimento.²¹

²¹ “Art. 154, parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III

A disciplina é bastante flexível, mas chama a atenção a importância dada à publicidade na preparação e realização das audiências, que deve, obrigatoriamente, ser transmitida pela Rádio e TV Justiça, ainda que o RISTF não traga expresso que seja ao vivo (art. 154, p.u, V). Outra regra importante que vem explicitada, ainda que ela derive do princípio da isonomia, é a obrigatoriedade de se ouvir as diversas correntes de opinião sobre a matéria em discussão, quando ela for objeto de visões contrárias (art. 154, p.u, II). O resultado das audiências deve ser arquivado nos processos ou na Presidência (art. 154, p.u, VI), o que pode resultar, especialmente neste último caso, em um distanciamento entre o que foi produzido nas sessões e os órgãos de decisão, já que não é obrigatória a presença de outros Ministros que não aquele que a convocou.

Por fim, o art. 363 do RISTF cria um tipo de ato administrativo próprio para a convocação de audiências pela Presidência, o despacho.

Vê-se, então, que a regulamentação das audiências no STF é bastante pontual, o que permite algumas críticas com vistas a contribuir no aprimoramento do instrumento. Uma refere-se ao exacerbado poder que goza o Ministro que convocou a audiência.

É dele que partirão as definições fundamentais sobre a audiência, como os temas que nela serão debatidos, o(s) processo(s) relacionado(s) aos problemas em debate, os expositores que terão a palavra, a forma de organização dos depoimentos, o controle da sessão da audiência, entre outros aspectos. (PINTO, ROSILHO, 2009)

Ou seja, parte de um único Ministro a definição se a realização de audiência pública é necessária ou não (não há modo de provocação de terceiros); a definição dos temas (que restringem o conteúdo da fala conforme art. 154, p.u., IV, do RISTF) e dos habilitados (cujos critérios não são objetivados na norma, nem explicitados nos despachos); além da organização e controle da audiência. E contra estas decisões, não cabem recursos. Uma possibilidade para aprimorar a participação social nos processos de audiência seria fazê-las funcionar associadas a consultas públicas, que poderiam definir os temas a serem debatidos e critérios de seleção de habilitados.

Uma grande perda que as audiências públicas sofreram no Judiciário (diferente das audiências do Executivo e Legislativo) foram os debates públicos, já que no STF elas se estruturaram até agora em forma de apresentações individuais, sem interação entre os participantes, os Ministros e o público (presencial ou a distância). Há de se pensar em mecanismos que enfrentem esta deficiência.

Não obstante, ao “ter acesso a esta pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica [...]” (MENDES; VALE, 2009). Mas, ao que pese esta gama de informações, qual o papel destas audiências para o STF: dar maior legitimidade democrática ou técnica às suas decisões? Certamente a resposta importa na seleção dos participantes, na definição

– 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.”

dos temas etc., e é necessário que o próprio órgão reflita sobre esta questão e assuma uma posição para a sociedade e para ele mesmo, pois só com esta função clara é que se pode ter uma adequação entre expectativa e resultado das audiências públicas. (PINTO; ROSILHO, 2009)

E esta (grande) expectativa da sociedade foi explícita durante todo o período das audiências públicas da saúde. Mas será “muito barulho por nada”?

Impressões sobre as audiências públicas da saúde

As audiências públicas da saúde, como foram chamadas, foram as primeiras audiências convocadas com base na ER nº 29/2009. O Despacho convocatório foi feito pelo Presidente do STF, em 5 de março, com base no art. 13, XVII do RISTF.

Ela foi convocada para discutir um assunto mais amplo, envolvendo uma série de processos não definidos individualmente, distribuídos por todos os Ministros, como foi explicitado no Despacho, indicando a existência de diversas ações que “os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS”.

Uma vez que “tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas”, conforme os termos do Despacho, estas audiências buscam trazer subsídios para que o STF decida estas questões de modo a dar maior estabilidade na compreensão da matéria, conferindo maior previsibilidade, uniformidade e racionalidade à ação governamental e judicial.

Ainda no Despacho convocatório foram listados 6 grandes temas ligados à área da saúde e ainda se fixou a data para as audiências (dias 27 e 28 de abril, nos períodos matutino e vespertino), abriu-se prazo para os interessados se habilitarem (até 3 de abril, com cerca de 1 mês de prazo) e se indicou autoridades (demais Ministros, presidente do Congresso Nacional e OAB, Procurador-geral da República) e entidades convidadas (11 ao todo), que poderiam, se quisessem, enviar representantes (destes, apenas um, a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Saúde, não participou da audiência). Além disso, o despacho convocatório trouxe um endereço eletrônico para comunicação com os interessados (audienciapublicasaude@stf.jus.br), indicou o rito do art. 154, III, do RISTF e sua transmissão pela Rádio e TV Justiça (como dispõe o RISTF), bem como outras emissoras que o requisitassem.

Em 13 de abril foi publicado Despacho com os habilitados para participação nas audiências (33, mais 1 em outro despacho, do dia 24 de abril, sendo 34 habilitados ao todo, conforme ordem do Anexo). Indicava que devido ao grande número de inscrições, elas aconteceriam em 6 dias (27 a 29 de abril, 4, 6 e 7 de maio), e não em dois, como planejado, e apenas no período da manhã, não em dois turnos. Também trouxe a regulação do uso do tempo, limitando em 15 minutos cada intervenção que deveria abordar apenas o tema ou questão em debate, e a possibilidade de interessados não-habilitados mandarem suas contribuições por email para ser disponibilizado no sítio do STF.

É no anexo que vem listado a lista definitiva dos temas a serem discutidos em cada dia de audiência (que vai divergir um pouco também daquela lista do Despacho convocatório) e seus respectivos habilitados. Os temas foram, em ordem cronológica: o

acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário; responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS; gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do sistema; registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; políticas públicas de saúde – integralidade do sistema; assistência farmacêutica do SUS. Percebe-se na definição dos temas e dos habilitados uma preocupação em receber contribuições das três áreas indicadas por Gilmar Mendes e André Rufino do Vale (2009): técnica, econômica e político-jurídica, o que se confirma nas falas dos especialistas. A partir de uma análise da fala de cada habilitado, pode-se indicar que das 51 falas (34 habilitados, mais os convidados no Despacho convocatório e 3 autoridades convidadas) no total (fora abertura e encerramento das audiências pelo Presidente, com exceção da abertura do último dia feito pelo Ministro Menezes Direito), mais da metade delas (33) tiveram um foco mais voltado a implicações político-jurídicas, 12 falas focaram questões mais técnicas, e apenas 6 se detiveram em questões econômicas.

As audiências ocorreram regularmente, nos dias e horários indicados (com algum atraso para iniciar as sessões), na sala da 1ª Câmara do STF, lotada com o público todos os dias, além de um telão em outra sala do Anexo do Tribunal. Recebeu grande atenção da mídia jurídica e também da não especializada, com espaço em todos os veículos nacionais importantes.

Além de transmissão ao vivo na Rádio e TV Justiça (inclusive pela internet), o sítio do STF criou uma página exclusiva que concentrou todas as informações referentes às audiências da saúde (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>). Por ali foi possível ter acesso aos atos preparatórios da audiência, inclusive com a disponibilização de um material que compilou informações bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais sobre o tema da saúde e do SUS, manifestações enviadas por especialistas e interessados da sociedade civil e política e uma série de perguntas e respostas sobre dúvidas mais frequentes. Durante a realização das audiências a página da internet foi sendo atualizada constantemente com a transcrição de todas as falas do dia anterior, bem como o vídeo para download.

Mas estas experiências iniciais também mostraram suas limitações. No caso das audiências da saúde, a participação dos membros da Corte cingiu-se apenas ao Ministro-Presidente que a convocou, com presença esporádica do Ministro Menezes Direito. Os demais Ministros, se quiserem conhecer dos argumentos trazidos, terão que recorrer aos registros das audiências.

A organização da audiência também manteve suas restrições, como a ausência de debates entre os participantes e com os próprios membros da Corte. A participação direta da população também é bastante restrita, já que dúvidas só podem ser enviadas aos especialistas, via email disponibilizado pelo STF.

O destacado papel e a ampla discricionariedade conferida ao Ministro na convocação da audiência continuam presentes em sua condução. No caso presente, isto significou a manutenção de um tradicional ambiente forense (linguagem mais rebuscada, vestuário e relações interpessoais mais formais, presença da autoridade e da hierarquia no ambiente), inclusive com pedidos à plateia para que não se manifestasse, o que, se preserva uma certa formalidade, própria da Justiça, também afasta uma certa espontaneidade, própria da Política. E isto, por si só, já é significativo da dificuldade do STF em vir a ser de fato “uma Casa do povo, tal qual o parlamento”, como defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADI nº 3510.

Mas seria isto de fato desejável? As audiências podem se configurar em um espaço importante de diálogo interinstitucional e entre os Poderes, com a apresentação de propostas precisas e pontuais, que podem vir a ser consensuais e prontamente implementadas, trazendo maior racionalidade a todo o Estado (como o caso das câmaras de assessoramento técnico para o Judiciário e Administração Pública, que apareceram nestas audiências). Parece, no entanto, que a vocação das cortes constitucionais em um Estado democrático é diferente da do Legislativo e da Administração Pública.

Assim alerta Luis Roberto Barroso: “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.” (2009, p. 19)

Vale assinalar, ainda, que até agora não foi julgado nada relevante sobre o tema da saúde depois das audiências. Como estes julgamentos e decisões irão incorporar ou não as contribuições trazidas na audiência pública vai dizer seu grau de legitimidade democrática argumentativa e até que ponto o STF vem realmente se abrindo à participação de uma “sociedade dos intérpretes” na construção permanente de sentido do texto constitucional.²²

Conclusão

A postura ativista do Judiciário, em geral, e do STF, em especial, não goza, de modo algum, de uma aprovação unânime por parte da comunidade jurídica e da população em geral; dentro do próprio STF sofre restrições por vários Ministros. Ademais, apesar destes movimentos de abertura (ou, talvez, justamente em função deles) o Judiciário, especialmente o STF, parece encontrar-se em um momento de crise de credibilidade com a sociedade.

Ao mesmo tempo em que esta nova configuração da separação dos poderes, com um protagonismo cada vez maior do Judiciário tende a dar maior racionalidade ao sistema jurídico, ela também pode inibir a ação e o jogo político, essenciais à Democracia ou, por outro lado, desonerar o sistema político da tomada de decisões difíceis, usurpando parcela do próprio poder do povo que elege seus representantes também para estes fins. A atuação supletiva da Corte vai colocar os outros Poderes em uma zona de conforto? Ou, pelo contrário, vai tirá-los da inércia?

Também há o perigo de um possível descompasso entre o STF e demais órgãos do Poder Judiciário. Os avanços no diálogo interinstitucional e na participação social não é uma realidade de toda a organização judiciária e seus agentes. A mudança tem um forte componente de transformação “de cima para baixo”. Vale lembrar que os magistrados, no exercício da função jurisdicional, ao que pese suas competências diversas, não mantêm entre si relação de hierarquia.

²² A ADI nº 3510 é única ação precedida de audiência pública que já foi julgada, mas seu acórdão, todavia, ainda não foi publicado, ao que pese o julgamento já ter ocorrido há um ano. Da leitura de 2 votos publicados na internet, o do Relator Cesar Britto faz uma ampla utilização das contribuições das audiências na fundamentação de seu voto, enquanto o do Ministro Gilmar Mendes não menciona nada das audiências.

É fato, no entanto, que o Judiciário e as Cortes Constitucionais vêm ocupando um espaço vago de poder político dentro dos estados constitucionais e democráticos contemporâneos, e no Brasil não é diferente. Sendo assim, é melhor que ele de fato promova formas de abertura institucional, como as audiências públicas, que buscam trazer maior legitimidade ao STF.

Ao passar a intervir mais diretamente em temas de grande impacto social e deixar o papel de “boca que pronuncia a lei”, todos os olhos da sociedade voltaram-se ao Judiciário e nada mais necessário que ele abra seus ouvidos para a legitimação (técnica e democrática) de suas decisões.

Referências

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.155-166.

APPIO, Eduardo. Ativismo judicial só é admissível para as minorias. **Consultor Jurídico**, 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias>>. Acesso em 01.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho convocatório, de 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. Despacho de habilitação de especialistas, de 13 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacaox.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. Despacho de habilitação de especialistas, de 24 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacao2.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2009.

_____. Falas dos especialistas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 1 jun. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidade Jurídica**: revista eletrônica da OAB, Brasília, n. 4, janeiro/fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 2 jun. 2009.

_____. A reconstrução democrática do direito publico no Brasil. In: _____ (org.). **A reconstrução democrática do direito publico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *Amicus Curiae* no processo constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 1, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em 01. Jun. 2009.

CABRAL, Antonio. Efeitos processuais da audiência pública. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 12, nov./dez. jan. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2009.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, a. 1, n.4, p. 3-22, out./dez. 2006a.

_____. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

HABÈRLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. El tribunal constitucional federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 9, 2005. p.113-139.

_____. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LEAL, Saul Tourinho. O "Fora Gilmar Mendes!" como consequência de um novo Supremo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1848, 23 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11530>>. Acesso em:

MARTINS, Tahinah Albuquerque. Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF: breves considerações. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 1, out. 2007. Disponível em: <http://www.idp.org.br/index.php?op=stub&id=9&sc_1=60>. Acesso em: 03 jun. 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, Nov. 2000, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Consultor Jurídico**, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. Qual é a função das audiências públicas do STF: a legitimidade democrática ou a legitimidade técnica? **Sociedade Brasileira de Direito Público**, 13 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16>. Acesso em 01 jun. 2009

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 03 jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas constitucionais inconstitucionais. **Consultor Jurídico**, publicado em 19.07.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>>. Acesso em 20 jul. 2009.

VALLE, Vanice R. Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, a.3, n.12, p. 55-75, out./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.