

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA: POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

CONTROL AS A TOOL CONSTITUTIONALITY GUARANTEE OF DEMOCRACY: POSSIBILITY OF EXPANDING THE DEMOCRATIC DEBATE THROUGH PUBLIC HEARINGS

Geisla Aparecida Van Haandel Mendes¹

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL

Ubirajara Carlos Mendes²

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL

RESUMO: Através do presente estudo pretende-se examinar se o controle de constitucionalidade desenvolvido pelo Tribunal Constitucional brasileiro se apresenta como instrumento capaz de garantir o desenvolvimento do processo democrático, com vistas à participação da sociedade civil na tomada de decisões em questões constitucionais importantes, por meio do diálogo social

¹ Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilha/ES e em Direito do Trabalho pela Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL e Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA IX. Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Faculdade de Direito. Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba/PR. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional das Faculdades Integradas do Brasil – NUPECONST. Advogada. *E-mail:* geislahaandel@hotmail.com.

² Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilha/ES. Aperfeiçoamento em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professor da Graduação em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Faculdade de Direito. Departamento e Direito Processual. Ponta Grossa – PR – Brasil. Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Faculdade de Direito. Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba/PR. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 9ª Região. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional – GPTEC. *E-mail:* ubirajaramendes@trt9.jus.br.

possibilitado pela realização de audiências públicas jurisdicionais, em cotejo com a teoria da democracia deliberativa e da representatividade argumentativa do povo pelo Tribunal Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; debate democrático; sociedade civil; democracia deliberativa; representação argumentativa.

ABSTRACT: *The present study intends to exam in if the constitutional control developed by the Brazilian Constitutional Court comes as a capable instrument to assure the increasing in the democratic process, targeting the participation of civilian society in the making of important constitutional decisions, using a social dialogue enabled by the existence of jurisdictional public hearings, under the theory of deliberative democracy and the people's argumentative representation in the Constitutional Court.*

KEYWORDS: *Constitutional control; democratic debate; civilian society; deliberative democracy; argumentative representation.*

SUMÁRIO: 1 O controle de constitucionalidade como instrumento garantidor da democracia; 2 A legitimidade da jurisdição constitucional através da ampliação do debate democrático; 3 A ampliação do debate democrático promovida pela audiência pública nos termos de uma democracia deliberativa; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Constitutionality control as an reassuring instrument of democracy; 2 Legitimacy of the Constitutional Jurisdiction through the expansion of democratic debate; 3 The expansion of the democratic debate through public hearings within a deliberative democracy; Final considerations; References.*

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA

Quando falamos em controle de constitucionalidade partimos da premissa de que a Constituição é entendida como a lei fundamental que rege a comunidade política em que vivemos, tratando-se de norma de hierarquia superior à qual todo ordenamento jurídico se encontra vinculado e do “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”³ vigente no país.

³ “Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 109)

Do sentido moderno de Constituição, proposto por Canotilho, “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁴.

Em um Estado Constitucional, a Constituição está acima de todo o ordenamento jurídico, sobretudo em razão de ser a portadora dos princípios fundamentais que caracterizam esse regime político, conferindo-lhe identidade no plano histórico-constitucional⁵.

Para além de simples instrumento limitativo dos poderes do Estado, conforme expõe Clèmerson Clève, a Constituição é de ser compreendida como um documento normativo do Estado e da sociedade, representando os movimentos e as conexões sociais e políticas que se desenvolvem em uma determinada formação social⁶.

Canotilho destaca que o constitucionalismo se apresenta como “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”⁷, de modo que, ao estabelecer as bases de um governo limitado em face dos direitos estabelecidos no texto constitucional, objetiva garantir os preceitos elencados pela comunidade como fundamentais, que devem ser seguidos inclusive no desenvolvimento do procedimento democrático que caracteriza nosso Estado Democrático de Direito.

⁴ O conceito de Constituição, segundo Canotilho, incorpora três dimensões fundamentais, a saber, “1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; 2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; 3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52 – grifos do original).

⁵ Conforme observa Maurizio Fioravanti, o processo de surgimento do Constitucionalismo desenvolvido ao largo do século XX pressupõe a supremacia e eficácia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Segundo explica, o chamado Estado Constitucional é compreendido como o modelo de Estado em que o ordenamento jurídico da sociedade é regido por uma constituição, cuja supremacia significa a subordinação de todos os atos emanados dos poderes constituídos e, por conseguinte, de toda a legislação infraconstitucional, às suas disposições. Para o autor, foi a entrada em vigor das Constituições Democráticas que legitimou o desenvolvimento desta nova forma de Estado, denominada de “Estado Constitucional” (FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004. p. 13-43).

⁶ CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

As ações de controle de constitucionalidade se apresentam como principais mecanismos a serem instrumentalizados na defesa e na garantia da supremacia da Constituição, dentro de um Estado Constitucional garantístico, conforme preceituado por Canotilho.

Falar em garantia da supremacia da Constituição, mais do que buscar preservar seu corpo normativo, implica resguardar os preceitos fundamentais que a comunidade política pensa e sente como fundamentos essenciais que a identificam e caracterizam enquanto comunidade⁸. Eventual ofensa aos preceitos constitucionais importa em afronta direta à identidade da própria comunidade que a estabeleceu como norma fundamental de seu ordenamento jurídico e político; nesse sentido, portanto, o controle de constitucionalidade se apresenta como instrumento garantidor da própria democracia, por resguardar os princípios norteadores desta comunidade, sobretudo quanto aos procedimentos democráticos estabelecidos no texto constitucional.

A realização do controle ou da fiscalização da constitucionalidade dos demais atos infraconstitucionais parte, pois, deste pressuposto concernente à “consciência constitucional”⁹ da importância que a Constituição possui no ordenamento. Parte da “consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos”¹⁰ por parte de toda a comunidade pertencente à ordem constitucional em questão.

Não olvidamos da discussão muito presente na doutrina no que concerne à tensão existente entre democracia e constitucionalismo¹¹; todavia, partimos

⁸ “Se compreende a expressão – *Constituição da República* – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado mas à própria comunidade política, ou seja, a *res publica*.” (Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 88 – grifos do original)

⁹ CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 33.

¹⁰ Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 34.

¹¹ “A primeira ideia que vem à baila quando se fala em democracia é em governo da maioria, não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental na democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura igualdade política. Ou seja, o resultado voto majoritário representa a voz dos vencedores, não o bem comum, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos.

Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem estar protegidos.

E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, que, por sua vez, não

da premissa de que o estabelecimento de limites, no texto constitucional, aplicáveis à própria sociedade através do reconhecimento de direitos tidos como fundamentais, que a ninguém é dado ofender, objetivam em um plano maior o desenvolvimento do próprio processo democrático. O constitucionalismo, nesse sentido, garante o desenvolvimento da democracia¹², ou, ainda, nas palavras de Eneida Desiree Salgado, “a Constituição permite a democracia”¹³.

O Estado Constitucional, “para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”¹⁴.

A Constituição deve, para além do regime dos direitos e das liberdades aplicáveis ao homem, afiançar o desenvolvimento de uma sociedade em que estes mesmos direitos e liberdades caminhem juntos com o princípio democrático¹⁵.

Para Estefânia Barboza, “se a finalidade de uma sociedade ‘é garantir o máximo de liberdade possível para os seres humanos’, o objetivo final de uma Constituição deve ser o de ‘assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática’”¹⁶.

podem elaborar leis que afrontem os direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-24)

¹² “Essa noção permite combinar os três elementos do constitucionalismo em um sistema de apoios recíprocos. O processo democrático, o respeito aos direitos individuais e a preservação da prática jurídica não se encontram em tensão, mas se complementam e fortalecem: a discussão moral, base do processo democrático, tem como pressupostos a autonomia, a inviolabilidade e a dignidade e gera uma constituição ideal de direitos densa que permite maximizar o valor epistêmico da democracia; assim também a proteção à prática constitucional assegura a eficácia das decisões democráticas e garante os direitos reconhecidos por essa prática e pelas decisões, bem como a discussão coletiva e o respeito aos direitos geram um consenso que promove a prática constitucional.” (SALGADO, Eneida Desiree. Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral. Tese de Doutorado pela UFPR, 2010, p. 24).

¹³ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*. Título por Tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 259.

¹⁴ Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 93 – grifos do original.

¹⁵ “O Estado Constitucional é ‘mais’ que o Estado de direito. O elemento democrático não foi introduzido somente para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*); [...] Só princípio da soberania popular segundo a qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.” (Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 100 – grifos do original)

¹⁶ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 52.

Segundo aduz, os direitos previstos pelo texto constitucional objetivam garantir o procedimento democrático, na medida em que estabelecem os limites de atuação do governo com vistas ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais, não subsistindo qualquer antagonismo entre a garantia do constitucionalismo e o desenvolvimento da democracia¹⁷.

Trata-se de uma das principais funções da Constituição estabelecer os preceitos necessários ao desenvolvimento do regime democrático em observância aos direitos fundamentais estabelecidos em seu texto. Compete à Constituição, segundo Luís Roberto Barroso,

veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função de circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.¹⁸

Também constitui papel importante a ser desenvolvido pela Constituição o de garantir o pluralismo político, segundo as palavras de Luís Roberto Barroso:

Assegurar o espaço próprio do pluralismo político, representado pelo abrangente conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política.¹⁹

¹⁷ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 52.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 112.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

A atuação do Judiciário através das ações de controle de constitucionalidade surge com o propósito de proteger os direitos previstos nos texto constitucional, que, por sua vez, funcionam como limitadores da ação estatal. Nesse sentido, Estefânia Barboza explica que “os direitos de liberdade atuam como limites ao poder do governo, e o papel da jurisdição constitucional é justamente o de proteger esses direitos, ainda que seja contra o governo. Não há aí qualquer caráter antidemocrático, visto que os direitos de liberdade acabam por assegurar o processo democrático”²⁰.

A atuação da jurisdição constitucional, além de advir de opção do próprio poder constituinte originário, ao estabelecer no *caput* do art. 102 da CF/1988 que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, decorre também de sua cooperação no processo de promoção dos direitos fundamentais e de defesa dos instrumentos democráticos de participação popular.

A atuação da jurisdição constitucional através do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, chamado de sistema misto, prevê a possibilidade de controle concentrado (em abstrato) e controle difuso (em concreto) de constitucionalidade, circunstância que demonstra sua vocação democrática, seja pela possibilidade de utilização deste instrumento por minorias políticas visando à proteção de direitos previstos pela Constituição em face de atos dos Poderes Públicos que por ventura ofendam tais direitos²¹, seja pela possibilidade de ampliação do debate democrático em sede de controle concentrado de constitucionalidade quando do aceite de participação do *amicus curiae* ou, ainda, da realização de audiência pública com o intuito de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto da demanda²². Ao possibilitar a abertura do debate sobre questões constitucionais

²⁰ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 52.

²¹ “[...], o sistema de controle de constitucionalidade misto, tem no controle difuso a possibilidade de minorias políticas exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988, podendo-se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado pela PUCPR, 2011, p. 82)

²² “Mais do que isso, o que a prática está demonstrando é uma aproximação entre os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, tudo numa perspectiva de seu papel tanto como mecanismo de legitimação da decisão judicial quanto a busca, também, por parte do Supremo Tribunal Federal de um sistema de provimento de informações especializadas. Se esse é o rumo que a aplicação

à sociedade, o sistema de controle de constitucionalidade também se apresenta como instrumento garantidor da democracia.

A principal função de um Tribunal Constitucional, no excerto de Luís Roberto Barroso²³, está na proteção dos direitos fundamentais como garantia da própria democracia e não contra esta; a jurisdição constitucional, neste aspecto, “é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’”²⁴, demonstrando a funcionalidade democrática do controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional.

Como ensina Paulo Bonavides, a Constituição é a casa da soberania e a justiça constitucional é a premissa democracia, conforme se verifica *in verbis*:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.²⁵

dos institutos está a indicar, inevitável será uma leitura que os compreenda a partir não de uma perspectiva puramente processual, mas tendo em conta o seu potencial de abertura do exercício da jurisdição constitucional à construção de um modo de decidir efetivamente dialógico, que por essa característica reforce o signo da legitimidade das decisões para além da sempre citada representação argumentativa.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo*: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42)

²³ “Pois este é o papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia.” (Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 377)

²⁴ Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 376.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004, p. 127. Disponível em: <<http://>

O controle de constitucionalidade possui este viés de promover o desenvolvimento do processo democrático, no sentido de realizar um controle eficiente dos atos infraconstitucionais, buscando uma atuação conjunta entre os poderes da República, nos termos da teoria dos pesos e contrapesos, em que o controle de constitucionalidade oferece o contrapeso necessário à garantia do respeito e da efetividade dos preceitos constitucionais.

2 A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DA AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO

Conforme aduzido anteriormente, a atuação da Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, além de representar opção do próprio constituinte originário, que fixou no *caput* do art. 102 da CF/1988 sua competência para a guarda da Constituição, também se apresenta como legítima pelo dever de garantir o respeito aos direitos fundamentais e dos critérios de participação democrática.

Constitui fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional a proteção aos princípios estabelecidos na Constituição como os valores substantivos escolhidos pela comunidade política que a instituiu, e, nesse sentido, sua atuação se justifica na medida em que vise a promover a efetividade dos direitos fundamentais e o desenvolvimento de instrumentos e procedimentos que promovam a participação popular quando do processo de tomada de decisões.

O exercício de participação democrática pelo cidadão pressupõe a garantia e o respeito aos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição que asseguram esta participação, a jurisdição constitucional possui papel fundamental nesta tarefa, na medida em que “o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças”²⁶.

A jurisdição constitucional se apresenta como o remédio a ser aviado quando da edição de leis ou atos do Poder Público que violem os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos pelo texto constitucional como norteadores de toda ação estatal, e nesse sentido pode ser conjurada por se tratar

www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 3 out. 2012.

²⁶ Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 387.

de uma “representação argumentativa dos cidadãos”²⁷, na busca de soluções ao caso concreto que lhe é apresentado.

O sistema jurídico-normativo não é bastante em si mesmo, na medida em que não possui a solução para todos os casos possíveis. Embora as leis determinem os caminhos a serem seguidos, nem sempre é possível aplicar a técnica da subsunção dos fatos à norma, sobretudo em uma sociedade complexa e multicêntrica, de molde que a construção das decisões deve seguir um procedimento discursivo e argumentativo.

A atuação da jurisdição constitucional como representação argumentativa dos cidadãos, como proposta por Alexy²⁸, possui por base dois critérios: o primeiro refere-se à proximidade que possui com os objetivos de um procedimento discursivo também desenvolvido no processo político de criação das leis; o segundo considera que a decisão a ser proferida pela jurisdição constitucional deve ser “reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria”²⁹.

A representação argumentativa³⁰ refere-se à aceitação pela população dos argumentos alinhavados pelas decisões do Tribunal Constitucional. Por se tratar de exercício de um poder estatal, a jurisdição constitucional somente possui legitimidade se estiver em sintonia com o princípio democrático, no sentido de que também representa o povo, ainda que não se trate de uma legitimação democrática direta, tal como se dá com o Parlamento. A representação do povo pelo Tribunal ocorre pela via argumentativa, no sentido de que os seus argumentos refletem a manifestação de uma decisão pública com ênfase ao discurso³¹.

Esta representação argumentativa confere legitimidade democrática às decisões proferidas pela Corte Constitucional, uma legitimidade que exige a aplicação do discurso como elemento ideal. Para que ocorra efetivamente a representação, “é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que

²⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Org./Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36.

²⁸ Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 36.

²⁹ Idem, p. 36.

³⁰ “Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva. A representação do povo por um tribunal é, por contrário, puramente argumentativa.” (Idem, p. 163)

³¹ Idem, p. 162-163.

seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão”³², como também “um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esse argumentos como corretos”³³.

As possibilidades de abertura ao debate democrático em sede de controle de constitucionalidade, como o que ocorre com a realização das audiências públicas, podem ser compreendidas como hipóteses de concretização desta representação argumentativa, ao se apresentarem como alternativas de aproximação com a sociedade civil e de promoção de diálogo social e, por conseguinte, de desenvolvimento de participação democrática.

A realização de audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário foi prevista pelas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, que disciplinam o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Segundo a redação do § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/1999, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, estabelecer uma data para a realização de uma audiência pública, com o fim de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882/1999, que trata da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, estabelece que o relator, se entender necessário, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal é justificada pelos próprios Ministros³⁴ como instrumento de ampliação da

³² Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 164.

³³ *Idem*, p. 164.

³⁴ “Nós, do Supremo Tribunal Federal, queremos, com esta audiência, homenagear a própria sociedade civil organizada, que passa a contribuir constitutivamente, por certo, para a prolação de um julgado que repercutirá profundamente na vida de todas as pessoas, sabido que o Supremo Tribunal Federal é mesmo uma Corte, uma Casa de fazer destino, e destino brasileiro, e esse tema é paradigmático, emblemático para a realização desse tipo de audiência.” (Manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto quando da realização da primeira audiência pública realizada pelo Poder Judiciário na ADIn

legitimidade da jurisdição constitucional, por se tratar de um mecanismo de realização de democracia participativa, face ao destacado potencial de aproximar a Corte Constitucional com a realidade vivida pela sociedade e de participação direta da sociedade civil no processo de controle de constitucionalidade.

A audiência pública, como forma de participação democrática, permite aos cidadãos que, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões em relação a assuntos de interesse público, em sede de controle de constitucionalidade, principalmente àqueles relacionados aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, possibilitando a defesa pela própria comunidade, de forma direta, de seus direitos mais fundamentais, pois serão os resultados obtidos da audiência pública que irão permitir a abertura do ângulo de visada do Tribunal e, desta forma, poderão influenciar a tomada de decisões com consequências diretas na realidade prática social.

Este instrumento, embora ainda persista a necessidade de maior desenvolvimento de suas potencialidades, posto que utilizado ainda de forma tímida pela STF, demonstra claramente sua capacidade de contribuir dialogicamente para o processo de formação da decisão judicial, porquanto, ao ampliar o espectro de debate sobre a questão constitucional, posta *sub judice*, implica na transferência ao julgador da responsabilidade de apresentação de um ônus argumentativo superior, em face de todas as informações prestadas durante as audiências públicas. Nesse sentido, o julgador deverá demonstrar, de forma discursiva e coerente, os motivos da adoção de determinada linha de pensamento à decisão a ser proferida.

A questão discursiva, conforme proposto por Alexy, pressupõe esta participação conjunta da sociedade na busca de melhores soluções para problemas complexos e que, por conseguinte, exigem uma racionalidade discursiva na aplicação do direito, “o discurso precisa do direito para obter realidade e o direito precisa do discurso para obter legitimidade”³⁵.

Certamente não existem respostas prontas para as diversas questões complexas que envolvem direitos a serem protegidos; contudo, nosso ponto de partida é sem dúvida a Constituição Federal, a partir da qual se deve dar

3510. Notas taquigráficas da ADIn 3510/DF, fls. 914. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%EAncia>>. Acesso em: 4 out. 2012)

³⁵ Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 33.

a “filtração”³⁶ do ordenamento infraconstitucional, considerada a sua força normativa que atribui unidade e sentido ao ordenamento e em face do respeito à Constituição Federal que a representatividade argumentativa do Tribunal Constitucional deve ser fazer sentir.

A argumentação discursiva a partir de elementos apresentados ao operador do Direito pela própria comunidade por meio de um diálogo bidirecional³⁷ prestigia o esforço de ampliação do debate democrático no âmbito das ações de controle de constitucionalidade, com vistas a proporcionar uma ferramenta capaz de exigir coerência e razoabilidade e, nesse sentido, até mesmo de controle do poder decisório a partir da racionalidade exposta por meio de argumentos que devem ser apresentados em consonância com os ideais trazidos pela Constituição e, portanto, com os argumentos da própria população, posto que a Constituição é a emanação da vontade soberana do povo.

3 A AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO PROMOVIDA PELA AUDIÊNCIA PÚBLICA NOS TERMOS DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Segundo Carlos Santiago Nino, a democracia constitucional compreende a combinação do constitucionalismo com a democracia para formar um sistema de governo; esta conjunção, todavia, não é simples, “as tensões aparecem quando a expansão de democracia leva a um enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica em restrição do processo democrático”³⁸.

Nino registra que o relacionamento entre democracia e constitucionalismo depende primordialmente da interpretação que se faz do constitucionalismo, mas que em termos muito gerais, haveria a concordância de que constitucionalismo

³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 46.

³⁷ “Se, como foi visto acima, a racionalidade no discurso jurídico é, em grande medida, a possibilidade de diálogo intersubjetivo, a segurança jurídica também é decorrência desse diálogo. Mas para existir diálogo é necessário um discurso bidirecional. Não apenas a comunidade jurídica recebe as decisões do STF (ou de outros tribunais), como também tem o dever de reagir a elas e cobrar coerência e consistência quando entender que os tribunais não estejam decidindo de acordo com seus precedentes. Insegurança jurídica esta intimamente ligada à ideia de decisão ad hoc, algo que só é possível quando não há controle, independentemente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 150 – grifos do original)

³⁸ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 13.

significa algo como “governo limitado”³⁹. Nesse sentido, apresenta uma ampla gama de significados ao constitucionalismo de acordo com sua densidade e robustez, salientando que, em um sentido mais robusto, o constitucionalismo reclama não somente a existência de normas que organizem o poder, que permaneçam inalteradas frente aos processos legislativos, mas que também requer estruturas específicas de procedimento e de conteúdos das leis que regulam a vida pública. De um lado, apresenta a dimensão democrática como o ideal de um processo político participativo em que todos possuem igual direito a se expressar no processo de tomada de decisões; de outro, se referindo a uma dinâmica libertária, está o ideal de um governo limitado, no qual nem mesmo a maioria poderia vir a afetar direitos individuais protegidos⁴⁰.

Os elementos do constitucionalismo que de modo mais forte representam os valores desta noção, segundo Nino, são a Constituição histórica, os processos democráticos de participação e a proteção aos direitos individuais⁴¹. O constitucionalismo exige a obediência da constituição histórica, por tratar-se do documento criado na fundação constitucional e interpretado através da história do país⁴²; sustenta, todavia, que as ações e decisões não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas como na constituição histórica, mas sobre a base de razões autônomas, que são, no final das contas, princípios morais, e que estes estabelecem um grupo de direitos fundamentais⁴³. Os direitos individuais inseridos na Constituição são princípios de moralidade social, em última instância são direitos morais, derivados de princípios que possuem as propriedades de autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade⁴⁴.

O reconhecimento de proteção a tais direitos implica em uma limitação ao próprio procedimento democrático de deliberação, neste sentido explica Estefânia Barboza:

Nino busca, dessa maneira, um ideal de constituição de direitos, partindo de uma concepção liberal em que se protege o princípio da autonomia pessoal, o princípio

³⁹ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 15.

⁴⁰ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 18-19.

⁴¹ *Idem*, p. 26.

⁴² *Idem*, p. 30.

⁴³ *Idem*, p. 70.

⁴⁴ *Idem*, p. 73.

da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são derivados da prática social do discurso moral. Dessa forma, esses direitos – que podem ser considerados fundamentais – acabam por limitar o processo democrático desqualificando as decisões coletivas que os ignorem ou contrariem.⁴⁵

Partindo da premissa de que a principal função dos direitos individuais é conter as decisões majoritárias com o fim de proteger as pessoas individualmente consideradas e as minorias, no sentido de que certos direitos não podem ser violados, Nino acaba por admitir a proteção destes direitos fora do processo político, ou seja, por meio do controle de constitucionalidade⁴⁶.

Como explica Estefânia Barboza, a democracia deliberativa proposta por Nino ao permitir a proteção judicial de princípios de direitos fundamentais acaba por concordar com a atuação da jurisdição constitucional ao lado do princípio democrático⁴⁷.

Nino, então, admite o controle de constitucionalidade⁴⁸, dentro da democracia deliberativa, através de três exceções à regra de que a teoria epistêmica da democracia põe em questão o controle judicial de constitucionalidade, são elas: 1ª) para a garantia do próprio procedimento democrático⁴⁹; 2ª) para proteger a autonomia pessoal⁵⁰; e 3ª) para garantir a Constituição como uma prática social⁵¹.

⁴⁵ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 39-41.

⁴⁶ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 269.

⁴⁷ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 45.

⁴⁸ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 273.

⁴⁹ “Ora, quando Nino aceita o *judicial review* para proteger o processo democrático, excepciona diversos direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como igualdade, liberdade, direitos políticos, etc., que, por dependerem de um julgamento de valores, levam ao enfraquecimento da própria teoria procedimental.” (Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 42)

⁵⁰ “Ainda, na medida em que a segunda exceção aceita por Nino para atuação da jurisdição constitucional permite a revisão judicial para proteção da autonomia da vontade, impedindo que a maioria imponha à minoria ou aos indivíduos determinadas concepções de bem individual e frustrando a liberdade de autodeterminação individual e de escolha de concepções pessoais de bem, restringe-se o espaço de liberdade do processo democrático. Ou seja, não permite a deliberação democrática sobre esses direitos protegidos.” (Idem, p. 43)

⁵¹ “Já a terceira exceção aceita por Nino, para o *judicial review* – de garantir a Constituição como prática social –, consiste em tornar as decisões democráticas mais eficazes, assim a proposta de revisão

A justificativa apresentada para a atuação da jurisdição constitucional, segundo Nino, parte do pressuposto de que existem pré-condições necessárias à democracia e ao controle de constitucionalidade objetiva; nesse sentido, proteger tais pré-condições que são de imperiosa importância para assegurar a superioridade epistêmica do próprio processo democrático.

Notadamente, subjaz desta perspectiva o importante papel desenvolvido pelo controle de constitucionalidade visto que age na proteção do processo democrático, dos direitos individuais e das próprias práticas constitucionais, de modo que a contribuição dada pela jurisdição constitucional à democracia deliberativa e ao seu desenvolvimento com valor epistêmico superior está exatamente na defesa da democracia e dos direitos fundamentais por meio do compromisso de garantir o respeito à Constituição.

A abertura ao debate democrático em sede de controle de constitucionalidade, que pode ser viabilizado por meio das audiências públicas, se coaduna com o ideal da democracia deliberativa, posto que possibilita a inclusão da sociedade civil no debate de questões importantes para o desenvolvimento do ordenamento jurídico do país, principalmente quando se está a falar de direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional.

Tal configuração permite um processo interpretativo ampliado, em que a jurisdição constitucional se aproxima da sociedade com vistas à promoção de um diálogo social em que se possa trazer ao mundo dos autos a realidade vivida pela população e que muitas vezes pode implicar em transformações constitucionais.

A legitimidade democrática das decisões judiciais buscada pelo Tribunal Constitucional pode ser alcançada por esta abertura ao debate como pressuposto para o desenvolvimento de discursos práticos racionais, capazes de conceder representatividade argumentativa à Corte Constitucional.

Conforme afirma Robert Alexy, se, por um lado, somente é possível a realização de uma democracia deliberativa através de discursos práticos racionais; de outro vértice, o ideal do discurso também somente pode ser efetivado pela via da democracia deliberativa, visto que, sob sua ótica, “quem quer correção, deve querer discursos; quem quer discursos, deve querer democracia”⁵².

judicial seria de preservar as práticas ou convenções sociais, principalmente como é o caso de uma Constituição histórica, sob pena de a lei democraticamente aprovada não vir a produzir efeitos na sociedade.” (Idem, p. 43)

⁵² Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 35.

Nesse sentido, a racionalidade discursiva é pressuposto da democracia deliberativa, conforme aduz Alexy:

O princípio do discurso exige a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil. Nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano de argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva.⁵³

A realização de audiências públicas como um canal destinado a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca de assuntos de interesse público, como forma de participação democrática, amplia a possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional⁵⁴, comunicando-se com a esfera da democracia deliberativa para aplicação da Constituição⁵⁵.

⁵³ Idem, p. 35.

⁵⁴ Peter Häberle propõe democratizar a interpretação constitucional através da hermenêutica constitucional pela sociedade aberta ou pluralista, bem como por todo aquele que vive a Constituição e, por isso, é um de seus legítimos intérpretes. Nesse sentido, amplia o círculo de intérpretes da constituição ao argumento de que se faz necessário integrar a realidade ao processo de interpretação, de tal forma que interpretar um ato normativo corresponde a colocá-lo no tempo ou a integrá-lo à realidade pública. Este processo de interpretação constitucional passa a fazer parte do direito de participação democrática (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

⁵⁵ "Observa-se, na ordem constitucional brasileira, a ampliação da comunidade de intérpretes da constituição. Isso se justifica pelo fato de as decisões judiciais sobre questões constitucionais se darem, muitas vezes, dentro um amplo programa normativo, já que a norma constitucional, via de regra, se abre a diversas interpretações diferentes. A democracia deliberativa desloca a racionalidade de tais decisões do sujeito (Tribunal Constitucional) para o processo comunicativo, cujas condições são institucionalizadas, no caso, pelas normas do processo constitucional. A ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões da Corte Constitucional. Como antes explicitado, a necessidade de justificá-las perante os demais participantes da interação comunicativa exige que se argumente com razoabilidade e reciprocidade." (SOUZA NETO, Claudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012)

Nesse sentido, a audiência pública se apresenta como aporte ao processo constitucional⁵⁶, tratando-se de instrumento que pretende não somente ampliar, como também pluralizar a participação no processo de tomada de decisões acerca de questões constitucionais.

A legitimação das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de essas forças representarem fração da esfera pública e da realidade constitucional. Em uma sociedade aberta e complexa o desenvolvimento da democracia se realiza por meio de formas refinadas de mediação do processo público, da pluralidade política, da práxis cotidiana, visto que a competência objetiva do “povo” para a interpretação constitucional também é um direito da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identifica-se a audiência pública realizada em sede de controle de constitucionalidade como instrumento de realização da democracia, na medida em que possui a capacidade de promover a ampliação do debate democrático, possuindo, ainda, a virtude de trazer ao âmbito do Poder Judiciário, formalista por sua essência, um pouco do contexto social, possibilitando a realização de conexões entre os fatos e os fundamentos, entre as leis e os direitos experimentados e vivenciados na realidade social.

Ainda que se considerem as dificuldades em volta do procedimento a ser adotado quando da instalação de uma audiência pública, e ainda que se discuta a efetividade dos resultados obtidos através de sua realização no âmbito do Judiciário e no âmbito do controle de constitucionalidade, não se pode negar o predicado referente à sua capacidade de abertura e sua potencialidade na promoção do diálogo, sobretudo da aproximação com a realidade social multicêntrica e multifacetária à qual as leis e todo o direito devem servir, buscando a plena realização das necessidades humanas.

⁵⁶ “O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso ao *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema.” (Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 375)

O instituto processual das audiências públicas, previsto pelas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, embora não apresente a solução para todos os problemas que envolvem o controle de constitucionalidade, certamente possui potencial de contribuir progressivamente a que a sociedade retome o espaço público, deixando de ser simples espectadora a receber respostas prontas sem a possibilidade de emitir opinião. Contribui, nesse sentido, à construção e ao desenvolvimento da norma constitucional como um processo de diálogo social e cooperação entre os atores sociais, conforme propõe a democracia deliberativa e como impõe o constitucionalismo discursivo no que tange à efetiva representatividade argumentativa do povo pelo Tribunal Constitucional, tratando-se, pois, de instituto que sobreleva o controle de constitucionalidade a instrumento garantidor da própria democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Org. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado pela PUCPR, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v.18, n. 51, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 3 out. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004.

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

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Tese de Doutorado pela UFPR, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. Teoria da constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Disponível em: www.stf.jus.br.