

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**O INSTRUMENTO JURISDICIONAL DA AUDIÊNCIA PÚBLICA E OS
MOVIMENTOS DE SINCRONIA E ANACRONIA COM RELAÇÃO À
COMUNIDADE CONTEMPORÂNEA**

CAROLINA ELISA SUPTITZ

São Leopoldo
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CAROLINA ELISA SUPTITZ

**O INSTRUMENTO JURISDICIONAL DA AUDIÊNCIA PÚBLICA E OS
MOVIMENTOS DE SINCRONIA E ANACRONIA COM RELAÇÃO À
COMUNIDADE CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva

São Leopoldo
2008

Dados Internacionais para catalogação na publicação (CIP – Brasil)

S959i Suptitz, Carolina Elisa
O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea / Carolina Elisa Suptitz. – São Leopoldo, 2008.
204 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, BR-RS, 2008.
Orientação: Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva.

1. Audiência Pública. 2. Inclusão Social. 3. Sincronização. 4. Democratização do Judiciário. 5. Jurisdição. 6. Direito Público. I. Silva, Ovídio Araújo Baptista da (orient.). II. Título.

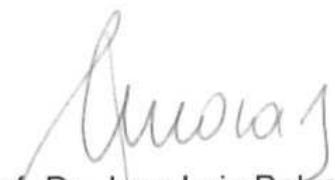
CDU 347.93(043)

Bibliotecária responsável: Débora Dornsbach Soares – CRB-10/1700

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

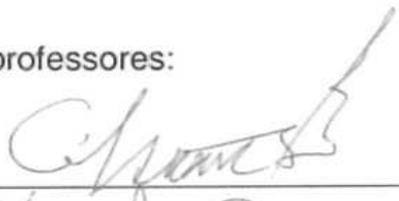
A dissertação intitulada: "*O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea*", elaborada pela mestranda **Carolina Elisa Suptitz**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de abril de 2009.

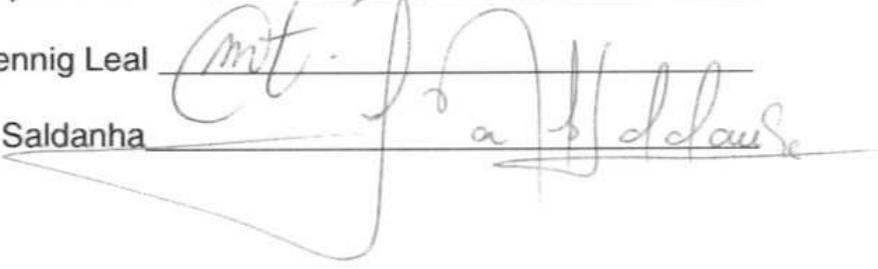

Prof. Dr. Jose Luis Botzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva 

Membro: Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal 

Membro: Dr. Jânia Maria Lopes Saldanha 

Àquele que me ajudou a construir alguns valores importantes (meu pai) e àquele que me ajudou a desconstruir outros nem tanto (Ale)... O primeiro diz que todos os valores são importantes; o segundo concorda, afirmando que a recusa a alguns valores também é um valor.

Toda ação individual, toda maneira de pensar individual fazem tremer; é totalmente impossível determinar o que os espíritos raros, escolhidos, originais tiveram de sofrer no curso dos tempos por serem assim sempre considerados como maus e perigosos, mais ainda, por se terem eles próprios considerado assim. Sob o domínio da moralidade dos costumes, toda forma de originalidade tinha má consciência; o horizonte dos melhores tornou-se ainda mais sombrio do que deveria ter sido.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2007, p. 25.

*Enquanto você / Se esforça pra ser
Um sujeito normal / E fazer tudo igual..
Eu do meu lado / Aprendendo a ser louco
Maluco total / Na loucura real..
Controlando / A minha maluquez
Misturada / Com minha lucidez..
Eu vou ficar / Ficar com certeza / Maluco beleza..
Raul Seixas e Cláudio Roberto – Maluco Beleza*

AGRADECIMENTOS

Agradecer. Existem várias formas de se utilizar deste verbo. Num primeiro momento, sinto a necessidade de usá-lo para o fim de prestar reconhecimento àquelas pessoas que, em razão de uma opção e escolha minha, também viveram as restrições que um mestrado parece inevitavelmente exigir. Pai (Renato Roberto Suptitz), além da dedicatória, mereces ainda algumas palavras. Agradeço por sempre acreditar em mim. É fundamental sentir o teu apoio e tua força, dizendo: “Tu vai conseguir. Tu já conseguiu”. Obrigada por todos os teus sacrifícios durante a vida, voltados a nos dar uma boa educação. Quero que tenhas certeza do quanto és um pai maravilhoso: um “alemão” com cara amarrada, mas de coração mole e sensibilidade quase mística.

Ale (Alexandre Missel Knorre), meu amor, meu companheiro. O outro homem a quem dedico este trabalho. Tu não apenas és o responsável por grande parte da minha alegria e tranquilidade, como é quem me provoca e inquieta intelectualmente. Tu me dá forças, mas também me critica. Tu me fortalece, mas também não deixa eu me acomodar. Tu me conforta, mas não deixa eu relaxar. Tu és a pessoa mais importante neste processo de estudo, auto-conhecimento, sofrimento e superação.

Mãezinha (Nelcinda Suptitz), tu foste incansável sempre que precisei dos teus cuidados. Tu és a guerreira que faz de tudo por tuas filhas, chegando até a nos estragar um pouquinho. Mas, na verdade, tudo o que tu queres é otimizar a nossa felicidade. Somente com a tua presença e companhia me sinto realmente em paz. Manas (Carla e Carmen), não consigo me ver diferente, a não ser como sendo um pouco de cada uma de vocês. Aprendi com a curiosidade da Carla e com a inquietação da Carmen. Obrigada por compartilharem comigo suas experiências e por me darem apoio.

Também quero agradecer àquelas pessoas que muito me inspiraram. Três pessoas que são a união perfeita entre a força e a suavidade. A primeira é o meu orientador, o professor e Dr. Ovídio A. Baptista da Silva. Agradeço principalmente por seu trabalho acadêmico, o qual foi o propulsor de minhas últimas escolhas de vida. Não fossem suas obras, suas idéias, sua persistência e inquietação, eu possivelmente não teria voltado a pensar no direito da forma como, no início da graduação e ainda bastante jovem, eu pensava: o direito como um instrumento de fundamental importância e responsabilidade social, cuja preocupação primeira é com o homem e com o seu bem viver em sociedade. Obrigada professor por reativar em mim uma motivação e crença para e no direito. Agora penso que não é a ingenuidade juvenil o que nos faz falar em justiça, mas o conhecimento histórico e cientificamente fundamentados.

Jânia Maria Lopes Saldanha, minha professora de graduação, mas, sobretudo, amiga e mestre, ouvinte e falante, de pós-graduação. Muito obrigada por suas idéias, sugestões, críticas. Muitos “nós” destes em meu raciocínio, mas tua suavidade deu conta de desatá-los todos, teu sorriso deu conta de alisá-los todos, teu abraço deu conta de transformá-los todos em lindos e coloridos topes. Outra amiga que muito me inspira é a Ângela Araújo da Silveira Espíndola. Ângela, em nossa curta convivência, tu me ensinou a lecionar, a estudar, a me relacionar, a confiar. Teus olhos e sorrisos, tua inteligência e habilidade atingem a todos que te cercam, nos sendo impossível não querer fazer igual. Obrigada por me cuidar e por me ensinar tanto!

Também quero muito agradecer a todos os amigos e conhecidos que, de um jeito ou de outro, se mostraram sempre dispostos a ajudar. Quando optei por deixar de advogar e fazer o mestrado, duas pessoas de coração enorme me acolheram como se fossem os meus pais, a ponto de hoje eu me perguntar: mas e será que não são mesmo?! Meus queridos, acolhedores e pais amáveis, Vitor Knorre e Marisa Missel Knorre, obrigada pelo acolhimento, carinho e cuidado. Obrigada por mudarem a vida de vocês para que eu pudesse realizar o meu sonho. Obrigada por se preocuparem tanto comigo. Sou eternamente grata e me tornei viciada na convivência com vocês.

Muito precisei me isolar, seja para tentar compreender teorias, seja para tentar criar e consolidar meu raciocínio, e por isso agradeço muito às minhas amigonas Rita de Cássia Barchet Vieira e Susan Barroso Manguzzi, por terem entendido meu distanciamento, inclusive naqueles momentos em que mais precisaram de mim. Por

outro lado, obrigada por terem me feito companhia quando meu corpo pedia socorro. Enfim, obrigada pela parceria sem cobranças! Também quero agradecer àquelas amigas crescidas e muito bem-vindas na minha vida durante a faculdade: Clarissa Abbadie Auler, Gabriela Maciel de Veríssimo, Giovana Gonçalves Karlinski, Karin Kelly Pereira e Nastasja Baecker. É muito lindo vê-las numa torcida paciente, parceira e orgulhosa por mim. Obrigada pelos “chimas”, chopes e cafés.

Obrigada também pelas pessoas maravilhosas que são a Márcia Knorre Moraes, o Luiz Carlos Moraes e a Ana Lúcia Moraes. A lembrança de vocês não se faz por mero formalismo ou pressão burocrático-familiar. Dentre outros motivos, vocês foram amigos por entenderem quando minha teimosia me fez distante, mas também por me mostrarem o quanto a distância inúmeras vezes precisa ser rompida e o quanto a distração é importante. Obrigada por sempre deixarem bem claro que queriam a minha companhia e por me fazerem viver ótimos momentos.

Ana Paula de Almeida Lopes, Anarita Araújo da Silveira, Daiane de Moura Aguiar, Deisy Ventura, Josianne Zanoto, Priscila Cardoso Werner, Valéria Ribas do Nascimento... Os nomes de algumas de vocês me vieram de imediato à cabeça. O nome de outras demorou um pouco mais. E o nome de outras pessoas ainda haverá de surgir, indefinidamente. Isto não quer dizer que vocês não tenham sido todas muitíssimo importantes. Vocês são representantes fundamentais daquele grupo maravilhoso de “compárticipes” desta experiência transformadora que é a academia. Mas vocês são diferentes. E, por conta disso, num momento eu lembro mais de uma, no outro da outra..

Deisy, por exemplo. Pessoa tão importante em vários momentos da minha vida, mas que em tantos outros pensei que não reencontraria. Tu és símbolo para toda mulher que se pretende independente, inteligente e autônoma. Mas te admiro também pela forma com que encaras a função pública que exerces, tentando, de inúmeros modos, nos tornar sujeitos mais capazes e humanos. Humanidade esta expressa no teu pensamento teórico e, fundamentalmente, na tua presença animada, divertida, feliz. A todas, obrigada pelas conversas, pelas palavras de conforto, pelas idéias, pelas sugestões, pela bronca e pelo incentivo. Sem poder compartilhar com vocês as angústias do presente momento, não teria conseguido extrair o melhor dele.

Fundamental agradecer também à Faculdade de Direito de Santa Maria – Fadisma, que me acolheu mesmo durante este processo conturbado. Um obrigada ainda

maior aos colegas de trabalho, todos maravilhosos e compreensivos com minha falta de tempo e dificuldade em estar mais presente. Ainda aos meus queridos, fofos e amados alunos-professores. Digo desta forma porque muitíssimo aprendi com vocês, seja em termos de relacionamento e interação pessoal, seja em termos de conteúdo. Obrigada também por terem tido paciência comigo, que não pude colaborar, nem mais nem melhor, na construção da vida acadêmica de vocês.

Imprescindível e de todo coração quero agradecer à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, local que optei por realizar meu mestrado, pela qualidade dos professores e seriedade da instituição. Ao Dr. José Luis Bolzan de Moraes, agradeço, não apenas pela sua construção teórica, que muito me ajudou, mas pela cobrança insistente e irreverente dos prazos institucionais, que, se quase me fizeram “enfartar”, também foram responsáveis por eu conseguir cumpri-los conforme determinado. Vera Loebens, minha querida, obrigada pelo teu jeito atencioso e extremamente eficiente. És o espírito do PPGD, a nos unir e auxiliar.

Queria agradecer, ainda, a Felipe Fraga, chefe do Núcleo de Programação da TV Justiça, que muito atenciosamente me concedeu as cópias da audiência pública realizada na ADPF 54. E, por fim, ao governo federal, que, através da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, possibilitou que eu cursasse o presente mestrado da melhor forma possível.

RESUMO

O presente trabalho tem sua origem na preocupação com a dificuldade de o direito e a jurisdição modernos se adaptarem ao contexto contemporâneo, caracterizado pelas diferenças e singularidades constantemente produzidas. Haja vista a amplitude da temática, a investigação restou delimitada no instituto da audiência pública, previsto nas Leis nºs 9.868 e 9.882 e utilizado, até o momento, em três processos: a ADIn 3510 e as ADPFs 101 e 54. A questão, portanto, é saber se a audiência pública é capaz de sincronizar o direito e a jurisdição atualmente vigentes à comunidade contemporânea, a partir do acolhimento e reconhecimento das diferenças. Para atender a tal propósito, foram necessários três capítulos. No primeiro, a audiência pública foi analisada a partir da legalidade que lhe é instituidora, bem como da realidade que lhe deu concretização prática. Com efeito, foram apreciados o processo legislativo de discussão e aprovação das leis mencionadas, bem como investigados a finalidade e o procedimento de referido instituto conforme concretizado pelo STF. No segundo, o enfoque foi político-democrático. Afinal, constatar a capacidade da audiência pública para democratizar o Judiciário, ou, pelo menos, o seu potencial para tanto, já é um passo para afirmar se será ela capaz de também sincronizá-lo à contemporaneidade. A conclusão foi de que, na forma como concretizada, a audiência pública não democratiza, mas, todavia, acaso realizada de acordo com os itens do capítulo, será, sim, capaz de democratizar. Contudo, o fato de ser ela capaz de democratizar não é suficiente a sincronizar o direito e a jurisdição à comunidade. Referida afirmação é objeto do capítulo terceiro, quando realizada uma investigação de cunho jurídico-estrutural. De referido capítulo, é possível concluir que a audiência pública não é capaz de sincronizar o direito ao atual contexto pelo fato de que a estrutura moderna – do que fazem parte os atuais modelos de direito, jurisdição e democracia – não está preparada para dar o devido reconhecimento às diferenças. Neste passo, a idéia de direito novo, oriunda de Michel Foucault, talvez esteja a merecer maior atenção, nem que seja apenas como auxiliar do pensamento que se quer adaptado aos novos tempos. Por fim, cumpre ressaltar que a presente pesquisa se insere na área de concentração do Mestrado da UNISINOS que é em Direito Público. Isto porque trata de um instrumento processual, que, ademais, é típico de ações constitucionais. Ademais, tem como mote a jurisdição. Por outro lado, atende à linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, seja pela influência sobre ele exercida pela hermenêutica filosófica, seja porque a preocupação com a inserção das diferenças almeja exatamente a concretização dos direitos.

Palavras-chave: Audiência pública – jurisdição – diferenças – democracia - sincronia

ABSTRACT

This paper emerged from our concern regarding the difficulties faced by modern law and jurisdiction in their attempt to adapt to the contemporary backdrop, characterized by the differences and peculiarities that it endangers on an ongoing basis. Given the broad scope of this theme, we restricted our investigation to the institute of public hearing, set forth by Laws n. 9868 and 9882, and so far used in three lawsuits: ADin 3510, ADPF 101 and ADPF 54. The issue here, therefore, is determining whether a public hearing is capable of synchronizing the law and the current jurisdiction in today's communities by embracing and acknowledging their differences. Three chapters were required to meet such goal. In the first chapter, the public hearing was analyzed based on the legislation that has instituted it, as well as on the circumstances that have made it effective in practice. In fact, we examined the legislative process that discussed and approved the aforementioned laws. We also investigated the purpose and procedure of such institute as implemented by the STF. The second chapter focused on political-democratic aspects. After all, verifying the ability that public hearings have to democratize the Judicial Branch, or at least its potential to do so already is a step towards the statement whether it is capable to synchronize the Judicial Branch to our contemporary times. We have reached the conclusion that public hearings do not democratize due to the way they have been implemented, but, however, if held, according to the items listed in this chapter, they will be indeed capable of democratizing. Nevertheless, the fact that they are capable of democratizing does not mean that they are able to synchronize law and jurisdiction with the community. Such statement is the object of the third chapter, when it will be held an investigation based on legal-structural aspects. From this chapter it is possible to conclude that the public hearing is not capable to synchronize the law to the current context due to the fact that the modern framework - which includes the current models of law, jurisdiction and democracy - is not prepared to give the due acknowledgement to the differences. Accordingly, the new law idea, which comes from Michel Foucault, perhaps deserves more attention, even though it is only as a helper of the desired thought adapted to new times. At last, it must be emphasized that the present research is inserted in the concentration area of Public Law of the UNISINOS Masters Program, since its object is a procedural instrument, which is typical of constitutional actions, and it has as goal the jurisdiction analysis. On the other hand, it attends the research line 'Hermeneutics, Constitution and Concretion of Rights', either for the influence exerted on it by the philosophical hermeneutics, either because the concern with the insertion of the differences longs for the concretion of the rights.

Keywords: Public hearing – jurisdiction – differences – democracy – synchrony

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1. A AUDIÊNCIA PÚBLICA ENTRE APOLO (LEGALIDADE) E DIONÍSIO (REALIDADE)	22
1.1. A apresentação do instituto da audiência pública jurisdicional: o artista cumprimenta a platéia.....	22
1.2. O ordenamento jurídico brasileiro e a audiência pública: a orquestra e os seus instrumentos.....	27
1.3. A definição da audiência pública jurisdicional quanto às suas finalidades: afinar os instrumentos para melhor distinguir o som.....	30
1.4. A definição da audiência pública jurisdicional quanto ao seu procedimento: a passagem de som como rito de eficácia.....	48
CAPÍTULO 2. A AUDIÊNCIA PÚBLICA E A ABERTURA AOS INTÉRPRETES (NÃO-OFICIAIS) DA JURISDIÇÃO	60
2.1. A audiência pública e a democratização do Poder Judiciário: “eu não sei dizer nada por dizer, então eu escuto” (João Ricardo – Fala).....	60
2.2. Os novos agentes (mandatários) democráticos: o compositor e o intérprete.....	71
2.3. Os novos ambientes (jurisdição) democráticos e a pluralidade de interesses: das notas ao acorde (acorda!) musical.....	77
2.4. Não basta estar presente, tem que poder deliberar: o processo de (de)composição.....	89
2.5. Democracia substancial e criatividade axiológica: “para quê que eu vou cantar se você não vai escutar a voz do coração” (Zeca Baleiro – Fiz esta canção).....	105

CAPÍTULO 3. A AUDIÊNCIA PÚBLICA E A RUPTURA E/OU REFINAMENTO IDEOLÓGICO-ESTRUTURAL DA MODERNIDADE.....	121
3.1. Período de crise e comoção (da função à estrutura): a emergência de um novo paradigma (da estrutura ao acontecimento)	121
3.2. O processo de formação do paradigma jurídico dominante (da modernidade) da tradição romano-canônica	135
3.3. A problemática das diferenças numa conjuntura político-jurídica normalizada/normalizadora.....	157
3.4. O direito novo e a resistência à normalização: o rompante musical.....	170
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	180
REFERÊNCIAS.....	185

INTRODUÇÃO

*Vamos celebrar nossa própria maneira de ser
Esta luz que acabou de nascer
Quando aquela de traz apagou
Vamos terminar inventando uma nova canção
Nem que seja uma outra versão
Pra tentar entender que acabou
Tudo novo de novo
(Paulinho Moska – Tudo novo de novo)*

A audiência pública jurisdicional¹, conforme será aqui trabalhada, é o instrumento processual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelos artigos 9º, §§ 1º e 3º, e 20, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regulamenta o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e pelo art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que regulamenta o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Não obstante estarmos prestes a comemorar os dez anos da inserção de referido instituto na legislação pátria, o Supremo Tribunal Federal (STF) dele utilizou-se pela primeira vez apenas no ano de 2007, no dia 20 de abril de referido ano, nos autos da ADin 3510, processo que ficou conhecido como a ADin das células-tronco embrionárias, quando discutida a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), ou, mais precisamente, discutida a possibilidade de serem realizadas pesquisas científicas com células-tronco retiradas de embriões humanos. Até o presente momento (dezembro/2008), foram realizadas audiências públicas ainda em dois outros processos: na ADPF 101, em que discutida a possibilidade de o Brasil importar pneus usados, cuja audiência pública foi realizada no dia 27 de junho de 2008, e na ADPF 54, relativa à antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos, cuja audiência foi dividida em quatro sessões, as quais foram realizadas nos dias 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008.

¹ A audiência pública de que tratam as Leis nº 9.868 e 9.882 será chamada ora de audiência pública jurisdicional, ora simplesmente de audiência pública, termos, portanto, que serão usados como sinônimos. Sempre que se referir a outra espécie de audiência pública isto será feito de modo explícito.

A audiência pública surgiu como objeto da presente pesquisa a partir do interesse em delimitar a preocupação em torno do direito e jurisdição modernos, os quais enfrentam dificuldade para atender à comunidade² plúrima e complexa da contemporaneidade³, caracterizada pelas diferenças entre os sujeitos que a compõem e não por uma suposta igualdade que se poderia extrair deles.⁴ A escolha da audiência pública se justifica pelo fato de que, se a preocupação com o direito e a jurisdição tem como pontos neurais as diferenças constantemente submetidas ao Poder Judiciário, indispensável é refletir acerca de mecanismos que impliquem em democratização, haja vista ser a democracia a instituição cuja função mais se aproxima da inclusão das diferenças. E a audiência pública inegavelmente democratiza, nem que seja minimamente, a atuação jurisdicional, afinal, através dela o Judiciário convida

² Pode parecer contraditório falar em comunidade e, ao mesmo tempo, diferenças. Contudo, comunidade não quer obrigatoriamente dizer igualdade. Tanto que a opção pelo termo comunidade visa defender o resgate da comunidade “perdida” ou, segundo Bauman, sonhada, a qual deverá equilibrar a tensão entre segurança e liberdade, para o que é imprescindível observar que comunidade não significa homogeneidade, mas a convivência grupal pacífica, não obstante as diferenças existentes entre os seus componentes (BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003). Outro motivo para utilizar da palavra comunidade no lugar de sociedade se justifica por fazer contraposição à noção individualista da sociedade moderna, conforme delineado pelo antropólogo Dumont (DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000), e, portanto, tratar de relações formadas por “interesses solidários” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direitos individuais homogêneos e relações jurídicas comunitárias. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371-394, p. 379. Do mesmo autor, ver o prefácio da obra: *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). Convém salientar que, exatamente por estas duas últimas razões, se poderia dizer que estaríamos vivendo uma ausência de comunidade. O contexto atual seria apenas de sociedade (Vide BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Réquiem para a tutela preventiva. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos020.html>>. Acesso em: 05 ago. 2008). Também justifica a opção feita a tentativa exatamente de fugir da noção de sociedade moderna, conforme identificado por Hannah Arendt. Sociedade, para a filósofa, é o modelo de convivência social forjado sob o regime hierárquico e opressor da família (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008). Por outro lado, a palavra comunidade foi adotada para homenagear a corrente da filosofia política dos comunitaristas, cujos adeptos seguramente contribuíram para o surgimento de instrumentos como a audiência pública (A propósito: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004). Ainda um último motivo convém referir. A partir da arte dionisíaca, de necessário resgate, é rompido, segundo Nietzsche, o princípio da individuação, unindo-se os homens entre si e com a natureza. De acordo com o autor, “Em multidões sempre crescentes o evangelho da “harmonia dos mundos” dança em rodopios de lugar para lugar: cantando e dançando expressa-se o homem como membro de uma comunidade ideal mais elevada: ele desaprendeu a andar e a falar” (NIETZSCHE, Friedrich. *A visão dionisíaca do mundo*. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9. Também: NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia: proveniente do espírito da música*. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2005).

³ O uso da palavra “contemporaneidade” se justifica pelo fato de não se querer optar incondicionalmente por um dos diferentes posicionamentos acerca do momento histórico em que se vive, se é de pós-modernidade, como fala Bauman (BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. 2 ed. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2003), se é de hipermodernidade, de acordo com o que defende Lipovetsky (LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007), se de transição paradigmática, como prefere Boaventura de Sousa Santos (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005), ou de uma modernidade ainda em construção, segundo Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989).

⁴ Referida dificuldade é o que caracteriza os períodos de crise, a qual é fruto, portanto, da incompatibilidade entre as instituições e a comunidade a que estão relacionadas. Mais sobre o assunto: capítulo 3.

integrantes da comunidade, não direta e processualmente relacionados com a demanda, para participarem da discussão acerca de questão de interesse coletivo, objeto de ADin, ADC ou ADPF. O que resta saber é se, na forma como tem sido concretizada, a audiência pública efetivamente democratiza o Judiciário? Ademais, em sendo positiva ou negativa a resposta, fundamental também é saber se a democratização que a audiência pública já representa ou poderá vir a representar quando realizada de um modo suficientemente satisfatório, igualmente sincroniza⁵ a jurisdição brasileira aos interesses contemporâneos, relativos ao reconhecimento das diferenças de que é composta a ordem comunitária. Para responder a tais questionamentos, importante foi melhor conhecer o instituto (capítulo 1). Depois, foi investigá-lo no seu viés político-democrático, de modo a descobrir se é capaz de democratizar o Poder Judiciário (capítulo 2). Por fim, foi imprescindível adentrar numa análise estrutural do direito e jurisdição para o fim de constatar se há potencialidade de a audiência pública adequar o Judiciário à realidade⁶ ou se ela permanece sobremodo apegada à estrutura jurisdicional vigente (capítulo 3).

Durante o caminho que se seguiu, na dissertação, à escolha do instrumento processual e à formulação das perguntas acima, algumas poucas hipóteses se mantiveram incólumes. Fora a preocupação com a dificuldade de o direito e a jurisdição lidarem com as diferenças e a delimitação na audiência pública como objeto possivelmente capaz de adaptá-los ao contexto contemporâneo, os demais aspectos, e, por conseqüência, a estrutura do trabalho, foram sendo construídos à medida que novas descobertas surgiam dando origem a também novas reflexões. A tentativa foi de manter-se aberta e disponível para cada nova percepção e os subseqüentes enfoques que o tema parecia estar exigindo, uma vez que, na medida em que se aprofunda o estudo de um objeto, tanto ele como o próprio estudo vão se transformando. No final, a presente dissertação acabou estruturada em três capítulos, o que parece ter razoavelmente atendido parte das questões que interessam ao tema, pelo menos se observado o rumo que as investigações foram tomando e as opções que foram sendo feitas. As perguntas acima foram mais diretamente analisadas nos capítulos dois e três, porém desmembradas, já que no segundo o enfoque está na democracia e no terceiro no direito e jurisdição modernos.

⁵ A inspiração para pensar no sincronismo e/ou anacronismo da audiência pública está na obra de Baptista da Silva, o qual comenta sobre o atual anacronismo entre o direito vigente e a atual sociedade. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶ Realidade, aqui, como sinônimo do contexto contemporâneo, caracterizado pelas diferenças que distinguem os indivíduos que o compõem, por sua complexidade, contingência, etc (mais, ver 3.1). Mas isto apenas num primeiro sentido do termo, pois realidade também pode ser usada em, no mínimo, dois outros sentidos: como faticidade/concretude e como o objeto exterior, absoluto e estanque, que, na verdade, não existe. O que existe, neste último sentido da palavra, são perspectivas da realidade, conforme apreciada pelos seus observadores.

O primeiro capítulo tem sua importância justificada na novidade legal e prático-jurisdicional do instituto. Ao que tudo indica, o legislador brasileiro é o primeiro a criar um instrumento processual como a audiência pública jurisdicional. Da mesma forma, o Poder Judiciário brasileiro é o primeiro a fazer uso de audiências públicas de tal porte, as quais normalmente ocorrem somente nos outros Poderes da União, Estado ou Município. No presente caso, além de a audiência pública ser realizada no Poder Judiciário, é ela um instrumento à disposição do órgão máximo deste poder, qual seja, o STF. Sendo assim, é fundamental olhar o instituto, neste primeiro momento, a partir do processo legislativo que lhe deu origem, das leis que o instituíram e da forma como tem sido colocado em prática pelos Ministros do STF. No item 1.2, então, serão apresentados os textos das Leis nº 9.868 e 9.882, bem como a discussão que precedeu a aprovação delas, seja nas comissões do Poder Executivo, seja no Congresso Nacional. A abordagem, portanto, é do processo legislativo. Como referido, porém, a preocupação da pesquisa não se restringiu a desvendar a audiência pública por aquilo que dizem as leis, mas primordialmente por aquilo que acontece na prática. Nos itens 1.3 e 1.4, a audiência pública jurisdicional será analisada, tanto quanto à sua finalidade, como quanto ao seu procedimento, através da forma como foi concretizada nos três processos que, até o momento, dela se utilizaram. Ademais, referida análise levou em consideração outras espécies de audiência pública previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A abordagem, aqui, é do processo e procedimento jurisdicional.

Na seqüência, o capítulo segundo privilegiou o estudo da audiência pública sob o enfoque político-democrático, o qual se justifica a partir do questionamento sobre se ela é capaz de democratizar, direta e indiretamente, o Poder Judiciário permitindo e estimulando, respectivamente, uma maior participação popular nesta função do Estado e, conseqüentemente, ampliando a possibilidade de inserção das diferenças quando do procedimento e julgamento jurisdicional. A respeito da democratização direta, importa salientar que os estudos e pesquisas mais recentes são quase todos no sentido da necessidade de maior participação popular.⁷ Em inúmeras áreas se vislumbra a preocupação com o assunto

⁷ No Brasil, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) elaborou pesquisa sobre o tema, fazendo prova da preocupação e do interesse generalizados por maior participação. (REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. *Brasil: o estado de uma nação*. 1.ed. IPEA, 2005. Também disponível no sítio <<http://www.ipea.gov.br>>. Pesquisar em Estudos e pesquisas/Brasil: o estado de uma nação/Publicação 2005). Isto, porém, não necessariamente quer dizer que os indivíduos integrantes destas coletividades estejam igualmente envolvidos no que diz respeito à participação no processo mais tradicional dentro da sistemática representativa, o processo eleitoral. Esta apatia talvez melhor possa ser explicada pela “potencialidade efetiva de mudança e transformação”, a que se referiu Bolzan de Moraes, somente alcançável quando há “oferta de alternativas reais de opção, não apenas quantitativamente, mas também qualitativamente”. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Crise do Estado e democracia: Onde está o povo? - 2. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 201-22, 2006, p. 207). O

e em todos os seus aspectos. Se a audiência pública for ou tiver sido realizada de modo a atender tal propósito, no sentido de promover uma participação mais próxima, maior, mais ativa e efetiva, o que, respectivamente, será analisado pelos modelos de democracia participativa (2.2), plural (2.3), deliberativa (2.4) e substancial (2.5), democratizará o Judiciário, o que, se não for suficiente a sincronizá-lo às preocupações e interesses existentes na comunidade, ao menos contribuirá significativamente para tanto.

Não resta dúvida de que a audiência pública jurisdicional é representativa de uma democracia, cuja participação popular se faz mais próxima dos centros de poder, uma vez que ela aproxima a comunidade dos Ministros do STF, que são os detentores do poder quando se trata de julgamento de ADin, ADC e ADPF. Contudo, quer isto dizer que ela é um símbolo da democracia participativa no sentido *stricto* do termo (item 2.2)? Por outro lado, através da audiência pública, tanto a *democracia* vê ampliado o seu âmbito de atuação para a esfera de competência do Poder Judiciário, como o *direito* vê ampliada a quantidade de sujeitos que lhe interpretam. Estas ampliações, porém, conforme ocorridas concretamente nas audiências públicas já realizadas, realmente pluralizam a atuação do Poder Judiciário (item 2.3)? Num terceiro enfoque, foram as audiências públicas capazes de estimular uma participação popular mais ativa e deliberada, a partir do debate e reconhecimento mútuo entre os debatedores (item 2.4)? Por fim, será que as intervenções comunitárias realizadas em audiência pública são efetivas, no sentido de serem consideradas pelos Ministros do STF quando da formação do convencimento judicial e quem sabe até quando do julgamento (item 2.5)?

Em síntese, será que a audiência pública, na forma como legislada e, principalmente, no modo como tem sido concretizada, de fato democratiza o direito e a jurisdição modernos? Ou, aprimorada a forma como concretizada, será ela capaz de possibilitar a democratização do direito e da jurisdição? Com efeito, a proposta é descobrir de que modo a audiência pública torna ou pode tornar o Poder Judiciário efetivamente democrático, comparando-se a forma como ela foi legislada e concretizada com as doutrinas e necessidades político-comunitárias da presente época. Foram autores basilares na elaboração do presente capítulo: Alexis de Tocqueville, Gisele Cittadino, Jürgen Habermas, Norberto Bobbio, Ovídio A. Baptista da Silva, Peter Häberle e Simone Goyard-Fabre, dentre outros.

“desaparecimento das alternativas reais de escolha” (homogeneidade e mercantilização da política) conduzem o “cidadão-eleitor a um processo de apatia, de desinteresse ou [...] de menosprezo pela política diante da percepção [...] da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes”. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 91-111, p. 105).

No capítulo terceiro, o enfoque, além de jurídico, é paradigmático-estrutural. Trata-se, na verdade, de um enfoque jurídico-estrutural. Afinal, democratizar o Poder Judiciário a partir da teoria exposta no capítulo segundo será suficiente a sincronizar o direito e jurisdição à realidade? Será suficiente à inserção das diferenças democratizar o Poder Judiciário sem alterar as estruturas em que fundado o modelo de direito e jurisdição vigentes? Para responder a tais questionamentos, se fez necessário: 1º) identificar do que são decorrentes e o que são as diferenças de que tanto se fala; 2º) identificar do que são decorrentes, o que são e quais são as principais características do direito e jurisdição modernos; e 3º) identificar se existem características do direito e jurisdição modernos que limitam a possibilidade de inclusão das diferenças e, sendo o caso, melhor analisar quais são.

Tanto é assim que o item 3.1 se dedica exatamente a esclarecer que as diferenças constantes do campo social são decorrentes do atual momento de crise, a qual, porém, não pode ser equiparada às demais crises, frequente e constantemente surgidas. A percepção acerca das diferenças é fruto da crise que, mais do que qualquer outra, é relativa ao próprio conceito de crise, ou, dito de outro modo, trata-se da crise do próprio paradigma moderno, que pretendia conseguir definir o certo, o universal, o absoluto, enfim, o igual, a partir da razão humana. Refutados tais valores e crenças, emergem as diferenças, as quais, porém, enfrentam dificuldade de efetiva inserção e reconhecimento, haja vista que, não obstante a crença na igualdade ter sido desmascarada, ela permanece vigente por inúmeros setores, sobretudo alguns institutos e instituições, como é o caso dos jurídicos. Daí a necessidade de se repensar as próprias ideologias e instituições da modernidade, dentre elas o direito e a jurisdição, frente ao que não resta alternativa que optar por uma análise respaldada na perspectiva estrutural.

E é no item subsequente (item 3.2) que melhor se reconhecerá qual a estrutura, modelo ou sistema que se pretende reformar/adaptar. Mas, além disso, é deste item que se poderão extrair quais são as características do paradigma jurídico dominante, principalmente do paradigma adotado pela jurisdição brasileira, o paradigma da tradição jurídica romano-canônica, que limitam a inserção e reconhecimento das diferenças e que, portanto, exigem serem reformuladas. De todo modo, não obstante a fundamental importância da história, não se pretendeu gastar demasiado tempo e energia com referido item, uma vez que a maior preocupação dele está na identificação pontual das questões que mais interessam ao tema e na introdução à análise a ser feita logo na seqüência, para o que é importante ter nítido que o direito moderno está fundado em leis que pretendem ser universais e absolutas, visto que abstratas e gerais; a jurisdição visa ser o meio pelo qual referidas leis serão deduzidas aos casos concretos; e o processo o instrumento que possibilita que isto tudo ocorra.

Assim visualizados o direito e a jurisdição, resta evidente que em tal estrutura jurídico-jurisdicional não há lugar para as diferenças ou interesses comunitários constantemente produzidos. O direito e jurisdição modernos podem ser definidos por duas palavras, as quais são o objeto da análise do item 3.3. O direito e a jurisdição modernos são normalizados e normalizadores. O primeiro, no sentido de sistematizado, estruturado, positivado, enfim, normatizado. O segundo, porque produtor de uniformização e nivelamento. Inúmeras são as críticas que já foram feitas a tais características, a quais, porém, pouco têm sido acolhidas, haja vista que o direito normalizado/normalizador atende aos interesses modernos e, sobretudo, capitalistas. No que diz respeito à natureza normalizada, a audiência pública, se devidamente democratizada, poderá representar um instrumento de significativa adaptação à contemporaneidade. O problema da inserção e reconhecimento das diferenças, porém, ainda persiste. O direito não-normalizado, não necessariamente será também não-normalizador.

O limite da audiência pública, portanto, é relativo à possibilidade de ela superar a normalização, o que impede que o direito e a jurisdição sejam capazes de, através dela, incluir e dar reconhecimento às diferenças. No item 3.4 a questão é analisada a partir da necessidade de se repensar o direito como um todo. Isto se o intuito é realmente pela inclusão das diferenças, conforme parece clamar a contemporaneidade. Repensar o direito, no caso, tendo em conta um pensamento voltado à real emancipação e autonomização do direito e do homem, a partir do que Michel Foucault chamou de direito novo. De acordo com tal perspectiva, impossível não desconfiar da audiência pública na forma como, até então, tem sido concretizada, numa possível função de refinamento da modernidade. Contudo, pensado o instituto naquilo que poderá representar, se potencializado, figurará ou como vanguarda ou, sob outro ponto de vista, como fruto da tradição. Para este terceiro capítulo foram fundamentais os autores António Castanheira Neves, Boaventura de Sousa Santos, Edgar Morin, Márcio Alves da Fonseca, Michel Foucault, Ovídio A. Baptista da Silva, Thomas Kuhn, Zygmunt Bauman, etc.

Através da estrutura recém apresentada, composta de três capítulos e treze itens, se acredita ter conseguido tratar de parte fundamental do tema relativo à possibilidade de a audiência pública jurisdicional promover ou contribuir com a inserção e reconhecimento das diferenças típicas da contemporaneidade. As dificuldades da temática foram advertidas pelo orientador desta pesquisa. E, realmente, as dificuldades foram muitas, talvez correspondentes à quantidade de delimitações que se fizeram necessárias. O tema não será tratado, por exemplo, a partir do direito comparado, o que seria interessantíssimo, haja vista a novidade do instituto e, mesmo, a possibilidade de, em outros países, se estar buscando construir algo

semelhante. A presente pesquisa também não adentrará no estudo específico de direito material dos processos em que realizada audiência pública, mesmo que se vá utilizar da experiência de referidas audiências para o fim de melhor visualizar como o instituto tem sido concretizado na prática. Também não é objeto da presente pesquisa a jurisdição constitucional, mesmo sabendo ser este o principal *locus* jurisdicional de discussão de questões de interesse coletivo, únicas que justificam a realização da audiência pública, uma vez que nas demandas relativas a interesses exclusivamente privados ela não atende a nenhuma necessidade de ordem prática, antes pelo contrário⁸. Tanto é assim que a realização da audiência pública, ao menos até o momento, está limitada aos processos de ADIn, ADC e ADPF⁹. Por fim, as outras tantas espécies de audiência pública previstas no ordenamento jurídico pátrio, as quais já há mais tempo têm sido realizadas a) nos outros processos que não o jurisdicional (administrativo¹⁰ e legislativo), b) nos outros Poderes do Estado (Executivo e Legislativo¹¹), ou c) nas outras instituições e órgãos públicos, como, por exemplo, no Ministério Público¹², também não são objeto da presente investigação. Esta ressalva, porém, não afasta a análise que obrigatoriamente terá que ser feita de suas regulamentações, já que servem de subsídio para a audiência jurisdicional.

⁸ Nas demandas particulares, cujo objeto diga respeito *apenas* às partes, não há porque realizar audiência pública, pois à parte é garantido, por exemplo, requerer a produção de prova pericial e apresentar pareceres, dentre tantas outras espécies de prova, caso entenda necessário ampliar o debate. O que não significa dizer, no entanto, que a audiência pública não poderá ser útil para qualquer outra demanda que não as da jurisdição constitucional, como é o caso das ações que tramitam na primeira instância, mas que também estejam relacionadas a interesses coletivos. Da mesma forma, não é possível concluir a partir da afirmação anterior que não seja necessário rever a metodologia da jurisdição moderna também nas demandas individuais, afinal, conforme se verá no decorrer do trabalho, a estrutura jurisdicional está em descompasso com a contemporaneidade e precisa ser revista. Sobre o assunto, ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes*⁸: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. No prelo.

⁹ Segundo Esteves da Silva, na ADIn – e, analogicamente, também na ADC e ADPF, que, porém, não são objeto do artigo da autora – “inexiste lide no conceito Carneluttiano, de conotação individualista [...]. Assim, não se busca a tutela de um direito subjetivo, mas a defesa da ordem constitucional objetiva.” SILVA, Francis Waleska Esteves da. Da ação direta de inconstitucionalidade à luz da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, n. 15, p. 25-43, ago.-dez. 1999, p. 26. O fato de inexistir lide não autoriza, porém, que se aplique a tais demandas a concepção de processo objetivo, no sentido da inexistência do Princípio do Contraditório. Vide: MENDES, Gilmar Ferreira. A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional nº 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1993. Também MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *O amicus curiae e a democratização do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/viewFile/178/211>>. Acesso em: 03 set. 2008. Disponível também em: *Direito Público*, n. 9, p. 116-121, jul-ago-set. 2005.

¹⁰ A audiência pública é um dos instrumentos instrutórios do processo administrativo, que, no âmbito da Administração Pública Federal, está regulamentado pela Lei nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999.

¹¹ Nas comissões do Congresso Nacional ou das suas Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, é comum a realização de audiência pública (art. 58, § 2º, II, CF, e os Regimentos Internos).

¹² A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, prevê a realização de audiência pública. A audiência pública está prevista, ainda, em outros setores da administração pública, o que será estudado mais adiante (capítulo 1, itens 1.3 e 1.4).

De qualquer modo, deixando para momento posterior, quando do provável aprofundamento do tema, questões de inegável pertinência, ou, mesmo, contando com o apoio de produções bibliográficas completas sobre assuntos que, então, não serão tratados com a atenção que mereceriam e servirão de pressuposto à pesquisa, acredita-se que a dissertação é capaz de atender ao estudo proposto. Estudo que procura identificar e reconhecer a *nossa própria maneira de ser, esta luz que acabou de nascer*, de modo que, assim informados ou sensibilizados, *possamos terminar inventando uma nova canção*, conforme canta Paulinho Moska, músico brasileiro, que, dentre tantos outros, ditam o ritmo do presente trabalho por várias razões: a) os artistas, de um modo geral, são aqueles que estão mais sensíveis e abertos à realidade, à comunidade, às diferenças, às anormalidades, motivo pelo qual talvez sejam os que mais rapidamente deixam transparecer, através de suas obras, os interesses e anseios comunitários, atuando, assim, com maior sincronia que as demais áreas do conhecimento; b) porque é na análise acerca do ritmo e melodia musicais que Rousseau e Nietzsche se inspiraram para falar no “poder comovedor do som” (Nietzsche)¹³ que não pode “abafar a invenção melódica” (Rousseau)¹⁴, o que é muito pertinente ao presente trabalho, seja por falar nas diferenças, seja pela invenção/criação a que se dispõe a pensar; c) porque não é de hoje que autores se utilizam da arte para construir parte de suas teorias: além de Rousseau e Nietzsche, também Heidegger (a poesia), Walter Benjamin, Foucault, e Gilles Deleuze (todas as espécies de arte, com destaque para o cinema); e, claro, d) porque através da música tanto a escrita com a leitura da presente dissertação podem se tornar mais convidativas.

Por tratar de direito processual e jurisdição, a presente pesquisa se insere na área de concentração do Mestrado da UNISINOS, que é em Direito Público, e na linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. A inserção em referida linha também se justifica pela preocupação com o reconhecimento e acolhimento das diferenças, que, na verdade, atine à concretização de direitos, e pelo método de abordagem eleito: o método hermenêutico, a nos informar que o direito e a jurisdição dizem de parte do condicionamento-condicionante do homem inserido no mundo, e vice-versa. O método de procedimento, por sua vez, é o estruturalista, a partir da definição dada por Deisy Ventura¹⁵.

¹³ NIETZSCHE, Friedrich. *A visão dionisíaca do mundo*. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 12.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 254.

¹⁵ “Parte da investigação de um fenômeno concreto e eleva-se a um nível abstrato, por intermédio da construção de um modelo que represente o objeto de estudo, retornando a seguir ao caso concreto.” VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica: uma visão prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 78.

CAPÍTULO 1. A AUDIÊNCIA PÚBLICA ENTRE APOLO (LEGALIDADE) E DIONÍSIO (REALIDADE)

A jurisdição brasileira como beleza e criação¹⁶...

*A novidade veio dar a praia
Na qualidade rara de sereia
Metade o busto de uma deusa maia
Metade um grande rabo de baleia
A novidade era o máximo
Um paradoxo estendido na areia
Alguns a desejar seus beijos de deusa
Outros a desejar seu rabo pra ceia*

*[...] E a novidade que seria um sonho
O milagre risonho da sereia
Virava um pesadelo tão medonho
Ali naquela praia, ali na areia
A novidade era a guerra
Entre o feliz poeta e o esfomeado
Estraçalhando uma sereia bonita
Despedaçando o sonho pra cada lado
(Gilberto Gil – A novidade)*

1.1 A apresentação do instituto da audiência pública jurisdicional: o artista cumprimenta a platéia

Em razão da novidade do instituto da audiência pública jurisdicional, conforme já salientado na introdução, faz-se necessária uma apresentação preliminar, seja da forma como ele foi legalmente previsto – na sua idealidade legal e positivista, ou seja, como o *busto de uma deusa maia* (Apolo) –, seja da forma como tem sido empiricamente concretizado – o instituto no seu cotidiano fático e concreto, o *rabo de baleia* (Dionísio) –, até porque é este um dos objetos principais do estudo: a audiência pública como legislada e, sobretudo, concretizada. Referida apresentação, contudo, também é importante para o fim de fornecer informações prévias que sirvam aos propósitos a que se destinam os capítulos seguintes, onde

¹⁶ Apolo e Dionísio são deuses gregos de que se apropria Nietzsche quando do estudo da tragédia grega. Apolo está vinculado ao mundo onírico, enquanto Dionísio ao estado de embriaguez. De modo bastante sucinto, ao primeiro podem ser relacionadas a moral, o controle, a aparência e, conseqüentemente, a beleza. Ao segundo a animalidade, a orgia, a realidade e a criação. Mas a “possibilidade mais elevada da existência” é dada pela luta de ambos os deuses. NIETZSCHE, Friedrich. *A visão dionisíaca do mundo*. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30. Também: NIETZSCHE, Friedrich. *A origem da tragédia: proveniente do espírito da música*. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2005. Deste modo, a possibilidade mais elevada para a existência do direito (estatal), aproveitando a analogia, é dada pela conjugação da legalidade com a realidade ou, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, da regulação com a emancipação. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005. A realidade, ora colocada ao lado do legal-positivismo, pode e deve ser interpretada nos dois primeiros sentidos mencionados na nota de rodapé nº 6.

será feita uma análise do instituto da audiência pública jurisdicional sob o viés político-democrático (capítulo 2) e jurídico-estrutural (capítulo 3).

Não obstante a importância de tal apresentação, o presente capítulo foi elaborado de modo relativamente sucinto, haja vista que seus principais aspectos serão constantemente retomados no decorrer da dissertação. Com efeito, no item 1.2 a audiência pública é apresentada descritivamente à “platéia” a partir da discussão legislativa que lhe deu origem: projetos de lei, exposição de motivos dos projetos de lei e as próprias leis aprovadas (Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999). A exposição descritiva cede parte do seu lugar, nos itens 1.3 e 1.4, para uma investigação que inevitavelmente antecipará algumas das críticas dos capítulos subsequentes. Nestes dois momentos, a prioridade está em analisar a finalidade e o procedimento da audiência pública jurisdicional comparando-se o modo como ela tem sido concretizada pelo Supremo Tribunal Federal e a forma como previstas, na legislação pátria, algumas das outras espécies de audiência pública.

A preocupação com a previsão legal e com a forma como operacionalizado, pragmaticamente, o instituto da audiência pública jurisdicional, não se justifica num suposto apego desta estudante ao positivismo-normativista; na sobrevalorização da orientação jurisprudencial, desvinculada da doutrina; ou, ainda, na adoção da epistemologia das ciências da descoberta, situações estas todas tão comuns no sentido comum teórico dos juristas¹⁷, do qual é necessário emergir toda vez que se pretende realizar uma investigação responsável. A opção pela investigação legal e pragmática se justifica por outros motivos:

1. Direito positivo é diferente de positivismo jurídico. E para que se evite incorrer em erro adotando a índole do pensamento jurídico representativa deste último é imprescindível o completo domínio do primeiro. Neste aspecto, importante é saber acerca do processo legislativo, dos debates parlamentares, do fundamento de interesse das leis e, claro, do inteiro teor do texto promulgado.¹⁸

2. Um dos intuitos deste estudo é romper com o modo tradicional de fazer pesquisa no direito, limitada à investigação bibliográfica, que, no mais das vezes, se limita à mera reprodução do conhecimento. A proposta é de também observar e perceber como se processaram as audiências públicas, para, desta forma, melhor poder compreendê-las e não simplesmente reproduzir o que é dito abstratamente sobre o assunto. A respeito disso, é

¹⁷ A expressão é de Luis Alberto Warat e foi adotada por Streck, que, ademais, também se utiliza da expressão “campo jurídico”, criada por Pierre Bourdieu. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁸ Da mesma forma que não se pode confundir direito positivo com positivismo, não se pode confundir dogmática com dogmatismo. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29 e 42.

importante não confundir observação com simples descoberta. A observação visa acolher a historicidade e a singularidade indispensáveis ao direito e, de um modo geral, a todas as ciências da compreensão, o que foi possível melhor constatar a partir da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.¹⁹ Enquanto que a descoberta somente é possível nas ciências exatas²⁰, quando há uma resposta previamente dada, pronta para tão-somente ser descoberta.²¹

3. O terceiro motivo diz respeito à tentativa de fazer jus à crítica dirigida aos dualismos metafísicos modernos, tais como teoria *versus* prática e direito *versus* fato. Inúmeras são as críticas feitas à separação entre teoria e prática, principalmente no que diz respeito ao ensino e pesquisa jurídicos. Deisy Ventura diz ser injustificável tal dicotomia: “A aplicação prática do conhecimento deve estar presente nas disciplinas propedêuticas, assim como as disciplinas técnicas não podem prescindir da teoria, especialmente do pensamento reflexivo”²². Críticas também são feitas ao binômio direito e fato. O direito, seja na perspectiva dualista, defendida por Baptista da Silva²³, seja na perspectiva pós-metafísica, de que fala Streck²⁴, apesar de diferente – diferença ontológica²⁵ –, não está separado do fato. Não há como cindir de forma estanque e absoluta estas duas faces da mesma moeda. O direito, considerado num sentido amplo, é fato; o direito nasce do fato.²⁶ Deste modo, o estudo almeja atender a ambos os vértices desta tensão, conhecendo e refletindo acerca da teoria e do direito (estatal) e observando e se sensibilizando com a prática e com o fato.

¹⁹ As principais obras de referência dos autores são: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 15.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. Parte I; e GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 10.ed. Salamanca: Sígueme, 2003. v. I.

²⁰ A filosofia hermenêutica revolucionou o paradigma da modernidade ao demonstrar que as ciências humanas não se submetem ao método lógico-formal. Mas e quanto às ciências matemáticas, será que elas permanecem submetidas ao pensamento lógico, cartesiano, platônico, metafísico e totalizante/totalitário? As inúmeras novidades das ciências e pesquisas fazem questionar o cartesianismo também nessa área.

²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²² VENTURA, Deisy. *Ensinar direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 10.

²³ Uma das obras em que trata do assunto é: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Unidade do Ordenamento e Jurisdição Declaratória*. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁴ O autor trata do assunto em várias obras, dentre elas: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁵ Sobre o assunto: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 15.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. Parte I; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1; STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

²⁶ Importantes abordagens sobre o assunto: KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “Questão de fato” em recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>. Acesso em: jul. 2007; TARUFFO, Michele. *El vértice ambíguo. Ensayos sobre la Casación Civil*. Tradução de Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005; CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v.1.

É salutar, ainda, ressaltar alguns aspectos relativos à linguagem, uma vez que a investigação adentrou na análise visual, auditiva e sensitiva das audiências públicas. Sendo assim, importante ter claro, desde já, que a linguagem não pode ser controlada/dominada de modo absoluto, no sentido de que não é possível prever seus resultados, isolar todos os seus elementos, assim como não é possível identificar de modo seguro e integral a realidade que pretende expressar.²⁷ A constatação da inseparabilidade entre sujeito e objeto (outro dualismo metafísico que exige superação), ocorrida, mais precisamente, no século XX, e, conseqüentemente, da existência do fenômeno da (boa) circularidade hermenêutica, forçou o reconhecimento de que o discurso está sempre inserido e é relacionado num/a um contexto histórico determinado, singular e subjetivo. O objeto somente pode ser acessado através do significado²⁸, numa interpretação que pressupõe a compreensão²⁹ antecipada do sentido das coisas, as quais são consideradas inseridas num mundo prático e contextualizado. Por este motivo, não existe uma racionalidade e um discurso em estado puro; não há um sentido absoluto e único. A imprecisão, a insegurança e, por óbvio, o desconforto com as respostas dadas pela hermenêutica, são compensadas, porém, pelo humanismo e finitude da forma como identificada a linguagem, antes definida de um modo fictício ou imaginário.³⁰

A linguagem é composta por concepções e dela se extraem informações de natureza racional – muitas vezes técnica –, mas também históricas, culturais, religiosas, ideológicas e sentimentais, tudo concomitantemente.³¹ As próprias argumentações supostamente eminente e exclusivamente técnicas, seguramente não são totalmente puras como pretensamente se

²⁷ Segundo Stein, “apenas aparentemente a linguagem é algo que dominamos de fora”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 16.

²⁸ Significado que é diferente de verdade, inclusive quanto à interpretação legal: “São estas considerações que revelam a diferença entre “verdade” e “significado”, fazendo-nos compreender que a suposta “vontade da lei” transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete, a fim de que o “significado” da lei harmonize-se com as novas realidades sociais.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 265-81, p. 275.

²⁹ O termo compreensão foi aqui usado no segundo sentido referido pelo filósofo gaúcho, conforme segue: “Então existem dois modos de *compreender*: o compreender de uma proposição e o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo, se dá conta do jeito que se deve ter para existir, para sobreviver.” STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 29.

³⁰ A filosofia hermenêutica rompe com o platonismo dominante durante séculos, de acordo com o que a realidade é obtida a partir de uma comparação com a idealidade pré-dada, seja divina, seja lógica. Realidade e idealidade, aliás, também são exemplos de dualismo metafísico.

³¹ “temos uma estrutura do nosso modo de ser que é interpretação. Claro, a interpretação pode ser produto da inveja, do ciúme, do rancor, do ressentimento, da má-fé, de preconceitos étnicos, de experiências negativas. Não podemos desprezar este universo todo, porque é ali que está o começo do germe da interpretação.” STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 51. Semelhante a isso, para Henri Bergson, “pensamos apenas com uma pequena parte de nosso passado; mas é com nosso passado inteiro, inclusive nossa curvatura de alma original, que desejamos, agimos.” BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

apresentam. Até mesmo porque, “a atitude do cientista, de modo algum está livre da sua condição de ser-no-mundo. Mesmo o cientista natural, faz parte de uma certa maneira, do ser-no-mundo, de uma certa totalidade existencial.”³² Com efeito, facilita pensar na seguinte seqüência, que, ressalte-se, não ocorre desta forma, isolada e evolutivamente, pois que a compreensão, a interpretação e a aplicação são fenômenos incidíveis, além de circulares³³: a) toda proposição permite uma interpretação; b) interpretar é desde sempre também compreender; c) a compreensão está na estrutura do ser-no-mundo (*Dasein*); d) é em decorrência da compreensão que inúmeros elementos integram as proposições lingüísticas; e) elementos que dizem do ser-no-mundo.³⁴

Agora, mesmo que as argumentações de ordem técnica e científica fossem puras, totalmente neutras elas com certeza não são. São, também elas, representativas de interesses comunitários. No mínimo, representativas dos interesses de autoridades ou do grupo de pessoas experientes ou de pesquisadores de onde oriundas, já falando especificamente dos especialistas que foram admitidos a participar das audiências públicas jurisdicionais realizadas até o momento (dez/2008). Destarte, todo posicionamento, por mais técnico que aparentemente seja, trará sempre consigo concepções e motivações não-técnicas, mesmo que não explicitadas, e será sempre representativo de interesses e posicionamentos. Estas duas considerações, acerca da presença de elementos técnicos e não-técnicos na própria linguagem e do fato de que ela necessariamente representará interesses, são fundamentais para a exposição que segue, principalmente no item 1.3.

Ademais, a partir do que foi referido acima, é preciso reconhecer que o estudo a ser feito na seqüência, que pretendia ficar objetivamente centrado nas leis instituidoras do instituto da audiência pública jurisdicional e nas audiências já realizadas, ocorridas na ADin 3.510), na ADPF 101 e na ADPF 54, frequentemente transbordará, conforme já mencionado, em comentários de ordem crítico-conclusivos, que, se por um lado, são o objeto dos capítulos 2 e 3 e, portanto, aqui apenas são antecipadas algumas idéias que lá serão melhor trabalhadas, por outro, são sempre parcialmente equivocados se analisados sob um uma perspectiva totalizante, já que, na verdade, um “objeto” é sempre *Metade o busto de uma deusa maia, Metade um grande rabo de baleia*.³⁵

³² STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 49.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

³⁵ Agora o fragmento musical foi usado noutro sentido. O intuito, aqui, é afirmar que um objeto será sempre algo positivo e negativo, dependendo da perspectiva. Pensar desta forma, porém, não deve conduzir à apatia crítico-teórica, pois posicionar-se contribui para que se alcance uma resposta válida para aquele tempo e lugar.

1.2 O ordenamento jurídico brasileiro e a audiência pública: a orquestra e os seus instrumentos

A audiência pública está fundada, antes de tudo, no texto da Constituição Federal, que tem como um dos seus principais projetos a instituição de um Estado democrático (Preâmbulo e art. 1º) e prevê, em inúmeras situações, a participação popular no gerenciamento do público, do que são exemplos os artigos 10; 58, § 2º, II; 187; 194; 194, VII; 198, III; 204, II; 206, VI e 216, §1º. O artigo 58, § 2º, II, aliás, trata especificamente da audiência pública, limitada, porém, às comissões do Congresso Nacional e das suas Casas: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados. Já a audiência pública como instrumento especificamente jurisdicional é criação bastante recente. A Lei nº 9.868, que trata do julgamento e processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), é de 10 de novembro de 1999, enquanto que a Lei nº 9.882, que trata do julgamento e processamento da ADPF, é de apenas um pouco mais adiante, 3 de dezembro de 1999.

A lei inauguradora de referido instituto, qual seja, a Lei nº 9.868, tem sua origem numa comissão instituída pela Portaria nº 634, de 26 de outubro de 1996, do Poder Executivo, que, na época, era chefiado, no cargo da Presidência da República, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso e, no cargo de Ministro da Justiça, pelo gaúcho Nelson Jobim.³⁶ A finalidade de referida comissão era formular propostas legislativas relacionadas à ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, representação interventiva, mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Sua presidência estava a cargo de Caio Tácito, mas também a integravam os juristas Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Antônio Jamyr Dall’Agnol, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Junior.³⁷

O primeiro resultado apresentado por esta comissão foi um anteprojeto de lei, cuja versão inicial esteve sob a incumbência de Gilmar Ferreira Mendes, que, posteriormente, em 20 de junho de 2002, acabou sendo nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), cargo que ocupa até o presente momento (dezembro/2008), aliás, como o atual Presidente (posse em 23 de abril de 2008). Com a contribuição dos demais integrantes, diversas modificações foram introduzidas na versão primeira do anteprojeto.

³⁶ MENDES, Gilmar. *Curriculum Vitae*. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

³⁷ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997*. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.960, transformado na Lei nº 9.868/99. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

Na data de 08 de abril de 1997 o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional, primeiramente à Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 64 da Constituição Federal, o Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, e, com ele, a Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997. O projeto foi distribuído pelo presidente da Mesa da Câmara dos Deputados à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e de lá ao Deputado Aloysio Nunes Ferreira para relatoria.³⁸ A Exposição de Motivos nº 189 reproduz o relatório da comissão do Poder Executivo apresentado junto com a versão final do anteprojeto. Nele está justificada, passo a passo, a proposta legislativa em apreço.

No que diz respeito à adoção da audiência pública, dentre outros mecanismos que lhe são similares, como é o caso da autorização para que os outros titulares do direito de propositura de referida demanda ou outros órgãos e entidades (*amicus curiae*) intervenham, com manifestação por escrito e a juntada de documentos (arts. 7º, §§ 1º e 2º, e 18º, §§ 1º e 2º)³⁹, e da possibilidade de requisitar informações adicionais às partes, designar perito(s) para a emissão de parecer (art. 9º, § 1º, e 20º, § 1º) e solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada (art. 9º, § 2º, e 20, § 2º), o relatório menciona a necessidade de se atribuir um caráter pluralista ao processo e, com isso, possibilitar que o tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão, como é o caso das suas implicações ou repercussões e mesmo de informações de natureza fática ou especializada. Destaca-se, portanto, o interesse da comissão, também adotado pelo legislativo, em aproximar o tribunal, nos julgamentos de ADin e ADC, da realidade, com toda a sua pluralidade e complexidade, para, como consta na exposição de motivos, “modernizar o processo constitucional brasileiro”.⁴⁰

Após o devido trâmite legislativo, o PL nº 2.960 foi transformado na Lei nº 9.868 em 10 de novembro de 1999, com início de vigência no dia seguinte, quando de sua publicação. No que diz respeito à audiência pública, os dispositivos legais aprovados, inseridos nas duas principais partes em que se divide a lei, a primeira relativa à ADin e a segunda à ADC, são os que seguem. No capítulo II, relativo ao processo e julgamento da ADin:

³⁸ Consultar o trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 2.960 nos seguintes sítios eletrônicos <www.camara.gov.br> e <www.senado.gov.br>. Também serviu de fonte para a pesquisa o regimento interno da Câmara dos Deputados: BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

³⁹ Todos estes dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, à exceção do art. 7º, § 2º, o que garantiu a inserção da figura do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro.

⁴⁰ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997*. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.960, transformado na Lei nº 9.868/99. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

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

[...] § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

No capítulo III, relativo ao processo e julgamento da ADC:

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

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

[...] § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

A Lei nº 9.882/99, a segunda e última a tratar da matéria no Brasil, até o momento pelo menos, tem sua origem no Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da deputada federal Sandra Starling, apresentado no Plenário da Câmara em 19 de março de 1997, menos de um mês antes do Projeto de Lei nº 2.960, recém referido. A proposta inicial limitava-se a assegurar a possibilidade de os membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal reclamarem ao STF o descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional em interpretação ou aplicação dos regimentos internos das Casas no processo legislativo de elaboração de normas.⁴¹ O intuito era o de ver as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados observarem os respectivos regimentos internos e as normas constitucionais relativos ao processo legislativo.⁴²

A matéria foi distribuída à CCJC e de lá ao Deputado Prisco Viana para relatoria. O deputado apresentou texto substitutivo ao PL que incorporou proposta elaborada também por uma comissão do Poder Executivo, assim como aconteceu com a Lei nº 9.868/99. Referida comissão, porém, foi criada quase um ano depois da comissão que elaborou o pré-projeto que

⁴¹ Consultar trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 2.872 no sítio <www.camara.gov.br>. A proposta inicial do projeto de lei era composta de apenas 3 artigos, sendo que o principal deles previa o seguinte:

Art. 1º. Caberá reclamação de parte interessada ao Supremo Tribunal Federal mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição.

⁴² BRASIL. *Justificação do Projeto de Lei nº 2.872, de 1997*. Justificação do Projeto de Lei nº 2.872, transformado na Lei nº 9.882/99. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

deu origem à lei da ADin e ADC. Ela foi instituída pela Portaria do Ministério da Justiça nº 572, publicada no Diário Oficial da União de 07 de julho de 1997. Também foi seu integrante o atual Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes. A presidência ficou a cargo do Prof. Celso Ribeiro Bastos.⁴³ Após alguma discussão e alterações, o substitutivo apresentado pelo relator da CCJ foi aprovado e transformado em lei. O texto legal aprovado dispõe da seguinte forma:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Estas são, até o momento, as previsões legais inseridas no ordenamento jurídico pátrio, relacionadas à audiência pública e a sua utilização na prática jurisdicional. Não obstante a utilização da audiência pública pelo Poder Judiciário, na sua função jurisdicional, estar prevista em duas leis ordinárias diferentes, cumpre reconhecer que elas não fornecem informação e/ou regulamentação suficiente para a devida compreensão do instituto, principalmente no que diz respeito à sua finalidade (1.3) e ao seu procedimento (1.4).

1.3 A definição da audiência pública jurisdicional quanto às suas finalidades: afinar os instrumentos para melhor distinguir o som

No que diz respeito à finalidade da audiência pública jurisdicional, a pesquisa pelas outras legislações em que previsto instituto semelhante nos dá mostra de suas potencialidades. E é com o apoio de algumas destas outras regulamentações que se pretende melhor especificar a finalidade da espécie de audiência pública prevista nas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99.

A Lei nº 8.666/93, relativa às licitações e aos contratos da Administração Pública, prevê a audiência pública em seu artigo 39⁴⁴. Da leitura de referido dispositivo é possível observar que a finalidade principal da realização da audiência pública, neste caso, é a

⁴³ MENDES, Gilmar. *Curriculum Vitae*. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

⁴⁴ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

publicidade. Também é sua finalidade, porém, possibilitar o controle, por parte da comunidade, daquele ato que envolve quantia significativa de dinheiro público.

A Lei nº 9.784/99, relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a “participação popular direta na formação dos atos administrativos de grande relevância, nos casos de interesse público, encontrando-se, dentre as formas de participação, a audiência pública”⁴⁵. A audiência pública está prevista no artigo 32⁴⁶ e é um dos instrumentos hábeis à instrução do processo administrativo e que, portanto, visa auxiliar na posterior tomada de decisão. Especificamente, a sua finalidade é dar publicidade e debater com a população sobre determinada questão relevante, objeto de um processo administrativo, com o que a administração pública pretende obter informações acerca dos interesses da comunidade àquele respeito.

Também a audiência pública prevista na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), artigo 27, parágrafo único, IV⁴⁷, possui como finalidade primordial o conhecimento acerca dos interesses da comunidade. O Ministério Público, então, quando da defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual (art. 27, *caput*), poderá promover audiências públicas (art. 27, parágrafo único, § 4º) para que melhor possa conhecer os reais interesses coletivos da população. De modo similar acontece com as audiências públicas previstas na lei que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica (Lei nº 9.427/96), no artigo 4º, § 3º⁴⁸; na lei que Dispõe sobre a política energética nacional (Lei nº 9.478/97), no artigo 19⁴⁹; e no Estatuto da Terra (Lei nº 10.257/01) nos artigos 2º, XIII, 40, § 4º, I, 43, II, e 44⁵⁰. Nestes casos, portanto, a finalidade que prevalece é a de possibilitar uma maior

⁴⁵ SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145&p=1>>. Acesso em: 14 ago. 2008. Disponível também em: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 259-283, 2002.

⁴⁶ Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

⁴⁷ Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

[...] Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...] IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

⁴⁸ Art. 4º [...] § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

⁴⁹ Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

⁵⁰ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

proximidade das entidades públicas com relação aos interesses concretos da coletividade que poderá ser diretamente atingida pelas questões objeto dos debates.

As resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) também são bastante apropriadas para a análise das finalidades das diferentes espécies de audiência pública, principalmente a Resolução nº 1/86⁵¹ e a Resolução nº 9/87⁵². Segundo o que consta já na primeira das resoluções, a audiência pública tem por finalidade atribuir publicidade ao Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), informando a população sobre determinado projeto e seus possíveis impactos ambientais, mas principalmente possibilitar o debate acerca do RIMA com todos os interessados (artigo 11, § 2º⁵³), finalidade esta, aliás, que vem explicitada no artigo 1º da Resolução nº 009/87, a qual trata apenas da audiência pública:

Art. 1º A Audiência Pública referida na Resolução CONAMA nº 1/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

Por fim, cumpre analisar a audiência pública realizada no Poder Legislativo Federal, quando do trâmite do processo legislativo. A própria Constituição Federal, no artigo 58, § 2º, II, autoriza as comissões do Congresso Nacional ou das suas Casas, o Senado Federal e a

[...] XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...] § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

[...] II – debates, audiências e consultas públicas;

[...] Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

⁵¹ BRASIL. *Resolução 1/86 do CONAMA*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

⁵² BRASIL. *Resolução 9/86 do CONAMA*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 17 ago. 2008.

⁵³ Art. 11. Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do órgão estadual de controle ambiental correspondente, inclusive durante o período de análise técnica.

[...] § 2º Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.

Câmara dos Deputados, a realizarem audiências públicas com entidades da sociedade civil. No que diz respeito ao Senado Federal, além do artigo 90, II, do seu Regimento Interno⁵⁴, que repete a redação do texto constitucional, o que nos interessa neste momento é o artigo 93 que, nos seus dois incisos, explicita a finalidade do instituto, afirmando que ele será realizado pela comissão para: instruir matéria sob sua apreciação e tratar de assunto de interesse público relevante. Isto posto, a audiência pública nas comissões do Senado servem tanto para possibilitar o debate de assunto relevante e de interesse coletivo, como para complementar, a partir da comunidade, o conhecimento dos senadores acerca da questão em votação.

No Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁵⁵ a audiência pública mereceu uma atenção mais detalhada. Aqui, os artigos 21-A, VII, acrescido pela Resolução nº 19, de 2001, 24 e 36 atribuem a órgãos da Câmara, especificamente à Ouvidoria Parlamentar, à Comissão Permanente e à Comissão Parlamentar de Inquérito, respectivamente, a competência de realizar audiência pública com a sociedade civil, com o que dão cumprimento e regulamentam o dispositivo constitucional antes mencionado. Mas é no Título VIII do Regimento Interno, que trata da Participação da Sociedade Civil, de onde se extraem os aspectos mais interessantes acerca do assunto. No que diz respeito à finalidade, o artigo 255 dispõe que a audiência pública servirá para “instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada”.

A partir das audiências públicas analisadas, é possível apontar as seguintes finalidades para tal instituto: a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público. Apesar de se ter constatado a prevalência de uma ou duas destas finalidades em cada uma das audiências públicas referidas, na maioria delas é possível visualizar todas as quatro finalidades, em maior ou menor grau de intensidade, que é exatamente o que as diferencia.

Quando se dirige o olhar para a audiência pública jurisdicional, surge, ao menos de acordo com o texto legal, ainda uma quinta finalidade, que, de certa maneira, não deixa de ser uma variação da quarta. A audiência pública objeto do presente trabalho, segundo as Leis nº

⁵⁴ BRASIL. *Regimento Interno do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

⁵⁵ BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

9.868 e 9.882, serve para dar “aporte de conhecimento”⁵⁶ técnico⁵⁷ aos Ministros do STF, de modo a facilitar o julgamento da demanda. Neste caso, o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, também se dedica a colher informações da comunidade, contudo a lei delimita esta colheita à oitiva de “pessoas com experiência e autoridade na matéria”. A finalidade prevista legalmente para a audiência pública jurisdicional, portanto, é colher informações de pessoas com experiência e autoridade na matéria com o intuito de que forneçam informações técnicas relacionadas ao objeto do processo, contribuindo, com isso, para o julgamento, já que os julgadores serão supridos de informações especializadas que desconhecem.

Também esta finalidade, a quinta, pode ser encontrada em alguma das outras espécies de audiência pública, mesmo que isto não conste explicitado no texto legal que as regulamenta. O Poder Legislativo, o Executivo e o Ministério Público, por exemplo, frequentemente convocam audiências públicas para ouvir especialistas⁵⁸. Da mesma forma, a publicidade, o controle e o informar e colher informações da comunidade em geral são ou poderão ser finalidades da audiência pública presente nos processos jurisdicionais de ADIn, ADC e ADPF. Tudo vai depender da forma como ela estiver sendo ou for realizada. Isto porque é evidente que o simples texto legal não afasta o efeito prático decorrente da forma como efetivamente for concretizada a audiência pública jurisdicional.

⁵⁶ Expressão usada pela própria Ministra Ellen Gracie: GRACIE, Ellen. *Audiência pública realizada para instruir a ADIn nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral, na condição de presidente do STF, dando início à primeira audiência pública realizada no STF. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

⁵⁷ Definir conhecimento técnico ou especializado não é uma atividade fácil. De um modo geral, trata-se do conhecimento próprio de uma área específica do conhecimento humano.

⁵⁸ São exemplos recentes desta prática as notícias que seguem. Quanto ao *Poder Legislativo*: a) audiência pública realizada no dia 26 de maio de 2008 na Câmara Legislativa do Distrito Federal para a oitiva de especialistas no combate à violência contra crianças e adolescentes (*Audiência Pública na CLDF reúne especialistas no combate à violência contra crianças e adolescentes*. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=461&Itemid=177>. Acesso em: 01 set. 2008); b) deputados federais da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática requereram no dia 08 de agosto de 2008 a realização de audiência pública para a discussão do Projeto de Lei dos Crimes Cibernéticos “com a ampla participação de organizações representativas da sociedade civil, acadêmicos e especialistas independentes”, reforçando “o caráter democrático do processo legislativo, que pressupõe ampla participação de todos os setores da sociedade nas discussões” (*PL Crimes Cibernéticos: Deputados requerem audiência pública* Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/08/09/pl-crimes-ciberneticos-deputados-requirem-audiencia-publica/>>. Acesso em: 01 set. 2008). Quanto ao *Poder Executivo*: O Ministério da Justiça promoveu audiência pública no dia 31 de julho de 2008 para discutir a violação dos direitos humanos na época da ditadura. Foram ouvidos representantes dos perseguidos políticos, mas também especialistas nas mais diversas áreas. (LABOISSIÈRE, Paula. *Especialistas divergem se crimes cometidos no regime militar prescreveram*. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/07/31/materia.2008-07-31.2091478191/view>>. Acesso em: 01 set. 2008). Quanto ao *Ministério Público*: A 2ª Promotoria de Justiça da Cidadania do Ministério Público realizou em julho de 2008 “audiência pública para discutir o Sistema Público de Transportes do Rio de Janeiro e o processo de licitação das linhas que está sendo realizado pela prefeitura”, com a participação de vários especialistas. (*MP promove audiência pública sobre licitação de linhas de ônibus*. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/extra/2008/07/10/e100713627.html>>. Acesso em: 01 set. 2008).

Pela recente experiência prática das audiências públicas realizadas até o presente momento (dezembro/2008) é possível confirmar que ela acaba por dar publicidade⁵⁹ à matéria a ser julgada e por fomentar uma espécie de fiscalização ou controle público⁶⁰, não formal obviamente, com relação à formação do ato jurisdicional. Assim como, exatamente em razão de referida publicidade, ser responsável por repassar para a comunidade uma grande quantidade de informações a respeito das questões em julgamento. Mas e quanto a quarta e quinta finalidades, relativas, respectivamente, à colheita de informações da comunidade de um modo geral e à colheita de informações da comunidade científica em específico?

Que a quarta e a quinta finalidade são semelhantes já foi dito. Mas tal semelhança, importante ressaltar, não se limita ao fato de que ambas se prestam à oitiva da comunidade. Estas duas finalidades da audiência pública são semelhantes também no sentido de que a colheita de informações junto à comunidade visa a facilitar o julgamento da demanda. O que acontece, entretanto, é que a primeira visa a facilitar o julgamento da demanda no sentido de torná-la mais próxima dos interesses comunitários; enquanto que a segunda assim o faz no sentido de acrescentar informações técnicas e especializadas indispensáveis e desconhecidas dos julgadores. Daí a importância de analisar caso a caso cada audiência pública jurisdicional até então realizada, pois unicamente desta forma será possível constatar qual a finalidade a que o instituto, na sua concretização pragmática, tenha se prestado no que diz respeito ao diálogo com a comunidade: se foi a finalidade de ouvir a comunidade, científica ou não, no intuito de que o julgamento melhor atenda aos seus interesses; ou de ouvir apenas a comunidade científica, para o fim de que esta forneça elementos técnicos indispensáveis à compreensão dos julgadores acerca do assunto.

Para este propósito, não basta identificar se foram aceitos como participantes da audiência pública somente pessoas com experiência e autoridade na matéria. É necessário desvendar ainda se a argumentação destes sujeitos teve que se restringir a aspectos estritamente técnicos e, portanto, serviu para o único escopo de suprir os julgadores dos conhecimentos que lhes faltavam, ou se a argumentação pode se estender a questões adstritas ao que seja do interesse coletivo e comunitário, no que estão incluídas as argumentações de

⁵⁹ A publicização e o suporte de informação à comunidade são evidentes, ao menos enquanto o Poder Judiciário puder contar com o apoio da imprensa, destacadamente com as transmissões ao vivo pela TV Justiça. Todas as audiências públicas foram transmitidas ao vivo pela TV Justiça e por rádio e receberam ampla divulgação da mídia em geral. Duas delas (ADin 3.510 e ADPF 101) inclusive estão disponíveis, em sua integralidade, no sítio da TV Justiça (<www.tvjustica.gov.br>. Ver “central de download”).

⁶⁰ Não devemos ser ingênuos e pressupor que os Ministros do STF, assim como qualquer julgador, não sofrem pressão de natureza psicológica, por exemplo, em razão de manifestações populares e da imprensa. Controle este que, porém, não poderá desprezar a garantia constitucional da independência dos juízes, prevista nos artigos 2º e 5º, XXXV e XXXVII, da Constituição Federal.

cunho religioso, os relatos de pessoas que viveram experiências relacionadas com o objeto da causa, etc. Afinal, a mera *admissão* de argumentos de cunho não-técnico é sinal de que a finalidade da audiência pública foi (também) no sentido de colher informações sobre os interesses da comunidade, não obstante isto tenha sido feito – equivocadamente ou não – exclusivamente através de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Importante observar que o máximo que se pode constatar quanto a este segundo aspecto diz respeito à existência ou não de *autorização*, dada pelos Ministros relatores dos processos, para que fossem expostos argumentos não estritamente técnicos. Isto porque, como dito anteriormente (1.1), da análise da fala dos expositores pouco se pode afirmar com segurança no que se refere à sua natureza, haja vista que ou a separação entre questões técnicas e não-técnicas – lembrar dos dualismos metafísicos!⁶¹ – não existe ou o limiar entre elas não é necessariamente tão claro. Ademais, mesmo no caso de ter sido identificado o tecnicismo do discurso, isto nada garante quanto à sua neutralidade, pois que a linguagem sempre é composta por interesses oriundos da própria humanidade (*contextualidade/dasein*) do emissor. Assim, o máximo de fiscalização e controle possível diz respeito à qualificação dos sujeitos *admitidos* a participar – especialistas e/ou leigos – e aos argumentos *admitidos* a serem expostos – técnicos e/ou não-técnicos –, mas jamais ao discurso de que efetivamente se utilizaram: se técnico ou não, se interessado ou não (desinteressado).

Limitar a participação na audiência pública apenas a pessoas com experiência e autoridade na matéria não é suficiente, de modo absoluto, a eliminar intervenções e argumentações de cunho sentimental e religioso, por exemplo, e que sejam representativas de interesses. Assim como acontece com a simples limitação quanto aos argumentos, que é ineficaz em evitar que os argumentos vedados – e com ele conteúdos não-técnicos e interessados – efetivamente não sejam utilizados. De qualquer modo, a simples existência de tais restrições faz prova acerca do intuito do relator do processo: usufruir das audiências públicas em proveito exclusivo do seu exercício funcional, sem preocupar-se com o interesse comunitário. Neste caso, eventuais informações não-técnicas e que sejam representativas – explícita ou implicitamente – de interesses do grupo que representam, possivelmente pouco serão consideradas, visto não dizerem respeito ao intento dos julgadores.

Por este motivo e perante esta situação, que diz respeito à comunicação humana e à permissibilidade de uma maior ou menor intervenção comunitária nas audiências públicas, é

⁶¹ A partir disso, importa esclarecer que a referência a argumentos técnicos e não-técnicos ou a comunidade científica e não-científica, por exemplo, quer dizer *majoritariamente* técnico/científico e *majoritariamente* não-técnico/não-científico.

possível vislumbrar duas alternativas: a) ou se autoriza que toda a comunidade dela participe (comunidade científica e não-científica), pois a nenhum grupo, por maior reconhecimento técnico (ou outro critério) que tenha, é dado representar os interesses de uma totalidade, assim como nenhum grupo é merecedor, num sistema democrático (ou simplesmente não-oligárquico), de um tratamento tão privilegiado e distinto daquele que é dado aos outros grupos de interesses; b) ou previamente se define quais os interesses comunitários que serão admitidos a participar, em razão de prestarem uma contrapartida de grande utilidade para os receptores da comunicação; no caso, fornecerão informações técnicas de que os julgadores não dispõem e que são indispensáveis ao julgamento.

Com efeito, a questão é saber, no plano do *dever-ser*, se a limitação prevista em lei, de que a audiência se presta a ouvir especialistas, tem se confirmado na prática. E, mais, em se confirmando a limitação aos especialistas, se também os argumentos por eles apresentados na audiência pública *devem* estar adstritos a aspectos técnicos e especializados. Nestes casos, será possível afirmar que a audiência pública jurisdicional realmente não atende à quarta finalidade, mas apenas à quinta, cumprindo o que está previsto nas Leis nºs 9.868 e 9.882.

A começar pela primeira audiência pública da história do STF, realizada no dia 20 de abril de 2007, relativa à ADin 3.510, em que foi discutida a possibilidade de serem realizadas pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.⁶² Nesta audiência apenas foram admitidos a participar especialistas nas áreas relacionadas com a matéria objeto do processo, tais como médicos, biólogos, geneticistas, farmacêuticos, biofísicos, neurocientistas e antropólogos⁶³. A própria representação, na audiência pública, de *amicus curiae* de interesse não científico, como é o caso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, se fez através de especialistas, tanto que referida confederação indicou o médico e professor Rodolfo Acatauassú Nunes. A partir disso é possível afirmar que a finalidade de permitir, através da audiência, a intervenção da comunidade, de um modo geral, e não apenas de parte dela, não foi atendida. Esta constatação, porém, como dito recentemente, não é suficiente. Indispensável é a análise a respeito da argumentação para o fim de constatar se, não obstante a restrição a que apenas técnicos pudessem participar da audiência, a matéria admitida na

⁶² A ação direta de inconstitucionalidade em questão foi julgada improcedente, por maioria, em decisão publicada no dia 20 de junho de 2008. Maiores informações a respeito de decisões proferidas neste ou nos outros dois processos, consultar o sítio do STF (<www.stf.gov.br>) em “Acompanhamento processual”.

⁶³ A intervenção de especialistas na área da antropologia apenas foi admitida porque a discussão ética se faz presente quando se trata de apurar se determinada pesquisa científica deve ser autorizada ou não, ainda mais quando se fala de pesquisa com embriões humanos. O Ministro Carlos Britto, quando da presidência da audiência, manifesta-se explicitamente quanto ao cabimento das argumentações de cunho ético (ver citação direta na página seguinte).

discussão pode ou não transbordar os limites do cientificismo, adentrando na discussão dos interesses comunitários.

O relator do processo, além de vedar qualquer argumentação que ultrapassasse a técnica, também delimitou as exposições às questões técnicas relativas ao objeto do processo. E a quase integralidade das falas ficou limitada a questões de ordem técnica relacionadas ao assunto das células-tronco embrionárias. Foram definidos e explicados os vários processos e fases concernentes à formação da vida, desde a concepção até o nascimento da criança, bem como foi discutida a utilização das células-tronco adultas e embrionárias, dentre outros tantos conteúdos eminentemente científicos. Poucas questões de outra ordem foram levadas à discussão, ao menos em termos de uma análise mais superficial. Mas elas existiram.

Na verdade, há inúmeras situações em que, como comentado acima, há extrema dificuldade na identificação da natureza argumentativa, se técnica ou não. Noutras situações, é difícil definir se a argumentação, embora técnica, se encontra vinculada ao tema e, portanto, autorizada a ser exposta. O Ministro relator, Carlos Britto, interveio por inúmeras vezes durante as exposições para o fim de resguardar que as colocações não extrapolassem os limites legais a elas impostos. Em determinada ocasião, salientou que não eram cabíveis discussões de qualquer natureza jurídica, pois que estas têm momento oportuno para acontecer, a audiência de julgamento, quando autorizada a realização de sustentação oral⁶⁴. Em outro momento salientou que a questão ética seria admitida, mas apenas porque

a própria lei de biossegurança tem um componente ético. Leva em consideração valores que se situam no campo da ética. É o § 2º do art. 5º [...]. Ou seja, a lei contém um relato, um comando condicionando pesquisas à aprovação dos respectivos comitês de ética, então, a ética é também uma área, um setor, é uma ordem de conhecimentos que nos serve como uma pauta, um molde, um paradigma de equacionamento desta questão que estamos a debater.⁶⁵

De todo modo, a ordem era para que se restringissem as exposições apenas a questões técnico-científicas adstritas ao objeto do processo, justificando-se a permissibilidade da argumentação de natureza ética no fato de que ela explícita e, inclusive, legalmente está relacionada ao tema. Entretanto, argumentos como o do Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes no

⁶⁴ Cabe, segundo o Ministro, “Louvar nos expositores este apego fiel e restrito ao tema da exposição sem descambar, por exemplo, para a área jurídica porque não é o momento de se falar juridicamente. Há uma audiência para isso, em que possível a realização de sustentação oral.” BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

⁶⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (na “central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

sentido de que “não é compreensível, do ponto de vista ético, mesmo em nome do progresso e da ciência, envolver o ser humano em uma pesquisa que irá inviabilizar a sua vida”⁶⁶ são de ordem ética ou religiosa? A antropóloga Débora Diniz, aliás, explicando que sua tese analisaria as questões éticas relacionadas à ADin porque, nos últimos tempos, direito e ética seriam dois assuntos que teriam se aproximado, afirmou que, para facilitar o diálogo, partiria do “marco constitucional com os princípios constitucionais que correspondem a nossa ética compartilhada”⁶⁷. Ora, falar em ética compartilhada é falar em interesse comunitário.⁶⁸ Ou não? Da mesma forma, de que modo tratar o apelo sentimental feito por Rogério Pazetti que disse que o filho de apenas seis semanas de gestão que ele e sua esposa tinham perdido não era apenas um conjunto de células (que é como o outro grupo, favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias, estaria, segundo ele, definindo o embrião)? Ou a manifestação bastante agressiva e revoltada de Antonio José Eça que defendeu que o dinheiro público deve ser gasto com saneamento básico e não com pesquisas que se utilizam de vida humana?⁶⁹

Seguramente a questão não é de fácil classificação. Contudo, como recém salientado, a análise deve ser feita tão-somente na lógica do *dever-ser*. É isto o que importa. Até pela impossibilidade de um controle efetivo quanto à natureza e outras particularidades dos argumentos quando de uma análise a partir do *ser*. Sendo desta forma, é possível concluir que,

⁶⁶ *Mestre e doutor em cirurgia geral pela UFRJ fala sobre o início da vida humana e prática médica*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229827&tip=UN¶m=>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

⁶⁷ DINIZ, Débora. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública de que participou na condição de defensora do grupo contrário à ADin e favorável à pesquisa com células-tronco. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

⁶⁸ Constituição, para a teoria comunitária, é sinônimo de interesse comunitário (ver 2.5). Konrad Hesse, autor de muita influência no constitucionalismo até hoje muito presente, defende a força normativa da Constituição no sentido de ser ela orientadora e produtora de comportamentos, para o que, porém, não chega a negar totalmente a teoria de Ferdinand Lassalle, segundo quem as leis, de um modo geral, e a Constituição, em específico, são representativas dos fatores reais de poder, conforme configurados no meio social. Apesar de eu não concordar totalmente com Lassalle, por ele falar, em vários momentos da sua obra, nos fatores reais de poder apenas sob um aspecto negativo, o posicionamento dele é extremamente realista, tanto que, no meu entender, foi mais resgatado do que refutado por Hesse. De qualquer modo, a partir da obra de Hesse, é possível afirmar que a Constituição é instituída pelos interesses da população (ética compartilhada), mas também é instituinte destes mesmos interesses, na forma de condutas e comportamentos. Ver a respeito: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991; LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Valéria Nascimento e Bolzan de Moraes apresentam, sucintamente, algumas concepções acerca da Constituição, dentre elas a da Constituição como um acontecer cultural, oriunda de Pablo Lucas Verdú. NASCIMENTO, Valéria Ribas do; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A cidadania e a Constituição. Uma necessária relação simbólica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 175, p. 163-174, jul.-set. 2007. Os conceitos de instituinte e instituído vêm da análise institucional. Observar que o estudo a respeito deles é bastante complexo e controvertido, diferente da forma simples como foram utilizados acima. Sobre o assunto, por exemplo: BAREMBLITT, Gregorio. *Compendio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. 5.ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002.

⁶⁹ Todos estes dados foram retirados dos vídeos da audiência pública realizada para instruir a ADin 3.510, disponíveis no sítio <www.tvjustica.gov.br>. Consultar na “central de download”. São um total de 16 vídeos com um média de trinta (30) minutos cada.

na primeira audiência pública da história do STF, tanto não foi admitida a intervenção/participação da comunidade, de um modo geral, como a argumentação foi fiscalizada quando da sua exposição. O limite imposto, por não permitir a presença de todos os interesses comunitários relacionados ao processo, seja na voz da própria comunidade leiga, seja na voz de especialistas que os utilizassem no seu discurso, fez com que esta primeira audiência pública não tenha atendido à quarta finalidade, mas apenas à quinta. A audiência pública realizada para instruir a ADin 3.510 foi fiel ao texto legal das Leis n^os 9.869 e 9.882.

Tanto pelo que se extrai da manifestação dos Ministros que dela participaram como pela fala dos representantes das partes ou entidades civis admitidas a dela participar, a finalidade única e exclusiva foi a de colher informações de especialistas para o fim de instruir os magistrados para o futuro julgamento. O Ministro relator da demanda, fazendo prova do que recém afirmado, comentou, em meio à audiência, que ele e outros Ministros, no intervalo entre os turnos da manhã e tarde da audiência pública, teriam se apercebido do horizonte que estava se abrindo para eles a partir da exposição dos especialistas. Afirmou ele que a contribuição dos especialistas salta aos olhos, sem a qual ele e os demais julgadores não teriam condições de proferir uma decisão assim permeada de tantas contribuições científicas.⁷⁰ Não importa, para o presente momento, que os argumentos apresentados tenham sido de natureza eminentemente técnico-científica, o que, de forma pura e absoluta, como já dito, não é possível, ou de cunho moral, religioso ou ético. O que realmente importa é que apenas pessoas com experiência e autoridade na matéria foram *admitidas* a participar, assim como não foi *admitida* argumentação não-técnica. A finalidade, portanto, de ouvir a comunidade leiga ou os argumentos – não-técnicos – que lhe digam respeito, o que, segundo procedimento típico de outras espécies de audiência pública, serve para melhor instruir o administrador quando da tomada de decisão, de modo a que consiga atender aos interesses comunitários, não foi observada pela audiência realizada na ADin 3.510.

⁷⁰ O Ministro relator Carlos Ayres Britto, falando aos especialistas, comentando sobre conversa que teve com outros quatro Ministros: “Estamos a acolher, num só dia, informações que certamente não teríamos por nossa conta própria durante uma vida inteira. E os senhores não avaliam que horizonte se nos abrem para nós da área jurídica no plano da interpretação dos dispositivos a partir da contribuição dos senhores, um mundo que se abre, um universo que se descortina. O papel do jurista, principalmente o magistrado, é desvendar o mistério, o enigma das palavras com que o direito trabalha. E muitas vezes temos que abrir a janela do direito para o mundo circundante porque o preciso sentido ou significado desta ou daquela expressão ou vocábulo jurídico está exatamente neste mundo circundante. E quando se trata de biossegurança é evidente que o direito passa a manter com ciências médicas e biológicas um relacionamento muito mais íntimo. [...] Aceitem a nossa homenagem, o nosso reconhecimento porque a contribuição de todos para o deslinde desta questão salta aos olhos. Não teríamos absolutamente condições de proferir uma decisão assim permeada de tantas contribuições científicas, senão a partir da coleta, das experiências, dos estudos e do talento de todos os senhores.” (transcrição aproximada). BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin n^o 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

Situação semelhante, mas de certo modo diferente, é a da audiência pública da ADPF 101, a segunda do STF, realizada em 27 de junho de 2008. O objeto da ADPF é a importação de pneus usados pelo Brasil. Sua semelhança para com a audiência realizada na ADin 3.510 está no fato de que apenas pessoas com experiência e autoridade no assunto relativo à demanda foram admitidos a participar da audiência pública: estudiosos em direito ambiental, administração, relações internacionais e profissionais experientes destas mesmas áreas, do que são exemplos dois Ministros de Estado e um ex-secretário de governo estadual. A decisão da Ministra Relatora Carmen Lúcia inclusive foi explícita neste sentido em decisão proferida nos autos do processo e publicada no dia 20 de junho de 2008.⁷¹ Também quanto à argumentação levada a debate há semelhança para com a audiência anterior, uma vez que os participantes da audiência pública se limitaram a falar sobre questões de natureza eminentemente técnicas, seja técnico-ambientais, técnico-financeiras, técnico-internacionais, etc. As exposições, assim, se limitaram a aspectos relacionados aos pneus, a relações de emprego⁷², a relação internacional entre os países e aos prejuízos ou vantagens no que diz respeito ao meio ambiente e à saúde⁷³, dentre outros.

A diferença, porém, está no fato de que um dos posicionamentos, o dos favoráveis à importação de pneus usados, foi representado por um grupo bastante definido e restrito da comunidade brasileira: as sociedades empresárias do ramo de remoldagem de pneumáticos e as suas respectivas associações. Esta situação evidencia o que antes já afirmado, no sentido de que mesmo quando os argumentos apresentados são todos de natureza estritamente técnica se está diante a defesa de interesses de grupos comunitários.

⁷¹ A Ministra Carmen Lúcia, em decisão publicada no dia 20 de junho de 2008, justificou a realização de audiência pública e já determinou a forma de seu processamento: “O número de requerimentos de comparecimento a esta Arguição na condição de *amicus curiae* é demonstrativo da repercussão social, econômica e jurídica tocados pela matéria discutida nesta Arguição. Também não se há desconhecer que questões técnicas sobre a importação dos pneus e a forma de tal providência ser adotada ou afastada, nos termos da legislação vigente, impõe, para maior compreensão das questões postas, audiência de especialistas. Por isso, determino a realização de audiência pública, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99, a ocorrer no dia 27 de junho de 2008, na Sala de Sessões da 1ª Turma, das 10:00 às 12:00 horas e das 14:00 às 16:00 horas, na forma assim designada: Os *amici curiae* admitidos e que manifestarem interesse em indicar especialistas para participar da audiência pública deverão fazê-lo pelo endereço eletrônico adpf101@stf.gov.br, até o dia 20.6.2008, consignando a tese que defendem [...]”. Maiores informações, consultar o sítio do STF (<www.stf.gov.br>) em “Acompanhamento processual”.

⁷² Segundo o ex-secretário de Estado da Indústria e Comércio do Paraná Francisco Simeão Rodrigues Neto, “uma decisão contrária às empresas que reformam pneus usados acabará com 18 mil postos de trabalho diretos”. Já o secretário do Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Welber Barral, afirmou o contrário. Para ele, “a importação, além de gerar concorrência desleal, ainda é causa de desemprego no país”. *Audiência pública debate importação de pneus usados*. Disponível em: <http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id_noticias=7582>. Acesso em: 22 ago. 2008.

⁷³ Para o representante do Ministério da Saúde Haroldo Bezerra “um tipo asiático de dengue muito provavelmente foi introduzido no Brasil por meio da importação de pneus usados.” *Audiência pública debate importação de pneus usados*. Disponível em: <http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id_noticias=7582>. Acesso em: 22 ago. 2008.

A quarta finalidade também não foi atendida na presente audiência pública, mas apenas a quinta, uma vez que somente especialistas foram admitidos a intervir e, ainda, para falar apenas de questões estritamente técnicas, o que, antecipando futuras críticas, acabou por prejudicar inúmeros grupos comunitários que não puderam se fazer representar, já que indispensável a figura do especialista. Sob a crença falaciosa de que a restrição dos participantes e das suas falas a técnicos e a tecnicismos se obterá um discurso de neutralidade, a partir do que será possível a simples colheita de informações para instruir o convencimento dos julgadores e o futuro julgamento, se está prejudicando parcela da comunidade com interesse na demanda, dando-lhe tratamento diferenciado daquele dado aos outros grupos, os quais bem puderam indicar especialistas que o representassem.

Por fim, cumpre analisar as últimas quatro audiências públicas ou quatro sessões de uma única audiência pública realizadas pelo STF, todas nos autos da ADPF 54, processo este que tem por objeto a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos. As sessões foram realizadas nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro de 2008. A audiência, presidida pelo Ministro relator do processo, o Ministro Marco Aurélio Mello, teve um procedimento tão diferenciado, comparativamente às duas anteriores, que a própria finalidade do instituto, conforme ali utilizado, foi totalmente outra. O procedimento, em específico, será analisado logo na seqüência, cabe, agora, definir a finalidade da audiência pública realizada nos autos da ADPF em questão.

De princípio, a previsão era de que a audiência pública fosse realizada em três dias e sessões diferentes, uma para cada um dos blocos de participantes: blocos religioso, comunitário e científico. Em razão da quantidade de participantes e da necessidade de alteração da data da última das sessões, esta previsão inicial foi modificada, quando, então, acabaram sendo feitas quatro sessões.⁷⁴ De qualquer modo, foi mantida a abertura e pluralidade inicialmente propostas, o que oportunizou que um grande número de interesses envolvidos na questão objeto do processo fossem ouvidos. A necessidade de possibilitar uma discussão mais ampla, que abrangesse a comunidade como um todo, foi justificada pelo Ministro relator, no ano de 2004, na decisão que determinou a realização da audiência pública, quando afirmou que a questão desaguava em questionamentos múltiplos⁷⁵. Tamanha

⁷⁴ Informações prestadas pelo Ministro relator na segunda sessão da audiência pública. A gravação das quatro sessões da audiência pública relativa à ADPF 54 foi obtida pessoalmente junto à TV Justiça em Brasília.

⁷⁵ Nesse sentido foi a decisão do Ministro Marco Aurélio publicada em 05 out. 2004 (<www.stf.gov.br// "Acompanhamento processual"): "A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999."

amplitude deu origem, inclusive, a críticas e questionamentos dirigidos ao Ministro Marco Aurélio no que diz respeito à intervenção de entidades religiosas no debate:

Questionado por que, sendo o Brasil um Estado laico, estavam sendo ouvidas, também, entidades religiosas na audiência pública, ele disse que o Brasil é um Estado laico, sim, e ponderou: “Mas nós precisamos perceber que vivemos em sociedade. E os anseios da sociedade não podem ser simplesmente colocados em segundo plano. Eles são considerados. A visão do juiz é uma visão global, uma visão do conjunto”.⁷⁶

Da primeira sessão participaram os representantes das seguintes entidades, a maioria religiosa: CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), Igreja Universal do Reino de Deus, Associação Pró-Vida e Pró-Família, Católicas pelo Direito de Decidir e Associação Médico-Espírita do Brasil. Nas outras três sessões foram ouvidas entidades profissionais e científicas, como o Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, dentre outras, assim como representantes da comunidade leiga – se é que se pode dizer assim – de um modo geral. Neste último grupo foram ouvidos o Ministro da Saúde⁷⁷, dois deputados federais (um contrário e outro favorável à antecipação terapêutica), e associações representantes de interesses sociais e comunitários das quais são exemplos: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto, Escola de Gente, Associação para o Desenvolvimento da Família, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

O mais interessante é constatar que todas as entidades não-científicas, tanto as religiosas como as comunitárias, puderam fazer uso de especialistas para que estes justificassem tecnicamente a tese defendida pelo grupo, assim como puderam se fazer presente através de seus próprios padres e bispos⁷⁸, bem como através dos integrantes da

⁷⁶ *Ministro Marco Aurélio prevê que ADPF sobre anencefalia deve ser julgada até novembro.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94998&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 nov. 2008. Em outro momento o Ministro ainda disse que “no embate entre ciência e entidades religiosas, fica “no meio termo”.” *STF inicia discussões sobre aborto de anencéfalos.* Disponível em: <<http://www.cristianismohoje.com.br/artigo.php?artigoId=35165>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

⁷⁷ Na verdade, o Ministro da Saúde José Gomes Temporão foi admitido a participar da audiência pública sob a justificativa de que “a um só tempo, integra o corpo mais elevado da Administração Pública e se qualifica como profissional da medicina de ponta”. Ver decisão publicada em 05 set. 2008 (<www.stf.gov.br/>/ “Acompanhamento processual”). De qualquer forma, como integrante do governo federal que é, prevalece a condição de representante da comunidade.

⁷⁸ Um dos representantes da CNBB foi o padre Luiz Antônio Bento. O outro foi o Dr. Paulo Silveira Martins Leão Junior, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Presidente da União dos Juristas Católicos da Arquidiocese do Rio de Janeiro. O representante da Igreja Universal do Reino de Deus, por sua vez, foi o bispo Carlos Macedo de Oliveira. Ver: *STF ouve especialistas sobre antecipação de parto por anencefalia.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94943&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 nov. 2008. Informações complementares extraídas da própria audiência pública.

comunidade leiga, ou seja, de pessoas não especializadas tecnicamente no assunto. Exemplo máximo disso são as cartas⁷⁹ e os vídeos⁸⁰, contando a história de pessoas da comunidade que tenham vivido a experiência da gestação de fetos com anencefalia, que foram lidas e exibidos, respectivamente. Também foi apresentado vídeo com bebê supostamente portador de anencefalia, de modo a fazer prova da possibilidade de sobrevivência⁸¹. Além disso, um dos casais exibidos num dos filmes e que estava presente na sessão da audiência foi convidado, pelo próprio Ministro relator, a falar pessoalmente sobre o assunto. Michele G. de Almeida e seu esposo foram encaminhados ao púlpito, como foi feito com todos os participantes da audiência, e de lá deram os seus depoimentos sobre o ocorrido, principalmente sobre o que sentiram durante todo o processo, da gestação à antecipação do parto.

Sendo desse modo, evidente constatar que a terceira audiência pública da história do STF tanto não limitou a possibilidade de participação aos especialistas, como também não limitou a argumentação cabível, coisa que, como já referido por várias vezes, sequer é possível de modo absoluto. Não foi feita qualquer exigência para a admissão dos participantes, com a única ressalva de que fosse demonstrado algum tipo de interesse na questão e um mínimo de representatividade, nem impostos limites quanto à argumentação, que invadiu áreas as mais diversas: questões de cunho científico, religioso, humanístico, psicológico, antropológico, social, relativas a políticas públicas, direito comparado, princípios constitucionais, etc.

Assim, o Ministro relator ampliou a discussão, permitindo que todos os interesses existentes na comunidade relacionados ao assunto, tanto os interesses de cunho religioso, como científico, e até mesmo aqueles simplesmente sociais ou, dito de outro modo,

⁷⁹ No primeiro dia de audiência (26 de agosto), a representante da entidade Católicas pelo Direito de Decidir, Maria José F. R. Nunes, leu carta de uma mulher que viveu a experiência de gestante de um feto anencéfalo. Na carta a mulher cobra dos Ministros do STF o julgamento favorável à ADPF. Ver: *ONG “Católicas pelo Direito de Decidir” defende o direito de interrupção da gravidez em caso de anencefalia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94959&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 nov. 2008. Informações complementares extraídas da própria audiência pública.

⁸⁰ No terceiro dia de audiência (04 de setembro), a representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Lia Zanotta Machado, apresentou vídeos com o depoimento de 2 mulheres, acompanhadas dos seus companheiros. Ambas foram beneficiadas pela liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF em questão e puderam antecipar seus partos. No quarto dia de audiência (16 de setembro), a médica Elizabeth Kipmann Cerqueira, indicada pelo então Procurador-Geral da República Dr. Cláudio Fonteles, apresentou três vídeos. O primeiro com o depoimento de uma mãe que disse ter se arrependido de ter antecipado o parto em razão do diagnóstico de anencefalia do feto. O segundo, de uma mãe, gestante de um anencéfalo, que afirma estar “curtindo” a gestação e que a levará até o fim. Por fim, o vídeo da mãe de Marcela, a criança diagnosticada com anencefalia e que viveu mais de ano e meio. Informações extraídas da própria audiência pública e de decisões proferidas no processo.

⁸¹ No segundo dia de audiência (28 de agosto), a representante do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida, Lenise Aparecida Garcia, mostrou imagens de Marcela, bebê que viveu mais de ano e meio e que foi diagnosticada como anencéfala. Apesar das divergências acerca do diagnóstico, é pacífico que a menina teve sérios problemas na formação do tubo neural. Informação extraída da própria audiência pública.

humanísticos, pudessem se corporificar e, com isso, melhor simbolizar a realidade de interesses, que é o que se pretende defender em julgamentos como o de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito federal, uma vez que almejam proteger e uniformizar⁸² a interpretação constitucional. E este entendimento foi inclusive explicitado em manifestação do próprio Ministro relator do processo: “Essa reflexão, ouvindo-se segmentos da sociedade, levará o STF a definir o real alcance de nossa Constituição Federal de 1988. Reputo [essa audiência pública] da maior importância para termos a segurança jurídica e um avanço no campo cultural”⁸³.

A partir das considerações supra, é possível afirmar que a audiência pública realizada nos autos da ADPF 54 atendeu à quarta finalidade antes comentada, na medida em que foi admitida que toda a comunidade dela participasse. Referida audiência se configurou como significativamente pública e plural. A audiência pública coordenada e presidida pelo Ministro Marco Aurélio atendeu a finalidades que ultrapassam a finalidade explicitamente prevista nas Leis nºs 9.868 e 9.882, fazendo prova de que é possível tornar-se um instrumento mais adequado aos interesses comunitários e, conseqüentemente, constitucionais – no sentido dado por Ferdinand Lassalle, sem que isto implique interpretar os fatores reais como algo exclusivamente pejorativo (de dominação).

O aporte de conhecimento majoritariamente técnico foi a finalidade primordial das audiências jurisdicionais realizadas para instruir a ADIn 3.510 e a ADPF 101, o que pode ser constatado da relação dos indivíduos que foram convidados a delas participar e do próprio teor de suas exposições⁸⁴. Sem falar das manifestações orais ou por escrito dos Ministros: oral, no momento da audiência pública, no caso do(a) Ministro(a) que presidia o STF nas datas das audiências ou dos relatores das demandas; por escrito, no caso dos votos proferidos no julgamento da ADIn 3.510. É unânime o entendimento de que a audiência pública foi realizada com o fim exclusivo de suprir os Ministros de conhecimentos técnicos indispensáveis à causa, o que, por si só, configura significativo avanço nas técnicas

⁸² A uniformização, por si só, abre margem a um conflituoso debate, seja no que diz respeito à sua viabilidade, seja quanto à problemática relativa ao direito e ao processo civil brasileiros, oriundos da tradição do *civil law*.

⁸³ *Termina primeiro dia da audiência pública que discute a antecipação de parto em caso de malformação cerebral*. Acesso em: 08 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94958&caixaBusca=N>>.

⁸⁴ A listagem com a relação dos sujeitos, devidamente qualificados, que participaram das audiências públicas está disponível nas inúmeras notícias relacionadas com o assunto da audiência pública no sítio do STF (<www.stf.gov.br>) e nos vídeos das audiências realizadas nos autos da ADIn 3.510 e da ADPF 101, que podem ser acessados pelo link “Central de Downloads” do sítio da TV Justiça (<www.tvjustica.gov.br>). Como já dito, a gravação das quatro sessões da audiência pública relativa à ADPF 54 foram obtidas pessoalmente junto à TV Justiça em Brasília.

jurisdicionais, que passam a considerar a interdisciplinaridade típica da contemporaneidade e a fazer maior uso da oralidade⁸⁵. Onde estaria, porém, a finalidade tão cara às audiências públicas realizadas nos outros poderes e no Ministério Público de possibilitar um maior contato com a comunidade⁸⁶? Não é possível afirmar a total inexistência deste contato, uma vez que os cientistas e especialistas não deixam de ser integrantes da comunidade. Contudo, e a grande gama da população, aqueles cuja participação autorizaria a falar numa legítima democracia ou numa abertura de interpretação?

Diferentemente, a finalidade da audiência pública realizada na ADPF 54 não foi apenas colher informações técnicas para fornecer elementos aos Ministros julgadores e, com isso, facilitar a elaboração de seus votos, como também foi cientificá-los e informá-los dos interesses comunitários de um modo geral, o que também contribui para com a elaboração dos votos, mas agora num sentido de facilitar a que o julgamento acolha as manifestações da comunidade a que se dirige. É claro que a colheita de informações especializadas foi uma das finalidades da terceira audiência pública realizada no STF, o que só tem a contribuir para com o julgamento, principalmente em termos de colheita de provas. Afinal, foram colocados à disposição dos Ministros do STF os maiores especialistas na área. Contudo, os participantes e suas respectivas manifestações abrangeram inúmeras outras áreas, que não apenas a técnico-científica, certificando a grande quantidade de posicionamentos, interesses e crenças pulsantes no meio comunitário brasileiro no que diz respeito ao conjunto de questões envolvidas no

⁸⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007. No que diz respeito à oralidade, cumpre lembrar Chiovenda, maior defensor do princípio, para quem o “Processo dominado pelo princípio da livre convicção do juiz, e que se proponha seriamente realizá-lo, não pode ser senão oral, porque só o processo oral permite ao juiz formar uma convicção com a observação pessoal e direta do material da causa”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 159.

⁸⁶ É exemplo deste contato com a comunidade a audiência pública realizada em 30 de janeiro de 2008 pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SMAM) de Porto Alegre para discutir a ampliação da sede Moinhos de Vento do clube Grêmio Náutico União. Não obstante as críticas que possam ser feitas à referida audiência, foi facultada a ampla participação e debate a todos os que se fizeram presentes. Vide: *Audiência Pública da SMAM para ouvir a Comunidade sobre o projeto do Grêmio Náutico União, relativo à Reforma da SEDE Moinhos de Vento, ocorrida em 30/01/2008*. Disponível em: <<http://poavive.wordpress.com/2008/02/02/audiencia-publica-da-smam-para-ouvir-a-comunidade-sobre-o-projeto-do-gremio-nautico-uniao-relativo-a-reforma-da-sede-moinhos-de-vento-ocorrida-em-30012008/>>. Acesso em: 01 set. 2008. Outro exemplo bastante significativo é a audiência pública que foi realizada no dia 05 de junho de 2007 no município de Pinheiro, no Maranhão, promovida pelo setor de Planejamento Estratégico do Ministério Público estadual. O evento contou com a “participação de representantes da comunidade e fóruns da sociedade civil organizada”. O procurador-geral de justiça, Francisco das Chagas Barros de Sousa, saudou os participantes do encontro “destacando o interesse do MPMA em ouvir as demandas da população.” Segundo o procurador-geral de justiça, tudo o que for coletado na audiência será avaliado com os promotores de justiça. São exemplos de questões que a comunidade levou à discussão na audiência pública: a) a extensiva criação de búfalos na região; b) a poluição sonora da cidade; c) as queimadas criminosas nas reservas do babaçu. A respeito: *Audiência pública em Pinheiro mobiliza população e fóruns comunitários*. Acesso em: 01 set. 2008. Disponível em: <http://oimparcial.site.br.com/index.php?Itemid=33&id=9198&option=com_content&task=view>.

tema da antecipação do parto em caso de anencefalia. De um modo geral, a quantidade de informações levadas ao conhecimento dos Ministros dificilmente poderia ter sido angariada de outra forma⁸⁷, razão porque não faltaram elogios à abertura propiciada pelas quatro sessões de audiência.⁸⁸ Destarte, a finalidade da audiência pública realizada para instruir a ADPF 54 foi, sim, a colheita de informações junto à comunidade, mas não apenas de informações técnicas nem somente da comunidade científica. Como referido pelo Ministro relator do processo em decisão publicada no Diário de Justiça Eletrônico do dia 05 de setembro de 2008, “A audiência pública tem como objetivo ensinar a segmentos da sociedade a oportunidade de fornecer dados sobre o tema em discussão.”⁸⁹

Com efeito, no que diz respeito à finalidade do instituto da audiência pública jurisdicional, o fato é que as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99 tratam explicitamente da audiência pública apenas como instrumento que possibilita o contato com aquelas pessoas que possuam “experiência e autoridade na matéria”. Também na concretização do instituto, duas das audiências públicas jurisdicionais já realizadas observaram tal limitação (ADin 3.510 e ADPF 101), na medida em que restringida a intervenção nas audiências públicas em dois aspectos: quanto à qualificação especializada dos participantes e quanto à argumentação por eles apresentada, uma vez que além de técnica, a argumentação deveria corresponder a questões relacionadas ao objeto do processo. Entretanto, a última das audiências realizadas (ADPF 54) se prestou a uma finalidade muito mais ampla, na medida em que, além da quinta finalidade, também a quarta foi atendida, permitindo que toda a comunidade envolvida com o assunto em apreço dela participasse e que todo o tipo de argumentação, técnico ou não, fosse apresentado, com o que não apenas os julgadores foram beneficiados, mas também a população brasileira, que pode expor os seus interesses quanto à questão em julgamento.

⁸⁷ O representante do Ministério Público, o sub-procurador geral da República Mário Gisi, afirmou que “por mais sábios que sejam os integrantes da Corte Suprema, não teriam condições de coletar tantos dados de tantas diferentes posições. Importantes contribuições tanto na perspectiva ética, religiosa e política como informações de cunho científico. E a sempre fundamental participação da sociedade civil.” Informação extraída da audiência, em DVD, da audiência pública.

⁸⁸ O representante da Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Salmo Rasquim, que participou do segundo dia de audiência (28 de agosto), salientou a “A importância de um evento assim onde possam ser colocadas todas as questões. As questões éticas, as questões morais, as questões religiosas fundamentais à nossa sociedade. As questões científicas também são muito importantes.” O Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que participou do terceiro dia (04 de setembro), disse que a audiência pública realizada representa um momento importante de comunicação entre o tribunal, a sociedade científica, e as entidades religiosas e a sociedade brasileira em geral. Também a jornalista e representante da Escola de Gente, Cláudia Werneck, parabenizou o STF pela possibilidade de participação da sociedade civil no debate; avanço para a democracia participativa no Brasil. Informações todas extraídas da audiência, em DVD, da audiência pública.

⁸⁹ Decisão disponível no sítio <www.stf.gov.br>. Consultar em “Acompanhamento processual”.

1.4 A definição da audiência pública jurisdicional quanto ao seu procedimento: a passagem de som como rito de eficácia

Um instituto também pode ser definido de acordo com o seu procedimento. Aliás, há quem privilegie significativamente o procedimento, como é o caso de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas⁹⁰. Para a teoria de Luhmann, é “o funcionamento normal dos mecanismos internos de cada um destes sistemas o que acarreta para suas atuações o reconhecimento social necessário”⁹¹, ou seja, é o procedimento que atribui validade ao sistema.

A audiência pública objeto do presente trabalho apenas foi instituída pelas Leis nºs 9.868 e 9.882, mas não regulamentada, nem nela, nem noutra norma jurídica. Tanto é assim que para a concretização das audiências até o momento realizadas seguramente se utilizou de fontes subsidiárias, como reconhecidamente aconteceu com a 1ª audiência pública da história do STF, relativa à ADin 3.510, quando o procedimento adotado foi aquele previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁹². Por esta razão, então, se faz necessário o estudo de referido procedimento, mas também dos dois outros dispositivos legais relativos ao assunto, o Regimento Interno do Senado Federal e a Resolução nº 9/87 do CONAMA. Comparativa e posteriormente a isto, se analisará a forma como efetivamente foram colocadas em prática as audiências públicas já ocorridas. Norteará a investigação em apreço, os seguintes questionamentos, que, segundo entende esta estudante, são os mais relevantes para a pesquisa, quais sejam: a) quem pode propor e determinar a realização da audiência pública? b) quem pode participar e quem determina quem participará da audiência pública? c) é possível a participação de pessoas não previamente inscritas e convidadas? d) é possível o debate?

⁹⁰ Para Habermas, a verdade não tem relação com o conteúdo, mas com o procedimento. Segundo Rogério Gesta Leal, para Habermas, “Verdadeira, assim, não é uma afirmação que corresponde a um objeto ou a uma relação real, mas uma afirmação considerada válida num processo de argumentação discursiva.” LEAL, Rogério Gesta. Jürgen Habermas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 403-8, p. 406.

⁹¹ GARCIA AMADO, Juan Antonio. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. (org). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301-43, p. 329.

⁹² De acordo com decisão publicada no dia 30 mar. 2007 nos autos da ADin 3.510: “Sem embargo, e conquanto haja previsão legal para a designação desse tipo de audiência pública (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99), não há, no âmbito desta nossa Corte de Justiça, norma regimental dispendo sobre o procedimento a ser especificamente observado. Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos *expertos* sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas.” Vide andamento processual da ADin 3.510 no sítio: <www.stf.gov.br>. A mesma informação consta na notícia: *Supremo vai realizar a primeira audiência pública de sua história em ADI que contesta Lei de Biossegurança*. Acesso em: 14 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=226826&tip=UN%C2%B6m=3510>>

De acordo com o Regimento da Câmara dos Deputados, a realização de audiência pública pode ser proposta à Comissão da Câmara por qualquer dos seus integrantes, desde que o tema diga respeito a projeto de lei que esteja em pauta na referida Comissão ou corresponda a matéria de sua competência. Contudo, a realização da audiência também pode ser proposta por entidade da sociedade civil (art. 255), o que abre uma possibilidade de maior participação social. No que diz respeito às pessoas que serão ouvidas, é a própria Comissão quem as seleciona, dentre autoridades, pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades particulares (art. 256). Não é permitida a participação na audiência pública, salvo na condição de mero ouvinte, de qualquer terceiro que não tenha sido convidado a dela participar, o que não se aplica aos deputados, cujas interpelações deverão ser previamente inscritas (art. 256, § 5º). Por fim, no que diz respeito ao debate, é explícita a tentativa de assegurar condições de igualdade aos posicionamentos eventualmente divergentes (art. 256, § 1º). Entretanto, apenas os deputados poderão questionar os expositores, quando estes poderão replicar e os primeiros triplicar (art. 256, § 5º). Aos demais ouvintes é vedada a elaboração de perguntas ou o debate/diálogo. Trata-se, portanto, da explanação do assunto objeto da audiência por parte dos convidados, com a possibilidade de interpelação apenas da parte dos deputados.⁹³

Semelhante ao Regimento da Câmara, no Senado integrantes da Comissão e entidades da sociedade civil podem propor a realização da audiência pública (art. 93, § 1º). Não é feita referência sobre quem tem poder de definir as pessoas que poderão efetivamente participar da

⁹³ No que diz respeito às questões formuladas no texto do corpo, acima, os dispositivos legais do Regimento da Câmara dos Deputados que melhor as respondem são os que seguem:

Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites.

§ 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião.

§ 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser apartado.

§ 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto.

§ 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão.

§ 5º Os Deputados inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes.

[...] Art. 258. Da reunião de audiência pública lavrar-se-á ata, arquivando-se, no âmbito da Comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem.

Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, o traslado de peças ou fornecimento de cópias aos interessados.

BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

audiência pública, não apenas como ouvintes, mas como interlocutores. Mas são apenas elas, juntamente com os senadores, que terão poder de fala, seja na exposição dos seus argumentos, seja em réplica aos senadores, os quais são os únicos que poderão usar da interpelação, assim como acontece na Câmara. Logo, não é possível o debate, salvo interpelação de senadores com direito a resposta dos expositores (art. 94, §§ 2º e 3º), que, ademais disso, deverão se limitar à leitura de material previamente elaborado para a situação (art. 94, *caput* e § 2º).⁹⁴

No caso da Resolução nº 9/87 do CONAMA, instrumento legal que dispõe de forma mais completa sobre o assunto, a realização de audiência pública poderá ser proposta pelo Órgão de Meio Ambiente sempre que este julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos (art. 2º). Não há prévia definição acerca de quem poderá falar na audiência, pois o debate se realizará com quem nela estiver presente (art. 3º). Com efeito, aqui ocorre um verdadeiro debate, sem delimitação dos possíveis participantes e com plena possibilidade de diálogo ou debate. Ademais, a não realização de audiência pública, quando solicitada por qualquer dos possíveis proponentes de que trata o artigo 2º, *caput*, leva à nulidade do licenciamento concedido pelo órgão ambiental (art. 2º, § 2º). Sem falar que, em sendo necessário, será possível a realização de mais de uma audiência pública, a qual, aliás, deverá ocorrer na localidade que for mais acessível aos interessados (art. 2º, § 4º).⁹⁵

⁹⁴ O Regimento Interno do Senado Federal dispõe:

Art. 90. Às comissões compete:

I – discutir e votar projeto de lei nos termos do art. 91 (Const., art. 58, § 2o, I);

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (Const., art. 58, § 2o, II);

Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para:

I – instruir matéria sob sua apreciação;

II – tratar de assunto de interesse público relevante.

§ 1o A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil.

§ 2o A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada por deliberação da comissão.

Art. 94. Os depoimentos serão prestados por escrito e de forma conclusiva.

§ 1o Na hipótese de haver defensores e opositores, relativamente à matéria objeto de exame, a comissão procederá de forma que possibilite a audiência de todas as partes interessadas.

§ 2o Os membros da comissão poderão, terminada a leitura, interpelar o orador exclusivamente sobre a exposição lida, por prazo nunca superior a três minutos.

§ 3o O orador terá o mesmo prazo para responder a cada Senador, sendo-lhe vedado interpelar os membros da comissão.

Art. 95. Da reunião de audiência pública será lavrada ata, arquivando-se, no âmbito da comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem.

Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, a requerimento de Senador, o traslado de peças.

BRASIL. *Regimento Interno do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

⁹⁵ Eis a Resolução nº 9/87 do CONAMA, no que refere ao assunto:

Art. 2º Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

§ 1º O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.

Conforme antes mencionado, no que diz respeito à audiência pública jurisdicional, prevista nas Leis nºs 9.868 e 9.882, a resposta aos quatro questionamentos supra formulados somente poderá ser dada a partir da visualização de sua concretização prática, visto ela não possuir regulamentação específica. Contudo, tal situação é mesmo a ideal, haja vista ser muito mais produtiva a análise da concretude da situação do que a da sua previsibilidade legal. Infelizmente, por razões várias, principalmente por significar ampliação exagerada do objeto de investigação, não foi possível fazer o mesmo com relação às outras audiências, o que, porém, não chega a prejudicar de todo a pesquisa, uma vez que o objeto específico do trabalho é a audiência pública jurisdicional, enquanto que as demais espécies de audiência apenas estão sendo estudadas para o fim de melhor defini-la e delimitá-la.

Se a análise terá que ser da prática, cumpre registrar que serão alvo da investigação as audiências públicas realizadas nos mesmos processos recém trabalhados (1.3) – a ADin 3.510, a ADPF 101 e a ADPF 54 –, únicos que, até o momento (dezembro/2008), fizeram uso do instituto em estudo. Foi na ADPF 54 que primeiro se vislumbrou a possibilidade de realização de audiência pública no âmbito jurisdicional. Em decisão proferida no dia 18 de setembro de 2004 e publicada em 05 de outubro de 2004 o Relator da demanda, Ministro Marco Aurélio, determinou a realização da primeira audiência pública da história do Poder Judiciário brasileiro, a qual, porém, somente foi ocorrer em agosto de 2008, após as outras duas, devido a questões preliminares que se fizeram de maior urgência⁹⁶. Neste caso, a proposta coube ao próprio relator da demanda, mesmo que em data posterior à decisão supra, em maio de 2005, o então Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles tenha feito requerimento neste sentido. Na ADPF 101 a situação foi semelhante, pois foi a Relatora, a Ministra Carmen Lúcia, quem determinou a realização da audiência pública em decisão publicada em 20 de

§ 2º No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade.

§ 3º Após este prazo, a convocação será feita pelo Órgão licenciador, através de correspondência registrada aos solicitantes e da divulgação em órgãos da imprensa local.

§ 4º A audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados.

§ 5º Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Art. 3º A audiência pública será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes.

Art 4º Ao final de cada audiência pública será lavrada uma ata sucinta.

Parágrafo único. Serão anexadas à ata, todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a seção.

Art. 5º A ata da(s) audiência(s) pública(s) e seus anexos, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.

BRASIL. *Resolução* 9/86 *do* CONAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 17 ago. 2008.

⁹⁶ No caso, o pedido feito pelo então Procurador-Geral da República para que se submetesse ao Plenário a questão da admissibilidade ou não da ADPF. Vide decisões: <www.stf.gov.br/>/"Acompanhamento processual".

junho de 2008, independentemente de requerimento de qualquer interessado. Com a ADin 3.510 aconteceu diferente. Não obstante tenha sido o Relator da demanda, Ministro Carlos Ayres Britto, quem tenha determinado a realização da audiência pública em decisão publicada em 01 de fevereiro de 2007, foi o seu autor, o Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles quem interpelou pela sua ocorrência logo na petição inicial.

A partir disso, é possível concluir que a audiência jurisdicional pode ser requerida/proposta por qualquer das partes envolvidas no processo. Aparentemente também terceiros poderão requerer a realização de audiência pública, haja vista o instituto do *amicus curiae*, previsto no art. 7, § 2º, da Lei nº 9.868. Até porque a audiência pública é um mecanismo de instrução⁹⁷ da demanda judicial e aos envolvidos deve ser facultado requerer a produção da espécie probatória que entenderem adequada, desde que admitida em direito. Não obstante tudo isso, a decisão acerca da conveniência na sua realização é da liberalidade apenas do Ministro relator, que, então, poderá ou não ser deferida, segundo orientação do próprio Código de Processo Civil pátrio, que acaba por servir de subsídio a toda norma procedimental (art. 130).

Quanto à definição de quem efetivamente poderá participar na audiência pública, não apenas na condição de ouvinte, mas de expositor, cumpre observar o que segue. O procedimento adotado pelo Ministro relator Marco Aurélio, que primeiro tratou da matéria, como recém mencionado, na ADPF 54, foi no sentido de autorizar a oitiva dos representantes indicados por todas as entidades que requereram a intervenção na demanda como *amicus curiae*⁹⁸, com exceção da Confederação Nacional das Entidades de Família – CNEF⁹⁹; pelas entidades indicadas pelo Procurador-Geral da República¹⁰⁰ e pela Advocacia Geral da União; pelas entidades referidas pelo próprio Ministro Marco Aurélio¹⁰¹; assim como a oitiva de

⁹⁷ Segundo o Ministro Ayres Britto, trata-se de uma “audiência instrutória, preparatória da audiência ortodoxamente jurisdicional que será feita em pouco tempo para julgamento aí sim do mérito”. BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

⁹⁸ O Relator admitiu a intervenção na audiência pública das entidades que requereram o ingresso na demanda como *amicus curiae*, mas não admitiu este último pedido. Na ADPF 54 não há *amicus curiae*.

⁹⁹ Conforme decisão do dia 25 ago. 2008, publicada em 05 set. 2008. Outra entidade cuja intervenção na audiência não foi admitida é a Suprema Ordem Universal da Santíssima Trindade. Esta entidade, porém, não requereu ser admitida como *amicus curiae*; pleiteou apenas participar da audiência. Esta última informação consta da decisão do dia 03 set. 2008, publicada no dia 10 set. 2008.

¹⁰⁰ Numa primeira decisão foi indeferida a oitiva de oito especialistas indicados pela Procuradoria-Geral da República. Após, foi deferido o novo pedido formulado, em que pleiteada a oitiva de quatro especialistas, com exceção de um, o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, que já havia participado da audiência representando outra entidade, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família. Ver decisão proferida no dia 26 de agosto de 2008 e publicada dia 05 de setembro de 2008 em <www.stf.gov.br>/ “Acompanhamento processual”.

¹⁰¹ Conforme decisões proferidas nos autos do processo nos dias 28 set. 2004 (publicada dia 05 out. 2004) e 31 jul. 2008 (publicada dia 14 ago. 2008), o Ministro relator indicou as seguintes entidades a participar da audiência

Lenise Aparecida Martins Garcia, na qualidade de professora titular do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília e presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto¹⁰²; de dois deputados federais envolvidos com a questão objeto do processo¹⁰³ e ainda do Ministro da Saúde, convidado pelo relator¹⁰⁴. Na ADIn 3.510, o procedimento adotado pelo relator, Ministro Carlos Britto, foi no sentido de abrir vista às partes requerente e requerida, bem como aos interessados (*amici curiae*) para que indicassem pessoas com autoridade e experiência na matéria a fim de que fossem ouvidas na audiência.¹⁰⁵ A Ministra Carmen Lúcia, na relatoria da ADPF 101, da mesma forma, determinou que fossem indicados os especialistas pelos *amici curiae* admitidos na demanda e, obviamente, também pela parte argüente, mesmo que esta última informação não tenha sido explicitada na decisão publicada em 20 de junho de 2008.

Quanto a este aspecto, parece estar uniformizado o entendimento de que é o relator quem define aqueles que poderão indicar representantes para participar da audiência pública. E os relatores, no caso concreto dos três processos analisados, concederam ampla liberdade e autonomia às partes e aos interessados no que diz respeito a este aspecto, sendo que praticamente todos os que postularam tiveram deferida a possibilidade de indicar um representante, mesmo que, em razão da quantidade total de indicados, nem todos tenham podido efetivamente participar, como aconteceu na ADPF 101¹⁰⁶, em que a relatora limitou ao número máximo de quatro representantes para cada grupo.¹⁰⁷ O Ministro Marco Aurélio, de início, chegou a indeferir o pedido formulado pelo Ministério Público Federal e algumas entidades, mas, após, acabou por reconsiderar, tendo sido muito poucas as entidades que, requerendo, não puderam participar (ver corpo do texto e nota de rodapé nº 99).

pública: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC.

¹⁰² De acordo com decisão proferida no dia 20 ago. 2008 e publicada no dia 28 ago. 2008.

¹⁰³ Os deputados federais em questão são: José Aristodemo Pinotti (ver decisão do dia 28 set. 2004, publicada no dia 05 out. 2004) e Luiz Bassuma (ver decisão do dia 20 ago. 2008, publicada no dia 28 do mesmo mês e ano).

¹⁰⁴ “Determino a expedição de convite a Sua Excelência, para participar da próxima sessão de audiência pública voltada a esclarecer aspectos da interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, a ser realizada às 9h do dia 4 de setembro de 2008.” Decisão proferida em 1º set. 2008 e publicada no dia 05 do mesmo mês e ano.

¹⁰⁵ Decisão proferida no dia 19 dez. 2006 e publicada no dia 1º fev. 2007.

¹⁰⁶ A audiência pública da ADPF 101 recebeu vinte e uma inscrições. Ver: *Audiência pública sobre importação de pneus usados recebe 21 inscrições*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/33563/vinte-e-um-especialistas-se-inscreveram-para-falar-durante-a-audiencia-publica-que-discutira-a-possibilidade-de-o-brasil-importar-pneus-usados-provenientes-de-paises-nao-integrantes-do-mercossul>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

¹⁰⁷ “Se for grande o número de especialistas inscritos e não se chegar ao consenso entre os interessados para a escolha dos que se manifestarão sobre cada uma das teses, serão sorteados 4 representantes de cada grupo, no início da audiência pública, para que cada expositor sorteado apresente-se da tribuna por, no máximo, 20 minutos”. Decisão proferida dia 09 jun. 2008 e publicada no dia 20 jun. 2008. O que aconteceu, na prática, foi que muitos dividiram seu tempo de 20 minutos com outro participante.

Por fim, falta diagnosticar o procedimento de cada uma das audiências públicas já realizadas quanto à possibilidade de ocorrer o debate. A audiência pública realizada na ADin 3.510 se utilizou do procedimento previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, conforme expressamente dito pelo Ministro Carlos Britto em decisão publicada no dia 30 de julho de 2007. Foram divididos todos os participantes em dois grupos – favoráveis e contrários à ADin ou, dito de outro modo, contrários e favoráveis às pesquisas com células-tronco embrionárias – e a cada grupo foram concedidas as mesmas oportunidades de intervenção: 1h30min no turno da manhã e 2hs no da tarde. O objetivo foi o de resguardar o equilíbrio entre os grupos, mas, sobretudo, evitar que a audiência comportasse o debate, já que, nas próprias palavras do relator, “não se trata de estabelecer um debate, um contraditório. O objetivo fundamental, operacional, é colher dados, elementos que possibilitarão aos Ministros a formulação mais consistente desse conceito do que seja a vida.”¹⁰⁸

Com efeito, não foi facultado o debate entre os expositores e nem autorizado a eles ou aos ouvintes a formulação de perguntas. Apenas os Ministros puderam apresentar questionamentos aos expositores, tal qual acontece nas Comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em que somente os deputados e senadores podem interpelar os oradores¹⁰⁹. Na presente audiência, ao final de todas as exposições é que os Ministros apresentaram suas perguntas¹¹⁰, as quais foram respondidas, em bloco, por cada um dos grupos. Ademais, o Ministro fez questão de deixar claro, quando deste momento de perguntas, que não seriam “admitidas réplicas, trélicas, confrontações. Cada grupo que exponha seu ponto de vista sem retaliação com o outro, sem descambar para o campo da subjetividade”¹¹¹. Por fim, cumpre observar que a formalidade do evento, como um todo, também o aproximou das audiências da Câmara e Senado. Por várias vezes o Ministro relator pediu que a platéia não se manifestasse, nem mesmo com palmas, o que foi feito sob a justificativa de que no âmbito das asserções jurisdicionais não existe esta possibilidade de participação.¹¹²

¹⁰⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

¹⁰⁹ Informações oriundas de um conjunto de dados: vídeos da audiência pública, decisões proferidas no processo e notícias publicadas em sítios eletrônicos.

¹¹⁰ Os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, mesmo não estando presentes na audiência pública, enviaram perguntas (uma cada um) aos grupos. Apenas eles e o relator formularam questionamentos.

¹¹¹ BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008. Não obstante a fiscalização, houve pequeno confronto entre os grupos neste momento final de perguntas e respostas.

¹¹² BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

Já a segunda audiência pública da história do STF, relativa à ADPF 101, se processou de um modo um pouco diferente. As apresentações tiveram início com a exposição da controvérsia pelo argüente, o Advogado Geral da União José Antonio Dias Toffoli. Na seqüência, foi dado início às intervenções dos especialistas – também divididos em dois grupos –, as quais foram feitas de forma intercalada segundo a posição defendida, cada um contando com vinte minutos de fala, durante os dois turnos da manhã e tarde. A relatora da ADPF, a Ministra Carmen Lúcia, justificou a intercalação entre os expositores no fato de que a apresentação de dados por um dos grupos pode fazer com que o outro, na seqüência, já possa esclarecer algum ponto, o que é de muita utilidade aos Ministros do STF. A tentativa, portanto, foi de possibilitar o esclarecimento a partir da alternância das teses. A relatora fez também questão de reiterar, por no mínimo duas vezes, que a audiência pública por ela presidida não se destina à realização de um contraditório entre os posicionamentos divergentes, mas apenas à colheita informações. Neste aspecto, a ministra salienta que, nos termos do Regimento Interno do STF, “não se admitirá nenhuma manifestação quanto a qualquer das manifestações feitas”.¹¹³ Ao final das intervenções, a relatora passou a palavra para o representante da Procuradoria-Geral da República, Mário Gisi, para que expusesse o posicionamento da sua entidade. Não foi oportunizado espaço nem mesmo para que os Ministros do STF fizessem perguntas.

Por fim, cabe observar a última audiência das três até então realizadas, relativa à ADPF 54. Como já referido, a audiência em questão foi dividida em quatro sessões e dias distintos, em que foram ouvidas entidades religiosas, científicas e sócio-comunitárias. Cada participante dispôs de quinze minutos para apresentar suas razões. Após cada intervenção foi oportunizada à parte argüente, à Advocacia Geral da União, à Procuradoria-Geral da República e aos Ministros do STF a formulação de perguntas ao expositor, sem, porém, que fizessem colocações que pudessem sugerir o debate. Isto porque, segundo o Ministro relator, tal oportunidade tem a finalidade exclusiva de suprir dúvidas e fornecer maiores esclarecimentos, mas de modo algum possibilitar a refutação do que exposto ou ensejar o debate. Apesar desta restrição, evidente que, por vezes, o debate ocorreu, partindo da discordância e resistência de cada um dos confrontantes.¹¹⁴

¹¹³ ROCHA, Carmen Lúcia. *Audiência pública realizada para instruir a ADPF nº 101*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 27 jun. 2008. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

¹¹⁴ Talvez o principal debate ou discussão da audiência em questão tenha sido travado entre o representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, parte argüente, o advogado e professor Luiz Roberto Barroso, e a médica ginecologista Elizabeth Kipmann Cerqueira. Informações extraídas da própria audiência pública.

Seguramente esta audiência pública, dentre as três já realizadas, foi a mais informal e dialogada, para o que visivelmente contribuiu a própria personalidade do Ministro relator, o qual se permitiu interromper as falas dos participantes e inclusive descontraír o discurso. Inclusive as palmas foram permitidas de início, não mais, porém, após o terceiro expoente, uma vez que as manifestações estariam extrapolando o intuito do evento, que é de colheita de informações e esclarecimento de dúvidas e não de confronto.¹¹⁵ Teve um momento, no quarto dia, que uma mulher da platéia foi autorizada a intervir, questionando o médico psiquiatra, Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria.¹¹⁶ Mesmo tendo sido norteadada por espontaneidade e liberdade, aproveitando da fala do relator¹¹⁷, ainda assim faltou permitir que integrantes do grupo contrário à ADPF pudessem fazer perguntas. Afinal, a parte argüente, e aparentemente também o Ministério Público Federal e a AGU, ou seja, aqueles que, juntamente com os Ministros, foram autorizados a formular questionamentos, são favoráveis à ADPF. Também fez falta a efetiva abertura ao diálogo, tanto formalmente, como subjetivamente, com a disposição das partes para a solução.

Terminada a análise daquelas espécies de audiência pública, previstas no ordenamento brasileiro, que possuem ampla regulamentação procedimental, bem como daquela prevista nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, cabe melhor definir esta última segundo o seu procedimento, ou, melhor, segundo o procedimento que tem sido adotado para operacionalizar-lhe na prática, comparando-a com as demais. Da situação concreta vislumbrada nos três processos judiciais que fizeram uso da audiência pública jurisdicional, é possível dizer que ela seja um instrumento à disposição das partes e dos interessados (*amicus curiae*) numa ADin, ADC ou ADPF, que poderão requerer a sua realização, o que, porém, ficará na pendência do entendimento do Ministro relator da demanda, que poderá ou não deferir o pedido. Também cabe ao relator definir quem, da comunidade, poderá participar da audiência pública como expositor. O relator, neste caso, além de poder vetar as indicações feitas pelas partes e interessados, poderá apontar outros nomes. Por fim, não obstante a maior informalidade e diálogo das quatro sessões realizadas na audiência pública da ADPF 54, tanto pelo procedimento desta audiência como principalmente pelo procedimento das outras duas (ADin 3.510 e ADPF 101), não se trata de um instrumento processual que visa promover o

¹¹⁵ Após o terceiro expositor do primeiro dia o Ministro relator pede que os que assistem a AP não se manifestem. Disse que se conteve até agora a realizar este pedido, mas que agora teve que fazê-lo. “A audiência é pública, é, mas é uma audiência judicial e não devemos ter, portanto, manifestações nem pró, nem contra aos expositores.” Informação extraída da própria audiência pública.

¹¹⁶ A representante da Associação Nacional das Mulheres pela vida perguntou ao médico se um anencéfalo podia pegar na mão e chorar, quando mostrou foto comprobatória do fato.

¹¹⁷ Informação extraída da própria audiência pública.

contraditório, mas de um mecanismo a serviço dos julgadores, a partir do que obterão informações técnicas precisas, e, no caso da ADPF 54, informações também comunitárias. Tendo em vista que a finalidade das audiências realizadas na ADin 3.510 e na ADPF 101 foi instruir os julgadores de informações técnicas de que podem não dispor, ou foi permitida a formulação de perguntas apenas aos Ministros ou a ninguém. Por outro lado, na ADPF 54 as perguntas foram facultadas à parte autora (CNTS), ao Ministério Público Federal, à AGU e aos julgadores, o que colabora com a conclusão emitida no item anterior de que, nesta última audiência, a finalidade não foi unicamente a colheita de informações técnicas, mas o conhecimento mais amplo da comunidade a que se destina a decisão. De qualquer modo, um dos grupos – contrário à antecipação do parto de fetos anencéfalos – restou prejudicado na discussão, posto que, com a exceção dos Ministros do STF, todos os demais questionadores eram visivelmente favoráveis ao grupo que defendia a possibilidade da antecipação do parto, perante o que este grupo pode melhor esclarecer a sua tese, enquanto que o outro constantemente teve que responder a perguntas bastante incisivas.

De um modo geral e observados os quatro questionamentos que guiaram este item, o procedimento da audiência pública jurisdicional muito mais se aproxima daquele procedimento previsto nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal do que daquele da Resolução nº 9/87 do CONAMA, que inegavelmente é mais informal, além, claro, de bem mais aberto à comunidade, conforme se pode constatar no item 1.3. Sendo assim, além de a opção legislativa ter sido tímida ao limitar apenas aos especialistas a possibilidade de participação na audiência pública, o que acabou se confirmando na prática em duas das três audiências realizadas, a concretização do instituto foi conservadora também em razão de ter sido adotado o procedimento burocrático e formal dos Regimentos da Câmara e do Senado. Não se pode olvidar, porém, a abertura e tendência de desburocratização e informalização visíveis na última audiência realizada (ADPF 54), que, então, deverá servir de orientação para as vindouras; orientação, mas não limite, uma vez que as próximas audiências inclusive deverão superá-la.

De qualquer forma, a presente análise legislativa e pragmática exige um aprofundamento em termos teóricos. Por este modo, cumpre investigar se é possível falar, nas audiências públicas jurisdicionais já realizadas, em democracia a) participativa – em que aproximada a população do centro de poder, no caso, o STF; b) plural – em que ampliado o número de participantes no procedimento jurisdicional, mediante a abertura a todos os interesses que se fizerem pertinentes; c) deliberativa – em que promovidos debates e discussões –, bem como, d) substancial – em que se reconhece que o isolamento do intérprete

a fatores internos e externos de qualquer espécie – técnico, moral, ético, jurídico, etc –, além de ilusório, é prejudicial ao julgamento da causa. Assim, o capítulo seguinte será destinado a melhor vislumbrar, a partir dos dados agora colhidos, se a audiência pública, conforme tem sido concretizada, é suficiente ou efetivamente democrática, no sentido de aproximar o cidadão do Poder Judiciário, promover uma abertura deste Poder, tanto em termos procedimentais como substanciais, bem como informalizar/desburocratizar, deliberativamente, a sua atuação.

A meta mais íntima de uma cultura voltada para a aparência e a medida não pode ser senão o velamento da verdade [...].

Em um mundo construído dessa maneira e artificialmente protegido penetrou então o som extático da celebração de Dioniso, no qual a inteira *desmedida* da natureza se revelava ao mesmo tempo em prazer, em sofrimento e em conhecimento. [...] o elemento musical, rejeitava todas as barreiras: a rítmica de antes, movendo-se no mais elementar ziguezague, libertava os seus membros para a dança bacante (NIETZSCHE, Friedrich. *A visão dionisíaca do mundo. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22-3).*

Canto uma canção bonita, / Falando da vida, em 'Ré maior'. /
 Canto uma canção daquela / De filosofia, /Do mundo bem melhor. /
 Canto uma canção que agüente / Essa paulada, e a gente / Bate o pé no
 chão. / Canto uma canção daquela / Pula da janela / Bate o pé no chão.
 / Sem o compromisso estreito / De falar perfeito, / Coerente ou não. /
 Sem o verso estilizado, / O verso emocionado / Bate o pé no chão...
 Canto o que não silencia / É onde principia a intuição / E nasce uma
 canção rimada / Da voz arrancada / Ao nosso coração /

Como, sem licença, o sol / Rompe a barra da noite / Sem pedir
 perdão! / Hoje quem não cantaria / Grita a poesia / E bate o pé no
 chão! (Oswaldo Montenegro/Ulysses Machado – Intuição)

CAPÍTULO 2. A AUDIÊNCIA PÚBLICA E A ABERTURA AOS INTÉRPRETES (NÃO-OFICIAIS) DA JURISDIÇÃO

A jurisdição e a comunidade cantam e dançam a mesma melodia?

*Cada um é uma casa sem porta e janela
Lutando sempre só pra conseguir a sua
Brigando pela posse e defendendo o seu
E se esquece que ali é tudo a mesma rua*

*E se esquece que daqui é tudo a mesma fome
E se esquece que de perto é tudo o mesmo medo
E se esquece que daqui é tudo o mesmo tempo
E se esquece que de perto é tudo o mesmo credo*

*E se esquece que daqui é tudo o mesmo sangue
E se esquece que de perto é tudo o mesmo louco
E se esquece que no escuro é tudo o mesmo negro
E se esquece que daqui é tudo o mesmo corpo*

*E se esquece que no corpo é a mesma vergonha
E se esquece que no corpo é a mesma alegria
E se esquece que no corpo é tudo a mesma dor
E se esquece que se vive a mesma melodia
(Alexandre Missel – Ágora)*

2.1 A audiência pública e a democratização do Poder Judiciário: “eu não sei dizer nada por dizer, então eu escuto” (João Ricardo – Fala)

A audiência pública será analisada, no presente capítulo, a partir de um viés político-democrático, no intuito de tentar identificar, sem, contudo, incorrer em rotulações – se é que isto é possível, haja vista a necessidade humana (e moderna) de definir e rotular os institutos, comportamentos e, inclusive, os sentimentos –, o movimento realizado por referido mecanismo jurídico procedimental, se sincrônico ou anacrônico, aos interesses políticos da comunidade contemporânea, ou, dito de outro modo, aos interesses por maior participação popular nas questões de proveito coletivo (democracia)¹¹⁸.

¹¹⁸ Importa melhor esclarecer em qual sentido o termo “político” será utilizado na presente pesquisa. Não é no sentido político-estatal, tanto que talvez o mais correto seja falar em política e não em político, conforme esclarece Adauto Novaes. É no sentido de participação e discussão popular sobre questões de interesse coletivo. A política, para Novaes, é, “por natureza e essência, uma invenção permanente dos homens que não depende de nenhuma autoridade exterior e superior”. (NOVAES, Adauto. *Invenção e crise do Estado-nação*. In: _____. (org). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 17). De forma semelhante, Bolzan de Moraes diz que a política pressupõe diálogo, não, porém, autoridade (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Teoria do Estado Contemporâneo*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 1º sem. 2007. Aula proferida na pós-graduação – Mestrado – em Direito Público da UNISINOS). O italiano Marramao, por sua vez, afirma que política não é Estado, concorrência, conflito entre amigo e inimigo, mas sim prática de relação entre alteridades. (MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e direito na época da globalização*.

Não obstante a correta ressalva feita por Wolf¹¹⁹ no sentido de não confundirmos política com democracia, é sabido que, hodiernamente, é apenas sob o regime da segunda que se poderá alcançar a primeira, razão porque é a democracia, em específico, o que se irá analisar neste capítulo. A análise a ser feita nesta parte, portanto, enfocará a democracia como representante que é do interesse comunitário contemporâneo por maior participação popular, uma participação popular mais próxima, mais ampla, mais ativa e mais efetiva. Farei isto a partir da democracia procedimental, nas seguintes subespécies participativa, plural e deliberativa, e da democracia substancial.

Apesar da timidez na criação e implementação da audiência pública jurisdicional, conforme sinalizado no capítulo anterior, é inegável que este instituto seja fator de abertura jurisdicional à comunidade. Ou, dizendo de outro modo, que seja ele fator de democratização da atuação jurisdicional, o que se vislumbra pela possibilidade de os cidadãos participarem do debate acerca de algumas questões submetidas a juízo. Como, porém, é possível chamar a audiência pública de democrática e, ao mesmo tempo, criticá-la quanto às suas finalidades e procedimentos, pelo fato de não possibilitar uma efetiva participação popular? O fato é que não é simples definir o que seja democracia. Isto, em razão da quantidade de significados que historicamente foram atribuídos à democracia e ao incalculável elenco de subespécies que possui. Afinal, a democracia é um instituto bastante antigo, que, no decorrer dos tempos, foi sofrendo transformações para o fim de melhor se adaptar às mudanças sociais, mesmo que, em aspectos gerais, ela sempre represente o exercício do poder pelo povo¹²⁰.

Modernidade-mundo: conflito material e conflito identitário. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 05 jun. 2007. Palestra proferida na pós-graduação, nível Mestrado e Doutorado, em Direito Público da UNISINOS). Por fim, importantíssimo mencionar Francis Wolf, para quem é errônea a afirmação de que os gregos teriam inventado a política, pois, para ele, todos os povos, em qualquer localidade e época, vivem politicamente, e não apenas os gregos, que são os inventores, aí sim, do regime de democracia direta. Aliás, lembra referido autor que foram os mesmos gregos, através de Aristóteles, que descobriram ser a política algo comum ao homem e não a determinadas sociedades. (WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (org). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003). Coisa com a qual Hannah Arendt concorda, dizendo que Aristóteles não definiu o homem como *zoon politikon* porque é da sua natureza conviver com os outros homens. De acordo com a autora, isto não significa que Aristóteles ou Platão não reconhecessem o fato de que o homem não pode viver fora da companhia dos outros homens. Mas é que *zoon politikon* não quer dizer isso. Até porque esta condição/necessidade de conviver com outros homens não é específica apenas dos homens (homens e animais, em razão de necessidades biológicas, precisam viver com outros da mesma espécie). É a capacidade de organização política, ou seja a política, que caracteriza o homem como animal político. (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008).

¹¹⁹ WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (org). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

¹²⁰ “O lexicólogo Paul Robert explica o significado do vocábulo democracia como: “a palavra oriunda do grego, composta de demos, povo, e kratos, força, poder.” AIETA, Vânia Siciliano Ramos. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190-5, p. 191. Para Bonavides, “A mais incisiva e perfeita definição de democracia que a História moderna registra é, a nosso ver, aquela proveniente de Lincoln, o libertador de escravos, ao fazer-

De origem grega, a democracia, assim como a organização institucional política como um todo¹²¹, teve início com Sólon, século VI a.C., em Atenas, para quem a política devia ser assunto do interesse e poder de todo o conjunto dos cidadãos.¹²² O auge democrático na Idade Antiga também foi em Atenas, com Péricles, que foi quem “diminuiu consideravelmente o poder político e judiciário do corpo aristocrático, que constituía o Areópago, e transferiu-o para a *Bulé* (que tinha o poder executivo), para a *Eclésia* (que tinha o poder de legislar) e para a *Heliéia* (ou tribunal de direito comum)”¹²³. Esta primeira versão da democracia foi moldada no formato direto. Ou seja, os cidadãos, mas apenas eles – excluídos os escravos, as mulheres e os estrangeiros –, detinham o direito da participação na vida pública, na qual, aliás, todos se encontravam em condições de igualdade e, conseqüentemente, de liberdade.¹²⁴ Aparentemente um modelo ideal, na própria época de sua vigência recebeu inúmeras críticas, oriundas, por exemplo, de Platão e Aristóteles (séc. V-IV a.C). Segundo, Goyard-Fabre, na obra *O que é democracia?*¹²⁵, ambos consideravam não ser o povo a figura mais indicada para cuidar de questões tão importantes como as de Estado, assim como vislumbravam na democracia um regime de pouca operacionalidade organizacional, já que ninguém obedece.

Para Platão (428/427-348/347 a.C)¹²⁶, a política é uma arte que não pode ser ensinada, devendo ser praticada por aqueles poucos homens com competência para tanto.¹²⁷ Não é a

lhe o elogio, asseverando: “governo do povo, para o povo, pelo povo”, “governo que jamais perecerá sobre a face da Terra.”” BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18.

¹²¹ Nas Cidades-Estado gregas a esfera pública prevalecia à privada. Foi também na “Grécia que apareceram as Constituições (*Politeiai*)” que era o que dava “forma e estrutura à Cidade-Estado”. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15.

¹²² GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²³ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 19. A propósito, segundo a mesma autora (p. 10): “A *eclésia*, ou assembléia do povo, dispunha de todos os poderes; a *bulé*, conselho limitado a quinhentos membros pertencentes a todas as classes de cidadãos, era conhecida pela sabedoria de seus pareceres; [...] a *heliéia*, por fim, era um tribunal composto de seis mil cidadãos.”

¹²⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Importa observar que durante esta fase histórica igualdade não se equiparava à justiça, como acontece hoje. A idéia de igualdade estava muito mais associada à de liberdade: na esfera pública todos eram iguais, não havia quem comandasse ou quem fosse comandado, razão porque, inevitavelmente, a situação seria também de liberdade.

¹²⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹²⁶ As datas relativas a personagens específicos foram obtidas em BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006.

¹²⁷ De acordo com Villey, em sua última e inacabada obra, *As leis*, Platão teria se tornado mais realista, abandonando “o sonho, utópico demais, de confiar o governo apenas ao filósofo.” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 23. É confuso na doutrina se esta competência que Platão atribui a poucos homens (aos filósofos) é devido ao uso da razão ou da ascese. Esta confusão está explicitada pela forma como Platão será retomado, na Idade Média, por Santo Agostinho, segundo quem através da razão humana se é incapaz de alcançar a Deus e ao cristianismo. Ver mais a respeito no capítulo 3, item 3.2.

assembléia, por voto da maioria, que poderá dizer o que é o bom, o belo e o justo, mas os homens sábios, os filósofos. E “é impossível que a multidão seja filósofo”¹²⁸. A multidão, por toda a pluralidade de que constituída, conseguirá perceber muitos belos e justos, mas não aquele belo e justo que esteja associado ao do mundo das idéias (ver o mito da caverna, no livro VII, *A República*). A política deve ser exercida por aquele que possa alcançar a essência do justo, conforme previamente dada, até porque somente deste modo a Constituição da Cidade-Estado, que estabelece a forma e estrutura, terá a estabilidade que, para ele, é indispensável ao governo.¹²⁹

Para Aristóteles (384-322 a.C), a oligarquia, a democracia e a tirania são as formas patológicas dos regimes da aristocracia, república e monarquia, respectivamente. A patologia existe quando a minoria, a maioria ou o monarca não buscam a felicidade geral, o interesse comum, mas sim interesses particulares do soberano. Aristóteles não se opõe, como Platão, à coletividade, pelo contrário, até mesmo a prefere, a não ser no caso de indivíduos que sejam notáveis, quando o regime ideal é a monarquia. Como, porém, esta situação é rara, defende ele que um grupo de homens de capacidade razoável é melhor do que um homem, de mesmas capacidades, agindo isoladamente. A sua crítica, no caso da democracia, não diz respeito, portanto, ao grande número pessoas que, em conjunto, serão o soberano, mas ao fato de o povo governar em prol do interesse “dos pobres ou das pessoas pouco favorecidas”¹³⁰ e não preocupado com questões de interesse público. Para Aristóteles, na democracia prevalecem os demagogos, os quais se impõem à imperiosidade da lei através de decretos particulares, fazendo com que a democracia não difira “em nada da tirania”¹³¹:

[...] pois onde as leis não têm força não pode haver República, já que este regime não é senão uma maneira de ser do Estado em que as leis regulam todas as coisas em

¹²⁸ PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 189.

¹²⁹ A reserva que Platão tem da democracia não é decorrência apenas de questões de natureza filosófica. Na esfera pragmática, fica evidente a mágoa de Platão pela condenação de Sócrates à morte pelos democratas atenienses, conforme consta nesta passagem: “Ora se, devido à sua boa natureza e às suas afinidades inatas com esses discursos, ele for de algum modo levado a aperceber-se do fato, a desviar caminho e a deixar-se arrastar para a filosofia, que pensamos que farão eles que julgam que vão perder a utilidade e a companhia dele? Todas as ações, todos os discursos, não os dirão e farão, quer junto dele, a fim de que não se deixe convencer, quer junto do que anda a persuadí-lo, para que não seja capaz disso, quer armando-lhe ciladas na sua vida particular, quer tentando-lhe processos publicamente?” PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 190.

¹³⁰ ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106. Importa observar que apesar de Aristóteles distinguir a democracia e a oligarquia como sendo os governos da maioria e minoria, respectivamente, são os critérios da pobreza e da riqueza que ele privilegia no caso de estarmos a falar de uma sociedade em que a maioria seja rica, ao contrário do que é o tradicional. Com efeito, a democracia será sempre o governo dos pobres, mesmo que eles sejam a minoria, enquanto a oligarquia o governo dos ricos.

¹³¹ ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 125.

geral e os magistrados decidem sobre os casos particulares. Se, no entanto, pretendermos que a democracia seja uma das formas de governo, então, não se deverá nem mesmo dar este nome a esse caos em que tudo é governado pelos decretos do dia.¹³²

Ainda que Aristóteles também critique a falta de estabilidade e segurança da democracia, decorrente, porém, não da coletividade, mas do fato de que nela não são as leis que vigoram, como acontece na república, mas os decretos criados a cada dia e momento e conforme os interesses particulares, o pupilo de Platão já não se apega tanto à idéia de uma única verdade, ao menos em termos de regramento social, o qual é realizado complementarmente pelas justiças políticas natural e legal, mesmo que em outros aspectos de sua teoria a idéia de verdade, mais precisamente, de essência, seja muito importante¹³³. Em termos jurídicos, Aristóteles irá falar na verdade prática – sujeita a contingências –, que deverá ser obtida no caso concreto a partir de um saber prático denominado de prudência.¹³⁴ Com efeito, as leis, representativas do interesse coletivo, e não os decretos, é que devem ser observadas, sob pena de deturpação do regime, do que é exemplo a democracia. Isto, porém, não quer dizer que a aplicação das leis deva ser realizada como se ela fosse titular de uma essência única e universal, mas, sim, numa valoração prudente do caso concreto.

De qualquer modo, na Idade Média, a crítica de Platão e Aristóteles se expande e a democracia passa a definitivamente carregar uma concepção atrelada à idéia de utopia e desordem. É só na Modernidade que ela resgata o seu aspecto positivo¹³⁵, tanto que, mesmo sem também conseguir ser uma unanimidade¹³⁶, grande parte dos estudiosos tem considerado ela não a melhor ou principal forma de governo, mas a única¹³⁷.

¹³² ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 126.

¹³³ Ver no item 3.2 que, para Aristóteles, as coisas têm uma essência em si mesmas. A justiça, porém, tanto a natural como a legal, é mutável em cada tempo e lugar; situação de mutabilidade que resta majorada quando da aplicabilidade da justiça ao caso concreto, uma vez que a possibilidade/necessidade de adaptação e modificação (prudência) é ainda maior. Tendo em conta que neste aspecto o político e o jurídico se confundem ainda mais do que o normal, pouco da questão será abordada aqui e pouco no capítulo seguinte, em cada qual, entretanto, com o enfoque voltado à respectiva preocupação: político-democrática e jurídico-processual.

¹³⁴ A palavra prudência é fruto da tradução romana (*prudencia*) da palavra grega *phronesis*. BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 163-192.

¹³⁵ José Maria Gomez, falando acerca da democracia, refere que “na época moderna só tardiamente ela superou uma antiga conotação negativa – associada a imagens de utopia, arcaísmo e desordem – e passou a ser usada, principalmente (embora não exclusivamente), para designar um regime político fundado no princípio da soberania do povo e um decantado elenco de arranjos institucionais e regras”. GOMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 16.

¹³⁶ Segundo Simone Goyard-Fabre, a democracia sempre foi alvo de críticas e de elogios. Uma das críticas que atualmente lhe são feitas é de que, por provocar a supressão das elites, ela acaba por uniformizar a sociedade.

A democracia dos modernos está fundada no individualismo¹³⁸ e no liberalismo típicos das filosofias iluministas que deram origem ao Estado Liberal (século XVIII), que é seu pressuposto não só histórico, mas também jurídico¹³⁹. Surgiu em oposição ao absolutismo monárquico (Estado Absoluto), justificado pela concepção política hobbesiana, segundo a qual o Estado e, conseqüentemente, a sociedade civil, teriam sido criados primordialmente para o fim de assegurar a sobrevivência dos homens¹⁴⁰, que viviam em guerra uns contra os outros, razão porque o Estado haveria de ser eminentemente opressor e totalitário. A preocupação inicial e preponderante da democracia moderna, portanto, é com o indivíduo: pelo resguardo e proteção de sua vida, mas destacadamente de seus bens e liberdade¹⁴¹, contra eventuais violências, sobretudo estatais.

Se na sua origem democracia significava o exercício do poder pelo povo, na modernidade ela agrega a preocupação liberal-individualista, sofrendo considerável metamorfose conceitual. A democracia relativiza a finalidade de participação popular e volta toda a sua atenção para o indivíduo (e não para a sociedade) e respectiva liberdade, garantindo a ele todos os direitos que lhe são próprios, com exclusão apenas daqueles que possam atingir a individualidade do outro. Apesar da intrínseca relação entre liberalismo e democracia – afinal, é inequívoco que o exercício da democracia exige a garantia de certas liberdades, assim como a proteção das liberdades somente é possível num poder democrático –, as preocupações principais de cada uma destas filosofias são diferentes.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³⁷ Conforme Fábio Conder Comparato refere, citado por Denise Mendes: “os princípios básicos da democracia são assegurados e o regime democrático já não constitui mais “*uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado*”.” MENDES, Denise Vitale Ramos. Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 72-93, jan.-jul. 2001, p. 89. Ambos os autores trabalham esta perspectiva de exclusividade democrática a partir do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, principalmente dos artigos XXI e XXIX, alínea 2.

¹³⁸ “A democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual – contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes – a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 22. Mais, ver 3.2.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 20.

¹⁴⁰ Em razão da suposta escassez dos bens, os homens, em fase anterior à criação do Estado (estado ou condição de natureza), estão fadados à luta constante de uns contra os outros. Isto porque necessariamente sentem necessidade de satisfazer seus desejos, até porque somente desta forma manterão o próprio movimento o que, segundo análise antropológica, é o que mantém a própria vida humana. A manutenção do movimento, estimulada pelos desejos representa a manutenção da vida. LISBOA, Wladimir Barreto. *A filosofia civil em Thomas Hobbes*. Acesso em: 03 jul. 2008. Disponível em: <http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/a_filosofia_civil_em_thomas_hobbes.doc>.

¹⁴¹ O que é englobado no conceito de propriedade por Locke. LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alba, [S.d.].

Para Locke, o pai do liberalismo, o importante é a liberdade na faculdade de agir e de se manifestar; para Rousseau, que é o representante do pensamento democrático moderno, o essencial é que os cidadãos devam obediência apenas às leis que tenham sido por eles próprios criadas, daí o conceito de autonomia¹⁴². Dito de outro modo, para Locke o importante é ser livre para poder ser o indivíduo que se é, com todas as suas particularidades e diferenças, e para agir como se pretende (nos limites dos direitos do outro). Para Rousseau, o importante é poder participar e influir na tomada de decisão acerca das questões comunitárias. Não se pode falar que Rousseau seja um liberal, a não ser que se lhe rotule um defensor de liberdades positivas¹⁴³. Contrário disso, ainda que em Locke prevaleça o liberalismo, tanto ele é também um democrata, como a espécie de democracia fundada na sua teoria é a que prevaleceu até recentemente, quando do surgimento do Estado Social¹⁴⁴.

As preocupações de Locke e Rousseau são responsáveis por dar origem a duas importantes espécies da democracia moderna: a democracia clássica e a continental.¹⁴⁵ O formato que prevaleceu – a democracia liberal clássica –, muito mais liberal (e individualista) do que democrata, além de garantir a liberdade de manifestação, assegura, ao menos em tese, o direito à defesa e ao *reconhecimento* das diferentes concepções de bem comum, acabando por superar a realidade uniforme da Grécia Antiga e também a concepção de vontade geral de Rousseau.¹⁴⁶ Isto porque, não obstante Rousseau tenha construído a sua teoria a partir da democracia direta, que é o modelo que melhor possibilita a defesa e o reconhecimento das

¹⁴² BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 48.

¹⁴³ A assertiva “sou livre porque faço a lei” é hoje conhecida como liberdade positiva. QUINTANA, Fernando. Jean-Jacques Rousseau. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 744-51, p. 748.

¹⁴⁴ O Estado Social, do Bem-Estar ou, ainda, paternalista assume uma postura mais ativa, retomando a doutrina democrática de Rousseau, sem, com isso, recusar totalmente o liberalismo do Estado Liberal, fundado essencialmente na democracia de Locke. Tanto é assim que as espécies de Estado são assim classificadas por Streck e Bolzan de Moraes, a começar pelos dois grandes “braços”: a) Estado Absoluto e b) Estado Liberal. Este último se subdivide em b.1) Estado Mínimo (Estado Liberal de Direito) e b.2) Estado Social, o qual, por sua vez, até o momento, assumiu as modalidades de b.2.1) Estado Social de Direito e b.2.2) Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. O Estado Social, sendo uma subespécie do Estado Liberal, insiste, portanto, no combate ao totalitarismo (Estado Absoluto). Porém, ele não se limita às liberdades negativas ou repressivas, implementando um conjunto de medidas, típicas das liberdades positivas ou promotoras, em que o político corrige ou corrompe, segundo o ponto de vista, o econômico. Vide: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986 e BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007.

¹⁴⁵ MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 530-4.

¹⁴⁶ Segundo Rousseau, foi a oposição de interesses particulares que tornou necessário o estabelecimento das sociedades. A sociedade e o Estado, portanto, foram criados para conciliar as diferenças através da vontade geral. A soberania, aliás, é o “exercício da vontade geral”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 86.

diferenças, somente aquilo que fosse aprovado pela maioria da comunidade é que poderia ser *reconhecido* como bem comum, o que acaba por excluir a individualidade e, com isso, as diferenças. Na teoria rousseauiana, a *defesa* das diferenças até era admitida, mas não o seu *reconhecimento*.¹⁴⁷

Mas voltando ao que vinha sendo dito, a democracia, na modernidade, voltou a ser ambicionada pela grande maioria da população. Contudo, seja em razão do tamanho e da complexidade das sociedades modernas¹⁴⁸, ou da própria reformulação conceitual recém mencionada, em que priorizada a garantia das liberdades e não mais o exercício do poder pelo povo, no lugar da democracia direta foi adotado o modelo de democracia indireta: a representação (principal aposta do liberalismo clássico¹⁴⁹), o que, aliás, além de representar a vitória do pensamento lockeano, faz prova de que, também na disputa com Montesquieu¹⁵⁰, Rousseau tenha sido “derrotado” no que diz respeito à adoção prática das doutrinas políticas. Ou seja, a democracia moderna, além de liberal, pressupõe a participação do povo através de representantes, que são aquelas pessoas eleitas para a finalidade específica de participar das deliberações coletivas representando os seus eleitores.

A insuficiência deste modelo, porém, não demorou a ser constatada pelo fato de que o povo frequentemente não se vê atendido nos seus interesses, mesmo quando eles equivalem ao interesse da maioria. Para ser atendido, o povo depende da convergência dos seus interesses frente aos interesses dos representantes. Isto porque a democracia moderna deixou de ser uma forma de poder delegado pelo povo e converte-se numa forma de poder exercido por políticos profissionais¹⁵¹. A perspectiva clássica da democracia prevê a inclusão das

¹⁴⁷ Segundo Salvatore Senese, a teoria rousseauiana não tolera dissensos. SENESE, Salvatore. Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (coord.). *Corrupción y estado de derecho : el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996, p. 40-58. Carole Pateman, por sua vez, afirma que o “indivíduo X não vai conseguir persuadir os outros a votarem a sua proposta que favorece apenas o próprio X. [...] Em outros termos, a única política a ser aceita por todos é aquela em que os benefícios e encargos são igualmente compartilhados”. PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. A dificuldade, portanto, está em fazer com que os dissensos ou as diferenças *prevaleçam quando da tomada de decisão*, já que, para isso, deverão ser acatados pela coletividade, que deverá lhes *reconhecer* como bem comum (vontade geral).

¹⁴⁸ O próprio Aristóteles falava nos limites mínimos e máximos populacionais que uma Cidade-Estado deveria observar. “Um Estado não pode ser composto por dez homens – e a partir de 100 mil já não é um Estado.” ARISTÓTELES *apud* BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 126 e 127.

¹⁴⁹ MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 530-4.

¹⁵⁰ Para Montesquieu, a democracia, que, juntamente com a aristocracia, é subespécie da espécie de governo chamado República, é caracterizada pelo exercício do por todo o povo – e não apenas por parte dele, como acontece na aristocracia -, mas sempre mediante representantes. Para Montesquieu o povo, na democracia, é o monarca, mas “Só pode ser monarca com seus sufrágios”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

¹⁵¹ HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 36. Para o mesmo autor, a democracia representativa sequer seria um tipo

minorias, ao contrário do que a perspectiva da democracia continental (Rousseau), que preconizava a unanimidade. Contudo, mesmo ela não consegue proporcionar a inclusão de todas as minorias e diferenças, mas apenas daquelas que correspondem à vontade dos representantes, isto é, as diferenças que não são efetivamente diferenças, posto que institucionalmente reconhecidas.

Por outro lado, mesmo que se consiga fazer prevalecer a vontade do povo perante a vontade particular dos representantes, ainda assim a democracia apresentará limites, posto que, neste caso, é a vontade da maioria que utilitariamente ditará as regras, prejudicando os sujeitos e interesses diferenciados¹⁵². Na verdade, tudo isso em razão de algo ainda mais basilar, a inexistência das figuras do bem comum, da vontade geral e, antes ainda, do povo¹⁵³. Estas figuras não chocaram tanto com a realidade enquanto esta se limitava, segundo Schumpeter, ao mundo do comerciante de ferro do século XVIII, ou seja, a um mundo de poucas diferenças. Tanto é assim que a sociedade que se auto-intitula a mais democrática, a norte-americana, é reconhecidamente também aquela que, nas suas origens (século XVII e XVIII), foi a mais equânime, o que significa dizer que a *maioria* dela oriunda acabava por excluir poucas minorias ou diferenças.¹⁵⁴

De acordo com Alexis de Tocqueville, “se existisse na América uma classe de cidadãos que o legislador trabalhasse para despojar de certas vantagens exclusivas [...], é provável que a minoria não se submetesse facilmente a suas leis.” Acontece que, no dizer do mesmo autor, os Estados Unidos da América (EUA) “foram povoados por homens iguais

de governo, mas apenas uma forma de legitimação do governo, posicionamento que ele resgata de Max Weber. A diferença entre a teoria democrática e a realidade governamental, dá origem a várias contradições, dentre elas a de identificar o poder de escolher quem tomará as decisões com o poder de escolher as próprias decisões.

¹⁵² Não são poucos os exemplos em que a vontade da maioria resultou em atos de barbárie. De acordo com Schumpeter: “Comunidades que a maioria de nós não teria dificuldade em reconhecer como democracias queimaram seus hereges na fogueira – a república de Genebra o fez no tempo de Calvino – ou perseguiram-nas de maneiras repulsivas a nossos padrões morais – Massachusetts colonial pode servir de exemplo”. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 302. Hannah Arendt defende a desobediência civil exatamente pelo fato de ser ela a garantia da luta contra os “perigos de um controle desenfreado pela maioria”. ARENDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 70.

¹⁵³ A crença nas figuras mencionadas, implica na seguinte situação fictícia: “Assim, todos os membros da comunidade, conscientes de tal objetivo [bem comum], conhecendo seu próprio pensamento, discernindo o que é bom do que é ruim, tomam parte, ativa e responsabilmente, na ampliação do primeiro e na luta contra o segundo, e todos os membros, assumem juntos o controle dos negócios públicos.” SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 313. A partir da crítica à doutrina clássica, o autor propõe uma definição mais realista da democracia: livre competição pelo voto livre.

¹⁵⁴ Schumpeter fala da Suíça como exemplo de sociedade em que a democracia se adapta aos fatos, já que pouco diferenciada e com poucos problemas sérios. O autor se refere aos Estados Unidos como uma sociedade grande e altamente diferenciada, mas dotada de condições favoráveis que permite a boa funcionalidade da democracia. A condição por ele mencionada é o desinteresse das pessoas pelas questões políticas. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 334.

entre si”, razão porque “não há dissidência natural e permanente entre os interesses de seus diversos habitantes.”¹⁵⁵ Na época das colônias norte-americanas reinava muita igualdade entre os emigrantes ingleses, o que ainda veio a ser ampliado com a lei das sucessões¹⁵⁶, que determinou a divisão dos bens do pai entre todos os filhos. Mas além do equilíbrio financeiro, o equilíbrio era também intelectual, pois quase todos se encontravam na mesma condição, qual seja habilitados no grau primário e sem a formação superior. E o autor conclui:

A América apresenta, pois, em seu estado social, o mais estranho fenômeno. Lá os homens se mostram mais iguais por sua fortuna e por sua inteligência, ou, em outras palavras, mais igualmente fortes do que são em qualquer outro país do mundo e do que foram em qualquer outro século de que a história conserve a lembrança.¹⁵⁷

Não é à toa, então, que os EUA muito já foram (e ainda são) aclamados pelo modelo de democracia que representam. Apesar de a democracia dos modernos estar fundada nas diferenças, razão porque se preocupa tanto com a proteção dos direitos, como o direito de manifestação e, de modo ainda mais evolucionista, com as minorias, é num contexto de similaridade em que mais facilmente ela se concretiza. O mesmo podendo ser dito da democracia direta. A democracia direta é o modelo que melhor possibilita o surgimento das diferenças, mas ela obteve tanto sucesso na Grécia principalmente pelo fato de que nas Cidades-Estado pouca era a diferença entre os cidadãos; na verdade, somente eram cidadãos aqueles que alcançam determinada condição, o que os assemelhava.¹⁵⁸

Ademais, as diferenças que possam ter existido foram objeto de profunda crítica, como a de Platão, que dizia ser a democracia direta a causa da instabilidade e da desorganização social, já que ficava difícil definir ao que e a quem obedecer. Aristóteles, da mesma forma, quando criticou a democracia como sendo a forma patológica da república porque nela prevaleciam os decretos, decorrentes das vontades particulares (as diferenças), perante as leis (vontade geral). O próprio Rousseau, idólatra da democracia direta e crítico da representativa, chegou a afirmar que uma verdadeira democracia jamais chegou efetivamente a existir, assim

¹⁵⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 291

¹⁵⁶ Tal lei, segundo Tocqueville, atuava sobre os bens, dificultando o acúmulo dos mesmos para além de uma geração, mas também sobre “a própria alma dos proprietários”. Isto porque, “a partir do momento em que se tira dos proprietários fundiários um grande interesse de sentimento, lembranças, orgulho, ambição em conservar a terra, pode-se estar certo de que cedo ou tarde eles irão vendê-la, porque têm um grande interesse pecuniário em fazê-lo”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 58-9.

¹⁵⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 62-3.

¹⁵⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

como jamais existirá, uma vez que exigiria, dentre outros requisitos, uma “igualdade entre as classes e as fortunas”¹⁵⁹, isto porque ele sabia da dificuldade que as minorias e os dissensos representavam no processo de votação e aprovação do bem comum.¹⁶⁰

Com efeito, a democracia, ao menos nos seus formatos mais tradicionais – direta e representativa – e segundo as experiências mais conhecidas, não apresentou condições suficientes para a proteção e valorização das diferenças. Prova disso é o fato de que é a igualdade social o que aproxima os dois maiores e mais bem sucedidos modelos de democracia que já existiram, coisa de que Tocqueville é cúmplice quando afirma que, nos EUA, é o povo quem faz as leis, tal como acontecia em Atenas.¹⁶¹ Na verdade, é exatamente em razão de terem sido sociedades equânimes que a Grécia Antiga e os EUA do século XVIII são o berço da democracia na Antiguidade e na Modernidade, respectivamente.

Se, de um modo geral, a democracia não tem lidado bem com as diferenças, o grande desafio da sociedade contemporânea é reformulá-la de modo a conseguir um equilíbrio sustentável e eficaz entre ela e a sociedade plúrima, diversificada e complexa de nossos tempos, até porque se a democracia não lida bem com as diferenças, um sistema totalitário lida menos ainda. Como recém visto, nas sociedades padronizadas, cujos integrantes são todos semelhantes entre si, é mais fácil de a democracia se concretizar, possibilitando que o governo se faça e se exerça pelo povo, não importando qual o modelo de democracia adotado, se direto, como o de Atenas, ou representativo, como o norte-americano. No contexto complexo, surgido com as sociedades industrializadas e que atinge níveis elevadíssimos, a exigência é de que se rediscuta a teoria democrática, já que o modelo direto não é possível de implementação, em razão do próprio tamanho do atual corpo social¹⁶², e o representativo é insuficiente para permitir a emersão de toda a diversidade existente.

¹⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 151. Também BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

¹⁶⁰ Consciente de que a democracia direta faculta a exposição e defesa, por qualquer um, dos mais diferentes interesses, e contrário à possibilidade de que isto permitisse que interesses particulares e não coletivos (comuns) prevalessem no debate, Rousseau propugna a redução das diferenças, possivelmente para que mais facilmente a soma das vontades dos indivíduos se equipare à vontade geral. Esta talvez seja o principal objeto da crítica que se pode fazer ao autor. Ao invés de formular um sistema em que as diferenças possam ser conciliadas com o exercício do poder pelo povo, ele propõe a irreal equiparação dos homens, fundado na crença de que as diferenças morais ou políticas não são naturais e, portanto, sejam reduzíveis. Nesta última linha: LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado. Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹⁶¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 62-3.

¹⁶² Em sentido contrário, Bonavides sustenta que a democracia direta é a democracia do Terceiro Milênio. Tendo a democracia semidireta como transição, a direta se fará possível através da tecnologia na área da informática e da comunicação. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 27.

Em meio a esta situação, surgem inúmeras propostas teóricas e práticas para a renovação da teoria democrática. Democracia esta que, portanto, melhor pretende se adequar à contemporaneidade, caracterizada exatamente pelo elemento que mais dificulta o sucesso de um governo político que se pretende democrático: a diferença. É perante toda esta conjuntura que se quer responder por que a audiência pública jurisdicional é tida como um instrumento de democratização, mas, simultaneamente, é criticada pela timidez democrática presente no instrumento que lhe deu origem, bem como na forma como tem sido realizada na prática.

Sem dúvida que a audiência pública atende aos pressupostos democráticos, de acordo com o modelo liberal e representativo, prevalecentes no contexto pátrio. A audiência pública inclusive supera o modelo representativo tradicional, conforme será visto logo na seqüência. A questão é saber se ela é sincrônica com a democracia que se pretende adaptada à complexidade do agora; se ela é capaz de fornecer a devida atenção às diferenças exigida pela contemporaneidade. Neste sentido, importa observar que propostas são apresentadas como substitutivas ou complementares ao modelo representativo de democracia no intuito de adaptá-lo à sociedade diferenciada da atualidade e se a audiência pública lhes é consoante.

2.2 Os novos agentes (mandatários) democráticos: o compositor e o intérprete

Não sendo possível assemelhar os integrantes de uma comunidade, aproximando-a das experiências de Atenas e dos EUA do século XVII e XVIII, ainda mais na contemporaneidade, a única alternativa é modificar o modelo de democracia, adotando um sistema que facilite a aparição das diferenças. Se o modelo de democracia direto, de acordo com as próprias críticas platônicas, é favorável à diversidade, a comunidade contemporânea não mais comporta tal metodologia política. Por outro lado, a democracia representativa, de fácil implementação, mostra-se pragmaticamente insuficiente perante a população, até mesmo dos norte-americanos, que já não é mais tão semelhante como antes¹⁶³.

A audiência pública jurisdicional, inserida neste contexto, promove uma importante democratização social, mesmo que incidente em apenas um dos poderes de Estado, o Poder Judiciário, já que supera o modelo de democracia representativa, que indiretamente também o

¹⁶³ Basta assistir aos noticiários e constatar que grande parcela da população, principalmente negros e latinos, se encontra excluída. Cittadino cita Michael Walzer para falar na fragmentação da sociedade norte-americana. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 86. Por outro lado, importante ressaltar que nenhuma observação deve ser considerada de modo absoluto, haja vista que toda análise é sempre parcial, pois considera apenas aqueles fatores que tenham sido previamente eleitos. Isto para dizer que também as ponderações elaboradas por Tocqueville, não obstante seu preciosismo, devem ser consideradas com cautela.

atinge, em que os representantes, no entanto, não são os políticos eleitos¹⁶⁴, mas os julgadores que integram seus quadros funcionais, quais sejam os juízes selecionados via concurso, como obrigatoriamente acontece na primeira instância¹⁶⁵, ou os promovidos¹⁶⁶, indicados¹⁶⁷ ou ainda escolhidos e nomeados¹⁶⁸ juízes, desembargadores e Ministros dos Tribunais Regionais e Superiores. A superação da democracia representativa tradicional promovida pela audiência pública é decorrência da aproximação da comunidade do centro de poder, no caso o STF, o que é feito ainda através de representantes – os participantes da audiência pública –, os quais, porém, atuam de forma vinculada aos interesses dos representados, o que garante a estes que suas pretensões sejam realmente defendidas.

Ao contrário da forma como a audiência pública tem sido tratada nos noticiários e no STF¹⁶⁹ e da justificativa que foi dada quando de sua criação¹⁷⁰, não corresponde ela a um

¹⁶⁴ Se os representantes não são eleitos pelos representados então o caso não é de democracia representativa, por isso que consta, acima, que este modelo de democracia apenas *indiretamente* atinge o Poder Judiciário.

¹⁶⁵ De acordo com o artigo 93, I, da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

¹⁶⁶ Art. 93. [...] III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância.

¹⁶⁷ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um dos integrantes para nomeação.

¹⁶⁸ No caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF):

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõem-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Quando ao Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

¹⁶⁹ O Ministro Britto afirma, no seu relatório, ter determinado a realização de audiência pública, “esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório do julgamento pela improcedência da ADIn nº 3.510*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Pesquisar em “Notícias”. Acesso em 10 ago. 2008. O inteiro teor de apenas alguns dos votos está disponível em <www.stf.gov.br>/ “Notícias”, pois a decisão ainda não foi publicada.

¹⁷⁰ A audiência pública tem como um de seus propósitos a democratização da prestação da tutela jurisdicional, conferindo-lhe um caráter mais pluralista. A respeito: BRASIL. *Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997*. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.960, transformado na Lei nº 9.868/99. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

instrumento de democracia participativa, no sentido específico do termo. Falar em democracia participativa no Poder Judiciário significaria dizer que grande parte das atividades jurisdicionais continuariam sendo realizadas sob a ótica da democracia indireta (representativa), cujos representantes neste caso são os juízes (observar a ressalva de que trata a nota nº 164), mas que determinadas questões especiais, como é o caso daquelas de interesse geral – por exemplo, as que são objeto de ADin, ADC e ADFP –, seriam apreciadas através da participação direta e imediata da comunidade. Isto porque a democracia participativa é intermediária entre o modelo direto e o representativo. A democracia participativa, “não obstante ser um sistema cuja base decisória de poder se dá por via oblíqua (indireta), não significa que os cidadãos não possam também exercer diretamente, em certas circunstâncias, e, por instrumentos decisórios conjugados ou diretos, os poderes governamentais”¹⁷¹. De acordo com Benevides, a implementação da democracia participativa, que ela chama de democracia semidireta, serve de corretivo à democracia representativa.¹⁷²

Na medida em que a audiência pública não permite a participação direta da população nas questões submetidas a julgamento numa ADin, ADC ou ADPF, mas apenas a participação de parte da comunidade, mais precisamente daqueles admitidos pelo Ministro relator do processo, que, portanto, serão os representantes de todo o restante da população, não se pode dizer que ela seja um instrumento de democratização do Poder Judiciário no sentido da implementação da democracia participativa em substituição da democracia representativa. A audiência pública não é exemplo da atuação direta da comunidade quando do processamento e julgamento de algumas questões especiais. A situação é de atuação indireta: a comunidade irá intervir de modo mais próximo, mas ainda através de representantes.

A preocupação em franquear a democracia participativa ou direta, aliás, foi refutada por Bobbio já há 30 anos atrás, em 1978, em sua obra *O Futuro da Democracia*¹⁷³. O apelo por mais democracia, com o que, segundo Bobbio, estaríamos todos de acordo, não será e não está sendo atendido, ao contrário do que se teria imaginado, pela passagem da democracia representativa para a direta. Segundo o autor, a democratização da sociedade contemporânea se processará a) pela expansão da democracia representativa para outras esferas, que não apenas a política (ver item 2.3), e b) pela adoção de outra modalidade de representação,

¹⁷¹ AIETA, Vânia Siciliano Ramos. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 190-5, p. 194.

¹⁷² BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

semelhante à democracia direta, sem os inconvenientes oriundos de sua adoção radical¹⁷⁴. Esta última hipótese é a que se aplica perfeitamente ao presente caso.

A modificação na modalidade de representação proporciona a maior proximidade da população dos centros de decisão. A participação da comunidade passa a acontecer através de mandatários ou porta-vozes da sua vontade, que, diferentemente do que acontece com a democracia representativa clássica, ocuparão referido cargo apenas enquanto o representado assim o quiser. Os porta-vozes meramente reproduzem e publicizam os interesses dos representados, podendo a qualquer momento serem destituídos do “cargo” ou substituídos. Segundo Bobbio, no caminho para se aproximar da democracia direta, sem adotar-lhe de modo absoluto, está a adoção da representação por mandato (representante como delegado), em que além da possibilidade de o representante poder ser substituído a qualquer tempo, estará ele também limitado aos interesses do(s) representado(s), ao contrário do que acontece hodiernamente na democracia tipicamente representativa em que o representante atua na forma de fiduciário, ou seja, “tendo poder de agir com uma certa liberdade em nome e por conta dos representados, na medida em que, gozando a confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses.”¹⁷⁵

A audiência pública jurisdicional, neste aspecto, é a democratização do acesso da população à esfera de poder, no sentido de configurar um acesso quase direto, mediado apenas por porta-vozes, aos Ministros do STF, com o que fica reduzido o risco de o representante não manifestar exatamente a posição do(s) seu(s) representado(s). Nas audiências públicas realizadas até o momento, em ADin e ADPF, a comunidade foi aproximada dos órgãos julgadores através de expositores e palestrantes, que ampliaram a possibilidade de fazer prevalecer, ou ao menos de fazer conhecer, os interesses do grupo que representaram especificamente para aquele assunto e apenas para aquela situação.

A representação na audiência pública inegavelmente acontece via mandato. Afinal, as partes, os *amicus curiae* e as entidades civis que foram autorizadas a participar da audiência pública jurisdicional puderam indicar o(s) representante(s) que bem pretenderam¹⁷⁶, com o

¹⁷⁴ A adoção radical da democracia direta é descrita por Bobbio como “a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a ele pertinentes”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 42.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 46.

¹⁷⁶ Poucas foram as situações em que negada a participação de uma entidade ou de um representante das entidades ou partes. Todas elas ocorreram na ADPF 54. Não foi admitida a participação das entidades: Confederação Nacional das Entidades de Família – CNEF e Suprema Ordem Universal da Santíssima Trindade. Também não foi admitida a participação de um dos representantes indicados pela Procuradoria-Geral da República: Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes. Ver notas de rodapé nºs 115 e seguintes. Maiores informações consultar decisões proferidas no processo em <www.stf.gov.br>/ “Acompanhamento processual”.

que puderam escolher aquele(s) no(s) qual(is) mais confiam para a realização da defesa dos seus interesses. A representação por mandato é talvez o maior progresso promovido pela audiência pública em termos de democratização da sociedade e, mais especificamente, do Poder Judiciário, até porque ir além dela, implementando a democracia direta ou participativa, nem mesmo seria conveniente. Tocqueville, no estudo que fez dos EUA, além de constatar a semelhança entre a população, o que contribuiu para a concretização do regime de governo democrático americano, conforme antes visto, também salientou que “Os americanos quiseram que os membros da legislatura fossem nomeados *diretamente* pelo povo, e por um prazo *muito curto*, a fim de obrigá-los a se submeterem não apenas às leis gerais, mas também às paixões cotidianas de seus constituintes”¹⁷⁷.

O que acontece é que os olhos e ouvidos do poder se abrem à sinfonia que emerge do contexto social, coisa que sempre foi vedada, já que apenas os ruídos eram levados até os julgadores – neste primeiro momento, no sentido amplo da palavra –, sejam eles os representantes eleitos politicamente, no caso dos poderes Executivo e Legislativo, que pragmaticamente se mostram descompromissados com a grande maioria dos interesses que supostamente representam, com exceção daqueles que também são os seus interesses, ou, no caso do Poder Judiciário, dos juízes aprovados em concurso público, indicados ou nomeados (vide notas nºs 165, 166, 167 e 168), que, na grande maioria das vezes, estão muito mais preocupados com a técnica e com a legislação positivada do que com a repercussão social dos seus julgados.

A audiência pública de que tratam as Leis nº 9.868 e 9.882 possibilita um maior contato social com o poder, tendo em vista que através dela é inserida no processo jurisdicional uma figura intermediária entre a comunidade e os Ministros do STF. Os interesses que compõem a comunidade, ou ao menos parte deles, são levados até bem próximo dos juízes, quando, então, nas questões coletivas, não mais se farão presentes apenas os interesses das partes e o entendimento dos julgadores. A inserção dos representantes autorizados a participar da audiência pública cumpre o papel de aproximar significativamente a comunidade de seus outros representantes, os juízes, já que sem eles estes últimos julgarão apenas e tão-somente com as informações que colherem de um amontoado de papéis juntados aos autos e talvez, caso se interessarem, por alguma pesquisa pelos meios de comunicação, manifestações populares, entidades sociais, etc. A importância de tudo isso, portanto, atinge a

¹⁷⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 289. Segundo o autor, além do curto prazo de duração dos mandatos, se propagava o costume de os eleitores traçarem aos deputados por eles nomeados um plano de conduta, com certo número de obrigações positivas de que ele não poderia se afastar (p. 290).

comunidade indiretamente, na medida em que, nutrindo os Ministros do STF de maiores informações e conhecimentos específicos sobre o tema, melhor disporão sobre o assunto. Questões de tamanha abrangência exigem grande responsabilidade¹⁷⁸ dos julgadores e a determinação para que seja realizada audiência pública é exemplo deste cuidado.¹⁷⁹

Em síntese, é possível concluir que a audiência pública a) não promove a democracia direta ou participativa, o que sequer é objeto de crítica, mas b) promove integralmente a modificação do modelo de representação, substituindo o representante fiduciário pelo mandatário, aprofundando o contato comunidade-Poder Judiciário, o que talvez seja a maior contribuição da audiência pública para a sua sincronização com a contemporaneidade.

Na audiência pública a comunidade colabora com o exercício da atividade jurisdicional através dos expositores convidados ou autorizados a dela participar. Tais expositores são representantes dos interesses comunitários que, diferentemente do que acontece na sistemática tradicional da representação, têm um contato mais próximo e vinculado com a população, sendo seus meros porta-vozes. Como já referido, a proximidade com que a comunidade pode chegar do centro de poder através da audiência pública é suficiente para permitir que os interesses sejam ouvidos. A participação direta ou participativa inviabilizaria o exercício da atividade jurisdicional, enquanto que a representação por mandato além de não provocar maiores transtornos organizacionais, possibilita o contato direto da comunidade, com os seus respectivos interesses, e o Poder Judiciário.

Não obstante tudo isso, a democracia representativa, por mandato, mas também e principalmente a tradicional, por si só apresenta seus limites, os quais foram muito bem apontados por Paul Hirst. A representação é responsável por implementar um governo

¹⁷⁸ Responsabilidade esta de que já falava Tocqueville ao se referir à função da Corte Suprema norte-americana de fiscalização da constitucionalidade das leis, como acontece com a ADIn, ADC e ADPF. Tocqueville afirmou, no século XIX, não conhecer outro país que atribuísse tantos poderes ao Poder Judiciário e que a Corte Suprema norte-americana exercia atividade eminentemente política. Referiu, ainda, que na Corte Suprema tantas são as vezes em que são representados, por um lado, os interesses do Estado de Nova York, e, por outro, os do Estado de Ohio, ou seja, os interesses de um milhão de homens contra os interesses de dois milhões de homens, com o que, diz ele, “ficamos impressionados com a responsabilidade que pesa sobre os sete juízes cuja decisão vai alegrar ou entristecer tão grande número de pessoas.” TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I, p. 169. Note-se que todas as questões referidas por Tocqueville como sendo representativas da grande responsabilidade da Corte Suprema dos EUA pode tranquilamente ser transposta analogicamente para a função atualmente exercida pelo STF brasileiro.

¹⁷⁹ Saldanha e Espindola, a propósito da abertura do STF à sociedade a partir da audiência pública: “Pressupondo a limitação cognitiva de quem julga, abre-se à sociedade trazendo democratização ao processo, mas ao mesmo tempo mantém a obrigação de o julgador manter-se engajado no diálogo processual, ouvindo não só as partes do processo, mas outros interessados para fundamentar sua decisão final, assumindo a responsabilidade coletiva pela decisão.” SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo*. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007, p. 281.

exercido autoritariamente sobre o povo. Na forma como atualmente operacionalizada, a democracia representativa constitui e legitima uma espécie de despotismo, haja vista que os representantes eleitos ou, no caso da audiência, indicados pelo povo, utilizam-se da máquina governamental apenas em prol dos interesses do grupo representado. Para que tal situação não chegue a prejudicar, o Poder Judiciário deve tornar-se mais confiável e sensível à comunidade, o que ocorrerá tão-somente se possibilitar uma “competição e debate político reais”¹⁸⁰. Apenas desse modo a democracia (re)ocupará o seu lugar e a comunidade efetivamente conseguirá tomar parte das questões coletivas, como quer a teoria democrática segundo originariamente criada.

Toda esta problemática em torno da democracia representativa, além de atingir diretamente a audiência pública jurisdicional, abre discussão para os próximos três itens: o pluralismo (2.3), a deliberação (2.4) e a substancial democracia (2.5). Quanto ao aspecto recém analisado, cumpre reiterar, que a audiência pública representa o máximo de avanço democrático possível dentro da perspectiva contemporânea: a representação por mandato. Os limites dos instrumentos democráticos de um modo geral e da representação em específico, com destaque para a audiência pública, é que são o objeto da análise subsequente.

2.3 Os novos ambientes (jurisdição) democráticos e a pluralidade de interesses: das notas ao acorde (acorda!) musical

A representação por mandato, como referido, não configura um problema ou um limite à democracia, a não ser enquanto democracia representativa, que, por si só, de um jeito ou de outro, apresenta limites. A audiência pública de que tratam as Leis nºs 9.868 e 9.882, ao superar a democracia representativa tradicional com a adoção da representação por mandato, vai ao encontro da democratização social ambicionada pela comunidade, uma vez que, segundo Bobbio, o apelo por mais democracia, não será e não está sendo atendido pela passagem da democracia representativa para a democracia direta, mas a) pela expansão da democracia representativa para outras esferas, que não apenas a política e b) pela modificação na modalidade de representação, com a adoção da representação por mandato (2.2). Se a adoção da representação por mandato acabou por aproximar a comunidade do centro de poder, e, com isso, atendeu ao apelo social por mais democracia, conforme recém visto, cumpre verificar se a audiência pública atende ao mesmo apelo no que diz respeito à expansão

¹⁸⁰ HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 43.

da democracia representativa para outras esferas do contexto social, o que é tratado pelo autor sob o nome de pluralidade.

Pluralidade, para Bobbio, significa, então, a ampliação dos centros de poder para o fim de combater o poder monocrático. Na verdade, a pluralidade também é um corretivo à democracia representativa, assim como já foi dito quanto à democracia participativa. A democracia, por si só, em qualquer de suas subespécies, visa combater o poder autocrático, ou seja, o poder imposto de cima para baixo. Contudo, nem todos os modelos de democracia são capazes de, ao mesmo tempo, também combater o poder monocrático.

A democracia direta, em que os cidadãos diretamente decidem a respeito das questões que lhe digam respeito – e aqui se pode inserir também a democracia participativa –, além de se opor ao poder autocrático, também se opõe ao monocrático. A democracia representativa, diferentemente, até pode ser capaz de impedir que o poder seja exercido autocraticamente, no sentido descendente, mas raramente conseguirá impedir a monopolização do poder. De acordo com Bobbio, “o defeito da democracia representativa se comparada com a democracia direta consiste na tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos; tal defeito apenas pode ser corrigido pela existência de uma pluralidade de oligarquias em concorrência entre si”¹⁸¹. A democracia representativa, portanto, melhor conseguirá combater o poder monocrático se distribuir este poder por outros setores da vida social.

Enquanto a democracia direta possibilita, paradoxalmente, o combate à monopolização, trazendo toda a multiplicidade e diversidade comunitária para dentro do próprio poder, através, por exemplo, da ágora de Atenas ou do plebiscito, referendo e iniciativa popular¹⁸², fazendo, portanto, que tanto o poder seja exercido de baixo (do povo) para cima, como de forma plural, já que presentes na discussão e tomada de decisão todos os interesses e não apenas os da elite; a democracia representativa tradicional, no entender de Bobbio, precisa criar novos espaços para que esta pluralidade possa aparecer, tendo em vista que no poder centralizado apenas os representantes podem atuar e, portanto, apenas alguns poucos interesses, normalmente os interesses particulares deles próprios, são ouvidos.

A audiência pública jurisdicional, não se pode negar, é exemplo da proliferação dos centros de poder, da pluralização democrática ou, ainda, dito de outro modo, da expansão da democracia representativa para os outros segmentos sociais em que atua o indivíduo, isto é,

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 61.

¹⁸² Instrumentos de democracia direta ou participativa do ordenamento jurídico brasileiro, previstos no art. 14, I, II e III da CF/88 e regulamentados na Lei nº 9.709/98.

para aqueles locais em que o sujeito é considerado não como cidadão, no sentido eminentemente político¹⁸³, mas como empregado, estudante, vizinho, consumidor e, no caso da audiência pública em apreço, como jurisdicionado, enfim, nas suas outras possíveis facetas. Se a pluralização é a proliferação, por todo o contexto social, de outros locais em que o indivíduo possa atuar democraticamente, mesmo que ainda mediante representantes, a audiência pública contribui com o pluralismo, permitindo que o povo atue em outros locais e em outros momentos.¹⁸⁴ Resta superada, portanto, a intervenção popular limitada à eleição dos representantes do Poder Executivo e Legislativo. Na medida em que a audiência pública possibilita a intervenção comunitária nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, ao cidadão é concedido mais um local para a sua atuação: os processos de ADIn, ADC e ADPF.

O pluralismo, segundo esta concepção, portanto, é a descentralização dos locais de intervenção popular, na medida em que também em outras esferas do âmbito social é facultada a participação da comunidade nas questões que sejam do seu interesse. Neste caso, se está a falar da passagem da democracia política para a democracia social. Para Bobbio:

Não se trata de um novo tipo de democracia, mas da ocupação de novos espaços pelas formas ainda tradicionais de democracia, razão porque o desenvolvimento democrático não mais deve ser medido pelo número de pessoas que têm o direito de votar, mas pela quantidade de locais onde o indivíduo tenha poder de “voto”, ou seja, possa participar. A atenção saiu do “quem” vota para o “onde” se vota.¹⁸⁵

O pluralismo, analisado no âmbito político-democrático, representa a recusa de que a atuação eleitoral seja a única forma de participação popular e, portanto, de democracia. O pluralismo quer desmitificar o monismo de que é símbolo, numa democracia representativa, o voto nas eleições, para sustentar que também em outros lugares é possível a democracia. Não se trata, portanto, de alterar a forma ou o modelo de democracia, que, na grande maioria dos sistemas contemporâneos, como acontece no Brasil, é o representativo, mas de estendê-lo a outros ambientes. “No momento em que, então, ampliamos os campos de possível atuação da democracia, parece inevitável pensar a democracia diante do contexto do pluralismo”.¹⁸⁶

¹⁸³ Para sociedades como a nossa, em que a democracia representativa assumiu o predomínio da discussão política, é cidadão o eleitor.

¹⁸⁴ Quando o enfoque democrático está na participação popular, é sinal de que se privilegia a concepção democrática de Rousseau e não a liberal, preocupada muito mais em garantir a liberdade dos indivíduos, conforme já anteriormente trabalhado (1.2)

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 60.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 60.

Se o pluralismo político-democrático de que fala Bobbio é a multiplicidade de locais em que possível o *exercício da democracia*, ou seja, a multiplicidade de locais em que possível a participação popular na tomada de decisão, seja lá qual for o modelo de democracia adotado (direto ou indireto), o pluralismo jurídico se opõe ao monismo e centralização da jurisdição estatal e defende a multiplicidade de locais em que possível o *exercício do direito*, como é o caso da prática jurídica realizada no Bairro da Lata no Rio de Janeiro, estudada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos¹⁸⁷. De um modo ou de outro, o pluralismo, segundo Wolkmer¹⁸⁸, se opõe ao monismo e ao centralismo; é a “*multiplicidade dos possíveis*”.

É no contexto do pluralismo jurídico que se insere a proposta do alemão Peter Häberle¹⁸⁹ de sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, no sentido de que a interpretação constitucional deve ser feita por todos aqueles que vivem sob as suas normas. Aqui se está a falar na ampliação dos locais em que é possível o *exercício do direito*, ou seja, na ampliação dos locais em que é possível a interpretação constitucional, não mais limitada ao Poder Judiciário e, principalmente, no que diz respeito ao consagrado controle concentrado de constitucionalidade, aos Ministros do STF. O pluralismo de Häberle, portanto, é o jurídico.

Não há dúvida de que a proposta de Häberle acaba por democratizar – permitindo maior participação popular – a jurisdição constitucional, a qual, no ordenamento brasileiro, nada mais é do que um outro local em que o indivíduo pode se fazer presente, no caso, como titular de direitos e deveres constitucionais, agindo, em nome próprio – quando legitimado para o ajuizamento da “ação” processual – ou como substituído processual, no intuito de obter ou uma tutela preventiva¹⁹⁰ ou uma tutela de defesa e/ou proteção de um direito violado ou em vias de violação. Contudo, somente indiretamente/mediatamente¹⁹¹ é que a teoria do alemão irá atender à pluralidade no seu aspecto político-democrático, no sentido de pluralizar

¹⁸⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

¹⁸⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 637-40.

¹⁸⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

¹⁹⁰ Falar em tutela preventiva implica a superação da perspectiva tão-somente repressiva de proteção aos direitos. A respeito do assunto, ver: ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (Ou porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

¹⁹¹ O pluralismo definido segundo Häberle, por outro lado, promove uma democratização mediata, no sentido de que o Poder Judiciário é democratizado por via reflexa, através de atividades realizadas no seu exterior. A democracia, segundo o pluralismo haberliano, é uma consequência, mas não a finalidade imediata. Enquanto que, segundo o pluralismo de Bobbio, a democracia ocorre no interior do próprio Poder Judiciário.

o exercício da democracia. A democratização da jurisdição constitucional acontece, portanto, apenas de modo indireto, através da *jurisdicionalização da comunidade*.

Desse modo, o pluralismo haberliano é muito mais um pluralismo jurídico, como o de Boaventura¹⁹², do que um pluralismo político-democrático como o de Bobbio. O pluralismo de Häberle está mais focado no intuito de jurisdicionalizar ou constitucionalizar outros lugares – a comunidade –, do que de democratizar – possibilitando a participação popular – a jurisdição. A proposta do alemão, dirigida unicamente ao Poder Judiciário, está preocupada principalmente com a ampliação dos lugares em que se pode exercer o direito, ou, mais precisamente, o direito constitucional¹⁹³, ou, a jurisdição constitucional, ou, melhor ainda, a interpretação (e criação) da norma constitucional. Segundo o autor, a interpretação constitucional não cabe apenas aos juízes. Os demais cidadãos, órgãos públicos, grupos de interesse, etc., também devem exercê-la, nem que seja como pré-intérpretes, promovendo a contextualização das normas constitucionais e, subsequentemente, dando-lhes concretude, pois a norma não existe antes que interpretada.¹⁹⁴ Desta forma, o direito, mais precisamente, a interpretação constitucional, deve ser exercida também em outros lugares, não apenas no Poder Judiciário, nos seus órgãos em geral (controle difuso) ou no órgão especial e burocraticamente instituído nesta função – no Brasil, o STF (controle concentrado).

O exercício do direito e a interpretação constitucional devem ser realizados por toda a comunidade. Até mesmo porque o simples obedecer e aplicar uma norma constitucional já seria lhe estar interpretando. O destinatário da norma é intérprete ativo do texto constitucional. Talvez não seja intérprete direto, que são poucos – os juízes, em geral, no caso do controle difuso da constitucionalidade, ou os onze Ministros do STF –, mas ativo ele é. Ademais, quando o STF interpreta a constitucionalidade de uma lei, ele não leva em consideração o “modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção

¹⁹² O pluralismo de Häberle é mais próximo do de Boaventura se comparado com o de Bobbio, mas não equiparado a ele, uma vez que Häberle defende que a interpretação jurídico-constitucional seja feita noutros ambientes que não o Poder Judiciário, enquanto que Boaventura defende que a atividade jurisdicional como um todo seja exercida noutros ambientes.

¹⁹³ O enfoque privilegiado no direito constitucional é feito em respeito ao pensamento do autor em comento, mas não representa o entendimento desta pesquisadora, visto que a preocupação em aproximar o direito da realidade não deve se limitar à Constituição, mas a todo o direito a Constituição. Ademais, a Constituição é mais instituída do que instituinte pelas/das condutas e comportamentos sociais (ver nota nº 72). Isto é, a Constituição é mais um fruto do contexto social do que produtora do mesmo.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Muitos outros autores trabalham com esta concepção, por exemplo: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. GRAU, Eros Roberto. *Interpretação do Direito*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 471-5.

daquele direito”¹⁹⁵? Parafraseando o que foi dito acima, se o pluralismo político-democrático promove a passagem da democracia política para a democracia social, o pluralismo jurídico promove a passagem da jurisdição estatal para a jurisdição social.

De qualquer modo, pretende, Häberle, de modo imediato e direto, a jurisdicionalização social (jurisdicionalização da comunidade), já que à comunidade também deve ser reconhecido¹⁹⁶ o direito de interpretar, no caso específico trabalhado pelo autor, a Constituição Federal: eis o pluralismo jurídico. Indireta e mediatamente, sua proposta, se adotada, acabará por promover a democratização social (participação popular nos ambientes sociais e não apenas no ambiente político-eleitoral), pois o exercício da função jurisdicional, típica do Poder Judiciário, acabará por ser realizado também via participação popular: eis o pluralismo político-democrático. A comunidade atuará, juntamente com os órgãos tradicionalmente responsáveis pela interpretação constitucional, democraticamente em outro *locus*, que não mais apenas na eleição de representantes dos outros dois poderes do Estado (Executivo e Legislativo).

Não obstante as diferenças entre as duas espécies de pluralismo, ambas as definições, então, propugnam a democratização do Poder Judiciário: uma, reconhecendo que parte da sua atividade (interpretação) é realizada em todo o contexto social – outros lugares –, ou, dito de outro modo, por todos aqueles que são submetidos às normas constitucionais, como acontece no pluralismo jurídico; a outra, permitindo que a democracia – participação popular – se exerça em outro espaço que não apenas as eleições.

Segundo Häberle, o efetivo reconhecimento de que todos os que se encontram submetidos às normas constitucionais são seus intérpretes, está a exigir a conformação do direito processual constitucional, ampliando e aperfeiçoando-se os “instrumentos de informação dos juízes” no que se refere “as formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação”¹⁹⁷. Ao fim e ao cabo, portanto, Häberle defende a adoção de instrumentos processuais que permitam ao juiz ser informado dos interesses dos cidadãos, grupos, parlamentares, partidos políticos, etc, como é o caso das audiências.¹⁹⁸

¹⁹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 15.

¹⁹⁶ O autor fala na importância do reconhecimento do fato de que a comunidade também interpreta a Constituição, no sentido de que, na prática, referida interpretação efetivamente já ocorre, mas ela deve ser publicamente reconhecida e, conforme será trabalhado logo na sequência, também institucionalizada.

¹⁹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 47.

¹⁹⁸ Segundo Coelho, “Do ponto de vista *procedimental*, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos *segundo a sua espécie*, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que

Com efeito, também ele, com sua concepção distinta de pluralismo, desemboca na defesa de institutos como a audiência pública. Tanto é assim que a adoção do instituto da audiência pública no processo civil brasileiro seguramente se realizou devido a forte influência sua: seja em razão de a audiência pública ser uma das melhores formas de concretizar, na prática, a necessidade de informar os juízes sobre as interpretações feitas por toda a comunidade, conforme supra (pluralismo haberliano); seja em razão de que o atual Ministro e Presidente do STF Gilmar Ferreira Mendes, responsável, como integrante da comissão criada pelo Poder Executivo, pela versão inicial do anteprojeto que se transformou na Lei nº 9.868/99, é um estudioso¹⁹⁹ e admirador²⁰⁰ da obra do autor alemão, possivelmente desde o seu doutoramento naquele país, na década de 1990.

De qualquer modo, a audiência pública jurisdicional está mais próxima – o que não quer dizer que lhe atenda por completo, conforme segue – do pluralismo na definição dada a partir da obra de Norberto Bobbio, o pluralismo político-democrático, do que do pluralismo haberliano, haja vista que ela possibilita a democratização/participação popular de/no outro ambiente que não o pleito eleitoral, mas não possibilita, necessariamente, que a comunidade interprete a Constituição Federal. A audiência pública possibilita que, nos casos de ADin, ADC e ADPF, a participação popular também ocorra no Poder Judiciário, mais precisamente, dentro do próprio centro de poder, o STF. Ela possibilita a participação popular e, portanto, a intervenção imediata da comunidade dentro do Judiciário. Ela não propicia, porém, como queria Häberle, a jurisdicionalização de outros lugares, reconhecendo pública e institucionalmente que toda a comunidade, ou seja, todos os destinatários da Constituição Federal, são seus intérpretes. E este é o seu limite, limite, aliás, que além de atingir o propósito pluralista de Häberle, também atinge o de Bobbio.

Mesmo que a audiência pública jurisdicional se afaste da democracia direta em dois aspectos, conforme antes mencionado, quais sejam, a) pelo fato de que nela os interesses são

só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social.” COELHO, I. M. *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_137/r137-16.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008. Disponível também em: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan.-mar. 1998, p. 159.

¹⁹⁹ Gilmar Ferreira Mendes foi o tradutor e apresentador da obra *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição de Peter Häberle*. A propósito, a apresentação e a tradução de referida obra possivelmente tenham sido feitas no mesmo ano da elaboração do anteprojeto que daria origem à Lei nº 9.868/99, afinal, ambas datam de 1997.

²⁰⁰ Gilmar Ferreira Mendes foi o idealizador da homenagem concedida pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB a Peter Häberle no ano de 2005, com o título *Doutor Honoris Causa* da instituição. CASTRO, André Augusto. *Häberle é Honoris Causa na UnB*. Disponível em: <<http://www.secom.unb.br/unbagencia/ag0905-31.htm>>. Acesso em 11 out. 2008.

defendidos através de representantes (vide 2.2) e b) pelo fato de que ela simboliza o *pluralismo político-democrático* de que fala Bobbio, pulverizando a *participação popular* por outros ambientes sociais (a jurisdição), na tentativa de, dessa forma, reduzir a elitização que vicia a democracia representativa (vide página 78), importa observar que a audiência pública é similar à ágora de Atenas no sentido de que, ao invés de facultar outros lugares para que os representantes da comunidade exerçam a *interpretação constitucional (pluralismo jurídico)*, como queria Häberle, ela traz para dentro do próprio centro de poder²⁰¹ os interesses comunitários – ao menos aquela parte que tiver sido admitida a dela participar.

Deste modo, a audiência pública é plural, ao menos aparentemente, no sentido dado por Bobbio, e, em tese, visa suprir o vício da democracia representativa quanto à elitização, pois que amplia os locais de exercício democrático, quase sempre limitado apenas às eleições. Por outro lado, a audiência pública deixa de ser plural, na concepção de Häberle, quando concentra a participação e, portanto, o exercício da interpretação constitucional, num mesmo e único lugar, o STF, o que, porém, não prejudicaria a democratização do Poder Judiciário se ela conseguisse propiciar uma participação efetivamente equiparada à democracia direta, permitindo que todos os interesses se façam presente.

O problema, portanto, é que a audiência pública não permite que todos os interesses comunitários que tenham relação com a demanda em discussão possam efetivamente dela participar, mas, em regra (em duas das três audiências realizadas), como já visto, apenas os especialistas é que foram admitidos no evento. Deste modo, se aparentemente a audiência pública jurisdicional poderia ser tida como um instrumento plural no sentido político-democrático, nem mesmo neste aspecto ela é um mecanismo de pluralização e, conseqüentemente, de democratização do Poder Judiciário. A audiência pública, na forma como majoritariamente concretizada, portanto, não é plural, tanto num sentido (político-democrático) como noutra (jurídico), em razão de que a participação popular (democracia) e a abertura aos intérpretes da constituição ocorrem apenas de modo limitado, ou seja, restrito a “pessoas com experiência e autoridade na matéria”²⁰².

A pluralização promovida pela faculdade de atuação democrática em audiência pública tem sido extremamente limitada precisamente por não cumprir com a pluralização no sentido de permitir que todos os interesses relativos ao processo se façam presente, o que

²⁰¹ Na Grécia, todas as questões públicas eram discutidas na ágora. No controle concentrado de constitucionalidade, todas as questões relativas a este assunto são discutidas no respectivo centro de poder, o STF, através do ajuizamento de ADin, ADC e ADPF, onde poderão ser realizadas as audiências públicas jurisdicionais.

²⁰² Segundo o texto legal dos artigos 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99, e 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

poderia ser solucionado ou a) pela adoção da pluralização no sentido haberliano, jurisdicionando a comunidade e levando aos julgadores as informações relativas aos interesses que disserem respeito à questão objeto de um determinado processo judicial, ou, ainda, b) pela ampla concessão à participação dos representantes de todos os interesses que possam ser atingidos pela decisão, como ocorreu na audiência pública da ADPF 54.

Ora, se a pluralização, no sentido político-democrático, como referido no início deste item, visa exatamente permitir que a democracia representativa, quando realizada também em outros locais, como é o caso do Poder Judiciário, combata a centralização do poder na mão das elites – o pequeno grupo dos representantes eleitos do Poder Executivo e Legislativo –, a audiência pública acaba por contribuir com esta elitização quando veda que todos os interesses possam ser representados numa audiência pública. Afinal, conforme consta no item 1.3, a finalidade da audiência pública, segundo o que majoritariamente foi feito até o momento, é a oitiva de especialistas que possam contribuir com a elaboração, pelos Ministros, dos seus votos, onde expressarão a interpretação constitucional que eles próprios, e apenas eles, entendem mais adequada²⁰³. Já de acordo com o que consta no item 1.4, cabe ao Ministro relator definir quem serão os representantes da comunidade na audiência, o que também contribui para que a elite se mantenha, mesmo que, agora, incluída a elite intelectual.

Pode-se falar, aqui, naquilo que Bobbio chamou de tecnocracia.²⁰⁴ A democracia é incompatível com a tecnocracia, pois, nesta, a participação popular está limitada aos especialistas, exatamente como acontece na audiência pública. É evidente a indispensabilidade do conhecimento técnico e, conseqüentemente, dos especialistas, mas a contribuição deles não pode ser feita em nome da democracia. Uma coisa é a arrecadação de informações técnicas ou científicas indispensáveis para a tomada de uma determinada decisão, inclusive a jurisdicional. Outra coisa é a oitiva, mesmo que apenas via representantes, dos integrantes da comunidade acerca dos seus interesses, ou seja, a abertura da discussão a todos os que puderem ser afetados pela decisão que será tomada, que é a proposta de Häberle.

Se a pluralização jurídica visa ampliar o número de intérpretes jurisdicionais, abrangendo todos os destinatários das normas objeto de debate, cumpre observar que os relatores das audiências públicas não têm autorizado, exceto a realizada na ADPF 54, que todos os destinatários intervenham, mas apenas aqueles que possuam conhecimentos

²⁰³ Cabe aqui mencionar questão que será objeto de análise mais aprofundada no item 2.5. Os Ministros do STF não admitem que outros possam interferir na interpretação constitucional, pois, no que diz respeito a este assunto, eles é quem são os únicos legítimos. Admitem a contribuição de terceiros apenas no que diz respeito a aspectos específicos que não se referem ao direito, muito menos ao direito constitucional.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 34.

especializados para tanto. Em momento algum a abertura de que fala Häberle se refere à possibilidade de os intérpretes oficiais serem auxiliados por especialistas quando do julgamento. O intuito é de abertura à comunidade como um todo, aos seus interesses, e não apenas aos conhecimentos técnicos que esta mesma comunidade eventualmente produza. Referido escopo, aliás, é fruto da construção teórica de toda uma geração significativamente influenciada pela hermenêutica do século XX. De acordo com este posicionamento filosófico, adaptado ou traduzido²⁰⁵ ao direito, a Constituição e as suas normas não são os textos positivo e friamente vigentes, são a interpretação constitucional, ou seja, as normas conforme interpretadas, que mais legítimas serão quanto mais se aproximarem dos anseios sociais ou da realidade constitucional.²⁰⁶

Agora, quando se fala em realidade, não apenas se está referindo aos interesses comunitários relativos às demandas em específico. Falar e pensar em conformidade com a realidade, implica considerar as características gerais de toda a coletividade, seja no que diz respeito aos seus comportamentos, aos conhecimentos científicos dela oriundos, às suas ideologias, enfim. Neste aspecto, a realidade que deve restar explicitada na interpretação jurisdicional não é a realidade fictícia criada pelos contratualistas, no sentido de uma massa uniforme e uniformizada, de interesses comuns e vontade geral. A realidade a que Häberle se refere é a realidade como sendo a combinação ou o “concerto” – termo adotado pelo autor – de diferenças. A massa popular, aqui, é o composto de um número indefinível de interesses, que convergem e divergem entre si. Neste sentido, a proposta haberliana é efetivamente plural porque visa combinar e não uniformizar os mais diversos interesses sociais.

Se a preocupação pluralista do alemão pode ser dita democraticamente rousseauiana no que diz respeito ao estímulo à participação dos cidadãos, principalmente quando apóia uma cidadania ativa²⁰⁷, o que, aliás, o aproxima também de Hannah Arendt, ela é

²⁰⁵ Jânia Saldanha se aproveita da Teoria da Tradução de Boaventura de Sousa Santos para, numa de suas pesquisas, trabalhar a Teoria Geral do Processo. Segundo ela, a teoria do português visa “criar inteligibilidade mútua entre as várias experiências sociais, ou seja, entre as experiências disponíveis e as que são possíveis.” SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 27-52, p. 43.

²⁰⁶ “Nessa visão, quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto *respostas hermenêuticas* - temporalmente adequadas - às *perguntas* da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição.” COELHO, I. M. *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_137/r137-16.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008. Disponível também em: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan.-mar. 1998, p. 59.

²⁰⁷ Segundo Serva Maciel: “Vinculando a qualidade de intérprete constitucional ao conceito de *status activae civitatis*, HÄBERLE concebe a atividade interpretativa como um processo aberto, que não se compadece com

significativamente e sobremodo liberal quanto ao reconhecimento das diferenças, refutando expressamente a concepção universal de povo em prol da idéia de cidadão, sendo, portanto muito mais realista²⁰⁸, ainda mais perante a sociedade contemporânea²⁰⁹. Para a interpretação refletir a realidade, nas suas necessidades específicas – individuais e singulares –, terá ela que ser realizada metodologicamente em atenção à realidade na sua concepção genérica. Se a realidade contemporânea – sentido genérico – é plúrima e valoriza as diferenças²¹⁰, será de dentro desta pluralidade que se poderão extrair os diferentes interesses específicos, o que também constitui a realidade, agora, porém, no sentido restrito da palavra.

Sendo desta forma, ainda mais evidente é a conclusão de que a audiência pública não atende integralmente ao preceito social contemporâneo da pluralidade, principalmente no sentido que lhe deu Peter Häberle. No modo com legislada e majoritariamente concretizada, apenas os especialistas podem dela participar, o que não possibilita que os intérpretes oficiais, no caso, os Ministros do STF, tomem conhecimento da realidade comunitária (os intérpretes não oficiais). Sob este aspecto, o controle difuso de constitucionalidade, vigente no ordenamento pátrio desde a implantação da República²¹¹, é muito mais plural do que a audiência pública jurisdicional²¹², posto que esta última, além de representar a participação

uma postura de submissão”. MACIEL, Omar Serva. *A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_IV_marco_2004/Omar%20-%20A%20interpretacao%20pluralista.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008.

²⁰⁸ “Não se deve esquecer que a democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia “é o domínio do cidadão” [...], não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. *A democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular*.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 38.

²⁰⁹ Antônio Baltazar faz uma análise bem interessante acerca, exatamente, da compatibilidade da teoria de Peter Häberle com o contexto dito por ele pós-moderno, em que se vive a ruptura com sonhos modernos de racionalidade, imutabilidade e, o que está mais vinculado ao assunto agora debatido, a unicidade e a identidade. BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. *Jurisdição Constitucional e pluralismo no pensamento de Peter Häberle*. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/201/232>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

²¹⁰ Talvez o mais correto seja falar que apenas na contemporaneidade tenhamos reconhecido e assumido as diferenças, até por constatarmos o quão ilusória é a identidade. Mas que, em verdade, a comunidade de todos os tempos sempre tenha sido plúrima.

²¹¹ Apenas com a República e com a Constituição de 1891 é que foram criados, no Brasil, mecanismos para o controle da constitucionalidade das leis, o que se deu pelo modelo difuso, oriundo sistema norte-americano. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²¹² Neste sentido: MACIEL, Omar Serva. *A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_IV_marco_2004/Omar%20-%20A%20interpretacao%20pluralista.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008. De modo ainda mais incisivo, Franco Bahia, quando critica a interpretação de Inocêncio Mártires Coelho acerca da obra de Peter Häberle e a vincula às inovações trazidas pelas Leis nº 9.868 e 9.882. Dentre inúmeros aspectos abordados por Bahia, o mais interessante e adotado por esta autora refere que institutos como a audiência pública, ao menos e sobremodo na forma como legislado e concretizado na sistemática do processo constitucional brasileiro, pouco representam em

popular sendo realizada num único local – o centro de poder –, já que inserida em procedimento de controle concentrado, não permite que todos os interesses ingressem neste ambiente, e, com isso, impede a representação das diferenças.

Por outro lado, mesmo que se recuse tamanha importância ao controle difuso, já que, na tradição brasileira (*civil law*), ele não tem o potencial de estender os seus efeitos para além das partes²¹³, há que se reconhecer a significativa contribuição de outros institutos, conforme bem lembrado por Gisele Cittadino, “que asseguram a determinados intérpretes informais da Constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente judiciais”, do que são exemplos os seguintes instrumentos constitucionais: mandado de segurança coletivo (5º, LXX, b), ação popular (5º, LXXIII), denúncia de irregularidade ou ilegalidade ao Tribunal de Contas (74, § 2º), mandado de injunção (5º, LXXI) e ação de inconstitucionalidade por omissão (103, § 2º). No que diz respeito à ação popular e à denúncia ao Tribunal de Contas, qualquer cidadão tem legitimidade ativa para fazer uso do instituto. Por outro lado, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão ultrapassam a prestação jurisdicional meramente assecuratória das liberdades negativas, promovendo uma atuação mais efetiva, interventiva e, portanto, de transformação da realidade²¹⁴, principalmente após o julgamento conjunto dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712²¹⁵, na data de 25 de outubro de 2007, em que o STF propôs solução à omissão legislativa relativa à aprovação de lei regulamentar do direito de greve dos servidores públicos, determinando a aplicação da Lei nº 7.783/89, que regulamenta o direito de greve na iniciativa privada, às greves no serviço público.

Por fim, cabe observar que não se pretende que a audiência pública seja um instrumento de participação direta da população, o que, se é inviável na própria participação político-eleitoral, quanto mais o será na jurídica, que precisa cumprir com a obrigação de prolatar uma decisão e, mais, dentro de um prazo razoável²¹⁶. Que a audiência pública não

termos de abertura à interpretação, tendo em conta o controle difuso, o qual melhor combate o “engessamento monolítico”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

²¹³ Importância aqui referida no sentido da amplitude do âmbito de incidência. “Nos EUA a adoção do sistema difuso não causa prejuízo aos valores constitucionais, segundo os constitucionalistas “comunitários”, pelo fato de que o sistema do *common law* tem a equidade, e não a lei, como primordial fonte do direito. Neste sentido, as decisões relativas à declaração de inconstitucionalidade, pela via do precedente judicial, rapidamente se generalizam.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 66.

²¹⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48-9.

²¹⁵ Consultar <www.stf.gov.br>, acompanhamento processual, pelo nº dos MI (670, 708 e 712).

²¹⁶ De que trata o art. 5º, LXXVIII, da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

promova a democratização do Poder Judiciário, transformando a representação que lhe é típica numa democracia participativa, não há críticas a fazer. A crítica vai dirigida à incapacidade de a audiência pública, na forma como foi legislada e concretizada na ADin 3.510 e na ADPF 101, pluralizar de modo efetivo a democracia representativa, o fazendo apenas de forma sumária e elitizada/tecnocrática, numa amplitude inferior ao que é propiciado pelo controle difuso de constitucionalidade ou outros mecanismos, principalmente aqueles que atribuem legitimidade a toda a população.

2.4 Não basta estar presente, tem que poder deliberar: o processo de (de)composição

Se nos itens anteriores a abordagem ficou centrada na questão da proximidade da comunidade para com o centro de poder – se maior ou menor a distância com que os interesses se apresentam perante o Poder Judiciário numa audiência pública – e na questão da pluralidade – se grande ou pequena a quantidade de interesses que são admitidos a participar de referido instituto processual –, neste item se irá laborar com a questão da efetiva atuação dos participantes numa audiência – se a participação é ativa ou passiva. Já é sabido que a audiência pública jurisdicional aproxima significativamente parte da comunidade do centro de poder, através da representação por delegados (2.2), e que promoveu, na maior parte das audiências realizadas, uma pluralização tão-somente limitada (2.3), visto que elitizada e tecnocrática. Mas como se concretiza a atuação da comunidade frente aos representantes diretos do poder, no caso, os Ministros do STF, numa audiência pública? De outro modo, quais os limites da deliberação, discussão ou debate entre aquela parcela da população que teve admitida a defesa dos seus interesses na audiência e os julgadores imediatos do processo?

Antes, porém, de adentrarmos na problemática a que este item se dedica, cumpre destacar três rápidas questões. Em momento anterior (2.1), a menção à Rousseau se fez para situá-lo como o democrata cuja concepção teórica da democracia (democracia continental) não foi adotada quando da instituição do Estado Liberal. Sua doutrina foi vencida pela concepção liberal de democracia (democracia clássica) principalmente pelo fato de ele ter privilegiado o formato direto de democracia e por ter defendido que as decisões e leis deveriam corresponder à vontade geral (bem comum), excluindo, com isso, as diferenças intrínsecas ao individualismo. Referido contratualista, por ora, será resgatado para o fim de trabalhar a idéia de participação (atuação) popular nos atos de gestão do poder. A propósito,

importa observar, também, que no item 2.2 se referiu à democracia participativa para o fim de designar a espécie de democracia que intermedeia os modelos direto e indireto (representativo). Agora o termo participativo estará relacionado ao sentido genérico de participação e comparecimento e, também, ao sentido um pouco mais restrito de uma participação deliberativa, ou seja, ao que não seja o mero comparecimento passivo, a mera presença numa audiência pública, mas a presença ativa, como expositor e debatedor. Por fim, o pluralismo, que, no item 2.3, foi trabalhado a partir das perspectivas político-democrática e jurídica, será aqui veiculado a partir de ainda outras três vertentes, a liberal, a comunitária e a crítico-deliberativa, conforme refere Gisele Cittadino. Da primeira, são representantes, dentre outros, os autores John Rawls e Ronald Dworkin. Da segunda, Charles Taylor e Michael Walzer. E a última definição é defendida por Jürgen Habermas.²¹⁷

Segundo Pateman, Rousseau é o “teórico por excelência da participação”²¹⁸. Somente a partir da efetiva participação popular nos processos de decisão e de exercício do poder se alcança, segundo o filósofo, a verdadeira democracia, responsável por tornar os homens autônomos, isto é, obedientes apenas àquelas leis por eles próprios criadas. A participação, para o autor, tem as seguintes funções: a) constitui um modo de proteger os interesses privados, pois cada sujeito, tendo interesse na proteção dos seus próprios direitos, compreende a importância da proteção do direito alheio; b) a partir disso, assegura um bom governo; c) afeta a própria personalidade humana, tendo em vista a sua contribuição para a educação; d) permite que as decisões sejam mais facilmente aceitas pelos indivíduos; e, ainda, e) favorece a integração ou o sentimento de pertencimento a uma comunidade.²¹⁹

Rousseau defendia o efetivo comparecimento de todos os cidadãos, de modo direto, nos locais onde seriam decididas as problemáticas pertinentes a toda coletividade. Contudo, não concordava que esta participação direta de todos os cidadãos se desse de modo deliberativo. Segundo o autor, na situação ideal ao convívio comunitário as decisões são tomadas em consenso. As discussões e os debates, ao contrário, são o sinal de que o vínculo social começa a se desfazer, já que os pleitos individuais estariam assumindo considerável expressão e ocupando grande parte das preocupações dos cidadãos, antes reservadas apenas às questões comunitárias. Neste sentido, diz Rousseau que “os longos debates, as dissensões, o

²¹⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

²¹⁸ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 35.

²¹⁹ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

tumulto prenunciam a ascendência dos interesses particulares e o declínio do Estado”.²²⁰ Com efeito, Rousseau seguramente é um defensor da participação popular, não, porém, da participação deliberativa, voltada aos debates e discussões.

A deliberação, entretanto, teve e tem os seus defensores. Nas últimas décadas a sua defesa se fez a partir da concepção de democracia deliberativa, das teorias filosófico-políticas liberais e comunitárias e do pensamento de Jürgen Habermas. Segundo Monteiro, não obstante as inúmeras variantes e subespécies da democracia deliberativa, há consenso no sentido de que ela visa possibilitar a convergência dos cidadãos para um mesmo espaço, no intuito de que se obtenha uma decisão fruto do debate. A democracia deliberativa tenta conciliar a democracia liberal, preocupada com as liberdades públicas, com a tradição cívico-republicana, fundada na participação comunitária²²¹, acrescentando a isso a efetiva deliberação e debate dos indivíduos. Dito de outro modo, a democracia deliberativa pretende que o estabelecimento das liberdades públicas, o que é feito através das leis, se dê a partir da participação comunitária, realizada, e aqui a sua inovação – se comparada aos modelos que lhe servem de pressuposto –, mediante um efetivo debate.

A democracia deliberativa, desta forma, parece tentar conciliar a exigência de produção normativo-social com o contexto plúrimo da contemporaneidade, uma vez que as diferenças poderão se fazer presente num processo de deliberação e discussão, e, possivelmente, de discórdia e de divergências, com a subsequente edição de uma norma fruto deste debate. A combinação entre liberdade e, portanto, diferenças/pluralidade, e participação popular (democracia) exige a efetiva deliberação para que cada interessado possa fazer a defesa da sua singularidade. A partir destas noções básicas comuns, importa destacar, dentre as várias espécies de democracia deliberativa, o que seguramente não é pacífico em doutrina, a teoria liberal e a teoria crítico-deliberativa de Habermas. Contudo, também a teoria comunitarista trata de deliberação. Uma das principais formas de distinguir tais doutrinas está na definição que cada uma atribui ao pluralismo:

O pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico.²²²

²²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 203.

²²¹ MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 195-9.

²²² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.

A primeira destas definições é veiculada pelo pensamento liberal, do qual é representante o americano John Rawls, dentre outros. Pluralismo, para os liberais, é a coexistência de diversas concepções individuais acerca do que seja o bem ou a vida digna. Para eles, a prioridade é a defesa das liberdades públicas ou negativas (os direitos fundamentais) no intuito de que nem mesmo a vontade oriunda da maioria, via participação popular, possa invadir a esfera dos direitos individuais²²³ e, conseqüentemente, das concepções individuais acerca do bem, o que pretende garantir segurança e estabilidade à sociedade. Como, porém, conciliar as diversas concepções acerca do bem com os direitos fundamentais e a estabilidade social? Para Rawls, a estabilidade somente será assegurada, sustentando-se com isso a própria democracia, se estivermos diante de um pluralismo razoável, isto é, um pluralismo limitado a concepções acerca do bem que sejam consistentes, coerentes e de durabilidade no tempo (doutrinas compreensíveis razoáveis)²²⁴.

O pressuposto do autor é de que a cultura política está fundada, num plano ideal e intuitivo, na idéia de posição original e de sociedade bem-ordenada: a) na hipotética posição original²²⁵ homens livres e iguais, de modo a garantir a imparcialidade, elegem princípios de justiça ou equidade que devem orientar a estrutura básica da sociedade (concepção política de justiça); b) a sociedade bem-ordenada, por sua vez, é aquela em que tais princípios de justiça, independentes das doutrinas morais individuais (justiça como imparcialidade), são aceitos e

²²³ A proposta de Rawls é apresentar uma alternativa ao utilitarismo, corrente filosófica fundada por Jeremy Bentham e que defende que o justo é o que proporciona o maior bem ao maior número de pessoas. Para John Rawls, o utilitarismo não leva a sério a diferença entre os indivíduos. A vontade da maioria não pode ser absoluta. Deve haver um limite, um nível de inviolabilidade. É indispensável que a justiça negue que “a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. [...] os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2.ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

²²⁴ “Rawls atribui três características fundamentais às doutrinas compreensivas razoáveis: são o resultado do exercício da razão teórica, pois abarcam “*os mais importantes aspectos religiosos, filosóficos e morais da vida humana de maneira mais ou menos consistente e coerente*”; também são resultado do exercício da razão prática, de vez que atribuem “*a certos valores uma primazia particular e um certo peso específico*”; finalmente, as doutrinas compreensivas razoáveis permanecem estáveis ao longo do tempo, ainda que evoluam lentamente se acreditam que há, desde seu ponto de vista, boas e suficientes razões para tanto.” Citando Rawls, na obra *Liberalismo Político*: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 80.

²²⁵ A situação hipotética pode ser assim resumida: condição ideal de liberdade, racionalidade e igualdade, bem como de ignorância, no sentido de que ninguém tem qualquer consciência de suas habilidades, nem de suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Isto tudo para garantir que ninguém seja “favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular”. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2.ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13. Segundo Rawls, partir da análise de uma sociedade ideal é benéfico porque ela oferece a única base para o entendimento sistemático dos problemas prementes; é a melhor forma de se obter um conhecimento profundo.

observados por todos²²⁶. A partir destes pressupostos, tem-se que os homens são dotados de um senso público de justiça, o que acaba naturalmente por atrair suas concepções individuais acerca do bem para próximo da concepção política de justiça²²⁷. Dito de outro modo, as concepções individuais sobre o bem, nesta conjuntura, serão sempre doutrinas compreensivas razoáveis, o que assegura a estabilidade social mesmo num meio plural.

A deliberação na teoria rawlsiana está presente tanto na sociedade idealizada e hipotética da posição original, como também no contexto ou teoria não-ideal. O debate é a condição inicial à elaboração de um contrato social, sob os moldes do contratualismo moderno, que, porém, não dará origem à sociedade, mas será o mecanismo através do qual, homens livres e racionais, em igualdade, elegerão princípios de justiça (concepção política de justiça) para a estrutura básica da sociedade. A realização do debate é condição para que dele se extraiam princípios imparciais que garantirão os direitos e as liberdades individuais.

No que diz respeito à teoria não-ideal, a deliberação surge como um dos instrumentos que, juntamente com a cultura política, os movimentos sociais, as reformas constitucionais e as revisões judiciais, contribuirão para a exequibilidade da justiça como equidade, propiciando, na prática, meios de aproximação das concepções individuais acerca do bem para com os princípios de justiça.²²⁸ De acordo com Cittadino, Rawls pretende demonstrar a viabilidade da adoção, numa sociedade democrática e plural, da concepção política de justiça, através de três níveis de justificação. No primeiro nível, está a constatação da existência de uma sociedade bem ordenada; no segundo, o cidadão, individualmente, adota a concepção política de justiça aos seus próprios juízos de concepção de mundo; e no terceiro, todos os integrantes da comunidade endossam a concepção política de justiça associando-a às suas diversas concepções individuais de mundo ou da vida digna, com o que se obtém o consenso justaposto. Neste último nível é que ocorre a deliberação, a qual, porém, se configura muito mais como um processo de observação mútua, “através do qual cada cidadão leva em consideração os demais, reconhecendo que eles possuem doutrinas compreensivas razoáveis

²²⁶ “Os homens possuem interesses particulares e individualistas, mas também possuem um senso comum em torno da justiça, o que limita a perseguição dos outros fins e, conseqüentemente, permite a convivência pacífica.” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2.ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

²²⁷ Importa observar que, de acordo com Cittadino, o autor, na sua obra *Liberalismo Político*, contrariando pensamento defendido em *Uma Teoria da Justiça*, rejeita a idéia de que a justiça é um bem supremo, alcançável através da razão humana ou capacidade moral do indivíduo, pois que é na convergência das doutrinas compreensivas razoáveis acerca do bem – e independentemente de cada uma delas (justiça como imparcialidade) – que está a concepção política de justiça. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 82 e 106-7.

²²⁸ OLIVEIRA, Nytamar de. John Rawls. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 687-90, p. 688.

que subscrevem esta concepção política de justiça”²²⁹, do que como um processo de efetiva deliberação, pois que não há qualquer discussão acerca dos juízos das concepções individuais acerca do bem, isto é, das doutrinas compreensivas razoáveis.

A segunda definição de pluralismo é aquela defendida pelo pensamento comunitário, representado, por exemplo, por Michael Walzer. De acordo com os comunitaristas, pluralismo não é a diversidade de concepções individuais acerca do bem, como entendem os liberais, é a multiplicidade das identidades sociais – variedade de costumes, tradições, cultura, religiosidade, valores, ideologias, etc. – que compõe uma sociedade. A prioridade da filosofia comunitária é a soberania popular “enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos”. Nos comunitários, o foco sai do indivíduo e volta-se para a comunidade, afinal, segundo eles, o primeiro (o indivíduo) nada mais é do que fruto da produção cultural comunitária. Se a prioridade liberal são os direitos fundamentais, sob o viés das liberdades negativas, pois somente desta forma restarão livres/protegidas as diversas perspectivas individuais (a autonomia privada), para os comunitários a prioridade é a participação ativa dos cidadãos (autonomia pública), haja vista “que não nos resta outra alternativa senão abdicar das respostas únicas, verdadeiras e definitivas para o problema da associação política e admitir o caráter parcial, incompleto e conflitivo do consenso entre indivíduos”²³⁰.

Para Walzer, não é possível identificar concepções universais para além das doutrinas compreensivas razoáveis de que fala Rawls, como é o caso da concepção política de justiça, pois a imparcialidade exigida para tanto é incompatível com a variedade cultural que forma a identidade de cada indivíduo. De universal, os comunitaristas admitem apenas 2 princípios: o “princípio universal fundamental” da obrigatoriedade do reconhecimento das diferenças (tolerância moral), com o qual também concordam os liberais, e o princípio democrático da confrontação e deliberação (tolerância política). O entendimento de que inexistem concepções, além da tolerância moral, que possam ser aceitos universalmente e, portanto, independentemente das pluralidades identitárias, exige que a atenção se volte para a deliberação (tolerância política), de modo que do confronto entre as mais diversas convicções e crenças se possa extrair um “consenso ético, fundado em valores compartilhados”²³¹.

Não que os comunitaristas sejam contrários aos direitos fundamentais, pois a própria tolerância moral é um exemplo de liberdade negativa e individual. Não é este, portanto, o

²²⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 104.

²³⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Transcrições oriundas das p. 7 e 87.

²³¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6.

objeto da divergência para com os liberais. A crítica dos comunitários se dirige a) à não constatação, pelos liberais, de que os direitos fundamentais são consequência de valores comunitariamente compartilhados e não as suas causas e b) à suposição de que os “direitos são necessidades comuns compartilhadas por todos os indivíduos. [Para os comunitários] Os direitos individuais não são necessidades universais, ou seja, não são interesses que todos compartilham independentemente da raça, religião ou sexo.”²³² Desta divergência entre liberais e comunitários, emerge a prioridade destes últimos à comunidade e à participação ativa dos cidadãos no trato da coisa pública. Para a corrente ora em análise, portanto, a deliberação, juntamente com o destaque dado à comunidade, assume papel crescente de importância, posto que os múltiplos valores oriundos desta última somente serão devidamente respeitados, nas suas singularidades, a partir da confrontação, discussão e debates.

Há ainda uma terceira definição de pluralismo, a qual “inclui não apenas as subjetividades das concepções individuais acerca da vida digna, mas também as intra-subjetividades das identidades sociais e culturais”²³³. Referido posicionamento é defendido pelo alemão Jürgen Habermas na sua teoria da ação comunicativa, chamada de teoria crítico-deliberativa por Cittadino. De acordo com Habermas, na sociedade contemporânea estão presentes, simultaneamente, a diversidade identitária (comunitaristas) e a diversidade acerca das concepções de bem ou vida digna (liberais), sendo que ambas devem “apresentar razões que sustentem a sua validade social”, já que não mais existem concepções imunes à crítica, o que, em outros tempos, coube, por exemplo, à religião e à metafísica.²³⁴ Dito de outro modo, não deve ser atribuído valor ou sentido prévio a nenhuma das outras duas espécies de pluralidade, o que importa é a intersubjetividade, fruto da inter-relação entre indivíduo e sociedade, viabilizada através da linguagem e do entendimento (reconhecimento do outro), quando todos os sujeitos, num “exercício público de discussão comunicativa”, “fixam a moralidade de uma norma”²³⁵, cujos destinatários são os seus próprios autores.

Para Habermas, portanto, é a linguagem o elemento que possibilita a ordem social. Até porque é a partir dela que o indivíduo é forçado a sair de sua lógica egocêntrica, centrada nos seus interesses única e exclusivamente particulares, e a submeter-se aos requisitos que fazem

²³² CITTADINO, Gisele. Comunitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 136-8, p. 138.

²³³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6.

²³⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, ps. 90-1.

²³⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, ps. 93-4.

com que o entendimento seja possível e tenha sentido.²³⁶ Segundo Monteiro²³⁷, a teoria habermasiana está fundada no suposto fracasso da democracia representativa e no resgate da participação direta. Habermas pretende conciliar a autonomia da vontade rousseauiana com o princípio tocquevilliano sobre a limitação da soberania popular em prol das liberdades públicas. E faz isso a partir das condições ideais de comunicação, quando se é capaz, na deliberação coletiva, de alcançar o consenso, que, entretanto, não é um dado fixado previamente numa hipotética posição original, ao contrário do que acontece com os princípios de justiça dos liberais.²³⁸ Com efeito, preocupado com a complexidade da sociedade contemporânea, composta pelas duas espécies de pluralidades antes mencionadas, e com a despolitização da esfera pública, que afastou os cidadãos da participação política²³⁹, fazendo sucumbir princípio que lhe é tão caro, qual seja o princípio da autodeterminação democrática, propõe o rompimento com o paradigma da subjetividade ou da consciência deslocando a atenção para o espaço comum²⁴⁰, local em que deverá ocorrer a formação racional da vontade.

Habermas destaca a participação popular e o estabelecimento de limites mínimos, os quais são obtidos no próprio processo deliberativo, que, como já dito, se processa no mundo empírico e não na situação hipotética originária. Mas a sua atenção está na participação, o processo de deliberação, razão pelo que sua teoria é classificada como procedimentalista. Segundo Monteiro, “Habermas afirma que o fundamento da produção de uma razão pública consiste no próprio processo democrático de deliberação, livre de toda substancialização.”²⁴¹

²³⁶ GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Habermas y el derecho*. Disponível em: <www.geocities.com/jagamado/pdfs/habermasds.pdf>. Acesso em: 19 out. 2008.

²³⁷ MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 195-9.

²³⁸ Cittadino afirma que tanto Habermas como Rawls entendem ser possível “o estabelecimento de um ponto de vista moral ou de uma ética mínima. [...] Ressalte-se, entretanto, que a metodologia construtiva de Rawls [...] permite que princípios de justiça sejam formulados a partir de uma situação hipotética – “a posição original” –, enquanto que Habermas recorre a uma metodologia reconstrutiva, que lhe possibilita elaborar uma análise ao mesmo tempo formal e empírica”. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, ps. 96 e 98.

²³⁹ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 23. Segundo Ingram, Habermas atrela ao avanço do capitalismo, no século XIX, o enfraquecimento de uma sociedade politizada e participativa que ele constatou ter existido no século XVIII, mesmo que também nesta época a participação não tenha ocorrido de modo ideal. O capitalismo do século XIX teria promovido a intensificação dos conflitos de classe e a disseminação da crença de que a administração estatal exige conhecimentos técnicos, crença que teve início com Hobbes, o qual limitou o escopo da filosofia política às soluções técnicas, desvinculada, portanto, das preocupações éticas e morais tão importantes para Aristóteles.

²⁴⁰ Para Mendes, “a realidade das sociedades contemporâneas precisa ser compreendida e construída não mais a partir do indivíduo como referência central, mas sobretudo do espaço comum existente entre os homens, ou seja, em sua intersubjetividade”. MENDES, Denise Vitale Ramos. Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 72-93, jan.-jul. 2001, p. 73.

²⁴¹ MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 195-9, p. 197.

De antemão, é possível constatar, portanto, a mescla realizada por Habermas, conciliando a preocupação comunitarista pelo espaço comum com a crença liberal na imparcialidade, inserida nas condições ideais de fala. Em síntese, a proposta do autor é garantir reconhecimento às diferenças oriundas da pluralidade e complexidade social através de um amplo processo democrático-deliberativo, sustentado numa profunda construção teórico-lingüística e em condições ideais de fala, de onde se extrairá uma norma objeto do consenso.

A teoria da ação comunicativa e a concepção de ética do discurso, também criada por Habermas, são oriundas de uma releitura²⁴² da razão prática – agora a partir da linguagem – na figura da razão comunicativa²⁴³. A questão fundamental da razão comunicativa é que o seu conteúdo normativo está nas condições e nos pressupostos que os participantes de um debate devem observar, dentre eles o de estarem dispostos e orientados ao consenso. A teoria da ação comunicativa tem como pressuposto as doutrinas oriundas da filosofia da linguagem, conforme seqüência simplificada pelo próprio autor no capítulo I, volume 1, da sua obra *Direito e democracia*²⁴⁴, responsáveis pela guinada ou viragem lingüística²⁴⁵:

a) A começar pela constatação de Gottlob Frege²⁴⁶ da diferença entre representação e pensamento. As representações são sempre subjetivas e variam no tempo e espaço, enquanto que os pensamentos, mesmo que apreendidos por sujeitos diferentes ou em tempo e espaço diversos, são sempre os mesmos. O pensamento, geral e imutável, como que transcendente às representações individuais, configura uma idealidade do pensamento, passível de identificação por qualquer membro da comunidade, independentemente das representações particulares do falante. Somente desta forma é possível garantir que falantes e ouvintes

²⁴² O conceito moderno de razão prática já é uma releitura, uma vez que decorre da transposição de conceitos aristotélicos para a filosofia do sujeito, como se a razão prática fosse uma faculdade deste, desligada da vida cultural e política. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 17.

²⁴³ “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

²⁴⁵ A viragem lingüística pode ser abordada através de vários estudiosos diferentes. Lenio Streck, por exemplo, destaca autores como Johann Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt, como sendo aqueles que, dando continuidade a uma concepção orgânica da linguagem esboçada por Giambattista Vico, são os precursores da viragem lingüística, mediante o rompimento com o paradigma instituído pela filosofia da consciência. Na seqüência, Streck refere Ferdinand Saussure e Charles Pierce, dentre inúmeros outros, até chegar a Martin Heidegger. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁴⁶ Segundo Struchiner, Frege integra o grupo de filósofos da linguagem que vê na filosofia a função de corrigir ou substituir a linguagem, visto que ela comumente seria utilizada de forma deficiente. STRUCHINER, Noel. Filosofia da linguagem. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 333-7.

possam se comunicar, visto que, auxiliados por sinais lingüísticos e regras gramaticais, são capazes de compreender uma expressão gramatical de modo idêntico.

b) Num segundo momento, importante é a obra de Charles S. Peirce quando identifica uma outra espécie de idealidade do pensamento, agora, porém, observada sob a ótica de sua verdade. Peirce, que, segundo Habermas, completou a viragem lingüística, “entende a verdade como aceitabilidade racional, isto é, como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico.”²⁴⁷ A importância de Peirce consiste no fato de ele refutar a atribuição de sentido veritativo ao conteúdo de um pensamento afirmado à sua comparação com a existência, seja a existência real e empírica, seja a atemporal e ideal.²⁴⁸ Peirce propõe resolver a análise da verdade a partir da própria lingüística, considerando a verdade como o resultado consensual do confronto entre pretensões de validade numa condição tal de transcendentalidade orientada pelo e para o entendimento.²⁴⁹

Habermas também aproveita da idéia de performativos de Austin, segundo a qual dizer algo é fazer algo (atos de fala), afirmando que “Esse sentido performativo de uma ação de fala só é captado por um ouvinte potencial que assume o enfoque de uma segunda pessoa, abandonando a perspectiva do observador e adotando a do participante”²⁵⁰. Dos três pressupostos supra, cumpre atentar para a fundamental função do ouvinte ou intérprete na teoria habermasiana: ele deverá entender a linguagem da pessoa que fala, estar disposto ao entendimento e participar de um efetivo processo de debate, até porque somente desta forma é possível identificar o sentido veritativo de uma proposição, que será o objeto do consenso.

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 33.

²⁴⁸ “O sentido veritativo não pode ser confundido com a existência. Caso contrário, seríamos induzidos, do mesmo modo que Frege, Husserl e mais tarde Popper, à interpretação platônica do significado, ou seja, estaríamos afirmando que os pensamentos, proposições ou estados de coisas contêm um ser ideal em si. Esses autores vêm-se movidos a completar simplesmente a arquitetônica da filosofia da consciência através de um terceiro mundo de configurações ideais atemporais, o qual se contrapõe ao mundo dos fenômenos localizáveis no espaço, seja o dos objetos e acontecimentos experimentáveis ou manipuláveis do mundo objetivo, seja o das vivências do mundo subjetivo, que implicam um acesso privilegiado.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 30.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. Sobre o assunto (p. 33): “A idealidade da generalidade conceitual colocara-nos frente à tarefa de explicar, com o auxílio das regras da linguagem, o modo como significados idênticos podem manter-se em meio à variedade de suas respectivas realizações lingüísticas. Ao passo que a idealidade da validade veritativa nos confrontara com a tarefa de longo alcance, de explicar, com o auxílio das condições comunicativas da prática de argumentação, como as pretensões de validade, levantadas aqui e agora e voltadas ao reconhecimento ou aceitação, podem ir além dos *standards* para tomadas de posição em termos de sim/não, exercitadas em qualquer comunidade particular de intérpretes”.

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 67.

Destarte, é indispensável a efetiva participação dos interlocutores para a obtenção de um acordo comunitário e dialogado, num contexto composto dos seguintes momentos: a) a proposição pela primeira pessoa de uma pretensão de validade²⁵¹ defensável, b) o reconhecimento pela segunda pessoa de que se trata de uma pretensão de validade criticável²⁵², c) dando origem às deliberações, realizáveis sob condições ideais – situação ideal de fala –, e d) a obtenção de um acordo racional da comunidade, avalizada pelas melhores razões e argumentos.

A situação ideal de fala exige que os participantes, em condição de liberdade e igualdade, se comuniquem orientados para o entendimento mediante regras de argumentação racional garantidoras da ponderação imparcial das razões e, conseqüentemente, da racionalidade da resolução final.²⁵³ Neste sentido, Habermas apresenta regras ou pressupostos de argumentação, a partir de sistematização feita por Robert Alexy, do que são exemplos: a vedação imposta aos falantes a que não se contradigam; que não usem da mesma expressão em sentidos diferentes; a obrigatoriedade de que afirmem apenas aquilo em que acreditam; a faculdade a que todos possam falar, agir e participar de discursos; que possam introduzir ou controverter qualquer asserção; e a ilicitude do impedimento a que se usufrua de tais faculdades.²⁵⁴ Assinala, ainda, conseqüências da efetiva participação do intérprete. Uma delas interessa ao presente estudo:

Em primeiro lugar, os intérpretes renunciam à superioridade da posição privilegiada do observador, porque eles próprios se vêem envolvidos nas negociações sobre o sentido e a validez dos proferimentos. Ao tomarem, parte em ações comunicativas, aceitam por princípio o mesmo status daqueles cujos proferimentos querem compreender. Eles não estão mais imunes às tomadas de posição por sim/não dos sujeitos de experiência ou dos leigos, mas empenham-se

²⁵¹ Garcia Amado explica o que é pretensão de validade: “Significa que quien lleva a cabo una emisión lingüística, un acto de habla, está realizando a su(s) interlocutor(es) una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo, y esa oferta envuelve una pretensión de validez, es decir, la pretensión de ser aceptada, de generar el acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto.” GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Habermas y el derecho*. Disponível em: <www.geocities.com/jagamado/pdfs/habermasds.pdf>. Acesso em 19 out. 2008, p. 2.

²⁵² O reconhecimento da pretensão de validade emitida pelo outro é sinônimo de entendimento, que, por sua vez, está intrínseca na idéia de linguagem. Cittadino refere que Habermas vai buscar embasamento para elaborar o paradigma do entendimento na psicanálise, que vê o entendimento como sendo o reconhecimento do outro, enquanto diferente. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 91, nota de rodapé nº 148.

²⁵³ “Los discursos exigen en primer lugar una suspensión de las coacciones de la acción, que ha de conducir a que pueda quedar neutralizada cualquier otra motivación que no sea la de una disponibilidad cooperativa a entenderse (...) Esta forma de comunicación liberada de la presión de la experiencia y de las coacciones de la acción posibilita en situaciones de interacción perturbada restablecer un entendimiento sobre pretensiones de validez que se han vuelto problemáticas”. HABERMAS *apud* GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Habermas y el derecho*. Disponível em: <www.geocities.com/jagamado/pdfs/habermasds.pdf>. Acesso em 19 out. 2008, p. 5.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 110-2.

num processo de crítica recíproca. No quadro de um processo de entendimento mútuo – virtual ou actual – não há nada que permita decidir a priori quem tem de aprender de quem.²⁵⁵

Ao final de sucinto levantamento doutrinário, fica fácil constatar que a deliberação assumiu crescente importância nos estudos que se foram desenvolvendo na modernidade²⁵⁶, desde Rousseau até Habermas, passando pelos comunitaristas, os quais lhe atribuíram altíssima importância, sem, contudo, laborarem tão minuciosamente sobre a importância da linguagem, como fez o alemão. Neste contexto, em que inúmeras são as pesquisas doutrinárias favoráveis à deliberação, que inclusive laboram diretamente com o direito e, indiretamente, com a sua forma de atuação jurisdicional, nos seus respectivos mecanismos processuais e procedimentais, de que forma se insere a audiência pública jurisdicional? Será que a audiência pública atende ao apelo por mais deliberação? E, se atende, será que o faz de modo suficiente, de modo condizente com as propostas deliberativas formuladas?

A audiência pública jurisdicional possibilita a convergência dos cidadãos para um mesmo espaço, no intuito de que os autorizados a dela participar discutam questões do interesse de todos – ao menos daqueles que poderão vir a ser atingidos pelo processo judicial –, o que constitui um dos propósitos da democracia deliberativa (sentido *lato*). Entretanto, inúmeros são os limites da audiência pública como instrumento/instituto deliberativo, isto é, inúmeros são os limites da audiência pública no que se refere à possibilidade de discussão e debate, ainda mais quando analisados os ideais deliberativos do pensamento comunitário e habermasiano e as duas primeiras audiências da história do STF (ADin 3.510 e ADPF 101).

A audiência pública não corresponde ao ideal deliberativo comunitário, uma vez que não possibilita aquilo que é o intuito principal dos comunitaristas: o respeito aos múltiplos valores oriundos da comunidade. Uma, porque não é suficientemente plural, conforme visto no item anterior (2.3). Duas, porque os valores admitidos a participar de uma audiência pública, que, como dito, são poucos, defendidos por representantes indicados pelas partes, pelos *amici curiae* ou pelo próprio relator, são apreciados apenas pelo viés da facilitação que podem proporcionar para a elaboração dos votos dos Ministros. Logo, os valores oriundos da comunidade são flagrantemente desrespeitados, ou porque lhes é vedado participar da audiência pública (pluralidade limitada) ou porque o propósito não é extrair deles um valor comunitariamente compartilhado para, com isso, julgar o processo.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 43.

²⁵⁶ Para não falar da Grécia Antiga, eminentemente deliberativa, conforme já salientado, e que constitui objeto de admiração e resgate da parte de Rousseau.

Ademais, tanto não é concedido o devido respeito aos valores que se fazem presente numa audiência pública, como não é facultado o contraditório, condição mínima à configuração da discussão crítico-deliberativa habermasiana, que exige inúmeros outros requisitos, os quais, relidos – adaptados a um contexto menos utópico –, podem ser assim simplificados: a) a efetiva participação de ambas as partes, b) em condição, senão de igualdade, de equilíbrio, c) se dispondo para o entendimento, d) introduzindo e controvertendo asserções, e) até que se obtenha um consenso ou, pelo menos, uma resposta construída a partir da séria consideração e respeito pelas opiniões alheias, f) a partir do que deverão prevalecer as razões que corresponderem aos melhores argumentos.

O procedimento que tem sido adotado pelo Judiciário no que diz respeito à audiência pública jurisdicional, segundo as experiências até então realizadas, não autoriza a efetiva participação dos representantes da comunidade, afinal suas intervenções se limitam à apresentação de informações e/ou do posicionamento defendido. No máximo, poderão responder a perguntas vindas dos Ministros ou, no caso da ADPF 54, também da Advocacia Geral da União, do procurador da parte argüente e da Procuradoria Geral da República, mas jamais poderão dialogar com eles ou com os representantes do posicionamento divergente.²⁵⁷

A participação também não se dá de modo igualitário ou equilibrado porque um dos interlocutores inegavelmente está colocado em condição diferenciada. Tendo sido dito que a audiência pública tem se prestado majoritariamente (ADin 3510 e ADPF 101), ao contrário do que pareceu ser o seu propósito – se observada a exposição de motivos do projeto de lei que lhe deu origem (PL nº 2.960) –, a suprir os julgadores dos processos de informações técnico-científicas ou de alguma forma especializadas, evidente que não há equilíbrio na discussão, pois que aos Ministros é dado o lugar de simples receptores, sem qualquer responsabilidade ou obrigação, que, aliás, poderão acolher ou não²⁵⁸ as informações, mas, principalmente, ouvir ou não, considerar ou não, apreciar ou não.²⁵⁹ Por outro lado, no caso da ADPF 54, que seguramente foi o processo em que a audiência pública melhor atendeu aos propósitos

²⁵⁷ A discussão que é vedada no procedimento da audiência pública muitas vezes ocorre nos “bastidores” e sob argumentações ideológicas e preconceituosas. Para Marcelo Gleiser, “A primeira audiência pública do STF, um momento histórico para o Brasil, transformou-se numa troca de acusações de cunho religioso”, em que o Subprocurador Geral da República Cláudio Fonteles, franciscano, acusou a doutora Mariana Zatz, judia, de ser influenciada por sua religião. GLEISER, Marcelo. A célula e o tribunal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1305200701.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2008. Outro confronto ocorrido nos “bastidores” foi entre dom Odilo Pedro Scherer, e o músico Herbert Vianna, dos Paralamas do Sucesso. A respeito: Arcebispo de São Paulo e músico “duelam” no STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2104200704.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

²⁵⁸ Sobre a possibilidade de fiscalizar o acolhimento de teses jurídicas, entendo que o único mecanismo eficiente são os recursos. Os demais meios restam prejudicados em razão da inviolabilidade da subjetividade do julgador.

²⁵⁹ Questão esta que é o objeto do item subsequente (2.5).

democrático-deliberativos, a desigualdade ocorreu entre os dois posicionamentos, pois que os contrários à antecipação do parto de fetos anencéfalos e pela improcedência da demanda, não tiveram oportunizada a possibilidade de questionamento, uma vez que todos os que podiam elaborar perguntas tinham opinião contrária a sua, com a exceção dos Ministros, supostamente neutros neste momento do processo, anterior ao julgamento.

Aliás, tanto se pode falar nos Ministros do STF na função de meros receptores que, segundo manifestação oral da Ministra Ellen Gracie em audiência pública, referido instituto não perde seu propósito quando do não comparecimento dos demais Ministros – o que é a regra²⁶⁰ – tendo em vista que o conteúdo das audiências públicas é todo ele registrado e enviado aos mesmos²⁶¹. Com isto se quer dizer que basta, para que a audiência tenha cumprida a sua finalidade, que aos Ministros seja disponibilizado o acesso às informações oriundas das audiências, não importando nem a (in)ocorrência de debate, nem o (des)interesse dos mesmos acerca dos interesses comunitários ali representados.

Também não há uma predisposição das partes ao entendimento, o que, obviamente, envolve uma análise muito mais profunda do que a que poderá ser feita neste momento por se tratar de questão eminentemente cultural. Praticamente impossível, na lógica conflituosa da modernidade²⁶², supor que representantes de posicionamentos contrários possam se portar no sentido de encaminhar um entendimento. O que houve foi a polarização do debate a partir de duas perspectivas diametralmente opostas e resistentes ao diálogo e ao acordo. Não houve a concomitância do discurso, voltado ao entendimento. No momento em que os sujeitos persistem na idéia fixa de que existe uma verdade absoluta (os representantes participantes da audiência pública persistem na defesa da integralidade da verdade por eles apresentada), o procedimento possivelmente não terá como não permanecer regulado de forma burocrática²⁶³,

²⁶⁰ Nas três audiências públicas (ADin 3510, ADPF 101 e ADPF 54) poucos foram os Ministros presentes. Possivelmente os Ministros não compareçam na audiência exatamente pela consciência de que ela não se presta a pluralizar, mas apenas a agregar conhecimentos técnicos, coisa que satisfatoriamente poderão obter posteriormente, ou através dos DVDs em que gravadas as audiências ou por outros meios.

²⁶¹ Segundo a Ministra Ellen Gracie: “o conteúdo desta reunião de hoje será todo ele registrado e embora nós não tenhamos a presença de todos os Ministros da Casa, todos eles receberão, para exame da controvérsia, receberão cópia dos depoimentos que serão produzidos aqui hoje.” GRACIE, Ellen. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral, na condição de presidente do STF, dando início à primeira audiência pública realizada no STF. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008. O mesmo restou decidido nas outras duas audiências públicas.

²⁶² “Considere-se que o direito, no modo como o concebe o pensamento moderno, pensado como o predomínio da vontade de alguém sobre a vontade de outrem – o direito como relação interpessoal de poder –, traz em si o germe do conflito, o sinal inconfundível do individualismo”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 304.

²⁶³ “A busca de certeza do direito [...] que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um sistema burocrático de organização judiciária”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

com regras e garantias, a ordenar a comunicabilidade eminentemente formal das partes. Contudo, ainda que as partes pouco ou nada se disponham ao entendimento, apegadas que estão nos posicionamentos previamente fixados, é função do Poder Judiciário e dos juízes da contemporaneidade estimular o engajamento participativo e deliberativo, para que, ao fim, se alcance um resultado que melhor abarque o contexto e interesse social-comunitário.

Até mesmo porque, segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁴, não é objeto do processo a reconstrução de um fato conforme ocorrido no passado e, com isso, a descoberta de uma verdade absoluta. A verdade, nestes termos, não é possível perante a falibilidade e historicidade humanas. No máximo é possível uma verdade provisória, resultante de um consenso discursivo, obtido numa situação específica, concreta e temporal. Para tanto, serve-se o processo das provas, as quais se constituem, segundo o mesmo autor, em um “meio retórico”, e, subsequentemente, do debate. O processo, deste modo, já que incabível à reconstrução dos fatos e à obtenção de uma verdade absoluta, é como um “palco de discussões”, as quais são realizadas tendo por base as provas colhidas no processo, e a sua finalidade é o convencimento dos demais sujeitos processuais.

Dá falar na indispensabilidade de a audiência pública possibilitar que se realize uma efetiva colheita de provas, mas, além disso, figurar como o palco ideal para o debate, haja vista que o máximo de verdade possível é aquela oriunda exatamente do diálogo. Tendo em vista, então, que não é possível a reconstituição dos fatos ou, nas questões que normalmente são objeto de ADin, ADC e ADPF, a descoberta da resposta científica, sociológica, ambiental, filosófica, etc., única e exclusivamente correta, aos sujeitos participantes da audiência – especialistas ou não, como no caso da APDF 54 – compete a função de produzir a prova que possibilitará o meio e os elementos para o debate, assim como, fundamentalmente, participará deliberativamente do mesmo, já que são os representantes dos interessados no assunto. As provas e o debate é que possibilitarão a formação do convencimento do juiz.²⁶⁵ Em não sendo facultado o debate, que é o que normalmente acontece com grande parte dos processos judiciais brasileiros e inclusive foi o que aconteceu com os processos analisados neste trabalho, se pode concluir pela ilegitimidade da resposta (verdade) obtida, já que verdade absoluta é impossível e a verdade provisória somente é possível mediante a discussão e deliberação. Se não é possível identificar um bem comum previamente identificado, já que inexistente, imperativa é a necessidade de possibilitar a deliberação, conforme antes descrita.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.2.

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.2. Vide páginas 256-61.

Deste modo, a audiência pública, semelhante ao que foi diagnosticado anteriormente, como não-participativa (2.2) – o que, porém, não chega a ser objeto de crítica – e não-pluralista (2.3) – com exceção da audiência realizada na ADPF 54 –, é também não-deliberativa, sobretudo se analisada numa roupagem comunitária e crítico-deliberativa, que, ressalvadas todas as críticas que podem ser feitas a tais posicionamentos, são o que de mais audacioso e doutrinariamente contemporâneo foi escrito sobre a democracia deliberativa. A audiência pública, em não atendendo integralmente ao propósito deliberativo, uma vez que, apesar de proporcionar um local centralizado de discussão, não fomenta uma participação efetiva e dialogada, dá continuidade àquilo que Habermas chama de ação instrumental ou estratégica, em que formal e burocraticamente a linguagem é usada “apenas como meio para a transmissão de informações”²⁶⁶, ao passo que o ideal seria que a audiência pública cedesse espaço para a ação comunicativa: “exclusivamente a ação espontânea, imprevisível, capaz de revelar a identidade do agente, inserindo-o no mundo e na vida em sociedade”²⁶⁷.

Não obstante as inúmeras regras previstas na própria teoria da ação comunicativa, ela pretende garantir que a interação ocorra de modo mais informal possível, a partir da participação de todos e apresentação dos mais diversos argumentos relevantes à demanda, observadas apenas as regras que garantam a isonomia. E foi exatamente o que não ocorreu nas audiências públicas jurisdicionais realizadas até o momento, que, se por um lado, não foram informais e não permitiram a apresentação e efetiva discussão dos mais diversos argumentos, por outro lado, não proporcionou que as intervenções acontecessem de modo isonômico, seja porque os Ministros do STF foram colocados num *status* de superioridade – o que confirma o que foi dito quando da análise da finalidade das audiências públicas (1.3) e da democracia plural (2.3), inclusive prejudicando a pluralidade constatada na audiência da ADPF 54 –, seja porque nesta última audiência, uma das partes foi privilegiada em razão da limitação imposta a que apenas algumas figuras pudessem elaborar seus questionamentos.

Para concluir. Se antes se pretendeu demonstrar que está incorreto falar que a audiência pública é símbolo da democratização do Poder Judiciário no seu aspecto participativo, no sentido estrito do termo, e também no seu aspecto plural, a partir da presente análise é possível afirmar que a audiência pública, na forma como legislada e concretizada, em todas as três audiências, não possibilitou a devida deliberação, e, portanto, não pode ser definida como participativa, também no sentido lato.

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 71.

²⁶⁷ MENDES, Denise Vitale Ramos. Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 72-93, jan.-jul. 2001, p. 78.

2.5 Democracia substancial e criatividade axiológica: “para quê que eu vou cantar se você não vai escutar a voz do coração” (Zeca Baleiro - Fiz esta canção)

A democracia, enquanto regras do jogo²⁶⁸, abarca três grandes perspectivas: a) participação popular mais próxima do centro de poder, o que é oportunizado principalmente pelas democracias direta e participativa, mas também pela democracia representativa via mandatários; b) maior – no sentido de quantidade – participação popular (pluralidade); e c) participação mais ativa, mediante debates (democracia deliberativa). A audiência pública jurisdicional, segundo foi concretizada até o momento, é representativa da solução mais democraticamente viável, dentro do contexto complexo da contemporaneidade, no que diz respeito ao item “a”: a representação por mandato. Já quanto ao item “b”, é possível afirmar que a audiência pública não o atendeu de modo satisfatório, uma vez que a participação foi aberta apenas aos especialistas, com exceção da audiência da ADPF 54. Por fim, no que diz respeito ao item “c”, a situação é ainda pior, pois que nenhuma das audiências realizadas promoveu uma efetiva deliberação, sendo que a mais deliberativa, a realizada também no processo recém mencionado, ainda assim teve inúmeros vícios. Mas será que a análise da democracia está limitada a estes três aspectos procedimentais?

A investigação legal, pragmática e teórica das audiências públicas, sob o viés político-democrático, exige ainda uma quarta perspectiva. A preocupação com o fato de a audiência pública jurisdicional ser ou não democrática requer que também se visualize a *abertura* que ela supostamente é capaz de proporcionar quanto à possibilidade de real consideração, por parte dos julgadores, das manifestações feitas pelos participantes da audiência. Afinal, *abertura* democrática não apenas quer dizer a ampliação no número de interesses que podem intervir (pluralidade), limitados estes interesses apenas à comprovação de algum vínculo com o objeto em discussão, mas, além disso, quer dizer que deve ser dada a devida atenção às manifestações decorrentes de tal intervenção.²⁶⁹ Do contrário, a participação em audiência pública não passará de mera formalidade. Isto é, se não facultada a “influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão”²⁷⁰, a aproximação (2.2), ampliação (2.3) e deliberação (2.4) franqueadas à comunidade não disporão de nenhum retorno concreto.

²⁶⁸ Isto é, democracia sob o viés procedimental. Vide: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

²⁶⁹ A idéia de abertura está relacionada tanto à pluralidade (2.3), quanto à substancialidade tratada neste item.

²⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 31.

O quarto enfoque deste viés político-democrático é o da democracia substancial, expressão que se justifica, no que diz respeito ao presente item, porque a preocupação, aqui, se deslocou da procedimentalidade com que foi operacionalizada a audiência pública jurisdicional para a substancialidade da decisão e julgamento dos processos em que ela foi realizada. Mas dizer apenas isso não é suficiente. O outro motivo está relacionado às diferentes teorias acerca da melhor, mais justa, mais adequada ou mais democrática forma de se julgar um processo. Dentre as inúmeras existentes, se privilegiará os mesmos doutrinadores já utilizados no item anterior (2.4), a partir do que, então, as informações aqui e lá constantes são complementares. A primeira teoria é a defendida por Jürgen Habermas e se funda, segundo Cittadino, num “modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores substanciais, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas sim em uma “nação de cidadãos”.²⁷¹ Para o alemão, antes da deliberação o que há é uma pluralidade de valores e interesses. Os únicos direitos universais prévios ao debate, são aqueles relativos ao modo como este deverá ser realizado.²⁷² É com o debate que surgirão normas de regulação social universais e absolutas, fruto do consenso obtido em condições ideais de fala. Sendo desta forma, o direito, para Habermas, seria “uma prática política deliberativa de cidadãos que no exercício de sua autonomia pública são os co-autores de seus próprios direitos e deveres.”²⁷³. Ao que a função jurisdicional restaria limitada a assegurar o procedimento deliberativo de criação democrática do direito.²⁷⁴ A resposta mais justa e democrática, para ele, então, é o consenso oriundo de um processo deliberativo realizado em condições ideais de procedimentalidade (ver 2.4), independentemente do conteúdo da decisão.

²⁷¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 225.

²⁷² Os únicos princípios prévios ao debate são aqueles que garantem a “co-associação de cidadãos que através do direito reciprocamente se reconhecem como livres e iguais”, mas isto porque é somente desta forma que se faz possível a realização de um debate de qualidade e conforme as condições ideais necessárias. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 224.

²⁷³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?*, Porto Alegre, n. 6, p. 347-66, 2008, p. 354.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. O mesmo autor dispõe de livro ainda mais completo sobre o presente assunto: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Nesta obra, o autor reconhece a importância da teoria habermasiana, mas insiste, como já feito nas obras anteriores, na sua inaplicabilidade ao contexto brasileiro.

A teoria discursiva ou deliberativa habermasiana é classificada como procedimentalista, razão porque, desde já, é possível concluir não ser ela a que inspira a análise a ser feita neste item. Contudo, também não é na teoria liberal de John Rawls e Ronald Dworkin, tradicionalmente conhecida como substancialista, a que está vinculada esta parte do trabalho. Para eles, desde antes de qualquer debate, há sempre normas, princípios e valores de caráter absoluto e universal.²⁷⁵ Neste sentido, democratizar seria não apenas facultar uma intervenção popular mais próxima, mais ampla e mais dialogada, mas também estar atrelado a “princípios de justiça” e “argumentos de princípios”²⁷⁶. Atualmente, Dworkin dá continuidade aos debates iniciados por Rawls, defendendo “uma particular forma de liberalismo, que se assenta, sobretudo, no princípio da igualdade.”²⁷⁷. Não obstante a sua doutrina jurídica ser bastante próxima da dos comunitários – os quais também se incluem dentre os substancialistas –, já que o americano manifesta “uma confiança nas tradições e práticas constitucionais norte-americanas”²⁷⁸, permanece, assim como a rawlsiana, construída a partir de princípios substantivos, mantendo, portanto, um núcleo universalista.²⁷⁹ Segundo esta teoria, o ordenamento jurídico, o Poder Judiciário ou o Estado nacional serão substancialmente

²⁷⁵ Importante ressaltar que Rawls justifica a existência dos princípios de justiça no debate, o qual, porém, é realizado apenas hipoteticamente. No contexto fático e concreto, a deliberação assume um papel apenas secundário como mecanismo mediante o qual as concepções individuais acerca do bem serão aproximadas dos princípios de justiça, que, além de absolutos e universais, estão previamente fixados. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2.ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷⁶ Princípios de justiça ou argumentos de princípios que inclusive deverão ser impostos perante a maioria. Trata-se de colocar em evidência a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente na Constituição, assim como nos valores “selecionados como de valor permanente”, em contraposição à vontade da maioria. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45. À restrição à vontade da maioria não há crítica a fazer, como se verá adiante. A discordância para com este posicionamento está na crença em valores absolutos e universais.

²⁷⁷ CHUEIRI, Vera Karam. Ronald Dworkin. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 259-63, p. 260.

²⁷⁸ “A “vida de uma pessoa e a de sua comunidade são integradas e o êxito de cada vida individual é um aspecto do bem da comunidade como um todo e dela depende. Eu chamo aqueles que aceitam esta visão... de republicanos cívicos”.” DWORKIN apud CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 221 e 222. Dworkin está a falar da *integridade constitucional*. Sobre o assunto, ver: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. A leitura moral da Constituição, a ser feita pelos juízes da Suprema Corte, é o mecanismo que possibilitaria democratização maior que a da premissa majoritária oriunda da soberania popular.

²⁷⁹ Dworkin sustenta que as decisões jurídicas devem estar fundadas em argumentos de princípios. As decisões políticas, diferente disso, não possuindo valores universais como os jurídicos a observar, seriam fundamentalmente utilitaristas. Para ele, direito e política nem estão integralmente separados, nem são a mesma coisa. Esta última tese ele defende com base em dois fundamentos: 1) Defende que “Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade”. 2) Por outro lado, salienta a importância de diferir argumentos de direito e argumentos de política para não confundir-los: “Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. [...] Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

democráticos na medida em que respeitarem as normas e princípios fixados, por exemplo, na Carta Magna. Da mesma forma, a resposta mais justa e democrática será aquela que atentar às normas e princípios absolutos e universais, normalmente relacionados à Constituição.

A expressão democracia substantiva aqui adotada, portanto, não é decorrência da teoria liberal de Rawls e Dworkin, dentre outros. Ela se justifica na outra vertente do pensamento substancialista, que são os comunitaristas. Além de também serem chamados de substancialistas, dois de seus integrantes, Charles Taylor e Michael Walzer, igualmente se rotulam de liberais, mas numa espécie de liberalismo diversa da defendida por Rawls, que, segundo eles, seria cega às diferenças reinantes no corpo social.²⁸⁰ Para eles, ao invés de valores absolutos e universais, o que existe é a pluralidade de valores, que, por serem irreduzíveis ao consenso, exigem a participação ativa e dialogada dos cidadãos nas questões de interesse público²⁸¹, somente a partir do que se poderá extrair alguns valores – valores espaço-temporais compartilhados por uma determinada comunidade –, que, porém, ressalte-se, não são universais, mas apenas coletivamente aceitos para aquela situação e momento.²⁸² De um modo geral, o pensamento comunitário está refletido neste trabalho, conforme já se pode ou se poderá visualizar, “seja quando adota uma concepção de Constituição enquanto “ordem concreta de valores”, seja quando estabelece um conjunto de instrumentos processuais adequados ao exercício da autonomia pública dos cidadãos, seja, enfim, quando atribui um papel preponderantemente político ao Supremo Tribunal Federal, que deve recorrer “a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais””.²⁸³ A resposta mais justa e democrática, assim, é aquela que corresponde aos valores comunitários compartilhados no que diz respeito a uma questão específica e num momento determinado, segundo tenha aflorado de um debate aberto à comunidade.

²⁸⁰ Para Taylor e Walzer, “O segundo tipo, pelo qual optam, admite a possibilidade de o Estado estar comprometido com a garantia de sobrevivência de uma cultura em particular. Esse segundo tipo de liberalismo é não apenas mais democrático, como melhor viabiliza o princípio da igualdade”. CITTADINO, Gisele. Comunitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 136-8, p. 138.

²⁸¹ Os comunitários, contrariamente aos liberais, que privilegiam os direitos fundamentais, priorizam a soberania popular. Assim o fazem porque acreditam que “a autonomia pública é mais adequada à existência dos diversos centros de influência social e poder político que configuram o pluralismo das democracias contemporâneas”. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7.

²⁸² Os próprios direitos fundamentais, por exemplo, somente serão privilegiados se forem respaldados por tais compromissos comunitários.

²⁸³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10. A autora refere estes três aspectos para demonstrar de que modo o constitucionalismo brasileiro reflete o comunitarismo. O que, como será visto, se aplica perfeitamente ao presente trabalho. Saliencia a importância desta influência no fato de que o pensamento jurídico brasileiro, de um modo geral, é marcadamente positivista, privatista e liberal, e que são os representantes do constitucionalismo brasileiro que promovem uma “fratura no seio desta cultura jurídica” (p. 14).

As teorias deliberativa, liberal e comunitária foram analisadas tanto neste item, como no anterior, em cada qual, porém, sob enfoque diferente: lá (2.4), sob o viés da deliberação; aqui (2.5), sob o viés da substancialidade. Outra diferença foi que lá, a teoria a exercer maior influência foi a deliberativa, enquanto que aqui, é a comunitária. Sendo dessa forma, quanto ao conteúdo da decisão, é possível afirmar que: a) não há respostas universalmente corretas; b) no máximo, há respostas casuisticamente mais adequadas²⁸⁴; c) as quais são o reflexo de valores comunitários compartilhados; d) obtidos a partir do debate, realizado o mais democraticamente possível. Assim, fica fácil entender a preocupação, referida no início deste item, quanto à possibilidade de a audiência pública jurisdicional, a partir das manifestações que nela são feitas, contribuir com a elaboração da resposta judicial a ser dada pelos Ministros do STF, posto que somente desta forma a decisão por eles proferida será a mais adequada e substancialmente democrática. Afinal, o pressuposto é de que a melhor decisão é aquela que corresponda aos valores comunitariamente compartilhados: os interesses comunitários!

Uma ressalva, de fundamental importância, se presta a esclarecer que a presente proposta é de que as manifestações comunitárias realizadas em audiência pública sejam ouvidas, respeitadas, consideradas, analisadas e refletidas, mas não obrigatoriamente acolhidas. *Uma*, porque é muito difícil ou impossível que a audiência pública reflita de modo absoluto os interesses comunitários, e isto em razão de, no mínimo, dois motivos: a) as audiências dificilmente alcançarão um nível ideal de qualidade democrática procedimental (ver 2.2, 2.3 e 2.4), seja pela existência de limitações externamente impostas, como visivelmente aconteceu nas audiências da ADIn 3510 e da ADPF 101, em que vedada a intervenção de quem não fosse especialista; seja pelos pressupostos culturais e sociais que o modelo habermasiano exige; seja ainda pelo desinteresse da comunidade em participar e etc., e b) a existência de outros elementos a serem considerados, inclusive em razão das dificuldades acima mencionadas, quando da investigação acerca de quais são os interesses comunitários, como é o caso de pesquisas sócio-culturais e de imprensa, garantias constitucionais, enfim. *Dois*, pela impossibilidade mesma de se coagir e também controlar os julgadores quanto ao acolhimento das manifestações feitas em audiência pública. Afinal, forçar os julgadores a acolher as manifestações feitas em audiência é algo totalmente contrário ao sistema jurídico pátrio, em que constitucionalmente está assegurada a independência judicial. Assim como não são fornecidos meios para a realização de uma fiscalização autoritária das decisões. Como referido na nota nº 258, o único mecanismo hábil a, se for o

²⁸⁴ Entendimento inspirado na doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva.

caso, possibilitar a modificação de um julgado, em que supostamente não tenham sido acolhidas teses fundamentais, é o recurso. Em suma, a preocupação é de que as intervenções realizadas na audiência exerçam uma importante função, sendo significativamente valoradas quando da formação do convencimento judicial; jamais, entretanto, que exerçam qualquer tipo de obrigatoriedade no que se refere ao julgamento.

Haja vista a não-aconselhável, não-autorizada e inclusive impossível coação, a pretensão é reforçar o coro daqueles que defendem a necessidade de os julgadores, de um modo geral, e os Ministros do STF, em específico, subjetivamente se colocarem na obrigação de prestar atenção aos movimentos ocorridos no corpo social, de onde constantemente emergem novos valores e interesses, para o que audiência pública, se bem utilizada, pode vir a colaborar. Até mesmo porque, “A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade”²⁸⁵. Mais uma vez, neste trabalho, a palavra realidade surge com a possibilidade de mais de uma interpretação. É para se manter apegado à realidade que o julgador deve levar em consideração as informações oriundas da comunidade. Afinal, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário se referem a questões surgidas no social, que, ademais, é para onde irão retornar. Logo, quanto mais dissonante uma decisão for do contexto comunitário, mais ilegítima e arbitrária será. Por outro lado, a realidade também nos ensina que é irrecusável ao homem se deixar influenciar por elementos vários, diante o que deve ser refutada a crença, oriunda do racionalismo moderno, na neutralidade axiológica²⁸⁶, a qual pressupõe, dentre outros aspectos: a) que o intérprete, no caso, o juiz, para formar o seu convencimento, deve se isolar de todos os fatores internos e externos, como, por exemplo, o espaço e tempo em que se encontra inserido e as particularidades do caso concreto; e que b) a atividade judicial se resume a apenas identificar e declarar a vontade intrínseca da lei.

Não há dúvidas de que a audiência pública é condizente, ao menos em parte, com o pensamento contemporâneo contrário à neutralidade, que aqui se convencionou chamar de criatividade axiológica (jurisdicional). A partir do momento em que a audiência pública legalmente institucionaliza a possibilidade de os julgadores se deixarem influir por fatores externos, ou seja, por sujeitos com maior conhecimento técnico em determinado assunto, não há como negar que se adota o entendimento de que o juiz é criativo, no sentido de que o “significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo

²⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 31.

²⁸⁶ Segundo Baptista da Silva, é de Francis Bacon a paternidade desta crença. Mais, ver capítulo 3, item 3.2.

intérprete.”²⁸⁷ A resposta não é apenas declarada pelo juiz, ela é efetivamente criada, em cujo método estão presentes, dentre outros, os elementos que integram aquele momento histórico e específico, como é o caso das informações técnicas trazidas pelos especialistas. Entretanto, será que a audiência pública, na forma como legislada e até então concretizada, efetivamente contribui com o reconhecimento a ser dado à criatividade jurisdicional, adaptando o Judiciário brasileiro aos movimentos da contemporaneidade e, portanto, da realidade?

Não é o caso de se estar defendendo que sejam levadas em consideração as informações técnicas apresentadas pelos participantes em audiência pública, o que, de modo algum, é novidade, haja vista a constante consulta dos magistrados brasileiros a outros dados que não simplesmente os legais.²⁸⁸ Claro que é importantíssimo que seja dada atenção a elas, o que efetivamente ocorreu quando do julgamento da ADin 3510.²⁸⁹ Porém, o que realmente importa, não são as questões técnicas que, como já visto, servem muito mais ao interesse dos Ministros em suprir um desconhecimento próprio e pessoal do que ao interesse da comunidade de ver-se prestigiada pelo Judiciário. Fundamental é que os interesses comunitários, estes sim, sobretudo quando expressados numa audiência plural, como a realizada na ADPF 54, sejam também responsabilmente observados e, quando possível, acolhidos²⁹⁰, mesmo que isto não reste explicitado no voto dos Ministros²⁹¹.

Considerar os interesses sociais quando da formação do convencimento, diferentemente do que frequentemente é dito, não é sinônimo de arbitrariedade. Pelo

²⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado 1998-1999*, São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 77-120, p. 98.

²⁸⁸ A respeito, tem-se conhecimento de importante projeto de pesquisa intitulado *A concretização dos direitos humanos sob a ótica do constitucionalismo e da internacionalização do direito: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca*, vinculado ao curso de direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, sob a coordenação da Prof^a. Dr^a. Jânia Maria Lopes Saldanha e monitoria do aluno Sadi Flores Machado. Em tal projeto são identificados e discriminados os elementos normativos, doutrinários e jurisprudenciais presentes nas decisões mais recentes do STF. A principal preocupação é perceber a influência do direito e da jurisprudência internacionais. Um dos processos analisados foi a ADin 3510, quando, além dos elementos já referidos, foi investigada a existência de eventual referência no voto dos Ministros às manifestações feitas na audiência. Pesquisa esta que, me tendo sido gentilmente cedida para consulta, serviu de apoio para esta dissertação.

²⁸⁹ Principalmente os Ministros Cesar Peluso e o relator Carlos Britto. Não puderam ser analisados todos os votos, pois nem todos foram divulgados pela imprensa, haja visto que a decisão ainda não foi publicada. O inteiro teor destes e de outros votos está disponível em <www.stf.gov.br>/ “Notícias”.

²⁹⁰ O jornalista Maurício Tuffani manifesta sentimento semelhante: “Não se trata de negar a competência nem a correção ética de seus membros, mas de ressaltar que os critérios científicos não são os únicos a considerar em decisões que influenciarão toda a sociedade. [...] Com o devido respeito aos cientistas brasileiros [...], na minha opinião [...], está mais do que na hora de eles e o governo agirem com base no princípio de que, assim como na política em geral, na política científica a sociedade civil deve ter canais de participação nas decisões que irão afetá-la.” TUFFANI, Maurício. *Muito além das audiências públicas*. Acesso em 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2505200709.htm>>.

²⁹¹ Daí a grande dificuldade ou impossibilidade de visualizar que elementos influíram no convencimento do julgador, pois nem sempre a não-explicitação de um dado significa que o mesmo não tenha sido considerado.

contrário, arbitrária é a decisão que não os considera, haja vista que, além do motivo recentemente mencionado, no sentido de que é ilegítima e arbitrária a decisão que for dissonante do contexto comunitário, sendo o julgador um ser humano, dotado de historicidade, finitude e valores, melhor será que ele julgue conforme os interesses sociais do que com base nos interesses que forem exclusivamente privados, que é o que comumente acontece quando ele se dispõe a julgar de modo único e exclusivamente a aplicar a lei ao caso concreto, o que, por não ser possível, oculta as reais tensões envolvidas. Sendo assim, a arbitrariedade está presente é na não-observância dos interesses comunitários, já que, dessa forma, se estará julgando de acordo com valores que não correspondem aos interesses do meio social em que a decisão incidirá.²⁹² A arbitrariedade, porém, também é decorrência do fato de que, não podendo o juiz reconhecer explicitamente que interesses o influenciaram a decidir, fantasiosamente proferirá uma decisão construída exclusivamente para mascarar o posicionamento previamente elaborado. Não se quer dizer, com isso, que o juiz é capaz de realizar isoladamente os três momentos de compreensão, interpretação e aplicação, como bem explica Lenio Streck²⁹³. Contudo, a confecção de uma decisão judicial, a externalização do que foi compreendido, interpretado e aplicado, isto sim poderá ser realizado posteriormente. E muitas vezes assim é feito exatamente com o intuito referido de falsear os reais motivos de

²⁹² Mais uma vez Häberle: “Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça à independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 31-2. Convém distinguir arbitrariedade de discricionariedade, pois enquanto a primeira configura abuso de poder, a segunda representa a liberdade que, inerente ao homem e ao direito, permite o livre convencimento. Conforme Castanheira Neves, citado por Baptista da Silva, “a *discricionariedade* exclui inteiramente sua confusão com o arbítrio, ‘porque o arbítrio seria a negação pura e simples da idéia de Direito’; sendo, portanto, a arbitrariedade ‘logicamente contraditória com o sentido (cultural geral) da discricionariedade’” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “*Questão de fato*” em recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>. Acesso em: jul. 2007, p. 16. Cappelletti também distingue tais termos: “Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüisticamente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 33.

²⁹³ “Não há etapas distintas na compreensão. Compreender é aplicar. Não é possível separar interpretação e aplicação. O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “em toda leitura tem lugar uma aplicação (Gadamer). *Quando Gadamer diz isto, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial.*” STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 137-80, p. 145.

convencimento. Baptista da Silva, neste sentido, afirma: “Pressupondo que o juiz não deva hermeneuticamente interpretar a lei – por isso que sem poder discricionário não haverá interpretação autêntica –, a consequência óbvia é que ele fique dispensado de explicitar o verdadeiro fundamento da sentença. O arbítrio entra por esta porta.”²⁹⁴

Ainda falando em arbitrariedade, importa salientar, por fim, que não se propõe que o julgamento dos processos em que realizada audiência pública desconsidere por completo o direito vigente, mas apenas que se inclua nesta concepção de direito também os interesses comunitários, os quais deverão ser descobertos e percebidos casuisticamente, considerando local, tempo, cultura e circunstância. Os valores e interesses comunitários devem estar entre as principais fontes de direito material, exercendo a importante função de mantê-lo atualizado²⁹⁵; nem as leis positivadas, nem os precedentes jurisprudenciais, nem os princípios constitucionais, considerados em isolado e de modo estanque, devem poder ser usados para superá-los. Até mesmo porque não é isto a Constituição dos novos e “comunitários” tempos (ver nota nº 68): o reflexo da comunidade que regula? O julgador, então, quando da formação do convencimento, deverá dispor do arsenal composto por Constituição, leis, jurisprudência, princípios, valores e interesses pulsantes do meio social, até porque todos integram ou são o direito. Já foi a época em que o direito se limitava às previsões estabilizadas legal, constitucional ou jurisprudencialmente. Há vezes em que um novo interesse exige reconhecimento, o que dispensa prévia regulação ou interpretação legal, principiológica ou

²⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “*Questão de fato*” em recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>. Acesso em: jul. 2007, p. 13. O que o eminente processualista gaúcho está querendo dizer, no entender desta estudante, é que, sendo vedado ao juiz que ele interprete, posto que lhe compete apenas e tão-somente aplicar, substantiva e ficticiamente, a lei ao caso concreto, os reais motivos de convencimento acabam sendo ocultados, deixando-se, assim, de fundamentar adequadamente a decisão. No mesmo sentido: “El juez tenía clara conciencia de lo que debía hacer, y lo que hacía, pero no lograba encontrar las razones teóricamente justificadas, para apoyar su decisión, y entonces trataba de disfrazar esta decisión con sutilezas pseudológicas para darle una falsa apariencia de haber sido deducida por inferencia de los textos vigentes.” SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973, p. 23. Por outro lado, importante esclarecer se estar ciente de que a afirmação feita na metade final do parágrafo contraria parte da teoria de Lenio Streck, caso, para ele, argumentar/fundamentar seja sinônimo de externalizar, textualmente, digamos assim, a decisão, veja-se: “*Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu*. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, “a linguagem não depende de quem a usa” (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, v.g., que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica).” STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 137-80, p. 180.

²⁹⁵ Em específico quanto ao STF e à atualização do direito, veja-se o que diz Cittadino, citando Carlos Roberto de Siqueira Castro: “o Supremo Tribunal Federal deve atuar, enquanto guardião da Constituição, de forma a atualizar o sistema de valores constitucionais, sob pena de suas decisões “se converterem em meros instrumentos de falsificação da realidade política”.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 68.

jurisprudencial, até porque, como dito, é novo. Talvez não seja o caso de se falar em uma reformulação do direito, mas sim da justiça, aproximando-a dos interesses comunitários²⁹⁶, para, na seqüência, reinseri-la como a finalidade primordial do direito²⁹⁷, haja vista que um conceito de direito que prescindia da justiça mostra-se “sistematicamente insuficiente”²⁹⁸.

De qualquer modo, o coro que se pretende reforçar é pelo(a) ativismo judicial ou, aproveitando do termo antes inaugurado para se contrapor à neutralidade, criatividade judiciária (ou jurisdicional), posto que o isolamento e o formalismo são meras ilusões ou ficções²⁹⁹. Cabe aos juízes assumir a responsabilidade pela atividade que exercem³⁰⁰: mais do que simples conhecedores de normas, precisam laborar também com a sensibilidade, dispondo-se a perceber os interesses comunitários. O ativismo e a criatividade estão no fato, portanto, de os juízes passarem a agir/atuar observando, atentamente, quais são os valores daquela comunidade quanto àquela determinada demanda e perante aquele caso concreto, dando origem, com isso, a uma nova e específica norma. Fundamental ressaltar, porém, que não se está falando de um agir individualista e pretensiosamente isolado. Mas de um agir no sentido de que é um agir voltado para o agir do outro. Melhor ainda, é o agir que se sub-roga de sua função e ação, outorgando-as à comunidade, para, a partir da ação (participação e discussão) desta, voltar a agir, julgando o caso. O ativismo, aqui, é coletivista. O juiz age, outorgando poderes ao coletivo, para, ao final, criar a norma aplicável na situação. Ativismo, que, assim sendo, está protegido das críticas dos majoritários.³⁰¹ Afinal, o debate realizado,

²⁹⁶ A justiça, assim, estaria desvinculada da transcendentalidade e universalidade que a caracterizaram durante o tempo em que era como que um sinônimo do direito natural. Adaptado a esta nova concepção de justiça está Gadamer, para quem “o que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas ‘em si’, independentemente da situação que as reclame”. GADAMER *apud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 265-81, p. 280.

²⁹⁷ No próximo capítulo se poderá perceber que a justiça foi separada do direito num processo evolutivo que culminou na estatalização deste último e que foi o apego ao positivismo e ao racionalismo que produziu a crença (outra) quanto à suposta necessidade de segurança e estabilidade, que, até hoje, figuram como as principais finalidades do direito, não obstante seja sabido que, nas ciências sociais, são impossíveis de se obter.

²⁹⁸ HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 95.

²⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

³⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007, p. 281.

³⁰¹ Neste artigo o autor apresenta e refuta inúmeras críticas feitas ao ativismo judicial. Para eles, em síntese, o que deve prevalecer é a vontade da maioria, perante o que o Poder Judiciário deveria exercer uma função mais restrita. A atuação coletivizada do Poder Judiciário (ativismo coletivista), bem responde a críticas como a de John Hart Ely e comentadas por Gesta Leal: “Aduz o autor que, considerando os limitados mecanismos de controle das decisões judiciais e mesmo sua natureza destacadamente institucional, não oriunda diretamente da manifestação da vontade popular, ainda em face do poder de deliberar sobre a vida e as ações individuais e

mesmo não visando promover o acolhimento do interesse majoritário (ver mais adiante), melhor assegura que a decisão leve em consideração o interesse público e não as visões individualizadas, muitas vezes tecnicizadas e elitizadas do julgador. Se não é facultado ao Poder Judiciário se recusar a julgar nenhuma questão que lhe seja submetida³⁰², nem é humanamente possível aos juízes se limitar a aplicar os dispositivos legais, que, além de insuficientes para reger todas as situações fáticas existentes, não impedem o julgador de sofrer influência de fatores internos ou externos, que seja dado ao Judiciário agir criativamente dentro da perspectiva aqui defendida: num ativismo coletivista, em que a criatividade axiológica do juiz atue compondo uma decisão a partir das diferenças e novidades trazidas pelos participantes da audiência pública.

No que se refere às audiências públicas, é sugestivo afirmar, a partir da sua finalidade predominante (ver 1.3), do procedimento com base no qual foram realizadas, principalmente quanto ao seu aspecto deliberativo (1.4 e 2.4) e de algumas das manifestações públicas dos Ministros do STF, que estes últimos ainda não estejam atentando para um tal agir coletivista. O que não quer dizer que, assim como tantos outros magistrados, nunca ajam criando interpretações significativamente novas³⁰³, o que, se muitas vezes, acaba por refletir o interesse comunitário, por outras que evidentemente o contraria.³⁰⁴ O problema aqui é que, mesmo quando o STF cria uma nova interpretação, dificilmente assim o faça para atender ao interesse comunitário. Não há preocupação em investigar de que forma melhor socorrê-lo; a preocupação está em des-cobrir qual o melhor entendimento que o julgador, como jurista de *notável saber jurídico e reputação ilibada*, poderá dar ao caso. Ou, dito de outro modo, qual o entendimento correto, constante da lei, que deverá ser *declarado* quando do julgamento, o que somente poderá ser feito por quem detenha sabedoria jurídica suficiente para tanto. Se questões técnicas oriundas de terceiros até são admitidas de serem observadas e, inclusive, acolhidas³⁰⁵, o mesmo dificilmente acontecerá com as questões comunitárias, posto que

sociais, públicas e privadas, não raro os magistrados costumam projetar seus valores e visões (ideológicas) de mundo na tomada de decisões, o que não pode suplantar as demais instâncias democráticas de debate público sobre questões de interesse social.” LEAL, Rogério Gesta. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. A filosofia no direito e a filosofia da direito*, Porto Alegre, n. 5, p. 235-272, 2007.

³⁰² De acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁰³ Toda interpretação é criação. O criar a que, neste exato momento, se está referindo é o criar uma interpretação muito diferente das já existentes.

³⁰⁴ Obviamente que não há como saber ao certo e sempre qual é o interesse comunitário. Assim como não se deve presumir que ele corresponda ao interesse majoritário (ver adiante), motivo pelo qual o assunto, por si só, é de extrema complexidade e impossível solução teórica, senão apenas que prática e casuisticamente.

³⁰⁵ Em entrevista, o Ministro Britto, afirmou estar “de espírito aberto” e que iria elaborar o julgamento após a audiência. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editorias/2007/03/31/ger-1.93.7.20070331.1.1.xml>>.

frequentemente ocuparão o mesmo “lugar” do saber jurídico – numa concepção restrita do que seja o direito e o jurídico – durante o processo de interpretação e formação do convencimento. E falar sobre este “lugar” é atribuição exclusiva do magistrado, segundo a crença de que a resposta judicial há que ser dada apenas pelo jurista, jamais por indivíduos da comunidade, já que incapazes de extrair a essência da lei, assim como Platão já dizia, se referindo, entretanto, ao filósofo.

O direito, separado da justiça (ver nota nº 297), ao invés de figurar como questão de ordem política, a ser apreciada coletivamente ou, ao menos, tendo-se em conta o coletivo³⁰⁶, é tido como questão de ordem técnica, assim como a medicina, a farmácia e a engenharia. Sendo dessa forma, não-técnicos (não-juristas) não podem ser admitidos a intervir no que seja da sua – suposta – especificidade: a regulamentação (estatal e normativista) da sociedade. Quanto às questões jurídicas, os julgadores não precisam ouvir ninguém, pois que cabe apenas a eles a descoberta da vontade da lei. O entendimento é de que de direito são apenas os juristas que entendem. Contudo, se na medicina e engenharia é assim, pelos riscos decorrentes de um leigo, por exemplo, comandar uma cirurgia, o mesmo não deveria acontecer no direito, posto que de organização e regulamentação social, ao menos e sobremodo nas questões de interesse coletivo, como as que normalmente são discutidas em ADin, ADC e ADPF, a comunidade como um todo tem legitimidade e condições de participar³⁰⁷. A audiência pública, assim, poderia representar o local em que seriam discutidas tais questões, contribuindo com a posterior construção de uma resposta. Entretanto, da forma como ela tem

Acesso em: 18 ago. 2008. Em outra notícia, porém, resta claro que a abertura de que falara se referia apenas a informações técnicas, ao afirmar que a audiência pública “prestigia a sociedade civil mais de perto por meio desse setor organizado da comunidade médico-biológica”. Acesso em: 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>>.

³⁰⁶ A referência é à política e não ao político (ver nota nº 122). Para Cattoni, “há muito questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para tornarem-se questões de cidadania.” Em razão disso, o autor sustenta que “não só os fatores, mas também os sujeitos que *comparticipam* da construção de uma decisão judicial são – e devem ser – múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados.” CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?*, Porto Alegre, n. 6, p. 347-66, 2008, p. 351. Gisele Cittadino, falando em específico da função do STF, afirma tratar-se de uma função que envolve ação política ou, pelo menos, de “inexorável repercussão política”. E diz mais: “Se a própria Constituição [...] não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63.

³⁰⁷ Evidente que há inúmeras situações em que, não obstante o interesse coletivo, o público em geral acaba excluído do debate pelo fato de a demanda envolver conhecimento exclusivamente técnico e especializado. Esta situação, porém, não deve ser pressuposta, mas averiguada caso a caso. Da mesma forma, falar em comunidade ou no público em geral não quer dizer, necessariamente, a sua totalidade, mas a parcela da comunidade que, de algum modo, está vinculada com o tema. Numa situação ou noutra, o importante é que não haja limitações outras que não as de ordem fática: complexidade da demanda, inexistência de vínculo ou desinteresse na participação.

sido concretizada, representa explicitamente a guerra de vaidades, de uma área técnica perante a outra, quando cada uma é admitida a intervir única e exclusivamente na sua reduzida área de atuação. Os juízes até reconhecem não possuir conhecimento técnico acerca de determinadas questões, mas, no que se refere à regulamentação social e jurídica, eles é que são os únicos autorizados e capazes de descobrir a resposta, afinal, tendo em conta que a resposta é a vontade da lei, obviamente que não há quem seja mais indicado.³⁰⁸ O direito, enquanto ciência pura, isolado do que a justiça, na contemporaneidade, deve representar – os interesses comunitários –, é o conjunto de normas que somente aos juristas é dado entender. Sendo desse modo, a neutralidade axiológica, que, como já referido, tem, no mínimo, dois pressupostos, foi apenas parcialmente superada. A audiência pública evidencia isto, na medida em que apenas as questões técnico-científicas têm sido consideradas quando da formação do convencimento, posto que, apesar de reconhecida a impossibilidade de isolamento perante fatores internos e externos, a atividade judicial continua sendo exercida como se os juízes fossem a “boca da lei”, identificada com a simples declaração da vontade intrínseca da lei.

Para finalizar, resta mencionar uma última questão. O ouvir a comunidade e atentar para os interesses dela emergentes, coisa com que a audiência pública, se procedimentalmente realizada em conformidade com o modelo de democracia contemporâneo, poderá muito contribuir, não significa que os julgamentos serão tanto mais legítimos quanto mais corresponderem aos interesses *majoritários*. *Considerar*, como já salientado, não quer obrigatoriamente dizer, *acolher*; e considerar os *interesses comunitários*, não quer dizer considerar o que é dito pela *maioria*. Fosse dessa forma, se estaria sepultando, mais uma vez na história, as minorias e, conseqüentemente, as diferenças, que é o problema que inspira o pensar democrático da atualidade, assim como o desta pesquisa. O propósito de abertura democrática, tanto procedimental como substancial, ampliando o número de interesses

³⁰⁸ O seguinte fragmento do voto da Ministra Carmen Lúcia quando do julgamento da ADin 3510 parece comprovar o que fora dito: “A matéria de que aqui se cuida é mais sujeita que o comum de quantas daquelas que são trazidas a este Supremo Tribunal aos opinamentos – legítimos, seja realçado – de todos e podem, às vezes, deixar vislumbrar que a condução das idéias e definições desta Casa seguiriam opções forjadas segundo fatores momentâneos externos. Por isso é que enfatizo que as manifestações sobre as idéias relativas à questão do uso das células tronco embrionárias em pesquisa são legítimas e desejáveis. Afinal, pesquisa científica diz com a vida, com a dignidade da vida, com a saúde, com a liberdade de pesquisar, de se informar, de ser informado, de consentir, ou não, com os procedimentos a partir dos resultados. Logo, diz respeito a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar. Entretanto, as manifestações momentâneas, dotadas de profunda, repito, legítima e compreensível emoção que envolve o tema e as suas conseqüências sociais não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer. Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto no julgamento pela improcedência da ADin nº 3.510*. Ministra Carmen Lúcia Rocha. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Pesquisar em “Notícias”. Acesso em 10 ago. 2008. O inteiro teor de apenas alguns dos votos está disponível em <www.stf.gov.br>/ “Notícias”.

admitidos a intervir, assim como os respeitando quando da formação do convencimento, não atende ao intuito de julgar em conformidade com a maioria, mas ao intuito de aproximar a decisão da realidade a que se destina, pensando o direito como uma ciência da experiência³⁰⁹.

A audiência pública jurisdicional sincrônica com a realidade contemporânea é aquela que amplia a participação no debate a todos os interesses relacionados com o objeto em discussão, pois somente desta forma as diferenças integrantes do corpo social conseguirão se fazer representar (Häberle); que efetivamente oportunize um debate em contraditório em que os sujeitos se disponham a ouvir e a alcançar um entendimento comum (Habermas); que se afaste da crença moderna nas essências e verdades absolutas (Platão) para aproximar-se da verdade prática, sujeita a contingências, numa valoração prudente do caso concreto (Aristóteles); e, por fim, que se preocupe com que o homem resgate a sua autonomia, sendo responsável, ao menos, por participar da criação/interpretação das próprias leis que deverá obedecer (Rousseau e comunitários). Se as próximas audiências públicas seguirem o caminho traçado pela audiência realizada na ADPF 54, já bastante plural, e adotarem um procedimento como o previsto na Resolução nº 9/87 do CONAMA, aprimorando-o paulatinamente no sentido de combinar a teoria habermasiana, voltada a suprir o déficit deliberativo, com a comunitária, melhorando a imagem da comunidade a ser refletida na decisão, as perspectivas de o Poder Judiciário tornar-se mais democrático ampliar-se-ão consideravelmente.

A mescla entre as teorias deliberativa e comunitária se justifica também para o fim de tentar minimizar os problemas decorrentes da adoção separada de cada uma das teorias, porque, se são feitas críticas à adoção da teoria habermasiana num país como o Brasil, onde “parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida”, motivo pelo qual seria insuficiente colocar como função primordial do Poder Judiciário a “mera” fiscalização acerca do procedimento deliberativo auto-regulatório³¹⁰, também são feitas críticas à adoção do comunitarismo pelo constitucionalismo brasileiro, que parece esquecer “as rupturas das continuidades históricas”, a partir do que é possível afirmar que “se não podemos caracterizar a sociedade brasileira como congruente e harmônica, tampouco podemos nos referir à Constituição como uma ordem concreta de valores compartilhados por nossa comunidade”.³¹¹

³⁰⁹ Ciência da experiência é aquela que visa “explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público [...], o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 19.

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.

³¹¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 230. Refere ainda: “nos contextos históricos em que

De todo modo, em termos democráticos, a observância dos três aspectos procedimentais anteriormente vistos fornece as condições para que a audiência pública possa vir a contribuir com a elaboração de respostas substancialmente democráticas. Se a resposta casuisticamente mais justa/adequada é aquela que melhor se aproxima dos interesses comunitários, nada mais apropriado do que criar mecanismos que aproximem a comunidade do centro de poder, no caso, o STF (2.2); ampliem os interesses que puderem participar em tal aproximação (2.3); e, ademais, sejam propulsores de um debate eficiente realizado em condições, senão ideais, as mais apropriadas (2.4). Cumpre ressaltar, assim, que, não obstante a precariedade da forma como as audiências foram legisladas e até então concretizadas, o instituto, caso realizado procedimental e substancialmente nos termos analisados, detém a capacidade de otimizar o funcionamento do Poder Judiciário, democratizando-o. Frente ao que a audiência pública jurisdicional representará o tom e o ritmo fundamentais para aproximar a dança jurisdicional da dança comunitária. Isto porque a jurisdição e os seus instrumentos devem estar atentos à melodia e à dança comunitária, pois enquanto *cada um for uma casa sem porta e janela*, não se perceberá que, na verdade, *se vive a mesma melodia...*

Questão, porém, que emerge da investigação ora concluída e que orienta o enfoque do capítulo seguinte, diz da capacidade de o Poder Judiciário, através da audiência pública, atender aos interesses contemporâneos, relativos às diferenças. A audiência pública, realizada segundo as condições indicadas nos itens que compõem o presente capítulo, democratiza o Poder Judiciário e, conseqüentemente, a jurisdição moderna. Contudo, será isto suficiente a não apenas aproximar a dança jurisdicional da comunitária, mas a sincronizá-las? Que o direito e a jurisdição modernos podem ser democráticos parece não restar dúvida; basta, para tanto, que sejam cumpridas as condições recém indicadas quanto à audiência pública, muitas das quais de difícil concretização, a exigir mudanças operacionais e inclusive culturais, mas nenhuma aparentemente impossível. Mas, será que a audiência pública, além de democratizar o direito e a jurisdição modernos, também os fará incluir, acolher e reconhecer as diferenças? É este aspecto que o capítulo seguinte pretende desenvolver, numa análise, portanto, que adentrará na discussão acerca da capacidade ou incapacidade de a audiência pública e, conseqüentemente, de o direito e jurisdição modernos, darem acolhimento às diferenças que compõem a comunidade, conforme contemporaneamente reconhecido.

não se pode apelar para um republicanismo cívico ou, como desejam os comunitários, para uma “comunidade de destino” que compartilha tradições e valores históricos e culturais, a visão *substantiva* da democracia constitucional deve ser substituída por uma visão *procedimental* da democracia constitucional” (p. 223).

Quanto a vós, povos modernos, não tendes escravos, mas o sois; pagais a liberdade deles com a vossa. Acreditais certo enaltecer essa preferência; nela encontro mais covardia do que humanidade. (ROUSSEAU, *Jean-Jacques*. Os pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1, p. 188).

Ai, se eu tivesse autonomia. Se eu pudesse gritaria: ‘Não vou, não quero’. Escravizaram assim um pobre coração. É necessária a Nova abolição. Pra trazer de volta a minha liberdade. Se eu pudesse gritaria amor. Se eu pudesse brigaria amor. (*Cartola – Autonomia*)

CAPÍTULO 3. A AUDIÊNCIA PÚBLICA E A RUPTURA E/OU REFINAMENTO IDEOLÓGICO-ESTRUTURAL DA MODERNIDADE

Vanguarda, tradição e/ou conservadorismo?

*Vai passar nessa avenida um samba popular
Cada paralelepípedo da velha cidade essa noite vai se arrepiar
Ao lembrar que aqui passaram sambas imortais
Que aqui sangraram pelos nossos pés
Que aqui sambaram nossos ancestrais*

*Num tempo, página infeliz da nossa história,
passagem desbotada na memória
Das nossas novas gerações
Dormia a nossa pátria mãe tão distraída
sem perceber que era subtraída
Em tenebrosas transações [...]*

*E um dia, afinal, tinham o direito a uma alegria fugaz
Uma ofegante epidemia que se chamava carnaval,
o carnaval, o carnaval[...]*

*Meu Deus, vem olhar, vem ver de perto uma cidade a cantar
A evolução da liberdade até o dia clarear
(Chico Buarque – Vai passar)*

3.1 Período de crise e comoção (da função à estrutura): a emergência de um novo paradigma (da estrutura ao acontecimento)³¹²

Apesar das pretensões e dos esforços, o estudo de um instituto nunca é exaustivo. Sempre é necessário fazer escolhas e eleger perspectivas, o que, ressalte-se, implica riscos³¹³: alguns enfoques indispensáveis e importantes, outros – honesta e inegavelmente – de maior interesse e paixão do pesquisador. No presente caso, quando dos estudos preliminares do tema, constatou-se a necessidade da investigação legal do instituto da audiência pública jurisdicional, bem como da crueza (sensível) de sua concretização prática (capítulo 1). Da mesma forma, restou nítida a importância de analisá-lo sob o viés político (capítulo 2). Entretanto, é no presente capítulo que se fará a análise que compõe a seara das paixões desta

³¹² A definição de estrutura e função aqui adotada é de Baptista da Silva, conforme será melhor analisado nas páginas seguintes (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008). Cumpre ressaltar, porém, que a palavra “estrutura” foi utilizada em dois sentidos: 1º) estrutura no sentido de modelo ou paradigma, a que se opõe a idéia de função; e 2º) estrutura no sentido de sistema ou rigidez, a que se opõe a idéia de acontecimento, singularidade, circunstância, etc.

³¹³ A partir de Luhmann, importa diferenciar risco e perigo, sendo o primeiro aquele que for resultado de uma decisão, enquanto que o segundo é imposto exteriormente. DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 148, p. 99-110.

estudante. Seguindo na trilha musical, a proposta, agora, é analisar a audiência pública pelo viés jurídico, mas, além disso, numa perspectiva paradigmático-estrutural, transcendendo o campo concreto do instituto, sem olvidá-lo nem ignorá-lo, para, a partir do contexto de transição paradigmática, de que falam Thomas Kuhn e Boaventura de Sousa Santos³¹⁴, ou de esgotamento e fragilidade paradigmáticos³¹⁵, tentar decifrar se representa um movimento de vanguarda, tradição ou conservadorismo relativamente à jurisdição brasileira.

No capítulo anterior ficou clara a potencialidade da audiência pública para democratizar o Poder Judiciário, tanto que se afirmou poder ser ela a responsável por aproximar o direito e a jurisdição dos interesses comunitários, o que depende apenas de ela vir a ser concretizada nos moldes traçados em cada um dos itens relativos às espécies e/ou aos enfoques democráticos. Não ficou clara, porém, a potencialidade da audiência pública para promover a inserção das diferenças na atividade jurisdicional e, com isso, sobre poder ser ela a responsável não apenas por aproximar o direito e jurisdição da comunidade, mas sincronizá-los. Afinal, se a audiência pública democratizar o Poder Judiciário, procedimental e substancialmente, o direito e a jurisdição modernos automaticamente se tornarão capazes de acolher as diferenças constantes da comunidade? Falar em direito e jurisdição democráticos, nos moldes antes laborados, implica falar em direito e jurisdição sincrônicos à comunidade e aos seus respectivos interesses? Com efeito, a audiência pública, além de democratizar, detém também a capacidade de sincronizar o direito e a jurisdição à comunidade?

Duas são as possíveis maneiras ou perspectivas de refletir acerca do direito, da jurisdição e, no caso em específico, da audiência pública: procedimento-funcional e paradigmático-estrutural. A audiência pública jurisdicional pode ser analisada de acordo com aquilo que representa enquanto instrumento destinado a, dentro de uma determinada estrutura, melhorar o exercício ou alterar a função a que esta última se destina (perspectiva

³¹⁴ Do primeiro autor, se extrairá a própria idéia de paradigma, assim como de crise paradigmática, coisa com a qual o segundo autor também contribui. As principais obras referenciais de ambos são: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007; SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008 e *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

³¹⁵ A referência a esgotamento e fragilidade se justifica pelo fato de que melhor parecem refletir a realidade desta segunda metade do séc. XX e início do séc. XXI, em que o paradigma moderno se encontra já esgotado, mas o subsequente ainda é bastante frágil para assumir e corresponder a toda a problemática do momento. Ademais, sempre estamos em transição paradigmática. Nunca um paradigma existe de forma pura no contexto social e/ou científico. Mesmo que sempre haja um paradigma majoritariamente aceito, uma estrutura (paradigma) começa a ruir no exato momento (supondo que ele existisse) em que criada. Logo, sempre estamos em transição, um paradigma “morrendo”, na medida em que caminha pela curva descendente de sua evolução, e outro “nascendo”, quando transita na curva ascendente. A transição que ora vivemos não é diferenciada por se tratar de uma transição, há vista que esta situação é constante. A diferença está no esgotamento e iminente falência do paradigma que está “morrendo” e pela fragilidade e insipiente formação do que está “nascendo”. O que define a “transição paradigmática” é o local por onde transitam os paradigmas em suas curvas de desenvolvimento.

procedimento-funcional), ou, por outro lado, como instrumento que não pretende apenas melhorar ou modificar o funcionamento da estrutura vigente, mas modificar ela própria, a estrutura (perspectiva paradigmático-estrutural). Outra forma de distinguir as perspectivas procedimento-funcional e paradigmático-estrutural pode ser extraída da obra de Thomas Kuhn³¹⁶. A análise funcional é aquela feita pelo pesquisador que se dedica à ciência normal, a exercer uma atividade similar à de um solucionador de quebra-cabeça, testando lugares alternativos para as peças do jogo de modo a enfrentar os problemas eventualmente surgidos. No caso de um jogador de xadrez, o problema ou a pergunta que se apresentarem serão resolvido/respondida, sob a ótica funcional, portanto, a partir da investigação dos movimentos a serem feitos com as *peças* do jogo.³¹⁷ Já na ótica estrutural, se irão discutir as próprias *regras* do jogo e não a melhor solução para ele segundo as mesmas regras de sempre. Não obstante a existência das duas perspectivas, a única capaz de responder às perguntas do presente capítulo, diferente do que aconteceu com o anterior, diz respeito à perspectiva paradigmático-estrutural. Isto em razão do fato de que os questionamentos que agora interessam, relativos às diferenças, são decorrentes da crise, tal como atualmente configurada.

Não é novidade que o processo civil, a jurisdição e o direito, como um todo, estão em crise; isto para não falar do Estado. A presente crise, na verdade, atinge os principais valores, conceitos e ideologias modernos, assim como as instituições que dão sustentáculo a toda uma estrutura sócio-cultural e científica. Contudo, importa ressaltar, a partir de Bauman³¹⁸, que não se deve falar em crise de um modo pejorativo, haja vista ser ela “*o estado normal da sociedade humana*”: a crise é o movimento constante³¹⁹ de insatisfação com o modelo social vigente, por exemplo, mas também a responsável pela subsequente auto-renovação. A crise é a realidade do “ser-humano-no-mundo”. Sendo assim, convém perguntar não pela sua existência, mas pelos motivos que fazem com que a presente crise tenha maior intensidade. Acontece que se em outros tempos havia esperança de que com “mais conhecimento e técnica” a crise seria superada (o modelo social fruto da insatisfação seria substituído = crise controlável; logo, provisória), hoje, por estarmos cientes de que somos nós mesmos que

³¹⁶ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 186.

³¹⁷ Para Baptista da Silva, os juristas brasileiros sequer atuam como cientistas que se dedicam à ciência normal, haja vista que estes são críticos e desconfiam da “validade indefinida ou perpétua” do paradigma. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Advocacia em tempos de crise*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos021.html>. Acesso em: 13 fev. 2009, p. 3.

³¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. Fragmentos transcritos abaixo (no parágrafo) são das páginas 147, 156, 149, 149 e 147, respectivamente.

³¹⁹ No mesmo sentido de Bauman, para Novaes “a idéia de crise não deve ser entendida aqui como um ‘acontecimento’. Ela se inscreve na ‘lógica da história’.” NOVAES, Adauto. *Invenção e crise do Estado-nação*. In: _____. (org). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 11.

fabricamos a crise e que o fazemos no mesmo nível do acréscimo de conhecimento e técnica, o sentimento é de que não apenas o mundo está “fora do controle”, como é também incontrolável (o modelo social vigente produz insatisfação da mesma forma como produzirão todos os que lhe seguirem = crise incontrolável; logo, constante).³²⁰ Dar-se conta de que a crise não é uma anormalidade e que é insolúvel, é o que potencializa e diferencia a crise que vivenciamos, uma vez que produz desespero e ansiedade por inúmeros territórios e áreas do conhecimento. “Crise”³²¹ esta, então, que é a crise da própria idéia acerca de crise.

A presente “crise”, assim *como todas as outras*, é sinal da insatisfação com determinado(s) conceito(s) e/ou instituição(s) vigente(s), o que normalmente acontece porque ele/ela(s) não conseguiu(m) acompanhar ou atender satisfatoriamente a uma determinada mudança social³²²; mas, *diferente das outras*, é símbolo de toda uma conjuntura que se encontra falida. Desse modo, não estão errados os que afirmam que a “crise” é irreversível e de que nela os problemas tornaram-se visíveis³²³. Ora, a atual “crise” é irreversível na medida em que desmascara e torna visível a condição humana de constante mutação e, portanto, de impossível equilíbrio e sistematização absolutos e universais.³²⁴ É a substituição da moderna razão fechada pela razão aberta, a qual inclui o diferente, o incerto, o caos, o desorganizado, a desordem, o ilógico, ou seja, o real.³²⁵ Nestes termos, a crise, de um modo geral, é uma constante, mas a presente “crise” é traumática. Kaufmann, utilizando-se da classificação feita por Jaspers acerca das três principais origens da ciência filosófica, afirma estarmos vivendo

³²⁰ A frase está inspirada na obra *Em busca da política*. Contudo, convém lembrar Morin, ao criticar o homem moderno, crente de que, através de razão, seria capaz de tudo controlar: “Estou persuadido de que um dos aspectos da crise do nosso século é o estado de barbárie das nossas idéias, o estado de pré-história da mente humana que ainda é dominada por conceitos, por teorias, por doutrinas que ela produziu, do mesmo modo que achamos que os homens primitivos eram dominados por mitos e por magias. Nossos predecessores tinham mitos mais concretos. Nós somos controlados por poderes abstratos.” MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 193.

³²¹ A crise específica da atualidade será grafada entre aspas para diferenciar da idéia de crise com algo constante.

³²² “Diria que a crise é da modernidade e de seus sonhos, dentro da qual tem curso a chamada crise do Poder Judiciário.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008. Também AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979.

³²³ Boaventura é quem fala no fato de a presente crise ser irreversível (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008). Por sua vez, são Siches e Kaufmann que falam que a atual crise teria tornado visíveis os problemas. (SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973. Também KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002).

³²⁴ Ou seja, a “a ‘perspectiva pós-moderna’ [...] significa sobretudo o rasgamento da máscara das ilusões; o reconhecimento de certas pretensões como falsas e de certos objetivos como inatingíveis, e nem, por isso mesmo, desejáveis.” BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. 2 ed. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2003, p. 8.

³²⁵ De acordo com Morin, “a realidade transborda de todos os lados das nossas estruturas mentais”. MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 191.

no período denominado como comoção, o qual “se apodera do homem, quando confrontado com as “situações-fronteira” da existência; situações que não consegue transpor nem alterar”³²⁶. No direito, diz Kaufmann, a comoção representa “a tomada de consciência das situações-limite, a experiência do inevitável fracasso do nosso direito terrestre”³²⁷. Consciente destas “situações-fronteira” ou “situações-limite”, caberá ao homem optar sobre como irá agir. Muitos preferirão fechar os olhos e agir como se estas situações não existissem³²⁸. Outros aproveitarão desta fase de comoção para insistir na ruptura com os valores ultrapassados, que é o que, aliás, defende Bauman³²⁹, para quem a alternativa (necessária) está em superarmos a atual “crise”, assumindo o estado/condição de constante insatisfação, auto-renovação e mudança, quando a tarefa deixa de ser “explicar a crise para expulsá-la”, mas a de nos adaptarmos com a “fertilidade, vibração, exuberância”, naturais ao homem.

A proposta pela “descriminalização” da crise e, com isso, reinserção do real, a provocar a “crise” de que atualmente se fala, atinge o direito – assim como todos os demais ambientes científicos, culturais e sociais – na medida em que ele não consegue acompanhar tal evolução. No direito a intensidade da “crise” seria ainda maior, não fossem os juristas estarem acostumados com o desnivelamento de sua ciência³³⁰ perante as demais ciências e perante a comunidade.³³¹ Acontece que o direito, na forma como prevalentemente configurado, ou seja, o direito estatal³³², é ainda de mais lenta adaptação do que as outras

³²⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 40.

³²⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 41.

³²⁸ “O jurista que fecha os olhos perante a limitação, a incompletude do direito e a impossibilidade de nele se confiar, tal como ele nos é acessível, entrega-se cegamente a ele e abandona-se a todas as suas fatalidades. Esta postura é característica tanto do positivista como do jusnaturalista. O positivista vê apenas a lei, fecha-se perante qualquer momento suprallegal do direito e, por isso, é impotente face a qualquer perversão do direito pelo poder político, tal como, aliás, experimentámos no nosso século até à náusea. O jusnaturalista valoriza pouco a lei positiva, apostando em normas pré-concebidas. No entanto, como não consegue apresentá-las de forma cognoscível, acaba por conduzir à incerteza do direito e à arbitrariedade, o que ficou especialmente patente no século XVIII “jusnaturalista”.” KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 41.

³²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. As duas transcrições deste final de parágrafo são da p. 156.

³³⁰ O termo ciência é usado aqui numa conceituação ampla e não naquele sentido racionalista e sistematizante, que admite como ciência apenas aquelas disciplinas dotadas de leis próprias, aplicadas com rigor e certeza.

³³¹ A respeito de nós, os juristas: “Nossa percepção, no entanto, não alcança os problemas estruturais que condicionam a atual situação vivida pelo Poder Judiciário – seja porque eles se tornaram, para nossa compreensão, “naturais”, como o dia e a noite e o movimento dos astros –, seja parecerem-nos de qualquer modo, como inalteráveis –, a verdade é que a estrutura do sistema não é questionada, nem problematizada”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

³³² O direito estatal e positivista deve ser interpretado, na atualidade, como o principal, mas não o único formato assumido pelo direito. Afinal, direito não é apenas aquilo que o Estado “disser” através de suas leis, nem muito menos somente aquilo que resultar decidido num processo judicial (sentença); nem a jurisdição, que é a função do Estado mediante a qual ele exerce/aplica o direito, é a única forma de atuação do direito. Este posicionamento

ciências, visto que está a depender dos burocráticos processos legislativo e/ou jurisdicional para a promoção da maioria das suas mudanças. Condição tal que, se já dificulta acompanhar as modificações corriqueiras do social, complica ainda mais quando a pretensão é de sincronia com as mudanças/novidades agora surgidas, que questionam a sua própria “essência”, posto ser ele uma das principais estruturas sociais cuja função é a contenção de mudanças.

Importante que se diga que as mudanças agora surgidas – algumas como causa, outras como consequência, outra ainda como causa e consequência da atual “crise” –, talvez nunca venham a constituir um paradigma. O paradigma emergente, portanto, pode jamais vir a ser efetivamente construído e, principalmente, consolidado.³³³ Acontece que o que o caracteriza é exatamente esta contrariedade a tudo o que está consolidado, supostamente formado, definitivamente construído, ou seja, aos sistemas e estruturas estanques e estabilizadas. A atual “crise” pela qual passamos, relativa ao próprio conceito de crise, tornada um processo constante, traz consigo um conjunto de novidades que contestam não apenas alguns conceitos e institutos modernos, mas o próprio modo ou método³³⁴ de pensar. Por isso que talvez não seja o caso de se falar na substituição de um paradigma por outro, de um sistema ou uma estrutura por outra, mas da substituição de um determinado sistema pela ausência dele. A não ser que se inclua na concepção de paradigma, definido por Kuhn³³⁵ como o conjunto de compromissos ou a base teórica, também a idéia da inexistência de compromissos absolutos e universais, cuja base teórica é a do acontecimento.³³⁶ O próprio Edgar Morin propõe uma

está amparado na teoria dualista da ação, defendida por Pontes de Miranda e, contemporaneamente, por Ovídio Baptista da Silva. Vide: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Unidade do Ordenamento e Jurisdição Declaratória. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1-136.

³³³ O processo contemporâneo de derretimento dos sólidos se diferencia daquele processo também assim denominado ocorrido no início da modernidade, em que a proposta era derreter os sólidos, as estruturas pré-modernas vigentes, para, no lugar delas, colocar outras, as quais, porém, seriam ainda mais sólidas, estáveis e confiáveis: a estrutura moderna fundada em cálculos racionais. Nenhum padrão foi destruído sem antes ter sido apresentado outro, no qual as pessoas deveriam se esforçar para caber, sob pena de censura. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, prefácio.

³³⁴ A palavra método não deve ser entendida de acordo com a concepção clássica quando “O método degrada-se em técnica porque a teoria se tornou um programa”. Método é praxis, é estratégia, é a “atividade pensante do sujeito”. Isto porque “O paradigma da complexidade não “produz” nem “determina” a inteligibilidade. Pode somente incitar a estratégia/inteligência do sujeito pesquisador a considerar a complexidade da questão estudada.” MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 335, 337 e 334.

³³⁵ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

³³⁶ Morin identifica o acontecimento com “a singularidade, a contingência, o acidente, a irredutibilidade, o vivido”. MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 233. O acontecimento, segundo o autor, foi perseguido durante muito tempo pelas ciências, inclusive pela história. A respeito da história, importa salientar o posicionamento de Nietzsche e Foucault, o que será reiterado no início do item 3.2. Aliás, o segundo, retomando o primeiro, chega inclusive a falar na história a partir de uma de concepção de “acontecimento” semelhante à de Morin. FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: _____. *Microfísica do Poder*. 23ª.ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2007, p. 15-37.

releitura da concepção kuhniana de paradigma, que, segundo ele, está fundada no princípio fundamental. Para Morin, o “princípio fundamental se define pelo tipo de relações que existe entre alguns conceitos”³³⁷. Dito de outro modo, enquanto que o paradigma moderno ou clássico se fundava em conceitos e elementos isolados e separados, o que visava excluir da análise, simplificando-a, o tempo, o espaço e o próprio observador, o emergente exige a reintrodução de todos estes componentes, haja vista não existir o conceito ou elemento puro e simples, isolado e separado, mas apenas o elemento relacionado com o tempo e local em que inserido e em interação/relação com outros elementos.³³⁸

Diferente do que sustenta o paradigma moderno, a complexidade, a desordem, a contradição e a ilogicidade, dentre outros aspectos, não são a mera aparência do fenômeno, cuja essência, inscrita no mundo da idealidade platônica, seria des-coberta na medida em que o fossemos dissecando, analisando parte por parte, como queria Descartes. Pelo contrário, a simplicidade em que reduzidos os fenômenos pela ciência moderna é que é o aparente. O real é a complexidade, ou melhor, o fático ou concreto é a complexidade.³³⁹ De acordo com Morin, a contradição e ilogicidade de um fenômeno, por exemplo, não significa erro, antes disso “revela superfícies profundas ou desconhecidas da realidade”³⁴⁰. Não que tenham que ser recusados a lógica e mesmo os valores universais, mas sim a absolutização deles, tendo em conta a insuficiência com que explicam os fenômenos que são sempre complexos e, portanto, singulares, temporais, espaciais, contraditórios, ilógicos, incertos, inseguros, etc.³⁴¹ Sendo dessa forma, é imprescindível refutar o princípio moderno do legislar, no sentido da

³³⁷ MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 67. Prigogine, por sua vez, também falando acerca das leis fundamentais, afirma que agora o que elas exprimem são “possibilidades e não mais certezas”. PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 13.

³³⁸ MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 51.

³³⁹ É necessário ultrapassar o vício de considerar como existente *a (uma única)* realidade; o que existe são *as* realidades, as quais não ultrapassam a representação ou tradução individual acerca do fenômeno. Daí a constante preocupação, no decorrer deste trabalho, com a palavra realidade (ver nota nº 6). O complexo – e não o simples – é o real, no sentido de ser o que existe (o fático/concreto). Contudo, realidade mesma não existe, o que há são perspectivas. E isto exatamente porque o fático é complexo. Será este raciocínio um exemplo do conhecimento em espiral de que fala Morin? Para ele, “o conhecimento é uma aventura em espiral que tem um ponto de partida histórico, mas que não tem fim, que deve, sem cessar, fazer círculos concêntricos, ou, melhor dizendo, que a descoberta de um princípio simples não tem fim.” MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 46.

³⁴⁰ MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 61.

³⁴¹ Não é possível definir a complexidade e nem estabelecer as suas regras, haja vista o que foi dito no corpo do texto acerca do paradigma emergente que, fundado na “crise” do próprio conceito de crise, não deve figurar como a simples substituição dos rótulos modernos por novos rótulos. Contudo, talvez seja possível falar em alguns princípios, os quais foram relacionados por Edgar Morin sob o nome de princípios da inteligibilidade para um paradigma da complexidade, o que fez em sua obra *Ciência com consciência* e aprofundou/comentou na obra *A inteligência da complexidade*, ambas largamente referidas nesta pesquisa.

elaboração, definição e aprimoramento de “leis que regem o sentido da vida”³⁴², o que somente era possível sob a crença da simplicidade. Vislumbrada a complexidade, não é possível sustentar a existência de leis, uma vez que o real extrapola os modelos ou padrões. As leis ou princípios universais absolutos desprezam a singularidade e a diferença.

Numa situação como esta, ao contrário do que defende Norberto Bobbio, em sua obra *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*³⁴³, não basta corrigir o entendimento contemporâneo acerca de qual seja a função do direito, adaptando a teoria do direito ao Estado social e ao seu respectivo modelo de direito promocional (perspectiva procedimento-funcional). Imprescindível, também, é a alternância do próprio modelo estrutural, inegavelmente fundado no positivismo jurídico do século XX, de bases teóricas no racionalismo e cientificismo ainda mais antigos³⁴⁴, os quais tornaram o direito uma estrutura sólida e coercitiva contra a qual o pensamento contemporâneo de constante mudança conspira (perspectiva paradigmático-estrutural).³⁴⁵ Trata-se, portanto, de um modelo de direito e jurisdição que exige seja repensado como forma de atender às inquietações comuns ao social, desapegando-se das ideologias e institutos da modernidade, que é o verdadeiro problema a ser superado³⁴⁶. Não é à toa que Baptista da Silva se apropria do pensamento de Pawlowski, assim com Castanheira Neves já o havia feito, quando ele diz que “O processo é necessário para fixar o que *hoje* – o que *neste* caso – concretamente é o *direito*. [...] O processo é necessário uma vez que o direito, que está sempre em mutação, tem de ser fixado para um momento temporal”³⁴⁷. Um direito, sentido *lato*, adaptado a sua comunidade, que é constante mutação e, portanto, diferenças, também assim deverá ser. Sendo desse modo, a atual “crise” exige a rediscussão do modelo jurídico, a ser feita através da perspectiva estrutural.

³⁴² MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 45.

³⁴³ Para Bobbio, “a análise estrutural do ordenamento jurídico está em condições de absorver sem demasiada perturbação as mudanças introduzidas pela análise funcional.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 77.

³⁴⁴ “A meu ver, o que está em crise é o sistema. Certamente não apenas o sistema processual. A crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

³⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 156.

³⁴⁶ Boaventura, comentando sobre algumas tentativas fracassadas de solucionar problemas oriundos do apego (ou da manutenção do apego) a valores da modernidade, afirma que “Este efeito perverso revela que não há solução para este problema no seio do paradigma dominante e precisamente porque este último é que constitui o verdadeiro problema de que decorrem todos os outros.” SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 75-6.

³⁴⁷ PAWLOWSKI *apud* CASTANHEIRA NEVES *apud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 265-81, p. 277.

Sem dúvida que é importante melhor equipar/funcionalizar as leis e as instituições jurídicas. Não fosse assim, inúmeras reformas legais e operacionais que muito contribuíram com o avanço do processo civil brasileiro jamais teriam sido feitas. A previsão legal instituidora da audiência pública é, no mínimo, uma destas que contribuem com a melhor atuação jurisdicional. Afinal, além de democratizar, ela possibilita a colheita eficaz e pública de provas técnicas³⁴⁸, insere a oralidade em um importante momento do procedimento jurisdicional, quando ainda está sendo produzido o convencimento dos julgadores³⁴⁹, e inclui a coletividade na discussão de questões que são do seu interesse, rompendo, ao menos em parte, com o individualismo característico do processo jurisdicional moderno³⁵⁰.

³⁴⁸ Que não se diga que a audiência pública não pode ser vista como instrumento de prova diante o caráter objetivo da ADin, ADC e ADPF, pois, não obstante inexistir lide em tais espécies processuais, também nelas são colhidas provas, seja documentais, seja, no caso, através da audição de representantes da comunidade – majoritariamente técnicos, com a exceção da audiência da ADPF 54 –, assim como nelas há contraditório. Gilmar Mendes é um dos autores que concorda com este último aspecto. Mais sobre este assunto, ver nota nº 13. Importante ressaltar que a oitiva de especialistas em audiência pública é extremamente vantajosa como espécie probatória por inúmeros motivos: através dela será possível ouvir possivelmente os maiores especialistas brasileiros na área objeto do debate; estarão presentes representantes de mais de um posicionamento científico e que realizam pesquisas das mais diversas formas; e, mais importante ainda, a colheita de provas será feita de forma pública, o que a torna mais isenta, principalmente se comparada com o que normalmente acontece, quando pura e simplesmente são apresentados pareceres. Não confundir, porém, a excelência probatória da audiência com a democratização do Judiciário, por todas as razões apresentadas no capítulo 2. Colher provas nunca foi democratizar. E o mesmo pode ser dito quanto à audiência pública.

³⁴⁹ No procedimento da ADin, ADC e ADPF o princípio da oralidade normalmente é observado apenas na audiência de julgamento – seja julgamento final, seja da cautelar –, quando os representantes legais dos interessados realizam sustentação oral. A oralidade ali presente, entretanto, pouco tem se mostrado eficaz, uma vez que ocorre num momento processual em que os julgadores, de regra, já têm um posicionamento firmado e, inclusive, elaboraram seus votos. Com a audiência pública, a oralidade é trazida para momento anterior ao da decisão final, o que amplia a possibilidade de as intervenções orais refletirem no julgamento, o que é uma das principais finalidades do princípio em apreço. Outra questão fundamental diz respeito ao fato de que a oralidade “se prende à experiência singular de um lugar, de um meio e de um caso em sua singularidade”, contrariando, assim, a tradição científica moderna, extremamente formal e preocupada em construir cânones de certeza e logicidade. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo*. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007, p. 279-80. O princípio da oralidade, de acordo com Chiovenda, é formado por cinco outros princípios. São eles: a) prevalência da palavra falada; b) imediatidade; c) identidade física do juiz; d) concentração dos atos processuais; e e) irrecorribilidade das decisões interlocutórias. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1. Na interpretação dada por Ovídio Baptista da Silva à obra do italiano, os quatro últimos princípios, apesar de interligados com o da oralidade, são autônomos a ele, enquanto que o da prevalência da palavra falada como meio de expressão constitui o verdadeiro núcleo da oralidade. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. Tomo I.

³⁵⁰ A audiência rompe com o individualismo na medida em que coletiviza a discussão de questões de interesse coletivo. Este rompimento será maior se tal discussão for considerada quando do julgamento do processo, democratizando substancialmente o processo (item 2.5). Rompimento maior ainda, porém, está na construção coletiva da resposta jurisdicional. É o caso da jurisconstrução de que trata Bolzan de Moraes (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). Construção coletiva de uma resposta relativa à regulação societal que é proposta por Habermas, mas que também, de certa forma, estava presente na ágora grega e na proposta rousseauiana de democracia direta (ver cap. 2). Da mesma forma, também no russo Georges Gurvitch através da proposta de um direito social, em que a comunidade se auto-regulasse. A respeito: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A idéia de direito social. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Há que se comemorar com os avanços com a audiência pública alcançados independentemente, inclusive, de eventuais evoluções em termos político-democráticos, que, obviamente, são sempre bem-vindos, mas que não são condicionais para que se possa afirmar a qualidade e eficiência procedimento-funcional do instituto. A comemoração se justifica ainda mais quando se trata de um instrumento de origem nacional, coisa tão rara em nosso território, haja vista a síndrome de que sofremos, em que eternamente e em todos os aspectos nos sentimos colonos da metrópole européia.³⁵¹ Assistindo às audiências e acompanhando a repercussão na imprensa, ficou claro o acolhimento social do instituto, elogiado pelos Ministros julgadores; interessados no processo e seus representantes jurídicos, como a Procuradoria-Geral da República, o Ministério Público Federal e os advogados; participantes das audiências; jornalistas e comentaristas em geral.

Não obstante tudo isso, a análise que integra este capítulo, pelo fato de privilegiar o enfoque paradigmático-estrutural, exige que se analise a capacidade de a audiência pública questionar aspectos tais como os seguintes “pontos de estrangulamento”: a) o processo civil ainda é considerado como “ciência”, no sentido iluminista da palavra, a manter a separação entre processo/jurisdição e realidade; b) o apego do direito processual ao racionalismo da modernidade, sustentando a crença e o culto em juízos de certeza; c) a valorização extremada do procedimento ordinário, sustentado em outra crença, a da neutralidade axiológica; e d) o ensino do direito limitado a formar “operadores mecânicos do sistema”³⁵². Perante esta conjuntura, mudanças como a introduzida pelos artigos 273 e 461, CPC, segundo a redação dada pela Lei nº 8.952/1994, quando, de acordo com Baptista da Silva, foi dado início ao movimento de eliminação do tradicional e não-satisfativo processo de conhecimento, não foram suficientes para promover uma reforma estrutural. Esta reforma, bem como aquela implementada pela Lei nº 11.232/2005, que praticamente extinguiu o Livro II do CPC (Processo de Execução), não passaram de uma tentativa, não exitosa, de “superar o conceito de jurisdição, reduzida a uma função exclusivamente declaratória”, posto que incapazes de superar os “vínculos *paradigmáticos* que o sistema pretende preservar”.³⁵³

³⁵¹ Idéia inspirada em comentário semelhante feito por Ovídio Baptista da Silva em uma das conversas de orientação. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Orientação*. Porto Alegre, Escritório de Advocacia Ovídio Baptista da Silva Advogados, 2º sem. 2008. Conversa de orientação da pesquisa para a dissertação.

³⁵² Tais pontos de estrangulamento estão na obra: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

³⁵³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. Tomo II, p. 2 e 3. Referindo-se às “antecipações de tutela”, em outra obra: “Apesar de o sentido, originariamente interdito, dessas categorias processuais, orientar-se para formas de tutela preventivas, através de provimentos mandamentais, o condicionalismo sistemático a que elas foram submetidas, deixou-as presas às formas tradicionais de jurisdição repressiva”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

Sendo assim, de modo algum serão suficientes, por exemplo, a contratação de mais funcionários, a implementação de novos sistemas e tecnologias (veja-se o caso dos procedimentos eletrônicos), a simples transposição de institutos do direito comparado, e meras alterações legislativas, principalmente na forma como, em sua maioria, têm sido realizadas. O reduzir recursos é uma solução para a atual crise se considerarmos o problema apenas num curto prazo e se estivermos cientes da ingenuidade que representa em termos da sua real e concreta efetividade. Da mesma forma se pode falar acerca da repercussão geral a ser comprovada no recurso extraordinário (artigos 102, § 3º, CF, acrescentado pela EC nº 45/04, e 543-A, acrescentado pela Lei nº 11.418/06); do julgamento conjunto de processos com idêntica controvérsia (artigos 543-B e 543-C, acrescentados pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, respectivamente); da extinção antecipada do processo que tratar de questões meramente de direito, cujo juiz titular da causa tenha posicionamento pacificado quanto à improcedência do pleito (art. 285-A, CPC, acrescentado pela Lei nº 11.277/06); da regra da recorribilidade das decisões interlocutórias via agravo retido (art. 522, CPC, alterado pela Lei nº 11.187/05); da introdução na sistemática brasileira da ação monitória (artigos 1102-A a 1102-C, CPC, acrescentados pela Lei nº 9.079/95); da instituição da audiência preliminar (artigo 331, CPC, alterado pela Lei nº 10.444/02); da possibilidade de responsabilização das partes e procuradores (artigo 14, CPC, alterado pela Lei nº 10.358/01), etc.³⁵⁴

Todas estas reformas alteraram um ou outro aspecto procedimental do processo civil brasileiro. Muitas melhor equiparam o sistema, outras nem isso, sendo contrárias aos interesses da própria comunidade a que atendem. Isto porque, dentro da análise procedimento-funcional, ou seja, dentro dos limites da estrutura vigente, é possível melhorar ou piorar o funcionamento do sistema, o que é medido tendo em conta as necessidades (realidade), assim como acontece com a reforma estrutural. A diferença entre reforma funcional e estrutural, já que ambas poderão atender aos interesses comunitários, está nas questões discutidas em cada perspectiva. Enquanto a funcional se limita a discutir problemas internos ao sistema, a estrutural questiona exatamente o próprio sistema. Daí por que Baptista da Silva insiste tanto que o Poder Judiciário *funciona* bem. Há vezes, aliás, em que poderá funcionar ainda melhor, caso aprovada uma lei, por exemplo, que melhor instrumentalize a jurisdição pátria. Alterando aspectos procedimento-funcionais do sistema judiciário brasileiro, muitas das leis e dispositivos legais citados, melhor o funcionalizaram. Contudo, o problema está na estrutura,

³⁵⁴ Os dois últimos exemplos foram extraídos do artigo já tantas vezes citado nesta parte do trabalho: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

isto é, “o condicionalismo teórico e político” em que se acha inserido o Judiciário³⁵⁵, coisa que nenhuma delas conseguiu subverter: ou não questionaram a estrutura, ou, quando a questionaram, não tiveram força para superar os “vínculos *paradigmáticos*”, o que exige, ademais, que os juristas também acompanhem o raciocínio representativo das mudanças.

Aproveitando de uma analogia criada pelo processualista gaúcho (informação oral³⁵⁶), colaborar, *funcionalmente*, com o desenvolvimento do direito processual civil nos dias de hoje significa dizer que ele é um carro bastante velho no qual serão colocados pneus e combustível, por exemplo, novos, potentes e de última geração. Colaborar, *estruturalmente*, entretanto, significa outra coisa. Significa que o carro como um todo será reformado; melhor, que o carro será trocado por outro, mais novo, mais potente e de última geração. É evidente que é nesta segunda situação que se alcançarão os melhores resultados, afinal, de não muito adianta colocar pneus mais novos e combustível de última geração se o motor do veículo continuar velho e ultrapassado. Com a simples modificação dos pneus e combustível haverá um avanço, mas não se comparado com a mudança oriunda da substituição do próprio carro por um mais novo e potente. Não estivesse o carro tão velho e ultrapassado, a sua troca não seria a alternativa mais adequada, posto que dispendiosa, demorada e de mais difícil realização do que a simples revisão dos problemas existentes ou o abastecimento do veículo. Mas como o tempo é de “crise” e, portanto, o carro (a jurisdição) está bastante desatualizado, uma solução efetiva implica na modificação da própria estrutura.

Enquanto os instrumentos proporcionados por um paradigma continuam capazes de resolver os problemas que este define, a ciência move-se com maior rapidez e aprofunda-se ainda mais através da utilização confiante desses instrumentos. [...] Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.³⁵⁷

Não é pequena a dificuldade que envolve uma reforma estrutural. Não obstante isso, a presente “crise”, a qual está a impor a inserção das diferenças, é de tal profundidade que para solucioná-la não é suficiente dar continuidade a um processo cumulativo de maior articulação e desenvolvimento do paradigma velho; é necessário romper com ele. Segundo Kuhn, a

³⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

³⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Processo*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 1º sem. 2007. Aula proferida na pós-graduação – Mestrado – em Direito Público da UNISINOS. De modo semelhante, também em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

³⁵⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 105.

reforma estrutural não se equipara ao processo evolutivo normal da ciência, pois que neste se está a falar de acréscimos cumulativos, enquanto que a reforma estrutural ou paradigmática, ocorre por revolução (revolução científica³⁵⁸). O que não quer dizer que ela ocorre da noite para o dia e das mãos de um único pesquisador: a revolução científica envolve o trabalho de muitos anos e muitos colaboradores. Mas o importante é que este processo longo e feito a várias mãos não segue a lógica da ciência em que inserida. Até porque, a estrutura tradicional “suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos”³⁵⁹. De todo modo, contemporaneamente aos acontecimentos não é possível ter certeza quando uma mudança é ou não estrutural. Uma novidade fundamental nem sempre surge desde já nítida. Um novo modo de interpretar poderá estar introduzindo percepções e inclusive institucionalizando algumas críticas apenas muito sutilmente.

Sendo assim, a pergunta possível de ser respondida neste trabalho é: a audiência pública jurisdicional *pode* ser representativa de uma reforma estrutural? *Pode*, ela, implementar reformas estruturais no direito e jurisdição modernos, permitindo a inclusão e reconhecimento das diferenças? Desde já uma afirmação pode ser adiantada, a qual colaborará com a formulação da resposta à pergunta acima: a reforma estrutural do Poder Judiciário passa pela sua democratização, com o que concordam tanto Baptista da Silva³⁶⁰ como Jânia Saldanha³⁶¹. Contudo, não se está a falar do modelo de democracia de que tratou o capítulo dois. Não é suficiente a democratização do direito e jurisdição, que, a partir da audiência pública satisfatoriamente realizada, promova uma participação popular mais próxima, maior, mais ativa e mais efetiva. Seria diferente, talvez, se no item 2.4, a proposta fosse de adoção completa da teoria habermasiana e não apenas dos aspectos relativos às regras e condições deliberativas. Da mesma forma, se no item 2.5, além de reforçar o coro por uma atuação responsável dos julgadores, a própria comunidade, como um todo, é quem julgasse. Da atual

³⁵⁸ Revoluções científicas são “episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.” KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 125.

³⁵⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 125. A referência a este autor feita no meio do parágrafo é da p. 26.

³⁶⁰ Falando acerca da necessidade de uma reforma estrutural: “estou convencido de que um Poder Judiciário capaz de praticar uma jurisdição responsável e legitimada será a instituição que haverá de garantir-nos o exercício de uma democracia autêntica e universal.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008. No mesmo sentido BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Principalmente no capítulo XII: Processo Civil, Individualismo e Democracia.

³⁶¹ Para Saldanha, “A crítica à estrutura não anda em descompasso com a mudança da metodologia processual, o que requer juízes mais abertos e afinados com os princípios da democracia participativa”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes*³⁶¹: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. No prelo.

“crise”, herdamos o conhecimento acerca das diferenças, incerteza, insegurança, etc. Diante disso, a democracia necessária é aquela capaz de efetivamente libertar os homens dos sistemas rígidos e estabilizados, tal qual o direito e a jurisdição modernos. Trata-se de um modelo democrático que, inserido no jurídico, representará um rompimento estrutural, o qual, se por um lado, dificilmente ocorrerá a curto prazo, por outro, talvez seja o endereço para onde deverão guiar as próximas reformas. Sendo assim, será a audiência pública jurisdicional capaz de promover ou colaborar com uma democracia e direito desse modo configurados?

Para concluir, importa salientar que, se tivéssemos assumido a própria constância da mutabilidade social e saído do período de esgotamento e fragilidade paradigmática (nota nº 333), não mais falaríamos na atual “crise”. Como não é o caso, a estrutura sócio-cultural em sua integralidade está submersa num contexto confuso de insatisfação perante os dogmas que até então lhe serviam de guia e à procura de novos horizontes onde possa se sustentar³⁶². O evoluir deste período transicional pode ser assim descrito: a) um conjunto de novidades surge em contraposição a valores fundantes do paradigma ainda vigente (*dominante*); b) a partir destas novidades emergem novas perguntas; c) da dificuldade em fornecer respostas a elas nasce a crise – fruto do esgotamento do paradigma antigo, incapaz de respondê-las e, muitas vezes, de até mesmo entendê-las, e da fragilidade do recente, que também é incapaz de fornecer respostas satisfatórias ou de fornecê-las ainda não convincentes; e d) a crise é pré-condição para a emergência de um novo paradigma (*emergente*).³⁶³ Relativamente ao presente trabalho: a) as novidades foram apresentadas no presente item; b) a pergunta, por sua vez, diz respeito à possibilidade de o direito e a jurisdição, configurados segundo o paradigma dominante, acolherem as diferenças, para o que a audiência pública poderá ou não contribuir; c) a “crise” é fruto da dificuldade de fornecer respostas a tal pergunta; e d) somente a reflexão sobre referida “crise” é que possibilitará o surgimento de um novo paradigma jurídico, apto a dar as respostas que o momento exige. Antes, porém, de refletir sobre possíveis respostas e, conseqüentemente, sobre o paradigma jurídico que eventualmente possa emergir, é necessário conhecer frente ao que a pergunta feita constitui uma novidade e contrariedade. É chegado o momento de apresentar as características do paradigma jurídico dominante.

³⁶² “Vivemos num tempo [...] que ao debruçar-se sobre si próprio descobre que os seus pés são um cruzamento de sombras, sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos, ora pensamos não termos ainda deixado de ser, sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca virmos a ser.” SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 13.

³⁶³ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. Tanto Kuhn como Boaventura de Sousa Santos (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005) defendem que a crise paradigmática está na incapacidade de fornecer respostas às novas questões que são apresentadas. Boaventura é quem utiliza da denominação paradigma dominante e emergente, que foi adotada.

3.2 O processo de formação do paradigma jurídico dominante (da modernidade) da tradição romano-canônica

Há toda uma conjuntura que integra o paradigma jurídico dominante e que, por óbvio, está vivenciando, concomitantemente, a “crise” paradigmática, ora como causa ora como consequência dela, assim como também são causa e consequência da atual “crise” as novidades surgidas, das quais emergem perguntas difíceis de serem respondidas, que é o que, mais propriamente, define o período de crise. De todo modo, seja em períodos como o contemporâneo, seja em quaisquer outros, ter conhecimento acerca dos elementos históricos que compõem a conjuntura em que a problemática, objeto de reflexão, está inserida, é fundamental. A partir da perspectiva histórica³⁶⁴, indispensável também ao direito, impossível pretender analisar qualquer objeto de um modo isolado, como se ele fosse capaz de configurar-se de um jeito ou de outro a partir de uma pura e única essência. Neste sentido, nem mesmo é correto falar na análise de um objeto, como se o observador (sujeito) e o objeto fossem coisas isoladas.³⁶⁵ Na medida em que o sujeito analisa um objeto, ele também se auto-analisa; na medida em que um objeto é analisado, ele transforma e é transformado.³⁶⁶ Daí a importância e, mesmo, a necessidade de se efetuar uma investigação de cunho histórico.

Entretanto, não é por demais registrar a preocupação que tanto Nietzsche, na integralidade de sua obra, como Foucault³⁶⁷ têm com a história e que, de certo modo, será aqui desrespeitada – bem mais do que aconteceu no capítulo anterior (item 2.1), haja vista a maior quantidade de assuntos –, isto porque além de sucinto, o levantamento se apodera de dados integrantes dos “discursos englobadores” e que desconsideraram os “saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados”, enfim, os “saberes sujeitados”. Infelizmente,

³⁶⁴ Ou filosofia histórica como prefere Nietzsche. Para este autor, o pecado original dos filósofos é pensar que o homem é uma verdade eterna. Negam-se eles a entender que o homem e a sua faculdade cognitiva são resultados de uma evolução. Refere ainda que “todo lo que el filósofo enuncia del hombre no es, a fin de cuentas, sino un testimonio relativo al hombre de un espacio de tiempo *muy limitado*.” NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Sergio Albano. Buenos Aires: Gradifco, 2004, p. 18.

³⁶⁵ Sujeito e objeto não estão separados, isolados, mesmo sendo diferentes. Aproximadamente neste sentido é que Heidegger trabalha o conceito de diferença ontológica. A respeito, ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 15.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. Parte I; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1; STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³⁶⁶ Esta perspectiva é fruto do paradigma emergente. A bem da verdade, toda esta pesquisa está sedimentada em novidades metodológicas, conceituais, sociais e etc, desconstrutoras do paradigma anterior, o da modernidade.

³⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10-3.

porém, seria excessivo incluir como escopo desta pesquisa discutir a evolução histórica do conceito de democracia e a construção do paradigma dominante, que se apenas para atender ao que se destina a dissertação já exigiram uma investigação bastante expansiva, quanto mais seria se fossem o objeto principal e não um pressuposto meramente e sucintamente resgatado.

O paradigma dominante da modernidade ou, em específico ao direito, o paradigma jurisdicional da tradição romano-canônica, teve como marco inicial mais significativo, no que diz respeito ao que interessa à pesquisa, as filosofias de Platão e Aristóteles (séc. V-IV a.C), similar ao que aconteceu quando do levantamento histórico relativo à democracia (capítulo 2, item 2.1). Pouco antes deles, porém, mas a exercer-lhes enorme influência, Sócrates (470/469-399 a.C) formulou constantes críticas aos sofistas³⁶⁸ em razão do convencionalismo em que estes acreditavam. Fez isso, segundo Villey³⁶⁹, para proteger a lei (*nómos*) da *polis* – que, nesta época, não era tanto uma lei escrita, como, isto sim, o costume, a ordem social, a moral tradicional, etc. – contra a norma subjetiva e, dessa forma, relativa, defendida pelos sofistas. Para os sofistas, como a *nómos* tinha caráter convencional e arbitrário, a ela deveria ser oposta a lei da natureza sempre que a primeira se apresentasse injusta. Trata-se de uma posição crítica em relação à ordem social tradicional, recusando que esta possuísse um fundamento absoluto e divino, mas, antes pelo contrário, apontando ser resultante “da força arbitrária dos que exercem e controlam o poder”,³⁷⁰. Sócrates, contrário a isso, acreditava que, através da razão, era possível distinguir o certo do errado e, portanto, achar respostas objetivas. Tanto defendeu a vigência e validade da lei da *polis* que, quando de sua condenação à morte (ver mais no item 2.1), recusou-se a fugir, em respeito às instituições e à *nómos*.

No âmbito da linguagem, Platão (428/427-348/347 a.C), discípulo de Sócrates, em sua obra *Crátilo*, também confronta a tese convencionalista dos sofistas, segundo a qual o nome das coisas é dado arbitrária e convencionalmente³⁷¹, argumentando que as coisas têm um

³⁶⁸ Os sofistas foram constantemente criticados por Sócrates, Platão e Aristóteles.

³⁶⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Observar, apenas, que Villey atribue aos sofistas a defesa da lei da natureza, expressão que não foi adotada tendo em conta que lei de que falavam era muito mais uma lei subjetiva e fruto do acordo coletivo do que uma lei da natureza. Ver: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

³⁷⁰ Para os sofistas, ao menos alguns deles, “A justiça legal assume um sentido de camuflar o domínio dos detentores do poder”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 16. Kaufmann refere que para o sofista Protágoras “era o homem, não o *logos* ou o ser, a medida de todas as coisas, o homem empírico, não o homem enquanto moral. Com esta idéia do “homem-medida” foi dado um passo do pensamento jurídico objectivo para o pensamento jurídico subjectivo e também em direção ao relativismo da teoria dos valores.” KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 63.

³⁷¹ “A palavra, para os sofistas, era pura convenção e não obedecia nem à lei da natureza e tampouco às leis divinas”. Sendo assim, elas poderiam ser questionadas, o que foi feito com relação à *nomós*, conforme

nome específico segundo a sua natureza ou, no mesmo sentido, de acordo com um modelo ideal previamente existente. Para Platão, o homem, através da atividade inteligente (razão), tem acesso ao mundo das idéias (perfeito e ideal), a partir do que des-cobre o nome das coisas. Contudo, o homem comum tem um acesso apenas incompleto; o filósofo é quem teria um acesso maior. Ademais, este acesso apenas é possível se o filósofo conseguir se isolar das percepções sensitivas, pois estas são incapazes de fornecer respostas seguras. Por fim, não é pacífico, conforme já mencionado na nota de rodapé nº 127, que o acesso ao mundo das idéias seja feito através da razão, na forma como atualmente a definimos. Isto porque, segundo o modo como a doutrina muitas vezes se refere ao assunto e como Platão foi (re)interpretado no final da Antiguidade por Plotino³⁷², na Idade Média por Santo Agostino e na Idade Moderna por reformistas como Martinho Lutero³⁷³, o acesso ao mundo das idéias somente é possível num estado de meditação, ou seja, ao término de um “esforço prolongado de ascese”³⁷⁴.

De um jeito ou de outro, tendo o acesso ao mundo das idéias ocorrido através da razão ou da ascese, a linguagem é a simples representação da coisa já previamente existente e integralmente constituída neste outro mundo paralelo. Com tal teoria, além de menosprezar a linguagem como um elemento meramente secundário que tão-somente transmite a essência das coisas³⁷⁵, Platão também acabou por ocultar a realidade fática através da crença numa idealidade. Para Platão, o mundo que vivemos é o mundo das aparências (mundo sensível). É necessário transcendê-lo para alcançar a “verdadeira realidade”³⁷⁶ ou realidade pura, o mundo inteligível, onde estão os modelos de todas as coisas, que são imutáveis e absolutos, os quais se encontram meramente reproduzidos no mundo habitado pelos homens. A “verdadeira realidade”, portanto, estaria oculta, e, de acordo com o mito da caverna (*A República*, Livro

mencionado acima. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121. A palavra existia por si só, sem necessariamente ter que representar alguma verdade, daí a origem do termo “sofisma” e da crítica feita à retórica como sendo a arte do persuadir pelo persuadir.

³⁷² Plotino, assim como Platão, analisa o mundo a partir de dois pólos. Para ele, porém, tais pólos constituem uma coisa só: o Uno ou Deus. O mais próximo em que ao homem é dado encontrar Deus é na própria alma. O auge do contato com Deus foi vivenciado e descrito por Plotino como “o estado em que se encontra quando, acordando de seu corpo, volta a si e tem então a visão de um mundo maravilhosamente belo, perto do qual o resto é um sonho. O corpo é um sonho.” BERGSON, Henri. *Cursos sobre a Filosofia Grega*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 23.

³⁷³ Quanto a Santo Agostinho e Martinho Lutero, ver logo mais adiante.

³⁷⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁷⁶ “A verdade existe, e podemos conhecê-la se mudarmos nosso enfoque, transferindo-o do mundo das aparências para o mundo das idéias (o domínio da “verdadeira realidade”).” MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 39.

VII), somente seria percebida, pela maioria das pessoas, por sua sombra. O ser, na teoria platônica, é ocultado no ente. O ente, que, para ele, é a aparência, o sensível, o fático, não é mais do que reflexo dos modelos existentes no mundo das idéias, que são o ser.

Esta idealidade, ademais, também atingiu o direito, tanto que o papel do jurista seria a procura pela melhor solução, o que haveria de ser feito pelos mais sábios (jurista-filósofo)³⁷⁷. O justo, como todas as outras coisas, conforme recém mencionado, seria alcançável mediante o acesso ao mundo das idéias, isto é, da observação do “universo exterior a nós”³⁷⁸. Entretanto, diante a fática dificuldade em concretizar tal projeto, haja vista a raridade de se encontrar um sábio, que, ademais, não fosse “contaminado” pelo contato com a *polis*, Platão reconhece a necessidade das leis³⁷⁹, mas desde que fossem os filósofos os legisladores, pois desta forma se aproveitaria os poucos existentes e os imortalizaria. Sendo assim, aos juízes caberia apenas seguir literalmente o texto das leis escritas. Além disso, Platão, como sábio que é, e, portanto, dotado da inteligência que lhe permitia acessar o mundo ideal, inclusive propõe uma definição do justo: a justiça no indivíduo é a submissão dos “instintos sensuais ao coração, e deste à razão”³⁸⁰.

Na seqüência, Aristóteles (384-322 a.C) recusa a dualidade de mundos defendida por seu mestre Platão a partir da teoria acerca da essência das coisas, que é o que dá unidade às espécies.³⁸¹ A idealidade platônica dá lugar, portanto, ao essencialismo aristotélico. As *idéias* platônicas compõem um mundo paralelo, exterior às coisas; a essência aristotélica, ao contrário, está na própria coisa, é o que a caracteriza e define. A essência não é uma idéia ou um modelo que, uma vez existente, orienta a formação e configuração das coisas no mundo

³⁷⁷ Coisa que, aliás, é clássico em Platão. Afinal, como consta no capítulo segundo, a política deveria ser exercida pelos mais sábios (o que, segundo Villey, teria sido reformulado na sua última obra – ver nota de rodapé nº 131), assim como, de acordo com o que foi referido acima, o nome das coisas também haveria de ser dado por eles. Logo, com a justiça não haveria de ser diferente.

³⁷⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29. De acordo com o mesmo autor, p. 31-2, “Portanto, não é dos *atos aparentes* que nos são oferecidos, num primeiro momento, pelo espetáculo da natureza que Platão entende extrair o justo; mas sim das *idéias*, às quais, com efeito, nos conduz a observação da natureza, com a condição de que esta seja apenas um ponto de partida e que, por um esforço dialético, tenhamos nos separado dela.”

³⁷⁹ Platão resistia às leis porque, segundo ele, o mundo dos homens está em “perpétuo movimento ao passo que a lei é rígida”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.

³⁸⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 27. Acerca da atuação do juiz, ver p. 36.

³⁸¹ Para Platão, “os gêneros e as espécies [...] seriam formas ou idéias [...] pertencentes ao mundo das idéias e independentes tanto das coisas concretas (o cavalo) quanto dos pensamentos (o conceito de cavalo).” Já Aristóteles “sustenta a tese de que gêneros e espécies existem nas coisas, como formas da substância individual, e podem ser conhecidos por nós através da abstração”, quando, destacando “do particular o universal”, “percebemos que este indivíduo é um cavalo (um animal mamífero)”. MARCONDES *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, P. 132-3.

em que vivem os homens. Ao contrário disso, são as próprias coisas, através da essência que lhe é intrínseca, que fazem surgir a idéia acerca delas. Não é a coisa que parte da idéia (modelo), é a idéia que parte da coisa, mais precisamente da essência da coisa, que, como dito, está nela mesma. Se, para Platão, o que surge primeiro são as idéias, do que as coisas do mundo sensível são simples reflexos; para Aristóteles, é a partir das coisas, conforme experimentadas, sentidas, percebidas, que nasce a idéia acerca delas mesmas. Assim, ao invés de o mundo sensível ser decorrência da idéia, ela é que deve ser nutrida pela experiência vivida no mundo sensível.

Não obstante Aristóteles tenha resgatado o sensível, a experiência, o concreto, ele mantém o ser oculto no ente. Se o ser, para ele, já não é mais uma idealidade exterior, por outro lado, também não é a coisa: a coisa é o ente; a essência o ser. Apesar de ser e ente terem sido aproximados – ao invés de o ser estar fora do ente, ele está no seu interior –, o ser permanece não sendo a natureza. O resgate do sensível, portanto, não chega a priorizá-lo, pois que uma vez observada a coisa, a essência dela extraída é que é o ser. Isto porque o ser, no entender dos gregos, há de constituir uma informação segura e estável, o que somente é possível na idéia/essência, nunca na individualidade das coisas. Sendo dessa forma, apesar das diferenças, Platão e Aristóteles têm algo em comum: “seja qual for a sua sede ou o seu lugar de origem, a verdade [ou: o ser] está enquanto tal preservada da corrupção e da mudança para sempre”³⁸². O ser aristotélico não está no mundo inteligível, no mundo das idéias, está na essência. De qualquer forma, permanece cultivada a metafísica objetificante fundada numa verdade segura e estável. O mesmo acontece com a linguagem, que, apesar de sofrer uma alteração conceitual – a linguagem que, para Platão, *representava* o ser, agora o *significa*³⁸³ –, permanece secundária. É aqui em Aristóteles que mais propriamente poderemos falar em essência e em metafísica³⁸⁴, mesmo que estes conceitos já estivessem presentes desde Sócrates, já que ele inclusive intitula uma de suas obras com o segundo termo referido acima.

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 127.

³⁸³ “A palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 126.

³⁸⁴ José Alcebíades se aproveita de Kant para esclarecer o que seja metafísica: “Com relação a Metafísica, Kant a define como a disciplina que pretende dar as respostas últimas e definitivas para os vários problemas”, que, segundo o alemão, não seria legítima porque resulta “de um emprego do entendimento humano fora dos limites do próprio entendimento humano”. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Metafísica na filosofia do direito hoje? Uma leitura de Kant através de Norberto Bobbio*. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. 1, p. 51-63, p. 53. Os elementos constitutivos da metafísica são: “*physis*=natureza=lugar das aparências; *logos*= razão=razão individual= lugar da verdade”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 127.

Especificamente quanto ao direito, a contribuição de Aristóteles se deve a uma maior especificação do conceito de direito, distinguindo-o da idéia justiça – conceitos sinônimos em Platão. De um modo geral, justiça é a virtude completa, que traz em si todas as demais e, por isso, é o equilíbrio – o meio termo entre dois extremos – em todos os aspectos. Mas esta é apenas uma forma de definir justiça (justiça geral), pois Aristóteles distingue várias espécies: total, universal ou geral e particular ou estrita; corretiva ou comutativa e distributiva (origem da moderna igualdade material); justiça política legal e justiça política natural. No que se refere a última subdivisão, cabe salientar o que segue. A justiça política é a justiça da *polis*, ou seja, é a vigente entre homens livres e iguais, cada qual com interesses próprios e distintos. Ela somente se faz necessária entre pessoas de cujas relações pode derivar a injustiça e que, por conseqüência disso, são relações regidas pela lei. É o direito. Na relação entre familiares e entre estes e os escravos não há justiça em tal sentido específico, pois “não pode haver injustiça no sentido irrestrito em relação a coisas que nos pertencem”.³⁸⁵ A justiça política será natural ou legal. A natural está fundada não na vontade humana, mas na natureza em si.³⁸⁶ “São naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de aceitarmos ou não”.³⁸⁷ Já a justiça política legal é aquela que pode ser determinada indiferentemente de uma maneira ou de outra, conforme a convenção firmada.

De acordo com Villey, estas duas espécies de justiça parecem ter sido mal interpretadas no decorrer dos séculos: a um, porque, apesar da independência de uma perante a outra, o que erroneamente deu origem à bifurcação direito positivo *versus* direito natural, elas são complementares e ambas necessárias, na medida em que a legal explicita a natural e que esta muitas vezes corrige aquela; a dois, porque ambas, inclusive a justiça natural, são mutáveis.³⁸⁸ As justiças natural e legal, então, além de coexistirem e se complementarem, são mutáveis, o que não quer dizer que Aristóteles não defenda o respeito às leis: ele é defensor da lei positiva, mas não de modo absoluto. Afinal, ao juiz, fazendo uso da própria complementaridade, é dado suprir eventual omissão da lei ou corrigir injustiças, assim como adaptar a norma abstrata ao caso concreto, quando se utilizará também do saber prudente.³⁸⁹

³⁸⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, p. 102-3.

³⁸⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

³⁸⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, p. 103.

³⁸⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 54 e 47. Quanto ao primeiro aspecto, veja-se as próprias palavras do grego: “É possível ver claramente quais as coisas entre as que podem ser de outra maneira que são como são por natureza, e quais as que não são naturais, e sim legais e convencionais, embora ambas as formas sejam igualmente mutáveis.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, P. 103.

³⁸⁹ “É necessário frisar esse fundamento metafísico da ética aristotélica, sob o risco de não compreender o papel da prudência (a reta razão), que não é fundar o bem moral, mas descobri-lo na realidade.” BARZOTTO, Luis

Seguindo na linha histórica e inda da Grécia para Roma, cumpre analisar parte do direito romano, o qual é dividido em três fases: a) Antiga (do 754/753 a.C a 150 a.C); b) Clássica (150 a.C a 284 d.C); c) Pós-clássica ou do Baixo Império (284 d.C a 565 d.C).³⁹⁰ O período antigo era estruturado pelo sistema das *legis actiones*, quando o processo era julgado por um só magistrado. Neste sistema a atuação do Estado era bastante precária. O período clássico se caracterizou pela informalidade e liberdade. O sistema vigente era o *formulário* e o trâmite processual era bipartido: num primeiro momento perante o pretor, num segundo perante o juiz privado. O maior destaque deste período talvez deva ser atribuído à atuação do pretor, pois que representante da influência teórico-filosófica grega nos romanos. No direito romano clássico é concretizada a concepção aristotélica acerca da justiça, principalmente no que diz respeito à sua aplicação prática. A *phronesis* aristotélica – *prudentia* em romano – é vivida pelos pretores, na medida em que especulavam acerca do justo e oportuno para o caso concreto, quando criavam a regra jurídica que deveria incidir na demanda (*jurisprudencia*).³⁹¹

Fernando. Prudência e Jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 163-192, p. 171. Mais, ver item 2.1. A questão que sobressai diz respeito à tentativa de conciliar a teoria aristotélica acerca da essência das coisas com a sua concepção relativista da justiça. Será que apenas as coisas possuem essência e não a justiça? Ou será que a essência desta é dada na realidade, como parece querer dizer Barzotto?

³⁹⁰ Interessante ressaltar que as fases do direito romano não coincidem exatamente com os três regimes em que pode ser dividida a sociedade romana: a) Realeza (754-509 a.C); b) República (509-27 a.C); c) Império (26 a.C-565 d.C). Os gregos Sócrates, Platão e Aristóteles foram contemporâneos da República romana, como já salientado, quanto aos dois últimos, no item 2.1. Grande parte das informações relativas ao direito romano foram extraídas da exaustiva pesquisa feita por SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariiedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2004.

³⁹¹ “Ao contrário dos sistemas jurídicos modernos em que o Direito é criado pelo legislador, no direito romano clássico era o pretor que o criava.” SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariiedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2004, parte 1, título 1, capítulo 1, seção 2, I. Cumpre observar, de acordo com a autora, que o pretor criava o direito a partir do caso concreto, julgando-o. Tais decisões (*editos*), porém, eram publicadas anualmente no formato de fórmulas, das quais o cidadão poderia se utilizar para promover suas ações. Esta possibilidade não garantia a aplicação rigorosa do *edito* pretoriano, mas se ele fosse aplicado o pretor estaria julgando com base numa norma criada particularmente para outro caso, o que, entretanto, não corresponde à prática tão conhecida das modernas civilizações de tradição jurídica oriunda do *civil law* de aplicação de uma norma abstrata a um caso concreto. Afinal, o foco permanecia na situação fática. A atuação dos pretores pode ser equiparada à dos nossos legisladores, pois efetivamente criavam direito, o que faziam, entretanto, para o caso concreto e não de forma abstrata. Nesta linha comparativa, o juiz da atualidade exerce atividade similar a do juiz privado, limitado a julgar a partir do poder que lhe fora delegado e da fórmula elaborada, ambas as situações, pelo pretor. Assim, o juiz da contemporaneidade é realmente a “boca da lei”, simplesmente “reproduzindo o que está posto pelo legislador”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 278. Outra questão de fundamental importância acerca da atuação pretoriana deste período clássico diz respeito ao poder de império que detinham os pretores, capazes de conceder ordens e interditos satisfativos do direito em pleito. Este assunto, aliás, é o objeto principal da tese ora utilizada como fonte de consulta. Outro grande pesquisador do assunto, orientador da tese e desta dissertação, é Ovídio Baptista da Silva, com obras que abordam a questão sob vários

Mas o período do direito romano que mais nos interessa é aquele dos imperadores (pós-clássico), até porque é dele que nós, herdeiros da tradição jurídica do *civil law* (ou direito romano-canônico), começamos a erguer a nossa estrutura, ao passo que a tradição do *common law* (ou direito anglo-saxão) é mais próxima da fase anterior (período clássico). Mais precisamente, é da fase final do período pós-clássico, quando já se havia ingressado na Idade Média, que a tradição do direito romano-canônico retirou a maior parte dos seus elementos. Isto porque foi o *Corpus Juris Civilis*³⁹², elaborado entre 529-534 d.C por ordem do imperador romano Justiniano³⁹³, o material com melhor qualidade³⁹⁴ disponível para estudo por parte dos eruditos, conhecidos como glosadores, na época (1100-1500) em que as cidades italianas, mesmo que ainda sob o poder do Império Romano, tinham se convertido em repúblicas independentes³⁹⁵. Nesta época, havia renascido o interesse intelectual pelo direito nas universidades recém criadas.³⁹⁶ Com efeito, o direito da tradição romano-canônica se desenvolveu a partir das pesquisas produzidas pelos glosadores, as quais, tendo por base o direito compilado no *Corpus Juris Civilis*, resgataram parte da estrutura jurídica romana, sobretudo a do período pós-clássico, quando vigente o sistema da *cognitio extraordinaria*.

Conforme ensina Ovídio Baptista da Silva³⁹⁷, a principal característica a distinguir esta fase daquela do direito romano clássico é o fato de que a lei passa a constituir figura principal

enfoques: *Sentença e coisa julgada*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1988; *Curso de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. Tomo II; *Curso de Processo Civil*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2; *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Além destes, vários ensaios e capítulos nas obras *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; e *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Ainda outros em revistas especializadas ou no sítio do escritório de advocacia de que é sócio <www.baptistadasilva.com.br>.

³⁹² O *Corpus Juris Civilis* é composto de quatro grandes coleções: o Código (*Codex Justinianus*) – composto das constituições imperiais; o Digesto ou *Pandectas* – em que organizadas as principais obras dos antigos juriconsultos, como Ulpiano e Gaio; as Instituições (*Institutiones*) – introdução para o ensino e aprendizagem do direito; e as Novelas (leis novas ou *novellae constitutiones* – reunião das leis promulgadas por Justiniano. WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 47.

³⁹³ Dois motivos pelos quais Justiniano teria decidido pela codificação são: resgatar o sistema legal romano de séculos passados e organizar o material regulatório existente, eliminando o que fosse repetitivo, obscuro ou estivesse equivocado, segundo entendimentos mais recentes. Justiniano também determinou que parte do material originário fosse destruído como forma de evitar a referência a ele, forçando a adoção do *Corpus Juris Civilis*. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

³⁹⁴ De acordo com Merryman, outro motivo, possivelmente o mais importante, para a adoção do *Corpus Juris Civilis* diz respeito ao vínculo deste código, assim como do Império Romano, sobretudo em sua fase final, com a Igreja – questão que logo será abordada no próprio corpo do texto. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

³⁹⁵ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

³⁹⁶ O regate do direito romano teve início na Itália, em fins do século XI, local em que surgida a primeira universidade européia da época. O direito que ali se estudava era o do código de Justiniano, bem como o direito canônico. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

³⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263-282, p. 4.

como critério de julgamento, enquanto que no direito romano clássico a lei não passava de fonte jurídica de caráter secundário. Prova maior disso é dada pela atuação de Justiniano que, como recém referido, se empenhou em legislar e codificar o direito. Contudo, importante referir que esta sua atuação não passou da canonização do direito elaborado por ele próprio e de parte do direito elaborado pelos governantes dos períodos precedentes, como é o caso de Constantino – primeiro a editar normas genéricas e abstratas. O que significa dizer que, apesar de iniciado o processo legiferante, “se estava longe de um sistema legal previamente estruturado e vigente”³⁹⁸, como se verá na modernidade. De qualquer modo, não só foi ampliado o processo de codificação, como a interpretação passou a somente poder ser feita pelo Imperador³⁹⁹, o que é sinal de duas coisas: a) que nesta última fase do direito romano a filosofia adotada é a platônica⁴⁰⁰ e que b) o direito romano imperial “É o primeiro ensaio de apropriação do Direito pelo Estado”⁴⁰¹, bem como de codificação.⁴⁰²

Dentro deste mesmo período histórico, é fundamental destacar a influência da religião cristã para a (trans)formação do direito romano-canônico medieval⁴⁰³. A legislação pós-clássica representa um “mundo novo” se comparado com o direito romano anterior. E muito desta mutação deve-se à influência dos princípios e valores cristãos, que deram nova luz e algumas vezes inclusive nova redação ao texto legal do período passado. A era cristã do Império Romano teve início com Constantino. Teodosiano II, na seqüência, quando determinou a consolidação das leis romanas anteriores, o fez determinando que se reunissem

³⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263-282, p. 6.

³⁹⁹ Justiniano proibiu que fosse qualquer comentário à sua compilação. De um modo geral, o que o imperador pretendia era evitar que fosse feita qualquer interpretação do texto. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁴⁰⁰ “No fim do século III difunde-se o *neoplatonismo* [...]. Espalharão uma visão hierárquica do mundo, segundo a qual todo ele procede do *Uno* [...], e – portanto – a idéia de um direito autoritário e em forma legislativa. Será o tempo das constituições imperiais, que passam a ser a única fonte do direito.” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 70.

⁴⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263-282, p. 4.

⁴⁰² Importa ressaltar que a idéia de justiça, mesmo que ditada pela figura do imperador, ainda prevalece e orienta os julgamentos. Quanto a este período, há muitos outros aspectos importantes que caberiam ser mencionados. Entretanto, a estreiteza do espaço de uma dissertação exige delimitações, como já tantas vezes referido. Cumpre apenas mencionar que a interpretação feita deste período sedimentou o entendimento de que jurisdição é sinônimo de atividade meramente declaratória, limitada apenas ao conteúdo jurídico e não-fático da demanda. Ademais, neste período o procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, sob a figura da *cognitio extra ordinem*, ou seja, o nosso procedimento comum ordinário, foi universalizado, eliminando definitivamente as atividades executivas. A respeito: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, capítulo V; e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariiedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2004.

⁴⁰³ Agora, após a análise acerca da influência da religião, restará completamente justificado o outro nome dado à tradição jurídica do *civil law*: direito romano-canônico medieval.

apenas aquelas subseqüentes a Constantino.⁴⁰⁴ Por fim, Justiniano, considerado um Sacro Imperador Romano⁴⁰⁵, consolidou esta tendência através do *Corpus Juris Civilis*⁴⁰⁶, o qual foi resgatado nos séculos XI e seguintes pelos glosadores tanto pela sua qualidade, mas sobretudo em razão da sua relação com o cristianismo (ver nota nº 394), conforme recém referido. Ademais, o cristianismo adentrou na composição do direito romano-canônico medieval também através do corpo de cânones e procedimentos desenvolvido pela Igreja para o seu próprio uso, o direito canônico⁴⁰⁷, o qual, assim como o direito comum ou civil, tinha regras, tribunal⁴⁰⁸, competência e autoridade específicos. Por exemplo, enquanto o segundo estava associado ao poder temporal e ao Imperador, o primeiro se vinculava ao poder espiritual e à autoridade do Papa.⁴⁰⁹ Logo, tanto um como o outro eram exercidos centralizadamente por suas respectivas autoridades máximas. Outro ponto em comum e que contribuiu para a combinação, em co-influência, entre o direito romano (civil) e o canônico foi o fato de que também ele era ensinado nas universidades italianas. O estudo de ambos os direitos (temporal e eclesiástico), ademais, ocorria concomitantemente.⁴¹⁰

Em termos conceituais, interessante ressaltar, com o apoio de Baptista da Silva⁴¹¹, que a Igreja transcendentalizou o direito, reformulando termos como, por exemplo, a equidade⁴¹²,

⁴⁰⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Sobre o assunto da influência cristã, ver o capítulo 9, p. 91-101, do livro.

⁴⁰⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁴⁰⁶ De acordo com Wolkmer, o *Corpus Juris Civilis*, no seu Digesto, “já consolidava a derrocada da ordem temporal romana e a ascensão do poder espiritual da Igreja Cristã”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 44.

⁴⁰⁷ Gregório VII (papa entre 1073 e 1085) se propôs a libertar a Igreja Ocidental do poder secular (poder civil), organizando um poder político que fosse mais eficaz que o poder de seus adversários. É aí que surge o direito canônico. Ele deu início a um novo ciclo na Igreja, que só viria a ser alterada no séc. XVI, quando da reforma: igreja como poder autônomo paralelo ao Estado. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 88. Observar na nota abaixo que da ambição gregoriana (séc. XI) de uma Igreja independente se passou (séc. XIII) a uma Igreja com poderes plenos.

⁴⁰⁸ Além do tribunal eclesiástico, existiu o Tribunal da Santa Inquisição: tribunal extraordinário que centralizou o poder de julgar todas as questões relativas à heresia. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁴⁰⁹ Observar que nem sempre as autoridades imperial e eclesiástica foram independentes. De acordo com Skinner, “o papado, em fins do século XIII, conseguira assumir controle direto e temporal sobre uma vasta parte do centro da Itália.” Deu sustentação a este regime a compilação feita por Graciano, professor de direito canônico, na década de 1140, dos decretos papais até então editados. Os papas juristas tinham a pretensão de exercer a plenitude do poder, tanto temporal quanto espiritual. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 36.

⁴¹⁰ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. A nota de rodapé nº 400 também trata do assunto.

⁴¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, capítulo 9, p. 91-101.

⁴¹² Por reformulação conceitual também passaram termos tais como caridade, clemência e piedade (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997), típicos referenciais da fraternidade pregada pelo cristianismo. Segundo Nietzsche, os judeus cristãos são exemplos de escravos na moral. Teriam eles se vingado contra os próprios dominadores através de

que, de algo interno ao sistema, passou a um valor superior e supremo, enfim, exterior à ordem jurídica. Trata-se da adoção de uma concepção de direito natural que, em razão desta sua exterioridade, é bastante próxima de Platão⁴¹³, e que, por isso, talvez tenha sido trazida pela doutrina de Santo Agostinho (354-430): o mais famoso neoplatônico da Idade Média⁴¹⁴. Outro fator importante em Santo Agostinho⁴¹⁵ diz respeito ao seu posicionamento quanto ao que marcou a discussão filosófica do período: saber se os religiosos simplesmente têm que acreditar na revelação cristã ou se podem se aproximar das verdades cristãs com a ajuda da razão. Agostinho se posicionou no primeiro sentido, enquanto que São Tomás de Aquino (1225-1274), outro filósofo de maior importância do período, no segundo. Para Agostinho, a *lex naturalis* “é uma marca da eterna lei divina na consciência humana”. Para ele, é a vontade e não o entendimento o que é “moralmente valorizável”, porque é ela a “força essencial do homem”⁴¹⁶. O homem não seria capaz de orientar sua conduta em conformidade com os ensinamentos divinos, até porque sequer conseguiria acessá-los. Ao homem somente é dado ter fé, aguardando passivamente a graça e o perdão de Deus. Em São Tomás, a “*lex naturalis* é a participação intelectual (não voluntária) dos seres dotados de razão na lei do mundo, é, por um lado, parte da *lex aeterna*, por outro, produto do discernimento natural da razão

uma inversão de valores, quando passaram a figurar como bons os desgraçados, os impotentes, os pobres, os enfermos, os que sofrem. Ao contrário, os nobres e poderosos foram associados como os maus, os cruéis, etc. “A rebelião dos escravos na moral começou quando o ódio começou a produzir valores”. NIETZSCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*. 3.ed. São Paulo: Moraes, 1991, p. 11. Há que se ressaltar que toda leitura de Nietzsche deve ser feita com muito cuidado. Neste caso, a intenção do autor é criticar, por exemplo, o nihilismo, a moral reativa (e não ativa) e a passividade, assim como defender o amor entre os homens, haja vista que, para ele, apenas o homem nobre é capaz de amar o outro homem, pois o escravo é rancoroso e amargurado. Outro detalhe. Nobre e escravo são usados num sentido criado por Nietzsche, diferente do tradicional.

⁴¹³ A afirmação parece evidenciada no seguinte fragmento: “Così dunque, la classica *aequitas* era stata, genuinamente, qualcosa di intrinseco al sistema stesso del diritto positivo (*ius*) e non fuori o sopra di questo: quindi, un’antitesi fra *ius* ed *aequitas* era stata, sí, concepibile, ma solo come una discrepanza fra una singola norma del sistema e tutto il sistema. Ma da questo concetto classico è già lontana l’*aequitas* dei testi giustinianeî, la quale invece rappresenta un ideale principio di giustizia umana, fatto dunque di elementi giuridici e non giuridici, ch   è sopra dello *ius*, e verso di cui lo *ius* deve tendere: un’antitesi fra *ius* e questo nuovo concetto di *aequitas* ha ormai ben altra portata da quella che il diritto classico aveva sentita, poich  , la norma *iniqua*   ritenuta come tale in base a un criterio di valutazione che   tratto non dallo stesso sistema positivo al quale essa appartiene, ma da un mondo ideale” (grifei). CALASSO *apud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 96.

⁴¹⁴ Mesmo que a data comumente designada como demarcatória do início da Idade Média seja o ano de 476 d.C (queda do Império Romano do Ocidente), Santo Agostinho é tido como um autor deste período.

⁴¹⁵ Tentando reduzir as injustiças inevitavelmente cometidas em razão da reduzida atenção dada a cada autor, cumpre salientar a importância de Santo Agostinho para a hermenêutica, tanto que foi resgatado por Heidegger e Gadamer. A partir de Agostinho   possível afirmar que “O discurso ou pensamento originário   interior [...]. Trata-se, pois, de transcender a linguagem sensível e expressada, para atingir o verdadeiro Verbum humano [...]. Quando esta palavra íntima (verbum intimum) da alma, ou do coração, assume a forma sensível de uma linguagem concreta, ela não é expressada como ela   [...] nossa linguagem não transmite nenhuma cópia exata de nossos pensamentos íntimos. [...] Entre nós humanos a igualdade essencial entre o pensamento e a palavra não ocorre jamais.” GRONDIN, Jean. *Introdução   hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 75-6.

⁴¹⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 75.

humana.”⁴¹⁷ Dito de outro modo, Tomás de Aquino promoveu uma síntese entre a fé e o conhecimento, reabilitando aquilo que Agostinho tanto desvalorizou: a razão humana. Ademais, mantém a tradição aristotélica da separação entre justiça e direito: “Certamente que o Direito, enquanto justiça legal, não se confunde com a justiça, enquanto virtude geral, mas procura materializar, na comunidade, a justiça que advém da razão divina e da razão natural.”⁴¹⁸ Esta diferença entre eles é conseqüência da influência grega recebida por cada um, uma vez que Agostinho é platônico, como antes mencionado, e São Tomás aristotélico. Não custa, entretanto, evidenciar também há semelhança entre eles, pois os dois pretenderam conciliar as crenças cristãs com a filosofia grega.

Já no fim da Idade Média, há ainda dois autores importantes: Marsílio de Pádua (1276) e Guilherme de Ockham⁴¹⁹ (1290). Ambos são defensores da secularização do poder político, em oposição, portanto, ao que foi tão marcante durante todo este período histórico: o poderio da Igreja.⁴²⁰ O primeiro separou a lei humana da divina, privilegiando a primeira, que, ademais, derivaria do corpo de cidadãos. De acordo com Wolkmer, “Aqui, já se pode constatar a radical ruptura da passagem do humanismo de tradição teocêntrica para o nascedouro do humanismo antropocêntrico”⁴²¹. Ockham, por sua vez, entrou na história através da renovação do nominalismo, doutrina que sustenta a existência do individual, do especial, e não do geral. Para o autor, “não pode haver uma lei natural geral realmente existente (nas ciências naturais também não: aquilo a que nestas se chama “leis naturais”, são meramente generalizações científicas).”⁴²² Em forte resistência ao pensamento aristotélico acerca da essência, e, conseqüentemente, à metafísica, defendeu que “Os universais são apenas palavras (*flatus vocis*), sons emitidos, não havendo nenhuma entidade real

⁴¹⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 77.

⁴¹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 65.

⁴¹⁹ Ockham é conhecido também por Occam, já que este nome faz referência ao local de seu nascimento. O autor foi um frade franciscano inglês que se envolveu em uma discussão com o papa João XXII. BONI, Luis Alberto de. Guilherme de Ockham. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 615-8.

⁴²⁰ Sem dúvida que uma das conseqüências de a Igreja ter conquistado tanto poder foi o declínio intelectual da época, quando os mosteiros centralizaram os estudos e as pesquisas.

⁴²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 74. Segundo Skinner, Marsílio também discordava da intenção do clero em “intervir nos julgamentos coercitivos do poder secular”. Estrategicamente argumentava usando da doutrina do apóstolo São Paulo de que “‘todos os homens, sem nenhuma exceção’, estão ‘sujeitos, no que se refere ao julgamento coercitivo, aos juízes ou governantes seculares’.” SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 41.

⁴²² KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

correspondente a eles.”⁴²³ Evidente, então, que também para este autor a lei positiva está acima da lei natural tida como algo pré-existente, razão pela qual os dois são precursores do positivismo que se consolidará na modernidade.

Modernidade que, aliás, tem início logo na seqüência, dando continuidade ao movimento de secularização iniciado por Marsílio e Ockham, seja através da reforma, seja através do renascimento, acontecimentos contemporâneos que se aproximam em seu intuito secularizador, mas se distanciam quanto ao viés da humanização. A reforma religiosa ou protestante⁴²⁴ corresponde a críticas feitas à Igreja a partir de seus próprios padres. Um dos principais representante foi Martinho Lutero (1483-1546), que, em oposição a São Tomás de Aquino, retoma Santo Agostinho, descredenciando o homem da suposta capacidade de agir em conformidade com os mandamentos divinos. Para ele, “es ridículo así como pecaminoso suponer que podemos tener siquiera esperanzas de “medir a Dios por la razón humana””⁴²⁵. Ao homem resta ter fé e aguardar passivamente o perdão de Deus pelos pecados praticados. Daí ter condenado a cobrança de indulgências e negado a necessidade de toda a instituição eclesiástica, assim como das leis canônicas⁴²⁶, defendendo a exclusividade da jurisdição temporal, haja vista que somente ela teria poderes de coação, enquanto que a Igreja, caso mantida, somente teria poderes para ensinar as palavras de Deus. Ademais, fazendo uso de São Paulo, como o fez Marsílio (ver nota nº 421), defendeu que todos os homens, inclusive os integrantes do clero, deveriam se submeter ao poder temporal.⁴²⁷

Num contraponto a esta visão impotente do homem, a autorizar e defender a sua passividade, está uma visão emancipatória, oriunda do renascimento, que foi um movimento iniciado aproximadamente no século XIV, ainda antes da reforma. O renascimento representa

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

⁴²⁴ A reforma religiosa também é chamada de protestante em razão do protesto formal feito pelos luteranos quando o Imperador Carlos V “convocó a la Dieta Imperial a reunirse en Espira, y exigió que se retiraran todas las concesiones antes hechas a los luteranos”. SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 200.

⁴²⁵ SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 11.

⁴²⁶ Se a fé é a única forma de o cristão obter o perdão por seus pecados, a cobrança de indulgências não atende a nenhum intuito, como pregava a Igreja da época. Da mesma forma, para que se faz necessária uma instituição concreta, composta de Papa, bispos e sacerdotes, por exemplo, se a salvação está dentro de cada um? Para Lutero, “si un pecador alcanza la fiducia, será salvado sin la Iglesia”. SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 18-9.

⁴²⁷ SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 20-2. Quanto a este aspecto, importante destacar (p. 25) que, para Lutero, governantes indignos não merecem respeito e obediência. Diferente de desobedecer, porém, é resistir. Primeiro Lutero foi contrário ao direito de resistência, depois, no momento em que ficou evidente que o Imperador Carlos V pretendia destruir a Igreja Luterana, foi favorável (p. 24 e 200).

o resgate da cultura e arte dos gregos da antigüidade e do humanismo principalmente de Sócrates e Aristóteles. Sendo dessa forma, o homem volta a figurar como o centro das atenções. Mas, além disso, o homem volta a ser olhado sob uma perspectiva otimista, como vinha sendo feito desde São Tomás.⁴²⁸ Contemporaneamente ao renascimento, foi Lutero, seguidor de Agostinho, como vimos, quem opôs resistência. Contudo, no movimento programado para se opor ao reformista e reunificar a Igreja, a contra-reforma⁴²⁹, o renascimento readquiriu forças. De qualquer modo, Lutero não foi apenas um anti-humanista, pois há um aspecto do renascimento com o qual também concordava, mesmo que talvez não explicitamente: a libertação do homem perante a Igreja e, como decorrência disso, a secularização. Deste período, então, emerge praticamente sedimentada a secularização do poder político. Quanto aos demais aspectos, oriundos da crença positiva ou negativa no homem, ainda viveriam intensos debates, fluxos e influxos. Seguindo os acontecimentos fáticos e a discussão teórica, é possível sintetizar da seguinte forma os dois mais destacados elementos em oposição, resguardando os vícios e equívocos de toda síntese: de um lado está o absolutismo e do outro o constitucionalismo, no sentido da submissão dos soberanos à vontade dos súditos e do direito de resistência destes perante os primeiros, e, subsequente a este último, contratualismo.⁴³⁰ Tanto o absolutismo como o constitucionalismo são frutos da influência de teorias e experiências ora reformistas⁴³¹ ora contra-reformistas⁴³², como Skinner,

⁴²⁸ “O Renascimento é a celebração do humano como força autônoma e racional, desvinculada de todas as restrições transcendentais que inviabilizam a criatividade do pensamento e a liberdade da prática objetiva.” WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 110. A visão pessimista do homem é aquela que vê nele um ser incapaz de apenas agir a não ser em pecado.

⁴²⁹ Os contra-reformistas, seguidores de São Tomás e, por óbvio, contrários a Santo Agostinho naquilo que os dois filósofos divergem, afirmam “que el hombre tiene la capacidad de valerse de su razón para aportar los fundamentos morales de la vida política”. SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 154.

⁴³⁰ SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 119, 137 e outras.

⁴³¹ É mais comum atribuir aos reformistas a origem do absolutismo: “As teorias políticas dos primeiros luteranos desempenharam papel vital na legitimação das monarquias absolutistas [...]. Ao sustentar que a Igreja não passava de uma *congregatio fidelium*, esses luteranos automaticamente atribuíram o exercício de toda autoridade coercitiva aos reis e magistrados”. Também defenderam, pelo menos em alguns momentos, que “as autoridades constituídas devem ser tratadas como uma dádiva direta da providência divina”. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 355. Por outro lado, o pensamento contraditório de João Calvino, outro reformador importante, foi utilizado por calvinistas da década de 1550 com o intuito de angariar apoiadores ao movimento mediante a crítica à monarquia (absolutismo) e a defesa do constitucionalismo. SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 241, 246, 276.

⁴³² Para os contra-reformistas, “o povo apenas delega seu poder supremo aos governantes, sem jamais aliená-lo; portanto, o estatuto de um governante jamais poder ser o de um soberano absoluto, mas somente o de um ministro ou funcionário da república.” SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 399. Na mesma obra (p. 186 e 190-1), exemplo de posicionamento favorável à contra-reforma que, ao invés de fortalecer o constitucionalismo acaba por limitá-lo, é a teoria do tomista Suárez, o qual se contrapôs ao conceito de soberania por entender ser excessivamente populista.

na sua obra sobre a reforma, bem analisa. Também são causa e/ou conseqüência do renascimento: as grandes navegações; os descobrimentos; as descobertas científicas⁴³³; o capitalismo emergente; o individualismo; a inicial configuração dos Estados-nação, em oposição ao feudalismo até então predominante; o racionalismo; etc.

Quanto ao capitalismo, importa ressaltar que seria ele decorrência, além de inúmeros outros fatores, como é o caso da própria necessidade surgida com as grandes navegações de substituir a economia à base de troca pela monetária, também da reforma protestante. De acordo com Max Weber, a emancipação econômica surge “como um fator de apoio à tendência de duvidar da santidade da tradição religiosa, e de todas as autoridades tradicionais”⁴³⁴. Não obstante isso, o mesmo autor reconhece que, em período posterior, quando o capitalismo torna-se o sistema econômico dominante, há um movimento de autonomização frente à Igreja e ao Estado. Na verdade, o que aconteceu está além da simples autonomização. Atualmente, a Igreja, o Estado e inclusive o direito, já integralmente estatalizado, como veremos na seqüência, são como que instrumentos de que o capitalismo se utiliza para preservar e atender aos seus interesses. Baptista da Silva inclusive afirma que não se pode deixar iludir pela crença na possibilidade de alterar o paradigma jurídico-processual, sem alterar também o paradigma econômico.⁴³⁵

Neste período histórico de início da modernidade se pode falar também do individualismo, que, apesar de não figurar como uma negação do humanismo grego, lhe promove uma resignificação. O humanismo moderno, marcadamente individualista, é diverso do primitivo, em razão de que neste último o valor máximo era o coletivo (holismo), enquanto que nas sociedades modernas é o indivíduo isolado (individualismo).⁴³⁶ O individualismo, segundo Dumont, é a ideologia da modernidade ocidental, com o que concorda Baptista da Silva⁴³⁷. Sua origem estaria no mundo helenístico (período final da era anterior a Cristo), haja vista a descontinuidade entre o pensamento nele vigente e o pensamento de Platão e Aristóteles. Para estes últimos, a “*polis* era considerada auto-suficiente” e o homem “um ser

⁴³³ São descobertas científicas desta época (século XVI a XVII): a visão heliocêntrica do mundo de Copérnico, as trajetórias elípticas dos planetas de Johannes Kepler, a lei da inércia de Galileu Galilei, entre tantos outros.

⁴³⁴ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. 5.ed. São Paulo: Pioneira, 1987, p. 20. Enquanto os católicos cultivavam altos ideais e valores transcendentais, os protestantes, que secularizaram todos os ideais, priorizavam o material e concreto da vida. Ver, na mesma obra, p. 23. Contudo, segundo Weber (p. 54), não se pode identificar Lutero, em específico, ao espírito do capitalismo.

⁴³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58.

⁴³⁶ DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

⁴³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 60.

social”, enquanto que para os autores do helenismo o indivíduo “se basta a si mesmo” e o ideal é o “sábio despreendido da visa social”. Este indivíduo despreocupado com o mundo ou, segundo Dumont, “fora-do-mundo”, se fez presente, na seqüência, na teologia cristã, quando se afirma que “os cristãos reúnem-se no Cristo”, o que, por via de consequência, quer dizer em Cristo e não no mundo. Contudo, o indivíduo fora-do-mundo é trazido para dentro do mundo: primeiro, quando a Igreja assume o poder temporal mundano, juntamente com o espiritual; segundo, com Calvino, quando a dicotomia entre mundo e fora-do-mundo é eliminada e, com isso, eliminados os limites ao individualismo. Afinal, com o francês a “extramundandade está agora concentrada na vontade individual”, a ponto de se poder afirmar que a Igreja é a soma de indivíduos, tendo desaparecido enquanto “instituição holista”. Com efeito, Calvino não reconhece nela ou no Estado, por exemplo, “um princípio de natureza holista que teria limitado a aplicação do valor individualista”.⁴³⁸ Outro colaborador do individualismo moderno sem dúvida que é Ockham, por tudo o que já foi dito dele. A síntese da evolução que prosseguirá com outros acontecimentos – o racionalismo; o iluminismo; a justificação e consolidação do Estado-nação – e que dá origem à ideologia do individualismo, pode ser definida pela passagem da noção de comunidade, no sentido de uma universalidade, à de sociedade, como mera associação ou soma de componentes.

Tentando manter uma seqüência cronológica, o que é impossível de modo absoluto, haja vista a concomitância de muitos dos eventos aqui comentados, é chegado o momento de falar das doutrinas de origem racionalista, surgidas nos séculos XVI-XVII. É elemento comum entre os filósofos da escola racionalista, conforme ensina Norberto Bobbio, o método pelo qual pretendem realizar o estudo das ciências sociais: “O método que une autores tão diversos é o método racional, ou seja, aquele método que deve permitir a redução do direito e da moral (bem como da política), [...] a uma ciência demonstrativa.”⁴³⁹ Não sendo uníssona a relação dos filósofos integrantes do racionalismo, a opção é pela apresentação, em ordem cronológica de nascimento, daqueles classificados como tais em grande das obras consultadas e que sejam de maior importância para o objetivo específico desta pesquisa.

A começar por Francis Bacon (1561-1626), que, no dizer de Baptista da Silva, é o “autor da primeira manifestação que se conhece a respeito do que, depois, passou-se a indicar

⁴³⁸ DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. As citações do parágrafo são das p. 39, 41, 42, 67 e 70.

⁴³⁹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 15-16. Também em BEDIN, Gilmar Antonio. Direito Natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 240-3.

como pensamento ideológico”⁴⁴⁰. O mérito deste filósofo foi mostrar que o nosso pensamento sofre a influência de vários fatores, como, por exemplo, os oriundos da própria natureza humana, das questões psicológicas do indivíduo e das relações sociais, históricas e culturais, o que ele convencionou denominar de *ídolos* (os pré-juízos). Seu equívoco, porém, foi defender a possibilidade de que tais fatores possam ser afastados, o que, aliás, deverá ser feito sempre que se pretenda alcançar a essência da verdade, como se ela existisse de modo autônomo e previamente dada.⁴⁴¹ Já o direito, segundo Villey, consistiria nas leis, o que não é da alçada do filósofo, mas do homem de Estado. Ademais, Bacon “Quer que o intérprete se limite à exegese estrita dos textos, que não haja espaço para a pretensa equidade, que a “doutrina” não pretenda exercer um papel criador”⁴⁴².

O segundo filósofo, talvez melhor definido como jurista, de similar importância para este estudo, é Hugo Grócio (1583-1645), aclamado por muitos como o pai do racionalismo por ter sido o primeiro estudioso a, expressamente, mesmo que timidamente, ambicionar a aplicabilidade do método matemático às ciências sociais, mais precisamente ao direito.⁴⁴³ Considerava “a verdade, tanto na matemática quanto na ética e no direito natural, tão permanente e eterna que nem mesmo Deus poderia transformá-la”⁴⁴⁴. Além do mais, foi o autor de um sistema de direito “estabelecido como um conjunto de regras extraídas pela demonstração racional segundo o modelo geométrico”⁴⁴⁵. Outra característica de sua teoria é que “Grócio trabalha para estabelecer, seja em benefício dos Estados, seja no dos particulares, direitos subjetivos absolutos, de contornos bem determinados, rigorosamente exigíveis”⁴⁴⁶.

Thomas Hobbes (1588-1679), cujos estudos estão diretamente relacionados às origens do Estado, é o terceiro filósofo a merecer atenção. A sua importância, porém, exige atenção maior do que a que foi dada aos autores anteriores, seja nas suas abordagens filosófico-antropológicas, seja nas político-jurídicas, pois que são oriundas dele as construções político-jurídicas que orientaram e ainda orientam a sociedade. O homem, para Hobbes, assim como o

⁴⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

⁴⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁴² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 596.

⁴⁴³ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁴⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73.

⁴⁴⁵ NASCIMENTO, Milton Meira. Filosofia do Direito na Modernidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 355-9, p. 356.

⁴⁴⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 667.

animal, precisa fazer perseverar o movimento para a manutenção da própria vida. O movimento é instigado por desejos e repulsas, os primeiros fazendo-os acontecer, e os segundos fazendo-os cessar. A manutenção do movimento, estimulada pelos desejos, portanto, representa a manutenção da vida. Só o que se move tem vida! Só o que deseja tem vida! A movimentação, portanto, é algo inerente ao homem assim como a todo outro ser vivo, mas apenas a humana é direcionada a um determinado fim. Isto porque o homem é dotado de racionalidade e, portanto, tem a capacidade de identificar quais os movimentos atendem ao interesse primordial de fazer perseverar o movimento, ou seja, quais os movimentos atendem aos desejos. O homem, portanto, não só se movimenta, mas se movimenta em razão de uma finalidade, qual seja, que a própria movimentação nunca cesse; que a vida nunca acabe. A satisfação dos desejos que faz o corpo se movimentar, no entanto, é limitada pela suposta escassez dos bens. Se os bens supostamente são escassos, os homens irão competir uns com os outros para o fim de obtê-los. Por mais poderoso que seja determinado homem, a insegurança é sempre constante e, conseqüentemente, o desprazer no convívio com os outros homens também.⁴⁴⁷ Vive-se em estado ou condição de guerra (de natureza), principalmente levando-se em consideração a condição de igualdade, física e intelectual⁴⁴⁸, entre os homens, todos com a mesma finalidade (manutenção do movimento) e mesma capacidade de matar uns aos outros. Sem adentrar numa discussão mais aprofundada da questão antropológica sobre a natureza humana, se boa ou má⁴⁴⁹, o que importa observar é que a opção mais racional que o homem pode fazer é a de superar esta condição de guerra.

E é exatamente o que ele teria feito, não obstante isso implicasse em abrir mão de todos os seus direitos e poderes, outorgando-os para um terceiro (o Leviatã), na formalização de um contrato, do qual são firmatários, em condição de reciprocidade, a totalidade dos homens. Assim é justificado, por Hobbes, o surgimento do Estado moderno⁴⁵⁰ ou, o que é seu sinônimo, a sociedade civil, onde o homem já não é tão livre como no estado de natureza, mas

⁴⁴⁷ Grande parte do parágrafo foi inspirado em LISBOA, Wladimir Barreto. *A filosofia civil em Thomas Hobbes*. Disponível em: <http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/a_filosofia_civil_em_thomas_hobbes.doc>. Acesso em: 03 jul. 2008.

⁴⁴⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁴⁴⁹ É comum na doutrina o entendimento de que para Hobbes o homem é mau por natureza. Contudo, tal posicionamento não é pacífico. O posicionamento contrário se vê justificado por afirmações do autor de que os desejos do homem não são pecados, mesmo que, diante do contexto de escassez, eles inevitavelmente sejam os responsáveis pelo conflito. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁴⁵⁰ A expressão “Estado Moderno” é redundante porque antes da modernidade a forma de organização social era bastante diversa, não podendo, portanto, ser denominada de Estado. São as formas pré-estatais (ou pré-modernas) de organização social. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

vive em maior segurança.⁴⁵¹ O Estado é a soma de todos os homens, em suas individualidades, resultando num poder soberano de “vontade una e homogênea”⁴⁵², que, acima de tudo, visa organizar e pacificar a sociedade. Ele é o *ator*, revestido da máscara de seu personagem, qual seja, o conjunto de todos os homens, que, por sua vez, são os *autores*, segundo a lógica aproveitada por Hobbes do teatro.⁴⁵³ Com efeito, o Estado é fruto de “um “cálculo” racional de interesses”⁴⁵⁴, fundado no que Hobbes fundamenta a necessidade de que os homens obedeçam às leis estatais. Sendo assim, além de contratualista, o autor tem a possível paternidade das teorias absolutista e positivista⁴⁵⁵, consubstanciadas, respectivamente, no poder conferido ao Estado, absoluto e centralizado, e no respeito às normas por ele editada, que se aplicam a todos, inclusive aos juízes, e prevalecem sobre tudo.

⁴⁵¹ Para a teoria contratualista, “sociedade civil é, ao mesmo tempo, sociedade e Estado”: “fora do Estado, da união política, não há propriamente sociedade”. BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 140 e 143. Também: SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. Hobbes e a Segurança Global num ambiente internacional de anarquia. In: COPETTI, André.; STRECK, Lenio Luiz.; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 77-90.

⁴⁵² GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 80. Segundo a autora, Hobbes não explica suficientemente de que forma uma pluralidade de indivíduos – eis a influência do individualismo – será capaz de compor uma unidade de poder, isto porque ele não diferencia, como fez Rousseau, “vontade de todos” e “vontade geral”. Dumont, a partir de Gierke, afirma que em teoria do Estado é preponderante o ponto de vista pela soma das individualidades, se comparada com a de uma universalidade (holismo), mas que esta última nunca desapareceu completamente. “O povo coincide com a soma dos membros do povo e, no entanto, ao mesmo tempo, quando se faz sentir a necessidade de um portador (*Träger*) único dos direitos do povo, este é tratado como sendo, essencialmente, uma unidade exclusiva”. DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 89. Tal dificuldade pode ser percebida explicitamente em Hobbes: “Entre os homens não existe uma razão universal sobre a qual há acordo dentro da nação, além da razão daquele que tem o poder soberano.” HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, [S.d], p. 31.

⁴⁵³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴⁵⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 88.

⁴⁵⁵ Para muitos, o direito hobbesiano se identifica com o jusnaturalismo e com o positivismo: da mesma forma que defende ser o direito oriundo da vontade do soberano (Estado), acredita na submissão das leis civis às leis da natureza. “O positivismo partilha com o jusnaturalismo moderno a idéia de que o Direito é um sistema de normas e poderes. Mas, ao contrário do jusnaturalismo, que pretendia poder afirmar a natureza racional de algumas normas (Direito Natural), o positivismo, adotando igualmente o voluntarismo daquele, afirmará que o Direito é oriundo de atos de vontade identificados socialmente.” BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 642-7, p. 644. Segundo alguns autores, Hobbes até mesmo defendia, mesmo que de forma mais discreta que Locke, o direito de resistência às leis e, portanto, ao Estado, quando alguma lei da natureza não estivesse sendo respeitada. VILLANOVA, Marcelo Gross; POGREBINSCHI, Thamy. Thomas Hobbes. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 436-9, p. 438. Para Lisboa, Hobbes reconhece a existência de leis naturais, não, porém, que elas continuassem regulando a sociedade após a criação do Estado: “a exigência de fundação de um código jurídico do Estado vem justamente substituir uma ordem natural perdida”. LISBOA, Wladimir Barreto. O direito, a moral e os limites da justiça: algumas dificuldades legadas pelos modernos. In: COPETTI, André.; STRECK, Lenio Luiz.; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 277-92, p. 285.

O direito oriundo da doutrina hobbesiana é equiparado às normas estatais. É direito aquilo que o Estado diz ser direito, e, mais, é justiça aquilo que o Estado diz ser justiça. O caráter definidor do direito moderno é a sua origem numa autoridade. Neste sentido, Hobbes é explícito ao afirmar que “O que faz a lei não é a sabedoria, e sim a autoridade”, isto é, o poder soberano, o Estado ou, ainda, “aquele que tem o poder legislativo”⁴⁵⁶. Se o direito se render à razão humana daqueles que não forem o soberano, mesmo que possa vir a ganhar em dignidade, perderá no poder coercitivo/impositivo e sucumbirá. O razoável e justo não será dito pela razão dos súditos ou mesmo do juiz, será aquilo que atingir o bem maior, qual seja o não-retrocesso ao estado de guerra, a paz, a governabilidade, enfim, a manutenção do Estado. Segundo Cropsey, “Isto permitirá a Hobbes reconciliar a justeza e a razoabilidade das leis com sua eficácia: o que efetivamente promove o bem civil é o justo”⁴⁵⁷. De fundamental importância observar, então, que o direito moderno, de origem hobbesiana, se apartou totalmente da concepção greco-romana de justiça, principalmente a aristotélica, afastado das valorações casuísticas e transformado num conjunto de regras – principalmente no caso do sistema do *civil law*, preferido de Hobbes –, criadas pelo Estado, que devem ser interpretadas de modo a simplesmente refletir o texto legal e impostas coercitivamente a todos.⁴⁵⁸

Ainda dentro do racionalismo, imprescindível é o estudo acerca de René Descartes (1596-1650). Descartes representa a convergência entre as teorias defendidas por Bacon e Grócio, avançando significativamente até a criação de um método de estudo “que emancipa o pensamento do homem e insere a razão humana como o centro do conhecimento e da busca pela verdade”⁴⁵⁹. Descartes propunha “a desvinculação às crenças ainda não atestadas como verdadeiras pelo método”⁴⁶⁰, partindo sua investigação do único “porto-seguro”, que, para ele,

⁴⁵⁶ HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, [S.d], p., p. 13 e 14.

⁴⁵⁷ CROPSEY, Joseph. Introdução. In: HOBBS, Thomas. *A dialogue between a Philosopher and a Student of the common laws of England*. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. Disponível em: <http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/dialogue_hobbes.doc>. Acesso em: 03 jul. 2008.

⁴⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263-282.

⁴⁵⁹ MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 13-37, 2006, p. 14. O método criado por Descartes, previsto em seu livro *Discurso do Método*, é composto de quatro preceitos: “O primeiro prescreve não aceitar algo que não seja evidente [...]. O segundo procura dividir as dificuldades em quantas partes forem possíveis.” O terceiro “aponta que a pesquisa deve começar pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos [...]. O último procura fazer revisões gerais, a fim de suprir possíveis deficiências da memória.” PIMENTA, Alessandro Domingues. René Descartes. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 202-5, p. 203.

⁴⁶⁰ MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 13-37, 2006, p. 21.

é o nosso próprio pensamento⁴⁶¹. O fundamento de toda a sua teoria é de tudo duvidar, somente sendo consideradas verdadeiras aquelas idéias já devidamente atestadas. “Tal mecanismo dedutivo transmitiria segurança e previsibilidade”⁴⁶², orientado pela sistemática utilizada nas ciências da natureza, como é o caso da matemática⁴⁶³. A escolha pelo método matemático justifica-se, nas próprias palavras do filósofo, porque “entre todos os que anteriormente procuraram a verdade nas ciências, apenas os matemáticos puderam encontrar algumas demonstrações, ou seja, algumas razões certas e evidentes”⁴⁶⁴. Descartes considerava imprestáveis “aos desígnios da ciência as verdades que não fossem claras e distintas, recusando-se a aceitar o probabilismo e a verossimilhança”⁴⁶⁵. Sua ambição, portanto, era construir uma ciência, como acreditava ser a ciência matemática, de modo que da pesquisa científica fosse possível encontrar a resposta certa (a verdade), que é única, independentemente de tempo, espaço e tantos outros fatores externos (influências sócio-culturais) e internos (psicológicos, por exemplo), ou seja, uma verdade única e universal.

O racionalismo, cujas principais idéias foram adotadas pelo direito da modernidade, é decorrência da filosofia surgida na Europa nos séculos XVI-XVII, conforme acima detalhado. Porém, foi no século XVIII que o racionalismo teve destacada a sua importância, quando, retomado pelos Iluministas, foi posto em prática na nova estrutura social, política e jurídica surgida. O Iluminismo é a “mais importante contribuição ao mundo moderno feita até então pelos escritores, cientistas e livres-pensadores dos países mais avançados da Europa daquela época”⁴⁶⁶. Trata-se da reunião de intelectuais com a finalidade de debater e estudar inúmeros assuntos, e, além disso, promover a divulgação de posicionamentos e teorias. Dentre as idéias defendidas pelos Iluministas, conforme referido por Voltaire Schilling, na mesma obra referida, estão: o fim da escravidão, da servidão e dos castigos corporais, a proteção aos direitos fundamentais e a separação entre Estado e Igreja. Ao pensamento iluminista está

⁴⁶¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 602.

⁴⁶² MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 13-37, 2006, p. 16.

⁴⁶³ Descartes, “tem a ambição de construir uma filosofia certa - certa como acredita ser a ciência, certa como é a matemática.” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 601.

⁴⁶⁴ Refere, ainda, que a “filosofia ao considerar quantas opiniões distintas, defendidas por homens eruditos, podem existir acerca de um mesmo assunto, sem que possa haver mais de uma que seja verdadeira, achava quase como falso tudo quanto era apenas provável”. DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Disponível em: <http://www.intratext.com/IXT/POR0305/_P1.HTM>. Acesso em: 25 jun. 2006.

⁴⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 198.

⁴⁶⁶ SCHILLING, Voltaire. *Revolução Francesa: iluminismo, jacobinismo e bonapartismo*. Porto Alegre: Leitura XXI, 2003, p. 11.

atrelada à eclosão da Revolução Francesa de 1789, que teve como causa fática a crise financeira da própria Monarquia e de grande parte da população e a insatisfação da burguesia e do povo francês frente à administração autoritária do Estado Absolutista e Monárquico.⁴⁶⁷ Da Revolução Francesa e dos ideais iluministas, então, emergiu um Estado constitucional moderno, liberal e democrático, em sucessão ao derrotado e extinto Estado absolutista.

O Estado constitucional moderno pretendeu superar a autoritária centralização de poder do período monárquico absolutista. O Estado absoluto, por oposição à descentralização oriunda do feudalismo, caracterizou-se pela inexistência de limites ao seu poder; o Estado liberal, por sua vez, tinha como maior preocupação exatamente a limitação de referidos poderes.⁴⁶⁸ A principal teoria política criada no intuito de limitar poderes é a da separação dos poderes, inspirada na obra de Montesquieu, o *Espírito das Leis*. Propugna que o poder estatal não esteja concentrado numa única pessoa ou grupo de pessoas, a exercerem todas as funções do Estado. O poder, portanto, terá que ser dividido conforme suas funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) e distribuído a pessoas ou grupos de pessoas diferentes.⁴⁶⁹ Outra finalidade da adoção desta teoria, em específico quanto ao Poder Judiciário, foi a de afastar dos juízes⁴⁷⁰ a possibilidade de julgarem conforme seus interesses, pois estes poderiam corresponder aos interesses do Antigo Regime. A palavra de ordem daquele período, tendo em conta o receio de uma retomada de poder pela nobreza e clero e, ainda, a iminência do Estado Industrial⁴⁷¹, era a segurança.

No século seguinte, século XIX, Hans Kelsen, em sua mais conhecida obra, a *Teoria Pura do Direito*, trabalha intensamente na demonstração/justificação/comprovação da autonomia da ciência do direito, cujo objeto é a norma jurídica. Tudo o que não for norma estará excluído da análise da ciência do direito, afinal de contas, a autonomia de uma determinada ciência somente será obtida caso possua um objeto exclusivo e especificamente

⁴⁶⁷ HOBBSAWM, Eric J. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p.11.

⁴⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

⁴⁶⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴⁷⁰ “não é propriamente o juiz, mas a figura do funcionário do Estado, que nele se oculta, o alvo da desconfiança da burguesia. [...] Cuida-se da desconfiança da “sociedade civil” burguesa contra o agente do poder, contra o funcionário público que o empresário descobre nos magistrados, mais precisamente a desconfiança que a nascente “sociedade civil” nutria contra os juízes do *Ancien Régime*.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242. Também, CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, 2001.

⁴⁷¹ O Estado Industrial exigia “uma jurisdição segura e previsível, sem as oscilações e subjetivismos que a livre criação jurisprudencial do direito inevitavelmente causaria.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 198.

definido e, seguindo a orientação metodológica das ciências da natureza, conforme determina o racionalismo, que possa ser demonstrado. Com efeito, “somente proposições jurídicas, de caráter empírico ou analítico, têm um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça, são considerados não científicos”⁴⁷². Segundo Severo Rocha, Kelsen sabia que o direito é necessariamente constituído por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos, históricos, etc., mas, assim como Kant, o que pretendia era exatamente depurar toda essa complexidade, distinguindo o direito de sua ciência, já que, vislumbrada, esta última, sob as influências racionalistas, nela somente seria admitida a pesquisa que fosse empírica, objetiva e neutra⁴⁷³. É neste momento, então, que definitivamente os valores são apartados do direito, posto que, como referido, direito equivale apenas a normas jurídicas, as quais são aplicadas pelos órgãos jurídicos e pelos destinatários do direito devam ser observadas⁴⁷⁴.

3.3 A problemática das diferenças numa conjuntura político-jurídica normalizada/normalizadora

Ao invés do levantamento feito no item anterior, poderia simplesmente ter sido dito que o direito (e/ou jurisdição/processo) estatal moderno é normalizado (normatizado/sistematizado/positivado) e normalizador⁴⁷⁵ (uniformizador/nivelador).⁴⁷⁶ Contudo, assim como foi importante falar da democracia, demonstrando que na igualdade não é tão difícil

⁴⁷² HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 99.

⁴⁷³ ROCHA, Leonel Severo. A dimensão política da Teoria Pura do Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 287-306, 2006. No mesmo sentido, para Höffe, “Kelsen não vai ao ponto de dizer que não existe justiça. Mas, como representante de uma ‘doutrina realista do direito’, ele vê que ‘de fato existem muitas normas da justiça diferentes entre si’ [...]; e, como representante de um rigoroso empirismo jurídico, ele não realiza, entre as diversas normas, uma escolha objetivamente fundada. Assim, resta apenas a resposta relativista e, além disso, decisionista de que cada um deve fazer a escolha e ‘que nenhum outro, nem Deus, nem a natureza e tampouco a razão [...], podem assumir a escolha’” HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 101.

⁴⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A *Jurisdictio* Romana e a Jurisdição Moderna. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9.

⁴⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

⁴⁷⁵ A palavra nivelar é oriunda de Friedrich Nietzsche, o qual também fala em moralizar, que, na verdade, é o seu enfoque prioritário (NIETZSCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*. 3.ed. São Paulo: Moraes, 1991). Já quanto à palavra normalizar, é ela oriunda de Michel Foucault. Contudo, referido termo foi utilizado com duplo sentido: a) sentido coloquial: é pelo fato de o direito *estatal* ser sistematizado/normalizado que ele uniformiza/normaliza; e b) sentido foucaultiano: o direito *estatal* é sistematizado/normalizado, mas não normalizador, já que a normalização é o exercício fluído/disperso (e não sistematizado) do poder. (ver adiante)

⁴⁷⁶ Muitas são as características do direito moderno, conforme pode se constatar no item anterior (3.2): repressor, conflitivo, etc. Porém, interessa a esta pesquisa principalmente as duas características destacadas.

democratizar, enquanto que o grande desafio é democratizar na diferença; aqui também é fundamental fazer algo semelhante, salientando que o direito e a jurisdição estatal vigentes se amoldaram, ao longo dos séculos, num formato que, da mesma forma, não funcionariam tão mal num contexto igualitário, ao passo que no contexto contemporâneo de “crise” (3.1), em que constatada a freqüente mutabilidade social, eles visivelmente não satisfazem. Sendo assim, somos impulsionados a refletir sobre o assunto e a ambicionar a (re)construção de um modelo jurídico e/ou jurisdicional que atenda à instabilidade e à diversidade sociais, nem que para isso se tenha que buscar inspiração em experiências pré-modernas e em teorias pós-modernas, as quais podem inclusive parecer de impossível operacionalização; mas, afinal, não são assim mesmo as revoluções científicas? Se antes (3.2) foi o momento de vislumbrarmos a formação do paradigma *dominante*, sobretudo quanto à tradição jurídica romano-canônica, o que é fundamental, haja vista que *as vidas atrás são parte de nós*. Por ora (3.3), o momento é de (des)construção do que está sedimentado, o que é necessário, ademais, não apenas em épocas como a da atual “crise”, mas sempre, já que nos apercebemos da constante fluidez⁴⁷⁷ mundana, em que *esto que estás oyendo ya no soy yo...*⁴⁷⁸

A proposta de (des/re)construção atentará para a(s) natureza(s) normalizada e normalizadora recém referida(s) porque é através dela(s) que melhor se poderá analisar a audiência pública jurisdicional enquanto instrumento supostamente capaz de promover (ou colaborar com) uma reforma estrutural. Evidente que não será dada nenhuma resposta, mas apenas discutida a questão com o intuito de ponderar acerca das necessidades e possibilidades de sincronizar o direito brasileiro, fundado no paradigma dominante, com os interesses comunitários, representados pelo paradigma emergente. Para tanto, será necessário: a) focar e debater os aspectos do paradigma jurisdicional que se quer desconstruir – a sua característica normalizada e normalizadora; assim como b) vislumbrar práticas e teorias que sugiram alternativas de superação do atual modelo jurídico e que possam, quem sabe, orientar as próximas experiências concretizadoras da audiência pública de modo que ela, assim potencializada, além de conseguir democratizar, nos moldes do capítulo dois, igualmente consiga promover ou, pelo menos, colaborar com a reforma estrutural, a qual deverá ocorrer, paradoxalmente, também via democratização, porém, num novo formato democrático.

⁴⁷⁷ Para Bergson, tudo está sempre em constante movimento: “não há afecção, não há representação, não há volição que não se modifique a todo instante; caso um estado de alma cessasse de variar, sua duração deixaria de fluir”. BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1-2. Bauman, referindo-se, porém, apenas à atual fase histórica, explica que ela pode ser denominada de fluída/líquida em razão de que os fluídos mudam ou estão propensos a mudar de forma em decorrência de qualquer aumento de pressão que recebam. A fluidez remete à mobilidade e à inconstância. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 22.

⁴⁷⁸ Os fragmentos grifados foram extraídos das músicas “Eco” (Jorge Drexler) e “O vento” (Rodrigo Amarante).

Isto porque a problemática das diferenças transcende os modelos de direito, de jurisdição, e mesmo de democracia tradicionalmente vigentes, indo recair na própria modernidade. Segundo Hannah Arendt⁴⁷⁹, desde a sociedade moderna, surgida juntamente com o Estado moderno⁴⁸⁰, ou, segundo outros autores como Bolzan de Moraes, desde o capitalismo, “com a homogeneização dos espaços temporais e uma disciplinarização dos atos humanos [...] a atuação social transforma-se em uma seqüência de ações previsíveis, automáticas.”⁴⁸¹ A homogeneização dos espaços e a disciplinarização dos atos humanos são a função de toda uma conjuntura, institucional ou não, que atua oprimindo a sociedade – e aqui o correto é falar em sociedade e não em comunidade (ver nota nº 2) – a manter um padrão comportamental e, por decorrência disso, excluindo as diferenças. Integram esta conjuntura o direito estatal e os mecanismos de controle de que trata Michel Foucault.

A própria democracia, que poderia contribuir com a “desuniformização”, foi atingida pela onda moderna padronizadora. A democracia “emerge dogmatizada, estéril, disciplinada totalitariamente.”⁴⁸² Nem a democracia direta, que, na modernidade, foi propagada sob a teoria da vontade geral, nem a representativa, construída a partir da suposição de que a vontade do povo pode ser representada, como se o povo tivesse uma vontade única e uniforme, escaparam da massificação.⁴⁸³ A democracia moderna, da mesma forma que todos os outros institutos, ideologias e instituições do referido período histórico, atendeu aos propósitos metafísicos platônicos. Num tal contexto, além de reduzidas ou inexistentes, as poucas diferenças que porventura surgirem não têm espaço, nem meios para serem acolhidas. Dessa uniformização, emergem pessoas politicamente indiferentes e, portanto, facilmente dominadas⁴⁸⁴, frente o que está armada a conjuntura ideal onde poderão se instalar os

⁴⁷⁹ Para Hannah Arendt a sociedade (moderna), que adotou o modo de organização e funcionamento da família – modo, portanto, privado –, caracteriza-se pela existência de um interesse único e comum, definido e fiscalizado por um único homem (*paterfamilias*), no caso, o Estado. Conseqüentemente, esta sociedade caracteriza-se também pela existência de um comportamento padrão, mediante o que as diferenças são tratadas como “associais ou anormais”. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁴⁸⁰ A expressão “Estado moderno” se apresenta redundante porque antes da Idade Moderna a forma de organização social era outra e bastante diversa, não podendo, portanto, ser denominada de Estado; são as formas pré-estatais (ou pré-modernas) de organização social. STRECK, Lenio Luiz.; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁴⁸¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 87.

⁴⁸² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 87.

⁴⁸³ “A democratização dos povos modernos é sua massificação no anônimo.” GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263.

⁴⁸⁴ Os homens modernos não agem, eles “são agidos”. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

totalitarismos, conforme mostra Lefort, aproveitando da abordagem feita por Arendt na obra *As origens do totalitarismo*, pondo fim definitivamente à democracia.⁴⁸⁵

Constatada ser a crise uma constante, importa considerar que, por óbvio, nada mais o é, com o que não faz sentido a manutenção de estruturas normalizadas/normalizadoras⁴⁸⁶, tal como o direito, a jurisdição e a democracia modernos. Ao falar em estrutura normalizada/normalizadora de tal forma, como se os dois termos fossem sinônimos, se está querendo dizer que se não sinônimos, não são por apenas muito pouco, já que quando um está presente o outro obrigatoriamente também estará. Contudo, somente é assim se a palavra normalizar (normalizadora) estiver sendo usada num sentido coloquial e não num sentido específico, como aquele dado por Foucault e que sustenta a análise de logo mais adiante.⁴⁸⁷ De todo modo, a relação que existe entre tais termos, conforme agora utilizados, realmente não é de sinonímia, mas de causa e efeito. Se o caso é de uma estrutura normalizada/

⁴⁸⁵ “Face a essa revolução democrática que corre pelos séculos, que tem diante de si o futuro e que, é verdade, sempre engendra e provoca cada vez mais, aqui mesmo, uma resistência decidida ou disfarçada dos detentores da riqueza e do poder, resistência que conta com a cumplicidade maciça do medo do novo, da busca de normas protetoras, da atração pela uniformidade, do fechamento dos indivíduos no interior de seu espaço privado – perante essa revolução indefinida, sempre em obra, está aquilo que é preciso nomear, considerando-a na escala da história, a contra-revolução totalitária.” LEFORT, Claude. *A invenção democrática. Os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1981, ps. 26-7.

⁴⁸⁶ Falar em estrutura – no sentido de sistema e não de paradigma – normalizada, chega até a ser redundante.

⁴⁸⁷ Afirmar que o direito é normalizado e normalizador depende muito do significado dado tanto ao direito como às estas duas outras palavras. Foucault não se preocupa em definir, conceituar, pois dessa forma estaria submetendo suas pesquisas ao intuito científico moderno de absolutização e universalização dos institutos, do que pretende escapar em direção à genealogia. Sendo assim, existem, em sua obra, vários significados para o que seja o direito. Da mesma forma, é possível interpretar de várias maneiras as palavras normalizado e normalização quando se pretende criar a partir dos seus ensinamentos. Para Márcio Fonseca, é possível visualizar três diferentes imagens do direito no conjunto da obra do francês. Numa primeira imagem, o direito, no sentido de legalismo/normativismo, é colocado em oposição à normalização. Numa segunda, o direito não é algo oposto à normalização, é antes um veículo seu. Por fim, a terceira imagem diz respeito a uma proposta de direito novo, direito não-normalizado (FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002). Esta três imagens do direito serão aproveitadas na presente pesquisa. Não obstante isso, com relação às duas primeiras imagens há divergência entre a relação delas com as palavras normalizado e normalizador conforme a forma como utilizado aqui na pesquisa e a forma utilizada por Fonseca. A primeira imagem do direito é a que, por ora, se está analisando. O direito como legalismo é o direito estatal moderno. A segunda imagem será analisada logo na seqüência. Ela dissocia o direito da idéia de lei e, no meu entendimento, de direito estatal. Sendo assim, se está a falar de um direito interpretado de modo mais amplo, já que normalmente se fala em direito como sinônimo de direito estatal. Acontece que, diferentemente da opção feita pelo autor brasileiro, se convencionou chamar o direito estatal de normalizado/normalizador, ao passo que Fonseca chamou o direito da segunda imagem de normalizado-normalizador. Isto apenas acontece, porém, porque o sentido atribuído às duas palavras é diferente. Nos moldes da presente dissertação: a) normalizado é sinônimo de sistema; b) normalização, por sua vez, é sinônimo tanto da uniformização produzida especificamente por este sistema jurídico-estatal (sentido coloquial), como da uniformização produzida por relações de poder exercidas descentralizadamente (sentido foucaultiano). Para Fonseca: a) normalizado não está relacionado à idéia de sistema, mas a um direito que é produzido pelas normas do poder disperso (normalização no sentido foucaultiano); b) já a normalização é utilizada apenas no sentido de poder exercido de modo disperso e fluído (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999). Com efeito, utilizado o significado dado por Foucault à palavra normalização, não é possível dizer que o direito estatal (normalizado/sistematizado) é normalizador, já que seu poder é exercido centralizadamente. Sendo assim, ou não se está falando do direito estatal ou a normalização não é a foucaultiana.

sistematizada ou, em específico ao direito estatal, positivada/normatizada⁴⁸⁸, inevitavelmente que ela produzirá normalização/uniformização. E o direito estatal, principalmente o da tradição romano-canônica, sem dúvida que é normalizado!

Inúmeros fatores contribuíram com a configuração de um direito assim normalizado, como é o caso de vários daqueles referidos no item anterior, com destaque para o capitalismo e o iluminismo.⁴⁸⁹ De acordo com Sousa Santos, “a modernidade ocidental emergiu como um ambicioso e revolucionário paradigma sócio-cultural assente numa tensão dinâmica entre regulação social e emancipação social”⁴⁹⁰. Contudo, com o evoluir da sociedade e, principalmente, do capitalismo, a emancipação foi absorvida pela regulação. Isto porque o capitalismo exige segurança e estabilidade, coisa que uma sociedade emancipada dificilmente será capaz de fornecer, ao contrário do que acontece com uma sociedade cujos indivíduos tenham seus comportamentos regulados e, conseqüentemente, uniformizados. A crença é de que referida regulação comportamental seria obtida (exclusiva ou majoritariamente) através do direito estatal⁴⁹¹ e, mais, do direito configurado numa estrutura formal e sólida, uma vez que mediante a imposição de um sistema rígido de regras jurídicas se conseguiria eliminar as diversidades e pluralidades sociais. De acordo com Ricardo Fonseca, “A idéia de um direito ativo, potente e que tinha a capacidade de abarcar tudo o que ocorria na sociedade é, como se sabe, uma invenção do iluminismo jurídico”⁴⁹² e deu origem à codificação e, por óbvio, ao

⁴⁸⁸ A palavra normatizado(a) é uma referência ao normativismo de que fala Castanheira Neves, para quem “O normativismo foi a resultante de um conjunto complexo de factores evolutivamente convergentes, alguns dos quais me limito a aludir: o modo textual da juridicidade medieval e o seu entendimento da *lex*, o jusracionalismo moderno e a sua sistematicidade axiomática, o contratualismo jusnaturalista revolucionário com o seu legalismo e a sua codificação, o positivismo já exegético, já dogmático do século XIX com o seu sistemático-abstracto conceitualismo, etc.” CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 23. Baptista da Silva fala no paradigma do normativismo, o qual é o responsável pelo “desprezo pelos fatos, na insignificância do caso, em homenagem à norma” abstrata e genérica. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Réquiem para a tutela preventiva. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos020.html>>. Acesso em: 05 ago. 2008, p. 5. Atualmente privilegia-se falar em normativismo e não em legalismo ou positivismo, pois já não se considera o direito como um sistema de leis positivadas, mas, sim, um sistema de normas que, a grosso modo, são as leis (o texto legal) interpretadas. Ademais, cumpre lembrar que Kelsen já falava em normas.

⁴⁸⁹ Foi fundamental também o fato de Platão ter exercido influência preponderante se comparado com Aristóteles, seja através de sua própria teoria, seja da dos seus seguidores. O que, ademais, se refletiu na preferência pelo direito romano-canônico dos imperadores sobre o direito romano do período clássico.

⁴⁹⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 15.

⁴⁹¹ Weber e Foucault referem exemplos de formas alternativas encontradas pela sociedade no intuito de se auto-regular. Weber menciona que a Reforma religiosa não representou a eliminação do controle da Igreja, porém apenas a substituição por uma nova forma de controle, que, ao contrário do que se possa imaginar, visava ser muito mais rígida. Um dos motivos da Reforma, portanto, era o interesse por um controle social mais eficaz do que o exercido pela Igreja, pois a falta de controle que a tolerância religiosa provocava era visivelmente prejudicial aos interesses econômicos. Ver: WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 5.ed. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo: Livraria Pioneira, 1987. Sobre Foucault, ver adiante.

⁴⁹² FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____ (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 259.

positivismo e normativismo. Tem-se, então, o direito como uma estrutura *normalizada*. Assim configurado, o direito estatal moderno de tradição romano-canônica, assumiu, portanto, a função de fazer enquadrar toda a pluralidade social na fictícia e ilusória estrutura jurídica uniformizadora/niveladora, “como se os princípios religiosos, éticos e políticos que nós professamos devessem ser impostos aos demais como verdades indiscutíveis.”⁴⁹³ Com efeito, o direito estatal normalizado foi e é o instrumento perfeito a cumprir o intuito *normalizador*. Normalizar no sentido coloquial de, a partir de uma autoridade central (Estado) e de um sistema rígido de regras, tornar “normal”, regular, isto é, em conformidade com as normas e regras, as quais, tratando-se do direito estatal, são as normas e regras jurídico-legais. Sendo desse modo, está justificado porque o direito moderno pode ser resumido como normalizado e normalizador. Normalizado porque normatizado, positivado, sistematizado, estruturado, rígido, estanque; etc. Normalizador porque uniformizador, nivelador, moralizador, etc.

O direito e a jurisdição atualmente vigentes são o próprio ícone do paradigma da modernidade ou o seu mais fiel representante, tendo-o incorporado de modo tão ou mais intenso que as ciências naturais, nas quais a estrutura em “crise” teria se amoldado. Se não é assim, ao menos é o caso de o direito e a jurisdição estarem enfrentando maiores dificuldades para se libertar da estrutura moderna do que a matemática e a física, por exemplo, já que inclusive partiram delas várias das descobertas⁴⁹⁴ que animam o movimento de desconstrução do paradigma dominante ou de construção do emergente. Mas o pior é que provavelmente nem dê para afirmar que o direito *esteja* enfrentando, e sim, de outro modo, que *deveria estar* enfrentando alguma dificuldade para se desprender da estrutura moderna. Acontece que a grande maioria dos juristas sequer desconfia que as dificuldades atualmente vividas, de inefetividade, sejam decorrência de algo como a própria natureza normatizada. Afinal, para eles o direito tem como função ser a “engenharia” do social, a construir e manter edifícios

⁴⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A função dos tribunais superiores. In: In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 221.

⁴⁹⁴ Foi exatamente a evolução científica ocorrida na modernidade, mais precisamente nas ciências exatas, que proporcionou “a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno”. Boaventura aponta alguns cientistas, cujas pesquisas foram responsáveis por demonstrar a fragilidade da ciência moderna: Einstein, que relativizou o rigor das leis de Newton; Heisenberg e Bohr, que demonstraram não ser possível observar ou medir um objeto sem interferir nele; Gödel, responsável por demonstrar a incompletude também das regras matemáticas e; por fim, Prigogine, cuja “teoria das estruturas dissipativas e o princípio da ‘ordem através de flutuações’ estabelecem que, em sistemas abertos, ou seja, em sistemas que funcionam nas margens da estabilidade, a evolução se explica por flutuações de energia que em determinados momentos, nunca inteiramente previsíveis, desencadeiam espontaneamente reações que, por via de mecanismos não lineares, pressionam o sistema para além de um limite máximo de instabilidade e o conduzem a um novo estado macroscópico.” A teoria de Prigogine não figurou um fenômeno isolado, vindo desembocar nas ciências sociais e no direito, sob a figura da autopoiesis, através de Niklas Luhmann. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 68 e seguintes.

jurídicos imutáveis, cujas salas seriam seguramente ocupadas por quem nelas tivesse o seu lugar. O problema de que não se apercebem é que em tal edifício não há sala para todos. Ademais, o edifício jurídico não é dotado de mobilidade suficiente para acompanhar, reestruturando as salas, a constante mudança de inquilinos. As salas, no caso, são as regras positivadas. Os inquilinos, os interesses comunitários, que, como já sabido, estão em constante modificação, em grande quantidade e velocidade.⁴⁹⁵

Nestes termos, o que falta à doutrina brasileira é ater-se às deficiências estruturais do processo e jurisdição, das quais são exemplos os pontos de estrangulamento referidos no item 3.1. Não obstante a proximidade e inter-relação existente entre todos eles, um em especial é mais apropriado ao presente trabalho. Afinal, é o fato de ainda considerarmos o processo civil como “ciência” o que mantém separados o processo/jurisdição/direito e a realidade (complexidade/diferenças/singularidades). Tanto é assim que Morin afirma que a “ciência não é científica”⁴⁹⁶, ou seja, a ciência da presente conjuntura não pode mais ser vista sob a concepção racional-iluminista, matematizante e simplificadora de “ciência”. Haja vista que a “ciência”, sob o escopo de emancipar a razão humana, escravizou o homem criativo, cidadão, consumidor, mantendo “liberto” o homem que não age, mas apenas comporta-se⁴⁹⁷, que não cria, mas apenas reproduz, individualista e consumista, isto é, o homem “normal”, observador das normas e regras. Da mesma forma, a “ciência”, sob o escopo de emancipar o processo civil, a jurisdição e o direito, tornando-os disciplinas autônomas, dotadas de técnica e princípios específicos, escravizou a sua efetividade⁴⁹⁸, o direito material a ele submetido e o homem que dele se ocorre. O processo “científico” seria aquele dotado de imutável e

⁴⁹⁵ Todo este problema acerca do edifício e sala jurídicos imutáveis ou, de outro modo, abstratos e generalizados, pode ser simplificado pela crítica à “justiça da lei”. Para Baptista da Silva, “A verdade é que os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como sendo produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura europeia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos022.html>. Acesso em: 13 fev. 2009, p. 1.

⁴⁹⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 9

⁴⁹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁴⁹⁸ Efetividade, porém, que não se equipara à celeridade, que é como o termo tem sido recente e exclusivamente interpretado, mas à maior justiça no procedimento e na resposta a ser dada. Evidente que em tempos como os nossos, de urgência, e diante procedimentos processuais morosos como os vigentes, é a questão da celeridade a que mais aparece. Contudo, a efetividade deve ser entendida como a comunhão de instrumentos e princípios que proporcionam não só um processo mais rápido, mas também, e de um modo muito mais amplo, mais justo. Para Sálvio de Figueiredo Teixeira, a efetividade é o caso “de bom um processo e de uma boa justiça”: “Aptidão, método, orientação, postura científica ou mesmo princípio, tendo um pouco de cada e em nenhum deles se confinando, o certo é que cada vez mais sua presença se faz notar entre os pensadores e mais e mais se reclama sua incidência como fator imprescindível de um bom processo e de uma boa justiça”. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Processo civil. Evolução – 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 230.

constante solidez, um instrumento não-dependente das necessidades que supostamente deveria auxiliar.⁴⁹⁹ Como, então, conciliar o direito e a jurisdição, fundados no paradigma dominante, com o contexto social, reflexo do paradigma emergente? A propósito, será que a audiência pública jurisdicional é capaz de colaborar com o rompimento da estrutura jurídico-jurisdicional normalizada/normalizadora a ponto de o processo, a jurisdição e o direito melhor conseguirem lidar com as diferenças constantemente produzidas, sincronizando-os, assim, aos interesses comunitários da contemporaneidade?

A preocupação com a natureza normalizada/normalizadora do direito estatal, mesmo que raramente tenha conseguido prevalecer no debate e operacionalização jurisdicionais, não é nenhuma novidade. Recaséns Siches trabalha, a partir de vários autores, a oposição logicismo-eticismo – ou razão-história, imutável-contingente, lei abstrata-casuísmo, direito natural-direito histórico –, defendendo sempre o segundo elemento do binômio, mesmo que não de modo a pura e simplesmente adotar as teses de que são representativos. Siches questiona os autores, dentre eles o racionalista Hugo Grócio, que pretenderam construir e sustentar intelectualmente sistemas jurídicos abstratos, pelo fato de terem tomado como produto puramente racional aquilo que, na verdade, é histórico e contingente.⁵⁰⁰ Afirma, o autor, saber que é em decorrência da preocupação com a certeza e segurança jurídica que são formuladas tais teorias favoráveis à sistematização. Contudo, salienta não serem a certeza e a segurança as únicas preocupações a serem valoradas no direito, nem mesmo as mais importantes, razão pela qual devem ser sopesadas diante outros valores que lhes são contrários como é o caso do desejo por mudança progressiva, de melhoramento, de abertura a novos horizontes.⁵⁰¹ Para o autor, “Cuando las relaciones inter-humanas se están transformando diariamente, las relaciones jurídicas no pueden ser expresadas en forma duradera. El desenvolvimiento constante de problemas sin precedente requiere un orden jurídico capaz de fluidez y maleabilidad”⁵⁰².

⁴⁹⁹ Baptista da Silva afirma que “perdemos a percepção histórica dos fenômenos jurídicos, a ponto de supor, como disse Andreas Proto Pisani, reproduzindo um pensamento de Salvatore Satta, que os institutos de direito processual “nascem, não apenas com o selo terreno, mas com aquele da eternidade””. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Execução obrigacional e mandamentalidade*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos009.htm>. Acesso em: 05. ago. 2008. Análise e afirmação semelhantes são feitas também em outras obras. Dentre elas: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵⁰⁰ SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones contemporâneas del Pensamiento jurídico (La filosofía del Derecho en el siglo XX)*. Barcelona - Buenos Aires: Editorial Labor, 1929, p. 31.

⁵⁰¹ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973, p. 16.

⁵⁰² SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973, p. 22.

A partir do autor é possível afirmar que a sistematização ou normalização do direito teve lugar, apenas para falar numa história recente – haja vista ser possível encontrar origens de tal fenômeno em épocas bastante antigas (ver item 3.2) – tanto com o triunfo do positivismo do século XIX, o que fez desaparecer a filosofia do direito, mas também com o renascimento desta última, no final do século XIX, já que isto se deu através principalmente de neokantianos como Stammler, cuja teoria está fundada em categorias mentais, logo, racionais, que separam o ideal (normas jurídicas) do real.⁵⁰³ Em oposição à sistematização, Siches refere teorias e experiências como a aristotélica, a do direito romano clássico e a da Escola do Direito Livre. Segundo ele, em temáticas como as jurídicas, faz-se imprescindível fazer uso de uma razão diferente daquela utilizada por ciências como a física e a matemática, a razão racional. O direito, no caso, está a exigir a razão do humano, a razão razoável, o que foi trabalhado por Aristóteles sob o nome de prudência, que é o *logos* voltado aos problemas humanos práticos, e pelos juristas romanos do período clássico, na medida em que “no tomaron el Derecho como algo simplemente dado, antes bien, como algo que debe ser proseguido y reelaborado responsablemente.”⁵⁰⁴

O casuísmo do período do direito romano clássico ou, de acordo com Barzoto⁵⁰⁵, a *fronesis* grega ou *prudentia* romana, representam a forma de atuar jurisdicional em que a prioridade está na situação fática, até porque, de início, inexistiam normas jurídicas prévias para a grande maioria dos casos. Entretanto, ainda quando a quantidade de tais normas já era bastante considerável, o caso apresentado ao pretor é que orientava o julgamento. Aulis Aarnio também contribui com referida crítica quando desenvolve e aprofunda a teoria acerca da razoabilidade. Para ele, a linguagem jurídica não permite a obtenção de respostas de certeza, mas, no máximo de verossimilhança ou, como ele prefere, racionalmente aceitáveis, diante o que a função a ser exercida pelo magistrado é de extrema importância.⁵⁰⁶ Como antes referido, Siches lembra, ainda, a Escola do Direito Livre, a qual, através de seu principal autor Hermann Kantorowicz, critica o direito como sistema de normas criado pelo Estado,

⁵⁰³ SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: UNAM, 1971. Próximo a Stammler no aspecto ora analisado está Dal Vecchio, para quem “la naturaleza humana que sirve de base al Derecho natural [...] es algo diferente de la efectiva realidad de lo humano”. (p. 13)

⁵⁰⁴ SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: UNAM, 1971, p. 343.

⁵⁰⁵ BARZOTO, Luis Fernando. Prudência e Jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 163-192.

⁵⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 271. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 286.

salientando a importância das normas jurídicas que “brotan espontaneamente en los grupos sociales”⁵⁰⁷. Para Kantorowicz, somente “donde hay *libertad*, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay *personalidad*, existe también justicia”⁵⁰⁸. E não poderia ser diferente se tivermos em conta a complexidade do social e a consequente insuficiência do sistema de normas exclusivamente legalistas.

Castanheira Neves discute a questão acerca do atual paradigma do direito estatal moderno, enfocando na sua falta de autonomia e/ou sentido⁵⁰⁹. Para o português, o direito e a jurisdição perderam o seu sentido no atual contexto de crise, que, segundo ele, é consequência da “consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se e um novo paradigma se exige.”⁵¹⁰ Para Castanheira, um dos maiores, senão o maior, problema está na identificação do direito com o Estado, tanto que, para sobreviver, o direito precisará se apartar deste último, reconquistando a sua autonomia e, com isso, seus legítimos objetivos. Aliás, referido autor deixa claro seu posicionamento no sentido de que o direito é essencial à comunidade, não obstante as inúmeras transformações pelas quais ela tenha que passar, coisa que, por sua vez,

⁵⁰⁷ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973, p. 53. Siches comenta a teoria de Kantorowicz em questão que muito interessa: “Ahora bien, el mundo en que vivimos es un mundo en constante cambio y desenvolvimiento. Por lo tanto, el Derecho Libre es perecedero, frágil y cambiante. No es Derecho estatal, pero sí es efectivamente Derecho “positivo”, porque detrás de él tiene la voluntad y el poder de la sociedad.” Cumpre observar que para Siches o direito positivo engloba os interesses/vontade da comunidade/sociedade e não apenas as normas legais e estatais (p. 54)

⁵⁰⁸ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973, p. 57. À objeção acerca da arbitrariedade de sua teoria, Kantorowicz teria afirmado segundo Siches (p. 57): “No se objete – dice Kantorowicz – que la convicción judicial resultaría incontrolable y que, de ese modo, se daría carta blanca al arbitrio judicial. Si no podemos fiarnos del juramento del juez, que le obliga a formar con seriedad sus convicciones, entonces claro es que no existe ninguna garantía. Advuértase asimismo que, por otra parte, también depende de la libre convicción del juez lo que éste estima mediante su interpretación como Derecho vigente, y lo que él reputa como *verdad* a través de las pruebas. En definitiva, toda técnica jurídica está regida por la voluntad.” Por outro lado, Kantorowicz não pretendia a total recusa da lógica, mas o reconhecimento da sua insuficiência, semelhante, aliás, ao que defende Morin. A analogia seria um exemplo de como dar complementariedade à lógica. Contribui com esta afirmação, saber de três postulados da Escola do Direito Livre: a) não equivalência entre Direito e lei, já que há direito fora das leis como, no caso, os conceitos como boa-fé ou bons costumes, quando, segundo o próprio Kantorowicz, “o juiz deve julgar conforme ao seu prudente arbítrio”; b) insuficiência da “lógica do sistema”; c) impossibilidade de as decisões serem previsíveis e objetivas: “a jurisprudência não está imune aos afetos, aos sentimentos”. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola do Direito Livre. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272-5, p. 274.

⁵⁰⁹ O autor fala na perda de sentido do direito, afirmando ser esta a razão da atual crise. Que eventuais problemas estruturais também existem, mas que corrigi-los não é suficiente para a superação da crise, a qual exige a refundação de um novo sentido. Importante observar que o autor fala em estrutura num sentido totalmente diferente do sentido dado por Ovídio Baptista da Silva (ver 3.1). A estrutura de Castanheira Neves são os aspectos formais, algo próximo do que Baptista da Silva chama de função. Em termos de semântica, a “estrutura” ovidiana é o “sentido” de que fala Castanheira.

⁵¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 1-44, p. 2.

já não acontece com o Estado.⁵¹¹ O direito, tornado uma simples função do Estado, está visivelmente apartado da realidade e desinteressado do mundo fático, atuando no limite restrito do âmbito normativo. Fenômeno este que é o da “desontologização” do direito, de que fala Baptista da Silva, a partir exatamente da doutrina do português: trata-se do direito “como simples *regulador funcional* de uma sociedade individualista e sem valores”⁵¹².

Castanheira Neves apresenta várias propostas para o resgate do sentido e autonomia do direito. Consequência da própria proposta de apartar o direito do Estado, fundamental, para ele, é desvincular o direito do estrito legalismo, o que já estaria ocorrendo mediante vários fenômenos. Dentre eles o reconhecimento dado aos direitos, como é o caso dos direitos fundamentais, que estão antes e acima da lei, e aos princípios normativos, que, obviamente, também transcendem a lei.⁵¹³ Outro fenômeno a contribuir com a desvinculação do direito do estrito legalismo e que muito interessa para a presente análise, é a própria percepção dos limites da lei, que estão infinitamente aquém do contexto social. A consciência da dinâmica comunitária e dos casos concretos força o autor a constatar que “o sistema jurídico só pode se normativo-funcionalmente adequado a essa sua problemática social afirmando-se como um *sistema aberto*”, o que implica no “autónomo desenvolvimento do direito através da sua própria realização (através da sua jurisprudencial criação).”⁵¹⁴ De todo modo, Castanheira não

⁵¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1v. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

⁵¹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 300.

⁵¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 1-44, p. 5-6. Cumpre observar que os princípios a que se refere são distintos dos princípios gerais do direito que o “positivismo normativístico-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade (<<princípios de justiça>>), expressões normativas de <<o direito>> em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade.” (p. 6).

⁵¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 1-44, p. 8. A idéia de sistema aberto e auto-criação do direito inevitavelmente lembra a teoria de Niklas Luhmann, cujo sistema autopoietico é caracterizado por ser operativamente fechado e cognitivamente aberto. A teoria autopoietica recusa o entendimento de que os sistemas sejam absolutamente fechados, pois, se o sistema é autónomo e totalmente independente, como explicar as inter-relações entre os sistemas, a sua própria evolução e as co-evoluções? Neste sentido, interessante lembrar explicação de Teubner, para quem a abertura cognitiva é fundamental para adaptar o direito à sociedade em que inserido; é a capacidade de aprendizagem do sistema, que, porém, não ocorrerá “diretamente” como acontecia nos sistemas abertos, porém, mediante mecanismos de seleção do sistema jurídico: as “irritações” que o direito sofre do meio são submetidas ao código binário que lhe é específico, e, se integradas ao sistema, somente o serão através do conteúdo normativo que tiver sido produzido “dentro do próprio sistema jurídico por intermédio de normas constitutivas de referência, ficando assim essas ‘incursões sociais’ sempre sujeitas à respectiva reformulação jurídica” (TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 75). Da mesma forma, a teoria autopoietica critica o entendimento de que os sistemas sejam absolutamente abertos, uma vez que, sendo assim, estariam a tal ponto dispostos e submetidos ao meio

cansa de chamar atenção para o fato de que o sentido do direito somente será encontrado a partir do próprio homem, o que o aproxima de Habermas, cuja preocupação primordial não é tanto com a falta de autonomia do direito, mas do próprio homem.⁵¹⁵ A propósito, interessante observar a distinção habermasiana entre a vida real de um ser humano (*Lebenswelt*) e o sistema. De acordo com Habermas, na leitura de Aarnio, o sistema teria destruído a *Lebenswelt*, na qual as pessoas se relacionariam comunicativamente, capazes de diálogo, bem como de obterem o consenso acerca de questões que lhe interessassem. Através do sistema, e, mais precisamente da “superregulación” e “superpolitización” dele decorrente, os cidadãos teriam se convertido em súditos do Estado e, conseqüentemente, do direito por ele imposto.⁵¹⁶

Sendo assim, deterá a audiência pública potencialidade para atender operativamente, ou seja, jurisdicional e pragmaticamente, às teorias e práticas referidas, críticas ao direito e jurisdição no formato paulatinamente assumido? Em sendo capaz de promover a democratização do Judiciário, conforme investigação feita no capítulo 2, é possível afirmar que, sim, a audiência pública detém *potencialidade* para (re)construir uma jurisdição não-normatizada e, porque não dizer, uma “justiça do caso”. Ao pluralizar, possibilitar uma efetiva deliberação e, importantíssimo, politizar as decisões judiciais, na medida a atentarem aos interesses comunitários refletidos naquele tempo, espaço e perante aquelas circunstâncias do caso concreto, a audiência pública estará colaborando com o reconhecimento a) da historicidade do jurídico; b) de uma nova racionalidade (razoabilidade); e c) de uma nova hermenêutica (criação jurisdicional). É possível, então, que a audiência seja o início de um movimento *revolutivo* – e não evolutivo – ou *revolucionário* do direito estatal, haja vista que, potencializada, permitirá uma atuação ampliada e efetiva da comunidade, tanto no debate como na real criação de uma resposta, com o que é oportunizado um maior acolhimento das diferenças e restringida, senão eliminada, a importância atribuída ao sistema rígido de normas. A audiência pública, portanto, tem potencial de democratizar e de (re)construir uma jurisdição não-normatizada, ampliando o acesso e acolhimento das diferenças no Poder Judiciário.

que a manutenção de sua autonomia seria impossível de justificar (NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997). Mais sobre o assunto: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e NEVES, Marcelo. Autopoiiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 80-4.

⁵¹⁵ Contudo, importa salientar que Castanheira se preocupa com o jurista, enquanto que Habermas com o cidadão. A respeito da preocupação de Castanheira com o jurista, ver o capítulo “O papel do jurista no nosso tempo” em CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v.1.

⁵¹⁶ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 39.

Não obstante tudo isso, não se pode olvidar que se trata tão-somente de uma potencialidade, a qual exigirá toda uma nova conjuntura, sobremodo no que diz respeito ao homem, haja vista que a conversão dele em súdito, como bem lembrado por Habermas, produziu efeitos suficientemente profundos a sustentar a insistente resistência a qualquer tentativa de rompimento com a estrutura normalizada da jurisdição moderna, tal como a representada pela audiência pública e outras tantas lembradas por Baptista da Silva, em textos antes mencionados (item 3.1)⁵¹⁷ e em artigo recentemente divulgado⁵¹⁸. Ademais, é aqui que está o mais importante, cumpre ressaltar que se o formato sistematizado, estruturado, enfim, *normalizado*, já é de superação bastante complicada, haja vista os apegos com o paradigma, maiores ainda são as dificuldades quando se está a falar na *normalização*. A normalização, seja num sentido (coloquial), seja noutra (Foucault), somente será “vencida” no momento em que efetivamente as diferenças, os “anormais” e “irregulares”, tiverem seu lugar, o que nem a audiência pública potencializada é capaz de promover de modo suficiente.

Com efeito, a audiência pública tem o potencial de democratizar o direito e a jurisdição modernos, nos termos do capítulo dois, a partir do que é ela também detentora do potencial de combater a estrutura normalizada dos mesmos. Concretizadas tais potencialidades, a audiência pública ampliará sobremodo as possibilidades de inclusão e reconhecimento das diferenças, aproximando, assim, o direito e jurisdição da comunidade contemporânea. Contudo, persiste a dificuldade de a audiência pública realmente possibilitar a inserção e reconhecimento das diferenças, não apenas aproximando direito e jurisdição modernos da comunidade, mas sincronizando-os. Acontece que o direito e a jurisdição, ainda que não-normalizados, continuarão sendo normalizadores. É imprescindível facultar o acesso, próximo, amplo, dialogado e efetivo – no sentido de ser efetivamente considerado – ao poder, posto que somente desta forma se descobrirá as reais necessidades e interesses, que escapam,

⁵¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. Tomo II; e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da função à estrutura*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

⁵¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos022.html>. Acesso em: 13 fev. 2009. Do mesmo texto: “As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arejando-as, de modo a superar o idealismo próprio do Iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias matizes de positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam que já estejam superados.”, p. 2. Jânia Saldanha, neste sentido: “O caminho da democratização do processo não é tarefa fácil. A mudança de metodologia não consiste apenas em dar contornos novos a institutos antigos, tampouco em criar outros. Sempre haverá a tentação de manter-se tudo como sempre foi.” SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF*. No prelo. De todo modo, talvez não haja outra forma de promover uma revolução paradigmática que não mediante tentativas, as quais, insistentemente resistidas, uma hora acabarão ultrapassando as barreiras que mantêm o predomínio da estrutura antiga.

portanto, à metafísica da vontade geral. O problema, porém, é que este acesso deve acontecer a cada nova situação, a qual será sempre nova, haja vista os novos envolvidos, os novos interesses, as novas circunstâncias. O Judiciário, mesmo que idealmente democratizado, nos termos do capítulo dois, e portanto, tornado não-normalizado, ainda assim atuará de modo a proferir respostas (criar normas) que normalizem todos os que futuramente vierem a se defrontar com situação similar a que foi anteriormente normatizada.

3.4 O direito novo e a resistência à normalização: o rompante musical

Não basta combater a estrutura *normalizada* do direito estatal moderno, o que, apesar das dificuldades, a audiência pública tem potencialidade de fazer. Faz-se necessário, também, combater a *normalização*, a qual, porém, tanto é realizada pelo direito estatal, como por poderes capilarizados pelo contexto social. Desde, principalmente, Friedrich Nietzsche, foram feitas contundentes críticas à modernidade e, sobretudo, às crenças metafísicas nela produzidas⁵¹⁹. Foi constatado, por exemplo, que a igualdade, assim como as metafísicas correspondentes – bem comum (Aristóteles), vontade geral (Rousseau) e soma de interesses (Hobbes) – são mera ficção.⁵²⁰ Não mais se sustenta a crença na existência de interesses comuns, capazes de uniformizar/normalizar a comunidade. Ao contrário disso, a comunidade é composta de infinitos interesses, não só diferentes como incompatíveis entre si. Neste sentido, Baptista da Silva, quando afirma que “O pressuposto liberal de que todos os homens são iguais é expressão desta mesma ideologia, que deu origem ao “princípio da isonomia”, ou da igualdade, elevado a direito fundamental em nossas Constituições. Entretanto, nada mais diferente, enquanto realidades vivas, do que os homens entre si. A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual.”⁵²¹

O homem, na contemporaneidade, precisa romper com tal estagnação, se autonomizando e emancipando⁵²². Sob esta perspectiva, “a tarefa da teoria democrática hoje”, de acordo com Dallmayr, “é a de repensar ou reconceitualizar o governo popular de forma a

⁵¹⁹ Para Nietzsche, o maior problema da metafísica é que ela acaba por ocultar o real problema e, por consequência, a real solução. NIETZSCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*. 3.ed. São Paulo: Moraes, 1991.

⁵²⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. No prelo.

⁵²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 303.

⁵²² Emancipação como qualquer forma de resistência ao poder. SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução Geral à Coleção. In: _____.(org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 13-27.

fugir dos encantos da soberania ou da identidade coletiva”⁵²³. Dito de outro modo, resta criticar os modelos de democracia que, “como totalizadora dos espaços temporais, impede a diferença”, o que evidentemente se aplica também ao direito que, não obstante ser o “campo de estabelecimento de normas conviviais, não pode significar o aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas, de seu conteúdo. Não pode significar o fim da democracia.”⁵²⁴ É indispensável o espaço, o reconhecimento e o respeito às diferenças. A democracia que se pretende, portanto, é a que não irá tentar uniformizar (normalizar), antes pelo contrário, irá tentar construir um ambiente exatamente a partir da alteridade. Não que não existam interesses coincidentes, mas a sociedade complexa deve priorizar as diferenças, visto que são elas, e não as igualdades, o que efetivamente compõe o social.

Esta é a exigência que se impõe se o intuito é atender à realidade contemporânea, de constante mutabilidade social. A audiência pública, como visto, esbarra na necessidade de combater a normalização, a qual, no caso, é realizada pelo próprio direito estatal. Contudo, se o intuito é refletir acerca de um novo paradigma, indispensável é analisar o direito em toda a sua amplitude. Afinal, o direito é sempre e apenas normalizado/normalizador? O direito estatal esgota as possibilidades do direito? O direito não existe onde não estejam as normas estatais, legislativas ou jurisdicionais? No item 2.5 já se fez referência acerca de uma concepção jurídica mais alargada: o direito cuja finalidade principal é a realização da justiça, a qual, atualmente, deve estar aproximada dos interesses comunitários. Um direito amplo desta forma, entretanto, ainda não abrange tudo o que podemos enquadrar no jurídico. O direito-justiça é talvez o que exista de mais amplo em termos de direito como proteção dos interesses individuais e coletivos da comunidade a que se dirige. Contudo, o direito nem sempre é proteção, direito é também poder/dominação. E como poder ele pode ser exercido também de duas formas: de um modo centralizado e normalizado, via Estado, e de um modo disperso, via normalização (Foucault). Em suma: o direito como proteção pode ser tanto o direito normativista estatal, como o direito-justiça. Da mesma forma, o direito como poder pode ser tanto o estatal, como o normalizador. Para facilitar, segue descrição acerca da diferenciação, na teoria foucaultiana, entre poder do Estado e poder normalizador:

⁵²³ DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia. In: SOUZA, Jessé. (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 11-38, p. 20. Ainda de acordo com o autor, p. 21: “Particularmente do campo pós-moderno, um ataque massivo foi lançado contra a metafísica moderna centrada no sujeito e, acima disso, contra o conceito de um “macrossujeito” que afirma englobar ou “totalizar” populações inteiras (violando os modos intrínsecos do “outro”).”

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 117.

Assim, haveria de um lado o poder do Estado, que é a da idéia de poder com que trabalham os juristas: existe um soberano (de onde provém toda a autoridade) que *detém* o poder. A partir dele, numa relação descendente (e este é o único sentido e a única direção assumida pelo poder), os súditos ou cidadãos são pacientes do poder e sofrem a sua incidência. O poder aqui, portanto, tem um detentor, um local e um sentido muito próprios. A lei e o direito são, por excelência, faces deste poder soberano: são as formas assumidas pelo aparato estatal para controlar e regular a vida das pessoas, são as manifestações exemplares do poder do Estado. De outro lado, o poder normalizador (disciplinar e biopolítico), que ao inverso do poder da soberania, se exerce continuamente, usa um sistema de vigilância intermitente, um aparato de regras, de normalizações, de controle onde não há ameaça de sanção institucionalizada. O objeto do poder da “norma” é, assim, a dominação dos corpos e das populações por meio de suas múltiplas manifestações na sociedade e não apenas a dominação legal. Refugiria, portanto, do âmbito do poder normalizador, o problema da soberania e da obediência dos indivíduos, já que sua questão central é a dominação e a sujeição.⁵²⁵

De acordo com Foucault, então, existem dois grandes sistemas de análise do poder. O primeiro interpreta o poder como um poder original que se cede, através de um contrato, dando origem, assim, a um novo e centralizado poder, a soberania, a qual se tornará opressão caso exercida para além dos limites do contrato. Este é o sistema jurídico tradicional fundado na figura estatal do Leviatã. O poder, segundo este sistema, sempre esteve relacionado ao poder régio ou soberano (atualmente: o Estado), seja para legitimá-lo, seja para, nos tempos mais recentes, delimitá-lo. É este sistema de análise do poder, o sistema da soberania, que prevalece até hoje, a ponto de o direito ter sido reduzido a esta leitura (direito estatal) e o poder somente sendo visto desta forma. O problema é que, sendo assim, o outro sistema de análise do poder, segundo o qual o poder é interpretado como o enfrentamento belicoso e contínuo de forças, realimentado a partir da repressão, que “nada mais seria que o emprego, no interior dessa pseudopaz solapada por uma guerra contínua, de uma relação de dominação”⁵²⁶, restou mascarado, ocultado, e, por via de consequência, esquecido.⁵²⁷

Com efeito, o direito ficou restrito ao *poder* imposto pelo Estado aos seus súditos e, assim, à *proteção* formal e legal dos objetos e sujeitos por ele selecionados, enquanto que no campo social, na real, na *praxis*, a dominação ocorre por inúmeras outras formas, as quais são

⁵²⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____. (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 275.

⁵²⁶ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 24. Repressão, aliás, que é usada num sentido similar ao que consta no dicionário Houaiss: “suspensão violenta de ação ou movimento”. Reparar que se trata de suspensão e não interrupção. E talvez nem de suspensão se trate, se considerada minuciosamente a teoria de Foucault. Mas isto não é o objeto do presente trabalho. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 647 (verbete “repressão”).

⁵²⁷ “Dizer que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente como função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer que aparecessem no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal da obediência.” FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 31.

desconhecidas ou ignoradas pelo direito estatal. Ademais, o próprio termo dominação, quando usado por Foucault, está referido não à dominação centralizada e global exercida pelo Estado, mas às “múltiplas formas de dominação” que ocorrem no interior da sociedade, entre os próprios indivíduos e/ou grupos de indivíduos. É neste reduto, abandonado pelo direito estatal, que as pesquisas de Michel Foucault se focaram, conforme por ele próprio justificado:

em vez de orientar a pesquisa sobre o poder para o âmbito do edifício jurídico da soberania, para o âmbito dos aparelhos de Estado, para o âmbito das ideologias que o acompanham, creio que se deve orientar a análise do poder para o âmbito da dominação (e não da soberania), para o âmbito dos operadores materiais, para o âmbito das formas de sujeição, para o âmbito das conexões e utilizações dos sistemas locais dessa sujeição e para o âmbito, enfim dos dispositivos de saber.⁵²⁸

O direito sinônimo de normalização societal foi estudado por Foucault sob duas espécies: o poder disciplinar e a biopolítica. A disciplina seria uma prática iniciada no século XVII e XVIII. Trata-se do poder exercido sobre os corpos dos indivíduos, mais precisamente, um mecanismo para o bom adestramento dos corpos. Como todo e qualquer poder normalizador, a disciplina é o exercício do poder permanente. Ela pode ser realizada de três formas: a vigilância, a sanção normalizadora e o exame.⁵²⁹ Para Foucault, tais mecanismos de exercício de poder melhor se adaptam à sociedade moderna, tanto que se poderia falar em sociedade disciplinar⁵³⁰. A última forma de exercício do poder disciplinar, o exame, combina as duas anteriores, e, por constituir a possibilidade de descrever e analisar o homem, “passível de ser reduzido a uma caracterização de fenômenos coletivos”⁵³¹, acaba por se aproximar da outra espécie de normalização: a biopolítica. A biopolítica supostamente teria surgido em razão da perda de eficácia do poder disciplinar, já que a sociedade e os indivíduos teriam se modificado, estando, estes últimos, cada vez mais diferentes e não submetidos à disciplina.⁵³²

⁵²⁸ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 40. Não obstante as inúmeras dificuldades em se interpretar de modo preciso obra tão profunda como a de Foucault, é principalmente da aula do dia 14 de janeiro de 1976, a qual integra o curso publicado na obra acima referida, que se pode concluir pelo entendimento de que o direito também poderia ser interpretado como exercício disperso do poder, distinto do direito estatal, conforme agora delineada a normalização.

⁵²⁹ Foucault sistematizou e aprofundou suas pesquisas sobre o poder disciplinar numa de suas obras mais conhecidas: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 18.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1998. Também sobre o assunto FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____. (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁵³⁰ Para Negri e Hardt, sociedade disciplinar “é aquela na qual o comando social é construído mediante uma rede difusa de *dispositivos* ou aparelhos que produzem e regulam os costumes, os hábitos e as práticas produtivas”. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 7.ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2005, p. 42.

⁵³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____. (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 263-4.

⁵³² FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____. (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 266. O texto de Foucault

O surgimento da biopolítica, porém, não representa a extinção da disciplina, muito menos da sociedade normalizada, mas o incremento desta última, a partir do acréscimo – e não substituição – de mais uma forma de normalização da sociedade moderna, a qual passa a ser denominada sociedade de controle.⁵³³ A grande diferença, aqui, é que a normalização não mais se exerce sobre o corpo do indivíduo, mas sobre a população.⁵³⁴ Foucault não se restringiu a analisar a disciplina e o controle como formas de limitar o comportamento; analisa-os também como forma de moldar o comportamento e produzir conhecimento e constituir subjetividade⁵³⁵.

Sendo desse modo, parece não estar integralmente correto falar que o direito não se adaptou ao paradigma emergente, uma vez que, se considerarmos o direito num sentido mais ampliado, não limitado ao direito estatal, constataremos que parte do direito acompanhou as transformações sociais. O direito enquanto poder normalizador, poder exercido disperso e descentralizadamente, é fluído e, portanto, capaz de acompanhar a constante mutabilidade social, bem como a conseqüente pluralidade, incerteza, complexidade, etc. Ademais, cumpre observar que entre as próprias espécies deste poder normalizador há um nível evolutivo.⁵³⁶

específico sobre o assunto é: FOUCAULT, Michel. A sociedade disciplinar em crise. In: _____. *Ditos & Escritos. Estratégia, Poder-Saber (v. IV)*. 2.ed. Organização de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 267-9.

⁵³³ No que diz respeito à biopolítica, biopoder ou sociedade de controle – termo eleito por Gilles Deleuze (DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992) para dar continuidade ao pensamento de Foucault –, deve ela ser entendida como aquela “na qual mecanismos de comando se tornam cada vez mais “democráticos”, cada vez mais imanentes ao campo social, distribuídos por corpos e cérebros dos cidadãos”. Trata-se do refinamento do controle. A própria vida é objeto do poder, razão porque o paradigma que rege esta sociedade é denominado de biopoder. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 7.ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2005, p. 42.

⁵³⁴ “A biopolítica vai se ocupar com estes fenômenos de sério, com este corpo múltiplo, com a população. Seu objeto não é nem o corpo individual e nem o indivíduo (sujeito de direito) ou a sociedade, nos moldes formulados pela teoria do direito no final do século XIX. Será portanto algo diverso, que escapa tanto do poder disciplinar quanto do poder “jurídico”. Será algo voltado à população enquanto questão política, biológica e científica.” FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a ‘sociedade de normalização’. In: _____. *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 109-27, p. 118.

⁵³⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

⁵³⁶ A própria prática de governo já não é mais a mesma, isto é, foi adaptada à sociedade de controle: “a partir de uma renovação da analítica do poder, são analisadas formas de sujeição sobre os corpos e sobre as populações que não eram captados pelo velho discurso jurídico político da soberania. A partir daí, a noção de governo *dos outros* assume uma centralidade nas suas investigações”. FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a ‘sociedade de normalização’. In: _____. *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 109-27, p. 120. Se está a falar da noção de governamentalidade, questão que é tratada na quase integralidade do curso: FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Em referida obra, o autor irá mostrar, dentre tantas outras coisas, como o Estado moderno se governamentalizou, ou seja, como a sociedade se tornou disciplinar ou de controle. Motivado em melhor definir terminativamente esta questão da governamentalidade, Veiga-Neto publicou o seguinte artigo: VEIGA-NETO, Alfredo. Coisas do governo... In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; _____. (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 13-34. A governamentalidade, porém, não será objeto da presente investigação, haja vista o tempo e espaço que demanda.

Com efeito, o poder disciplinar é significativamente avançado se comparado ao direito estatal (poder soberano). O biocontrole, por sua vez, é ainda mais evoluído, posto que melhor adaptado à complexidade, no sentido, infelizmente, de melhor normalizá-la, haja vista que o direito, aqui, é sinônimo de poder/dominação. Entretanto, é exatamente este o principal problema e, segundo, Foucault, o grande objeto de preocupação para o direito e pesquisadores do poder: a necessidade de construir um contraponto ao direito-poder normalizador. O autor inclusive chega a falar que se trata de um “espécie de ponto de estrangulamento”⁵³⁷ o fato de não se ter a que recorrer para se defender do poder normalizador, disciplinar ou biopolítico. Ora, é necessário equipar o direito-enquanto-proteção com as mesmas “armas” do direito-enquanto-poder. Até porque o sistema normalizador tem exercido muito bem sua função⁵³⁸, sendo, inclusive, o verdadeiro responsável pela coesão ou uniformização social.⁵³⁹ Sem falar que se tais mecanismos descentralizados de poder mostrarem-se úteis politicamente ou lucrativos economicamente, serão capturados pelo poder global e centralizado⁵⁴⁰ – o Estado ou outros –, diante o que convém estudá-los e, preferencialmente, descobrir como reprimi-los⁵⁴¹, mesmo que a preocupação primordial seja com o exercício centralizado do poder.

Sendo desta forma, de extrema relevância é a busca por um direito-proteção que tenha condições de combater o direito-poder normalizador, no sentido de um direito adaptado aos tempos presentes de mutabilidade social constante e, principalmente, voltado à não-normalização, já que o direito normalizador foucaultiano só é adaptado à contemporaneidade no sentido de atuar no mesmo ritmo que ela, mas não em atendimento a ela. Foucault chega a delinear alguns aspectos de um direito efetivamente consentâneo com o atual período de

⁵³⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 47. Lembrar que referida expressão é igual à usada por Baptista da Silva ao se referir aos aspectos estruturais que deveriam ocupar o lugar principal nas pesquisas dos juristas.

⁵³⁸ Para simbolizar a afirmação de que a normalização funciona muito bem, o que também lembra os ensinamentos do jurista que muito inspira este trabalho, Ovídio A. Baptista da Silva, cumpre mencionar situação relatada por Foucault na aula do dia 07 de janeiro de 1976, quando o Deputado do Partido Comunista Francês, Sr. Juquin, teria dito achar bastante simpático o movimento antipsiquiátrico, mas que, ainda assim, a psiquiatria soviética seria a primeira do mundo. Foucault comenta, em oposição, que é exatamente o fato de a psiquiatria soviética ser a primeira do mundo que lhe é reprovado. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 18. Está aí mais uma situação em que simples funcionalização de um instituto não é suficiente; necessária é a reforma estrutural, no caso, a extinção das instituições psiquiátricas manicomiais.

⁵³⁹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 45.

⁵⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 38.

⁵⁴¹ Assim como a governamentalidade, outra questão essencial que, porém, não poderá ser aprofundada, diz respeito à repressão, que, segundo Foucault, é também “uma noção jurídico-disciplinar”. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 48. Estaria aí o contraponto ao outro poder jurídico-disciplinar, a normalização? Segundo nota constante na mesma obra (p. 25), a repressão, que Foucault prometeu – e não cumpriu – analisar nas aulas seguintes, foi retomada em seu livro *A vontade do saber*.

“crise”, tanto no sentido de com ela saber “lidar”, como de aos interesses dela emergidos conseguir satisfazer. Trata-se da terceira imagem do direito trabalhada por Márcio Fonseca sob a denominação de direito novo, o qual, segundo Foucault⁵⁴², estaria tanto liberto do poder soberano (jurídico), como seria antidisciplinar, o que, na verdade, é o que mais importa, já que é este poder que ainda não tem como ser “controlado”. Com efeito, a necessidade social e contemporânea é pela constituição de um direito cuja função primordial seja a resistência aos mecanismos de normalização, o que somente será possível a partir de práticas que estejam mais próximas da autonomia e liberdade do indivíduo⁵⁴³, ou, na linguagem de Foucault, do governo de si. De acordo com Guilherme Castelo Branco, a questão é criar, inventar “novos modos de subjetividade, novos estilos de vida, novos vínculos e laços comunitários para além das formas de vida empobrecidas e individualistas implantadas pelas modernas técnicas e relações de poder”⁵⁴⁴. Por outro lado, André Macedo busca em Heidegger maiores subsídios para compreender os últimos textos do francês, principalmente no “conceito pós-metafísico de si-mesmo, o qual, por não corresponder mais a uma concepção essencialista da subjetividade, pode ser pensado como simultaneamente autonômico e heterônomo”⁵⁴⁵. Na interpretação dada por Duarte, tendo em conta o si-impessoal todos os integrantes de uma comunidade são a subjetivação de mesmas normas, valores e costumes, por exemplo, o que nos faz iguais. Contudo, isto não quer dizer que os sujeitos não são passíveis de singularização e, portanto, “des-normalização”, pois que cada um levaria a alteridade consigo mesmo, o que é condição para o cuidado de si e dos outros. A possibilidade de singularizar-se viria anunciada pela angústia e é representativa de um “decidir-se” por si mesmo.⁵⁴⁶ Na verdade, o direito novo está inserido na ética foucaultiana, que “é bem o domínio de um exercício da liberdade, o domínio de um exercício da autonomia na relação com o “outro” e com o mundo, o domínio de uma “crítica permanente visando assegurar o exercício contínuo da liberdade”.” De outro modo, somente um direito “objeto de uma inquietação permanente”⁵⁴⁷ é que teria condições de exercer de modo eficaz a sua função anti-normalizadora.

⁵⁴² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 47.

⁵⁴³ FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 247.

⁵⁴⁴ BRANCO, Guilherme Castelo. As lutas pela autonomia em Michel Foucault. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 175-84, p. 182.

⁵⁴⁵ DUARTE, André de Macedo. Foucault à luz de Heidegger: notas sobre o sujeito autônomo e o sujeito constituído. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 49-62, p. 53.

⁵⁴⁶ Este resgate de Heidegger, que muito influenciou o pensamento de Foucault, lembra outro autor também de muita influência para ele e, aliás, para o próprio Heidegger: Nietzsche.

⁵⁴⁷ FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 278 e 285.

A audiência pública jurisdicional, como antes referido, democratizada/potencializada, poderá colaborar com a superação do direito estatal, na medida em que capaz de colaborar ou promover uma reforma desnormalizadora no modelo jurisdicional vigente. A audiência pública, nestes termos configurada, portanto, será um instrumento símbolo de *vanguarda*. Tanto é assim que existe enorme resistência no que diz respeito às questões que ela acabaria atingindo, caso operacionalizada em moldes próximos aos ideais traçados no capítulo dois. Ainda assim, porém, será ela incapaz de integralmente se contrapor à natureza normalizadora do direito, já que colaborar com a superação do direito estatal não é o mesmo que efetivamente superá-lo. O direito estatal não-normalizado, ainda assim permanece normalizador. Além do mais, no atual contexto, não é apenas o direito estatal o responsável pela normalização. O direito e a jurisdição estatais são apenas um dos mecanismos de exercício do poder, responsável por dominar e, conseqüentemente, normalizar, assim como apenas uma das formas de proteção do indivíduo e coletividade. Sendo desse modo, considerada principalmente a amplitude assumida pelo direito desde o século XVII, a partir do poder disciplinar, é a audiência pública símbolo da *tradição*, uma vez que, não obstante vanguardista na sua potencialidade de romper com o direito normalizado, permanece inserida na visão tradicional do direito normalizador e, mais, o direito normalizador estatal.

De todo modo, o mais importante, neste momento, é estar atento aos possíveis movimentos de *refinamento* de que a audiência pública pode se responsável. Agora, porém, não se está referindo à audiência pública jurisdicional enquanto potencialidade, mas na forma como concretizada. Isto porque ela poderá estar servindo aos intuitos do poder normalizador de eliminar obstáculos ao seu exercício e mascarar a dominação realmente presente.⁵⁴⁸ O refinamento é preocupação constante de Foucault, assim como de foucaultianos como Edson Paseti, para quem a normalização também tem se feito presente na comunicação intensa e instantânea das máquinas cibernéticas. Para ele, de modo bem pertinente ao presente trabalho: “No interior da sociedade de controles contínuos, os lugares são redefinidos por fluxos. O investimento não é mais no corpo propriamente dito; interessa, agora, extrair o máximo de

⁵⁴⁸ Foucault afirma que, diante o poder normalizador, aparentemente não mais existiria razão para a teoria da soberania persistir como ideologia e como princípio organizar dos grandes códigos jurídicos. Contudo, segundo o autor, há duas importantes razões: “De um lado, a teoria da soberania foi, no século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento crítico permanente contra a monarquia e contra todos os obstáculos que podiam opor-se ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Mas, de outro, essa teoria e a organização de um código jurídico, centrado nela, permitiriam sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direitos que mascarava os procedimentos dela, que apagava o que podia haver de dominação e de técnicas de dominação da disciplina e, enfim, que garantia a cada qual que ele exercia, através da soberania do Estado, seus próprios direitos soberanos.” FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44.

energias inteligentes, fazer participar, criar condições para cada um sentir-se atuando e decidindo no interior de políticas de governos, em organizações não-governamentais e na construção de uma economia eletrônica.”⁵⁴⁹ Também Guilherme Branco quando refere que, antes de se afirmar que a luta de um grupo seja representativa de um movimento de resistência, faz-se necessário observar algumas ressalvas, as quais foram apresentadas por Foucault, como é o caso da luta para a inclusão e/ou legitimação de uma ordem estabelecida, o que, segundo o autor, acaba “consolidando as estruturas do poder e auxiliando para o desenvolvimento de suas técnicas de individuação.”⁵⁵⁰ Ademais, da forma como a audiência foi concretizada, o poder jurisdicional, mais uma vez em sua história, se utiliza de saberes da medicina ou, de um modo geral, saberes com *status* de “científico”, para construir seus discursos de verdade.⁵⁵¹ Ora, não fosse este o intuito, porque permitir, tanto na lei como nas audiências da ADIn 3510 e ADPF 101, que apenas especialistas participassem das audiências?

Com efeito, não seria a audiência pública um instrumento exatamente de refinamento das práticas modernas, para o fim de assegurar a imperceptível ou disfarçada manutenção das mesmas, as quais visam a normalização societal, e conseqüentemente, a estabilidade e segurança tão necessária ao capitalismo, antes, porém, apenas via poder centralizado (o Estado), agora e cada vez mais, distribuído por todos os ambientes comunitários? Não será a audiência pública um instrumento normalizador, no sentido foucaultiano, inicialmente surgido nas periferias do poder, isto é, nas suas extremidades, afastado do poder tradicional, e que, por mostrar-se útil politicamente ou lucrativo economicamente, teria sido capturado pelo poder estatal? Até que ponto ela não é contra-democrática, na medida em que, a comunidade, se imaginando representada nas discussões travadas na audiência pública jurisdicional, permanece ainda mais inerte ante a atuação, jurisdicional ou não, do Estado?

⁵⁴⁹ PASSETI, Edson. Anarquismos e sociedade de controle. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 123-38, p. 134. Noutro momento (p. 135), “Estamos num mundo de direitos que não mais disciplina as forças, mas que consagram suas vidas como agentes de participantes”.

⁵⁵⁰ BRANCO, Guilherme Castelo. As lutas pela autonomia em Michel Foucault. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 175-84, p. 177.

⁵⁵¹ “Foucault dirá que há muito e, ao mesmo tempo, muito pouco a se dizer sobre tal gênero de discursos [...]. São discursos que têm o poder de terminar uma decisão da justiça sobre a liberdade ou a detenção de alguém. Funcionam como discursos de “verdade” no interior da instituição judiciária, discursos verdadeiros porque detentores de um *status* científico, na medida em que são pronunciados por pessoas qualificadas para dizê-los.” FONSECA, Márcio Alves da. Entre monstros, onanistas e incorrigíveis: as noções de “normal” e “anormal” nos cursos de Michel Foucault no *Collège de France*. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 239-53, p. 249. Mais a este respeito, o que também seria fundamental de ser melhor aprofundado na presente pesquisa, no livro *Os anormais*, de Foucault.

[...] parece-me que, em uma sociedade como a nossa, a verdadeira tarefa política é a de criticar o jogo das instituições aparentemente neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política que se exercia obscuramente nelas seja desmascarada e que se possa lutar contra elas. (*FOUCAULT, Michel. Ditos & Escritos. Estratégia, Poder-Saber (v. IV). 2.ed. Organização de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006*).

Chega de tentar dissimular / E disfarçar e esconder / O que não dá mais pra ocultar / E eu não quero mais calar / Já que o brilho desse olhar / Foi traidor e entregou / O que você tentou conter / O que você não quis desabafar / Chega de temer, chorar, sofrer, sorrir, se dar / E se perder e se achar / E tudo aquilo que é viver / Eu quero mais é me abrir / E que essa vida entre assim / Como se fosse o sol / Disvirginando a madrugada / Quero sentir a dor dessa manhã / Nascendo, rompendo, tomando / Rasgando meu corpo e, então, eu / Chorando, gostando, sofrendo, adorando, gritando / Feito louca, alucinada e criança / Eu quero o meu amor se derramando / Não dá mais prá segurar / Explode coração! (*Gonzaguinha. Não dá mais para segurar – Explode Coração*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da audiência pública não pode ser cegamente negada. É imprescindível reconhecer a oportunidade concedida à comunidade não-jurídica de intervir nos julgamentos da mais alta Corte do país. Afinal de contas, extremamente salutar é a audiência daqueles que estudam e trabalham com as questões que irão a julgamento, a) seja pelo conhecimento de que dispõem, razão porque a audiência pública talvez seja o que de mais evoluído exista em termos de espécie de prova, b) seja pelo interesse profissional e científico e, portanto, extremamente relevante e representativo, que possuem no objeto do processo. No mesmo momento em que é possível visualizar um novo instituto procedimental eficaz na colheita de determinadas informações (provas), a intervenção da comunidade, via qualquer um dos seus representantes, por si só promove democratização. Na forma como concretizada, outro aspecto ainda faz prova da importância da audiência pública jurisdicional. Apesar de a audiência pública não gerar democracia participativa, a representação por mandato de que ela se utiliza é o instrumento mais adequado para democratizar o Poder Judiciário, observado o funcionamento deste último e o atual contexto social, eminentemente complexo (ver 2.2). Desse modo, a audiência pública, nos três processos em que realizada, acabou por aproximar a comunidade do centro de poder jurisdicional, o que o fez de modo bastante satisfatório.

Sob o enfoque político-democrático, entretanto, não resta alternativa a dizer que, apesar dos avanços, a audiência pública jurisdicional, na forma como concretizada, não corresponde integralmente aos intuitos democráticos tratados pelas teorias políticas contemporâneas, apresentando limites no que diz respeito aos modelos de democracia plural, deliberativa e substancial. No modo como a audiência pública jurisdicional foi legislada e no modo como foi concretizada na ADin 3.510 e na ADPF 101, a pluralização do Poder Judiciário mostrou-se significativamente reduzida, uma vez que limitada à elite intelectual do nosso país. A audiência pública, nestes casos, foi implementada na forma de uma democracia representativa e elitizada, onde, porém, de outra classe, que não dos políticos, são os representantes; no caso, são da classe dos especialistas ou, segundo a legislação (Leis nº 9.868

e 9.882), das pessoas com experiência e autoridade na matéria. Já quanto à deliberação e substancialização democráticas, as três audiências públicas até o momento realizadas mostram-se deficitárias, uma vez que tanto não foi oportunizado o devido debate, como a probabilidade de serem levadas em consideração as exposições orais dos participantes na audiência, pelo que se pode extrair das manifestações dos próprios Ministros, é bastante pequena. Mesmo assim, quanto a este último aspecto, é necessário aguardar novos julgamentos, os quais deverão fornecer mais material para a análise.

Com efeito, todas as três audiências públicas realizadas pelo STF até o corrente momento aproximaram a comunidade do centro de poder jurisdicional. Contudo, apenas uma delas, aquela realizada para instruir os autos da ADPF 54, permitiu que toda a comunidade, e não apenas os especialistas usufríssem desta aproximação. Por fim, nenhuma das audiências possibilitou um debate, um diálogo, entre os envolvidos e interessados e nem foi suficiente à construção de uma resposta que melhor atenda à comunidade. A audiência pública tem muito de sincrônica com a contemporaneidade, na medida em que permite a intervenção comunitária no Poder Judiciário. Mas, observada a forma como tem sido concretizada, tem muito mais de anacrônica, uma vez que no seu formato de pluralidade, deliberação e substancialidade limitadas, caracteriza-se como tecnocrática, burocrática, formal e produtora (ou mantenedora) de um direito e jurisdição meramente declaratórios, a atuar pura e simplesmente fazendo incidir a lei, previamente existente, ao caso a eles submetido.

Contudo, a audiência pública não foi analisada apenas a partir do que efetivamente representa enquanto concretizada. O instituto também foi pensado como possível potência democrática. No caso, a conclusão foi de que, sob determinadas condições, ou seja, se suprimidos alguns vícios e promovidas algumas modificações, a audiência pública poderá promover uma democratização efetiva do Judiciário. Mais precisamente, a idéia é pela *manutenção* do modelo de democracia representativa via mandatários, *consolidação* da pluralidade promovida na última das audiências, *aprimoramento* significativo da deliberação a ser realizada durante a audiência e, por fim, que as decisões proferidas nos processos judiciais em que realizada audiência pública levem em consideração os valores comunitários compartilhados. Não são pequenas as dificuldades culturais impostas à tentativa de a audiência efetivamente democratizar o Judiciário: a aproximação, a ampliação, na quantidade de sujeitos e na deliberação, e a efetivação da participação popular quando do exercício jurisdicional exige a rediscussão de valores sócio-culturais. Isto, porém, não quer dizer que a audiência pública não detenha potencial de democratizar. Sendo assim, a audiência, até o momento, não foi concretizada de modo efetivamente democrático, mas poderá vir a ser.

O máximo de democracia permitido pela estrutura moderna e, especificamente, pela estrutura do direito e da jurisdição modernos, porém, não é capaz de sincronizar estes últimos à comunidade contemporânea. A sincronia exige, além da democratização do Judiciário, a inclusão e reconhecimento das diferenças. As estruturas modernas, principalmente o direito e a jurisdição, mas inclusive a democracia, formatadas a partir da crença na igualdade, impedem que seja dada a devida atenção às diferenças. A democratização do direito, jurisdição e Poder Judiciário, mesmo que realizada de um modo satisfatório, não é suficiente a possibilitar a emergência das diferenças da forma como configuradas ou, melhor, percebidas na contemporaneidade, uma vez que a questão relativa a elas diz respeito à estrutura moderna, da qual faz parte a tradição jurídica romano-canônico, de onde a jurisdição e o processo brasileiro são legatários. Sendo assim, será a audiência pública, além de democratizar, capaz também de fazer com que o direito e a jurisdição atualmente vigentes acolham as diferenças constantes do corpo social, sincronizando-os com a comunidade contemporânea?

De uma análise específica do instituto, passou-se a uma análise do direito e jurisdição em que ele está inserido. Isto de modo a melhor compreender quais as limitações do direito e jurisdição frente às diferenças para, na seqüência, refletir sobre a possibilidade de a audiência pública jurisdicional figurar também como potência para a promoção de uma ruptura estrutural e paradigmática. O direito moderno pode ser caracterizado por sua natureza normalizada e normalizadora, já que fundado num sistema, modelo rígido de normas, e uniformizador das condutas sociais. O problema é que o direito e a jurisdição modernos visam promover a igualdade e, em razão disso, persistem num movimento normalizador e regulatório, enquanto a comunidade implora por emancipação, já que está cada vez mais consciente de que são exatamente as diferenças que necessitam de proteção.

Dito de outro modo, o direito e a jurisdição modernos têm em Hobbes a teorização acerca da natureza humana e do modelo de organização social, enquanto que a comunidade contemporânea ambiciona um homem mais participativo e visa à redução ou eliminação de quaisquer formas de dominação, uma vez que esta não demonstrou ser a melhor, nem muito menos a única forma de possibilitar a convivência entre os homens. O direito e a jurisdição modernos se preocupam com a segurança e a certeza ofertadas, dentre outros aspectos, pelo racionalismo (cientificismo) e positivismo jurídico, enquanto que a comunidade clama pelo reconhecimento da falibilidade intrínseca à natureza humana e, por conseqüência, pela justicialização do direito, menos exato e mais ocasional, adequado e razoável. O direito e a jurisdição são abstratos, uniformizadores e inefetivos, enquanto que a comunidade almeja por um direito casuístico, criativo e efetivo.

Com efeito, inúmeras são as divergências entre o modelo de direito e jurisdição atualmente vigentes e a comunidade contemporânea. Potencializada, é possível afirmar que a audiência pública, além de democratizar, e, na verdade, exatamente por isso, é um instrumento capaz de superar o direito normalizado (ou positivado/normatizado) e a jurisdição meramente declaratória, tudo em prol de um direito histórico e uma jurisdição criadora. Contudo, o caráter normalizador/uniformizador do direito estão a exigir um movimento ainda maior, não sendo suficiente, portanto, a democracia que a audiência pública é capaz de promover, sendo antes necessária uma democratização muito mais profunda, a mexer com as estruturas modernas e emancipar o homem.

Sendo assim, a audiência pública, da forma como concretizada, mesmo que sempre democrática, não é nem promotora de uma democracia tal como defendida em grande parte das teorias da atualidade, nem, muito menos, possibilita a inclusão e reconhecimento das diferenças. Já a audiência pública enquanto potência pode efetivamente democratizar o Poder Judiciário, a ponto de inclusive romper com a natureza normalizada do direito e jurisdição modernos. No que, entretanto, ela ainda é limitada, é na sua capacidade de romper com a natureza normalizadora, perante o que o direito e a jurisdição modernos, ainda que, auxiliados por uma audiência pública potencializada, serão incapazes de atender aos anseios sociais com a mesma variedade e, principalmente, a mesma velocidade com que surgem. Por maior que seja a abertura proposta, o direito e a jurisdição, de origem normativista, não são capazes de acolher toda a complexidade do social, visto que chegam sempre atrasados e com uma concepção prévia do que seja a regra ou o normal.

Ademais, num contexto como o contemporâneo, importante é conhecer e refletir acerca do direito enquanto poder normalizador, nos termos utilizados por Michel Foucault. Referido direito, reflexo das relações de poder capilarizadas pela comunidade, é normalizador independentemente do próprio Estado. Trata-se de um direito que, exatamente por não ser normalizado, é normalizador e uniformizador. Na verdade, é direito, na medida em que atribuído conceito mais ampliado a ele, a incluir mecanismos não-centralizados de exercício do poder que, no atual contexto, mostram-se mais eficazes a atender aos interesses uniformizadores. Sendo assim, imprescindível pensar sobre o avanço representativo da audiência pública na forma como concretizada, uma vez que pode ser representante de uma ressonância disfarçada do direito moderno que concretizou (e ainda concretiza) o intuito de regular os cidadãos, tanto individualmente como em sociedade, normalizando os seus comportamentos, através da própria atividade legislativa ou da atividade jurisdicional, caracterizada esta última pela aplicação impositiva e coercitiva da lei.

Com efeito, todo cuidado pode ser pouco, quando considerada a audiência pública da forma como tem sido operacionalizada pelos Ministros do STF, pois, apesar de constituir certa evolução em termos de tutela jurisdicional, não estará ela atuando como instrumento conservador e de resistência pelo fato de permitir apenas parcialmente a participação da comunidade na construção da resposta judicial e não romper com os principais institutos e ideologias modernos? E, mais, até que ponto a audiência pública não representa tão-somente mais uma medida burocrática criada no intuito de burlar a crítica ao elitismo judicial, mantendo-nos conformados em nossa posição passiva de simples receptáculos da tutela jurisdicional? De todo modo, a audiência pública, na forma como foi legislada e como tem sido concretizada, se assemelha muito mais a uma tentativa da modernidade de se adaptar às necessidades da sociedade contemporânea, sem que para isso tenha que romper definitivamente com os seus valores, do que um instrumento de sincronia.

Vários são os limites da audiência pública como instrumento que foi criado no intuito de promover um Poder Judiciário mais democrático e, com isso, figurar como um dos possíveis símbolos jurisdicionais da sociedade contemporânea. Não obstante isso, inúmeras também são as potencialidades de referido instituto, as quais, entretanto, não podem, desde já, ser superdimensionadas, principalmente pelo fato de que poderão criar uma ilusão produtora de ainda mais passividade. Importante, portanto, é fiscalizar a forma como concretizada a audiência pública, cobrando por sua potencialização, de modo a torná-la efetivamente democrática, assim como igualmente democráticos o direito e a jurisdição modernos, que, ademais, inclusive poderão resultar desnormalizados. Fiscalização, porém, que não poderá olvidar que desnormalizar o direito e a jurisdição modernos, não implica, automaticamente, na desnormalização da comunidade, uma vez que o direito não-normalizado, não quer dizer não-normalizador, até mesmo porque, sendo o direito muito mais do que simplesmente o direito estatal, o poder e a dominação seguem sendo exercidas independentemente dele.

REFERÊNCIAS

ARTIGOS E LIVROS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AIETA, Vânia Siciliano Ramos. Democracia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190-5.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Ética a Nicômacos*. 3.ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. *Jurisdição Constitucional e pluralismo no pensamento de Peter Häberle*. Disponível em: <http://201.38.128.50/ojs/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/201/232>. Acesso em: 11 ago. 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Advocacia em tempos de crise*. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos021.html>. Acesso em: 13 fev. 2009.

_____. A função dos tribunais superiores. In: In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

_____. *A Jurisdictio Romana e a Jurisdição Moderna*. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263-282.

_____. *Curso de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. Tomo I.

_____. *Curso de Processo Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. Tomo II.

_____. *Curso de Processo Civil*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. *Da função à estrutura*. Disponível em:
<<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos018.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direitos individuais homogêneos e relações jurídicas comunitárias. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 371-394.

_____. *Execução obrigacional e mandamentalidade*. Disponível em:
<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos009.htm>. Acesso em: 05. ago. 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em:
<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos022.html>. Acesso em: 13 fev. 2009.

_____. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. “*Questão de fato*” em recurso extraordinário. Disponível em:
<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>. Acesso em: jul. 2007.

_____. Réquiem para a tutela preventiva. Disponível em:
<<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos020.html>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Unidade do Ordenamento e Jurisdição Declaratória. In: _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Verdade e significado. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 265-81.

BAREMBLITT, Gregorio. *Compendio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. 5.ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002.

BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 642-7.

_____. Prudência e Jurisprudência – Uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado 1998-1999*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 163-192.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Ética pós-moderna*. 2 ed. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2003.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito Natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 240-3.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Cursos sobre a Filosofia Grega*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 4.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A idéia de direito social. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

_____. Crise do Estado e democracia: Onde está o povo? - 2. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 201-22, 2006.

_____. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 91-111.

_____; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONI, Luis Alberto de. Guilherme de Ockham. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 615-8.

BRANCO, Guilherme Castelo. As lutas pela autonomia em Michel Foucault. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 175-84.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v.1.

_____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 1-44.

_____. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?, Porto Alegre, n. 6, p. 347-66, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

CHUEIRI, Vera Karam. Ronald Dworkin. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 259-63.

CITTADINO, Gisele. Comunitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 136-8.

_____. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, I. M. *As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_137/r137-16.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008. Disponível também em: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p.

CROPSEY, Joseph. Introdução. In: HOBBS, Thomas. *A dialogue between a Philosopher and a Student of the common laws of England*. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. Disponível em: <http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/dialogue_hobbes.doc>. Acesso em: 03 jul. 2008.

DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia. In: SOUZA, Jessé. (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 11-38.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Disponível em: <<http://www.intratext.com/IXT/POR0305/P1.HTM>>. Acesso em: 25 jun. 2006

DUARTE, André de Macedo. Foucault à luz de Heidegger: notas sobre o sujeito autônomo e o sujeito constituído. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 49-62.

DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. In: *Revista de Processo*, n. 148, p. 99-110.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípio*. 2.ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (Ou porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito)*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.

FONSECA, Márcio Alves da. Entre monstros, onanistas e incorrigíveis: as noções de “normal” e “anormal” nos cursos de Michel Foucault no *Collège de France*. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 239-53.

_____. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a ‘sociedade de normalização’. In: _____. *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 109-27.

_____. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: _____. (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. A sociedade disciplinar em crise. In: _____. *Ditos & Escritos. Estratégia, Poder-Saber (v. IV)*. 2.ed. Organização de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 267-9.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

_____. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Nietzsche, a genealogia e a história. In: _____. *Microfísica do Poder*. 23ª.ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2007, p. 15-37.

_____. *Segurança, Território, População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e Punir*. 18.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 10.ed. Salamanca: Sigueme, 2003. v. I.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. (org). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301-43.

_____. *Habermas y el derecho*. Disponível em:
<www.geocities.com/jagamado/pdfs/habermasds.pdf>. Acesso em: 19 out. 2008.

GOMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação do Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 471-5.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução e apresentação de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 1.v. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 7.ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 15.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. Parte I.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, [S.d].

_____. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBBS, Eric J. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Jürgen Habermas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 403-8.

_____. Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. A filosofia no direito e a filosofia da direito*, Porto Alegre, n. 5, p. 235-272, 2007.

_____. *Teoria do Estado. Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática. Os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1981.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007.

LISBOA, Wladimir Barreto. *A filosofia civil em Thomas Hobbes*. Disponível em: <http://www.unisinos.br/pastanet/arqs/0383/2045/a_filosofia_civil_em_thomas_hobbes.doc>. Acesso em: 03 jul. 2008.

_____. O direito, a moral e os limites da justiça: algumas dificuldades legadas pelos modernos. In: COPETTI, André.; STRECK, Lenio Luiz.; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 277-92.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alba, [S.d.].

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 530-4.

MACIEL, Omar Serva. *A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_IV_marco_2004/Omar%20-%20A%20interpretacao%20pluralista.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2008.

MAIA, Alexandre da. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 13-37, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.2.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *O amicus curiae e a democratização do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/viewFile/178/211>>. Acesso em: 03 set. 2008. Disponível também em: *Direito Público*, n. 9, p. 116-121, jul-ago-set. 2005.

MENDES, Denise Vitale Ramos. Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 72-93, jan.-jul. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional nº 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Tradução de Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 195-9.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 8.ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASCIMENTO, Milton Meira. Filosofia do Direito na Modernidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 355-9.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A cidadania e a Constituição. Uma necessária relação simbólica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 175, p. 163-174, jul.-set. 2007.

NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 80-4.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2007.

_____. *A genealogia da moral*. 3.ed. São Paulo: Moraes, 1991.

_____. *A origem da tragédia: proveniente do espírito da música*. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2005.

_____. *A visão dionisíaca do mundo*. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Sergio Albano. Buenos Aires: Gradifco, 2004.

NOVAES, Adauto. Invenção e crise do Estado-nação. In: _____. (org). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Metafísica na filosofia do direito hoje? Uma leitura de Kant através de Norberto Bobbio. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. 1, p. 51-63.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola do Direito Livre. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272-5.

OLIVEIRA, Nytamar de. John Rawls. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 687-90.

PASSETI, Edson. Anarquismos e sociedade de controle. In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 123-38.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PIMENTA, Alessandro Domingues. Rene Descartes. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

QUINTANA, Fernando. Jean-Jacques Rousseau. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 744-51.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2.ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. *Brasil: o estado de uma nação*. 1.ed. IPEA, 2005. Disponível também em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Pesquisar em Estudos e pesquisas/Brasil: o estado de uma nação/Publicação 2005.

ROCHA, Leonel Severo. A dimensão política da Teoria Pura do Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*, Porto Alegre, n. 4, p. 287-306, 2006.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 27-52.

_____. *Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF*. No prelo.

_____. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. São Leopoldo: UNISINOS. Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510: Do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. *REPRO*, n. 154, p. 265-283, ano 32, dez. 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SENESE, Salvatore. Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (coord.). *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996, p. 40-58.

SCHILLING, Voltaire. *Revolução Francesa: iluminismo, jacobinismo e bonapartismo*. Porto Alegre: Leitura XXI, 2003.

SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones contemporâneas del Pensamiento jurídico (La filosofía del Derecho en el siglo XX)*. Barcelona - Buenos Aires: Editorial Labor, 1929.

_____. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*. México: UNAM, 1971.

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2.ed. Argentina – México: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, Francis Waleska Esteves da. Da ação direta de inconstitucionalidade à luz da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, n. 15, p. 25-43, ago.-dez. 1999.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. La reforma*. Tradução de Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

SOARES, Evanna. *A audiência pública no processo administrativo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145&p=1>>. Acesso em: 14 ago. 2008. Disponível também em: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 259-283, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. Introdução Geral à Coleção. In: _____.(org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 13-27.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. Hobbes e a Segurança Global num ambiente internacional de anarquia. In: COPETTI, André.; STRECK, Lenio Luiz.; ROCHA, Leonel Severo (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 77-90.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. *Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 137-80.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado 1998-1999*, São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 77-120.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRUCHINER, Noel. Filosofia da linguagem. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 333-7.

TARUFFO, Michele. *El vértice ambíguo. Ensayos sobre la Casación Civil*. Tradução de Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima: Palestra, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Processo civil. Evolução – 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro I.

VEIGA-NETO, Alfredo. Coisas do governo... In: RAGO, Margareth; ORLANDI, Luiz B. Lacerda; _____ (org). *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas*. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 13-34.

VENTURA, Deisy. *Ensinar direito*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *Monografia jurídica: uma visão prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VILLANOVA, Marcelo Gross; POGREBINSCHI, Thamy. Thomas Hobbes. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2006, p. 436-9.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. 5.ed. São Paulo: Pioneira, 1987.

WOLF, Francis. A invenção da política. In: NOVAES, Adauto (org). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 637-40.

_____. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

NOTÍCIAS E OUTROS (RELATÓRIOS E CURRÍCULOS)

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curriculum Vitae*. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord); MACHADO, Sadi Flores. *A concretização dos direitos humanos sob a ótica do constitucionalismo e da internacionalização do direito: o fenômeno da recepção e da fertilização recíproca*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Projeto de Pesquisa vinculado ao curso de direito.

Arcebispo de São Paulo e músico “duelam” no STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2104200704.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

Audiência Pública da SMAM para ouvir a Comunidade sobre o projeto do Grêmio Náutico União, relativo à Reforma da SEDE Moinhos de Vento, ocorrida em 30/01/2008. Disponível em: <<http://poavive.wordpress.com/2008/02/02/audiencia-publica-da-smam-para-ouvir-a-comunidade-sobre-o-projeto-do-gremio-nautico-uniao-relativo-a-reforma-da-sede-moinhos-de-vento-ocorrida-em-30012008/>>. Acesso em: 01 set. 2008.

Audiência pública debate importação de pneus usados. Disponível em: <http://www.tvjustica.gov.br/maisnoticias.php?id_noticias=7582>. Acesso em: 22 ago. 2008.

Audiência pública em Pinheiro mobiliza população e fóruns comunitários. Disponível em: <http://oimparcial.site.br.com/index.php?Itemid=33&id=9198&option=com_content&task=view>. Acesso em: 01. set. 2008.

Audiência Pública na CLDF reúne especialistas no combate à violência contra crianças e adolescentes. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=461&Itemid=177>. Acesso em: 01 set. 2008.

Audiência pública sobre importação de pneus usados recebe 21 inscrições. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/33563/vinte-e-um-especialistas-se-inscreveram-para-falar-durante-a-audiencia-publica-que-discutira-a-possibilidade-de-o-brasil-importar-pneus-usados-provenientes-de-paises-nao-integrantes-do-mercosul>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

CASTRO, André Augusto. *Häberle é Honoris Causa na UnB*. Disponível em: <<http://www.secom.unb.br/unbagencia/ag0905-31.htm>>. Acesso em 11 out. 2008.

LEIS E JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. *Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997*. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2.960, transformado na Lei nº 9.868/99. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. *Justificação do Projeto de Lei nº 2.872, de 1997*. Justificação do Projeto de Lei nº 2.872, transformado na Lei nº 9.882/99. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/RegInterno.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. *Regimento Interno do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/RegSFVoll.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. *Resolução 1/86 do CONAMA*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

BRASIL. *Resolução 9/86 do CONAMA*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em 17 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Deferimento do pedido da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – FIEP para que possa intervir na ADin nº 2.548 na condição de amicus curiae*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 18 out. 2005. Disponível no sítio <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório do julgamento pela improcedência da ADin nº 3.510*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Pesquisar em “Notícias”. Acesso em 10 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto no julgamento pela improcedência da ADin nº 3.510*. Ministra Carmen Lúcia Rocha. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

MANIFESTAÇÕES ORAIS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Processo*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 1º sem. 2007. Aula proferida na pós-graduação – Mestrado – em Direito Público da UNISINOS.

_____. *Orientação*. Porto Alegre, Escritório de Advocacia Ovídio Baptista da Silva Advogados, 2º sem. 2008. Conversa de orientação da pesquisa para a dissertação.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Teoria do Estado Contemporâneo*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 1º sem. 2007. Aula proferida na pós-graduação – Mestrado – em Direito Público da UNISINOS.

BRITTO, Carlos Ayres. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

DINIZ, Débora. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral na audiência pública de que participou na condição de defensora do grupo contrário à ADin e favorável à pesquisa com células-tronco. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

GRACIE, Ellen. *Audiência pública realizada para instruir a ADin nº 3.510*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 20 abr. 2007. Manifestação oral, na condição de presidente do STF, dando início à primeira audiência pública realizada no STF. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e direito na época da globalização. Modernidade-mundo: conflito material e conflito identitário*. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 05 jun. 2007. Palestra proferida na pós-graduação, nível Mestrado e Doutorado, em Direito Público da UNISINOS.

ROCHA, Carmen Lúcia. *Audiência pública realizada para instruir a ADPF nº 101*. Brasília, Supremo Tribunal Federal (STF), 27 jun. 2008. Manifestação oral na audiência pública realizada em processo de sua relatoria. Disponível em: <www.tvjustica.gov.br> (“central de download”). Acesso em: 10 ago. 2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)