

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

MURILO TEIXEIRA COSTA

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COM ESPECIALISTAS NO ÂMBITO DO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Goiânia
2012

MURILO TEIXEIRA COSTA

**AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COM ESPECIALISTAS NO ÂMBITO DO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Relações Socioeconômicas.

Orientadora: Professora Dra. Geisa Cunha Franco.

Goiânia
2012

Nome: COSTA, Murilo Teixeira.

Título: Audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade: limites e possibilidades

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Profa. Dra. Geisa Cunha Franco - Orientadora
Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUCGO

Prof. Dr. Haroldo Reimer
Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUCGO

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin
Universidade Federal de Goiás – UFG

À minha flor, Carolina Alvarenga Alves de Moura
Costa, e aos nossos maiores troféus, Rafael e Pedro.

AGRADECIMENTOS

Ao único Senhor e Deus, o Deus de Abraão, o Deus de Isaque e o Deus de Jacó, a Jesus, o Cristo, o unigênito e primogênito de toda criação, o Maravilhoso Conselheiro, Deus Forte, Pai da Eternidade e Príncipe da Paz, e ao Espírito Santo de Deus, Consolador, o meu profundo agradecimento por sua infinita graça, misericórdia e amor. Sem Ti, Senhor, nada disso valeria a pena.

A minha preciosa família, minha esposa Carolina e meus filhos Rafael e Pedro, pelo amor e apoio constantes. Como é bom desfrutar desse projeto maravilhoso de Deus que é a nossa família.

A minha querida Igreja Apostólica Fonte da Vida, onde Deus tem me curado, libertado, purificado, aperfeiçoado e fortalecido. Ao casal apostólico, Apóstolo César Augusto e Bispa Rúbia, semeadores de fé e implantadores fiéis do Reino de Deus sobre a face da Terra. Aos meus pastores, Pr. Tony e Pra. Vera, e aos meus discipuladores, Presbíteros Marden e Midian, pelas orações, pelo apoio e pelo exemplo de consagração a Deus.

A todos os meus familiares: meus pais, Aparecido Barrios Costa e Neuza Teixeira Costa, pelo forte exemplo de caráter, de retidão e de dedicação aos estudos; ao meu sogro-pai, José Alves, e a minha sogra-mãe, Dona Luzia, pelo acolhimento, amor e cuidado; e aos meus irmãos, cunhados, concunhadas, sobrinhos e sobrinhas pela benção que é conviver com vocês.

Aos meus amigos da Procuradoria da Assembleia Legislativa de Goiás, Dr. José, Dra. Ruth, Dra. Liliana, Dra. Regiani e Dr. Gabriel, pela amizade e apoio.

À Assembleia Legislativa de Goiás por me propiciar todas as condições necessárias para realizar e concluir o curso de mestrado.

À minha orientadora, Profa. Geisa Cunha Franco, pela forma sábia, tranqüila e respeitosa como me conduziu durante todos esses dias. Sem a sua preciosa ajuda nada disso seria possível. Ao Prof. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin, pelo auxílio contínuo e pelas valiosas contribuições. Ao Prof. Haroldo Reimer, pelas aulas inesquecíveis, pela participação nas bancas de qualificação e de defesa, e pelas contribuições que foram fundamentais para o aperfeiçoamento e conclusão dessa dissertação. Todos vocês foram mais do que professores, foram, sobretudo, pessoas de incrível humanidade.

Aos servidores da Biblioteca da Procuradoria da República em Goiás, pela gentileza e presteza no atendimento. Obrigado pelo acesso ao rico acervo da biblioteca do Ministério Público Federal, o qual foi imprescindível para a construção dessa pesquisa.

RESUMO

Pretende-se nesta dissertação desenvolver uma pesquisa sobre os limites e as possibilidades das audiências públicas realizadas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. As audiências públicas podem ser definidas como um mecanismo participativo previsto no processo de controle abstrato de constitucionalidade, com caráter consultivo e não-vinculante, que, ao oportunizar o contato direto entre julgador e especialista, destinam-se a ouvir as mais variadas opiniões sobre determinada matéria submetida a julgamento, subsidiando, dessa forma, o desempenho da função jurisdicional. Esta dissertação pretende especialmente investigar se as opiniões e os conhecimentos expostos em tais eventos tem, de fato, interferido de alguma forma na atividade de interpretação constitucional e nos julgamentos do STF. Um questionamento que deve ser validamente formulado sobre a eficácia de tais audiências refere-se ao fato de saber se elas, realmente, tem contribuído para uma abertura pluralista e democrática no processo brasileiro de interpretação constitucional, ou se, pelo contrário, tem sido utilizadas apenas para atender a um mero ritualismo ou formalismo, sem qualquer influência no processo de interpretação constitucional e de tomada de decisões do STF. Esse estudo adquire significativa importância nos dias atuais em que o STF tem sido constantemente acionado para solucionar causas extremamente difíceis e multidisciplinares, as quais tem atraído a atenção da opinião pública e da comunidade, observado que, em alguns desses momentos, o STF acionou o mecanismo de realização de audiência pública e promoveu a oitiva de especialistas e também de outros segmentos da sociedade diretamente interessados nos assuntos encerrados nas ações, como associações e outros grupos de representação. A literatura jurídica brasileira ainda é carente de trabalhos científicos específicos sobre este tema, embora já conte com uma grande produção sobre o instituto do *amicus curiae*. A relevância da temática das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade não pode passar despercebido, posto que interage fundamentalmente com a questão pertinente à participação ativa dos cidadãos, dos grupos, da comunidade, das potências públicas e da opinião pública no processo de interpretação constitucional. Um conjunto de idéias com esse significado tem lugar central na obra do jurista alemão Peter Häberle, o qual defende a adoção de critérios de hermenêutica constitucional abertos para uma sociedade cada vez mais pluralista. Esta pesquisa preocupa-se em investigar também se as audiências públicas com especialistas podem realmente contribuir para que as decisões judiciais sejam mais justas e legítimas. Realiza-se, além da revisão da literatura, um estudo de caso da audiência pública realizada no STF, em 2007, na ADI 3510 que debateu a questão pertinente à permissão do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas e terapia, especificamente para conferir se a opinião e o conhecimento dos especialistas influenciaram o posicionamento dos ministros do STF no julgamento desta ação. Almeja-se, ao pesquisar a dinâmica que tem sido conferida a tais audiências públicas, construir um estudo sobre os seus limites e as suas possibilidades.

Palavras-chave: audiências públicas com especialistas; controle abstrato de constitucionalidade; limites e possibilidades.

ABSTRACT

It is intended to develop in this dissertation research on the limits and possibilities of public hearings with experts in the abstract control of constitutionality. Public hearings may be defined as a participatory mechanism provided for in the process of abstract judicial review, in an advisory and non-binding, which create opportunities to direct contact between judge and expert, are intended to hear the varied opinions on certain submission to trial, supporting thus the performance of judicial functions. This dissertation intends to specifically investigate whether the opinions and knowledge exhibited at such events has, in fact, interfered in any way in the activity of constitutional interpretation and judgments of the Supreme Court. A question that should properly be made on the effectiveness of such hearings refers to the fact whether they really have contributed to a pluralistic and democratic opening in brazilian process of constitutional interpretation, or whether, conversely, has been used only to meet a mere ritualism or formalism, without any influence on the process of constitutional interpretation and decisions of the Supreme Court. This study acquires significant importance today when the Supreme Court has been constantly driven to solve extremely difficult and multidisciplinary causes, which has attracted the attention of public opinion and the community, noted that in some of these moments, the Supreme Court triggered the mechanism the public hearing and promoted the hearing of experts as well as other segments of society are directly interested in the affairs ended in actions such as associations and other representative groups. The brazilian legal literature is still lacking specific scientific papers on this subject, although I count on a big production about the institution of *amicus curiae*. The relevance of the subject of public hearings with experts in the abstract control of constitutionality can not be overlooked, since it interacts primarily with the issue pertaining to the active participation of citizens, groups, community, the public powers and public opinion in the process of constitutional interpretation. A set of ideas with this meaning has a central place in the work of the german jurist Peter Häberle, which advocates the adoption of constitutional hermeneutics criteria for an open society that is increasingly pluralistic. This research focuses on investigating also the public hearings with experts can really contribute to that court decisions are more fair and legitimate. Held, in addition to literature review, a case study of public hearing in the Supreme Court in 2007, ADI 3510 which discussed the issue pertaining to permission to use embryonic stem cells for research and therapy, specifically for check whether the opinion and knowledge of experts affect the positioning of the ministers of the Supreme Court in the trial of this action. One hopes, to investigate the dynamic that has been given to such public hearings, build a study of its limits and its possibilities.

Keywords: public hearings with experts; abstract control of constitutionality; limits and possibilities

SUMÁRIO

RESUMO	06
ABSTRACT	07
INTRODUÇÃO	10

CAPÍTULO 1

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1.1 Hermenêutica à Luz do Conhecimento Filosófico	19
1.2 Do Constitucionalismo Moderno à Hermenêutica Constitucional dos Novos Tempos	24
1.3 A Interpretação Construtiva de Ronald Dworkin	33
1.4 Peter Häberle e a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição	40

CAPÍTULO 2

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Controle de Constitucionalidade no Direito Estrangeiro	48
2.1.1 Alemanha: um paradigma de controle abstrato	48
2.1.2 Estados Unidos: a força e a longevidade de um modelo difuso	54
2.2 Controle Abstrato de Constitucionalidade no Brasil	59
2.2.1 Contextualização Histórica	59
2.2.2 O Modelo Abstrato de Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988 ..	61
2.3 Instrumentos de Informação dos Juízes Constitucionais: o <i>Amicus Curiae</i> como elemento pluralizador do processo de controle abstrato de constitucionalidade	69

CAPÍTULO 3

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COM ESPECIALISTAS NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 O Papel da Jurisdição Constitucional: o debate entre liberais, comunitários e crítico-deliberativos	74
--	----

3.2	Estudo de Caso: a ADI 3510 e o debate sobre o uso de células-tronco embrionárias	80
3.2.1	O Procedimento da Audiência Pública e a Opinião dos Especialistas Ouvidos	80
3.2.2	A Influência da Audiência Pública no Posicionamento dos Ministros do STF	91
3.3	Audiências Públicas com Especialistas: limites e possibilidades	107
CONCLUSÕES		114
REFERÊNCIAS		118

INTRODUÇÃO

Pretende-se nesta dissertação desenvolver uma pesquisa sobre os limites e as possibilidades das audiências públicas realizadas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

Sobre essa questão, a legislação em vigor no Brasil desde 1999, a saber, as Leis nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999¹, e nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999² - que disciplinam o processo e o julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade -, vieram a outorgar aos juízes constitucionais do Supremo Tribunal Federal (STF) uma série de instrumentos de informação dentro do processo de controle de constitucionalidade, entre os quais, a possibilidade de se ouvir, em audiências públicas, depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria.

Há, assim, a possibilidade de se ouvir, em sede do controle abstrato de constitucionalidade, por meio de audiência pública, *experts* ou personalidades que disponham de conhecimentos específicos sobre determinada área, caso se revelem imprescindíveis para o esclarecimento de alguma matéria ou circunstância relevante.

Tais audiências públicas podem ser entendidas como um mecanismo participativo previsto no processo de controle abstrato de constitucionalidade, com caráter consultivo e não-vinculante, que, ao oportunizar o contato direto entre julgador e especialista, destinam-se a ouvir as mais variadas opiniões sobre determinada matéria submetida a julgamento, subsidiando, dessa forma, o desempenho da função jurisdicional.

Registre-se que, além desse mecanismo de informação, a aludida legislação permite ainda que o relator da ação solicite informações aos tribunais superiores, aos tribunais federais e aos tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição³, além de autorizar a manifestação de outros órgãos e entidades, considerando-se a

¹ Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

² Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

³ Cf. § 2º do art. 9º da Lei 9.868.

relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, que ingressam na ação na qualidade de *amicus curiae* (amigo da corte).⁴

Embora a referida legislação tenha entrado em vigor no ano de 1999, somente em 20 de abril de 2007 foi realizada a primeira audiência pública no STF. Trata-se da audiência pública referente ao julgamento da ADI 3510, proposta pelo Procurador-Geral da República, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança).⁵

Após essa pioneira audiência pública, o STF já foi palco para mais quatro audiências públicas nas quais se debateram os seguintes temas:

(i) audiências públicas realizadas nos dias 26 e 28 de agosto de 2008 e em 01 e 16 de setembro do mesmo ano, referente à temática contida na ADPF nº 54, que trata da questão da interrupção de gravidez por anencefalia;

(ii) audiência pública realizada em 27 de junho 2008, referente à temática contida na ADPF nº 101, que versa sobre importação de pneus usados;

(iii) audiências públicas realizadas nos dias 27, 28 e 29 de abril de 2009 e em 04, 06 e 07 de maio do mesmo ano, referente à temática sobre o Sistema Único de Saúde - SUS, visando esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde⁶;

⁴ Cf. art. 7º, § 1º, da Lei 9.868, de 1999.

⁵ Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente

⁶ Embora não se refira a nenhuma ADI, ADC ou ADPF específica, a realização de tais audiências públicas levou em consideração os diversos pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada em trâmite no âmbito do STF, os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros), além da repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas, conforme ficou consignado no despacho de convocação de tais audiências públicas pelo min. Gilmar Mendes, então presidente do STF, com fundamento no art. 13, XVII, do Regimento Interno do STF.

(iv) audiência pública realizada nos dias 03 a 05 de março de 2010, referente à temática contida na ADPF 186, que aborda a questão das políticas de ação afirmativa no ensino superior.

Constata-se que todas essas ações têm por objeto questões extremamente complexas e multidisciplinares, típicas de uma sociedade pluralista, fato esse que certamente deve ter motivado os juízes do STF a entenderem que seria adequado ouvir especialistas nos temas encerrados naquelas ações, bem como a sociedade em geral, por meio de suas instituições, como as igrejas, associações e demais grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.

De fato, o controle de constitucionalidade vem exercendo um papel fundamental nos dias atuais. É claramente perceptível a crescente quantidade de ações desta natureza que são propostas perante o judiciário questionando os mais variados e complexos temas. Se isso, por um lado, reflete um amadurecimento natural da sociedade brasileira, também demonstra que o fortalecimento da pluralidade - que também é uma marca da sociedade nos dias atuais -, traz sérios encargos ao Poder Público, o qual constantemente é chamado a apresentar soluções eficazes a novas demandas.

O parlamento, de seu turno, não tem conseguido acompanhar a velocidade dos acontecimentos. É nítida a dificuldade que o parlamento enfrenta para alcançar consensos mínimos nas matérias em discussão. O fato é que o parlamento encontra-se fragmentado em diversos grupos de interesses e não há, por assim dizer, uma *bancada do interesse público*. Como consequência dessa realidade, os atos normativos, quando finalmente conseguem ser produzidos, são redigidos de forma cada vez mais genérica para se tentar acomodar, desse modo, todos os interesses envolvidos, trazendo fatalmente, como resultado, dificuldades para a sua interpretação e aplicação.

O judiciário, neste cenário, tem ocupado os espaços deixados pelo parlamento. Muitas das questões que passam anos tramitando no legislativo sem qualquer resposta, ou que receberam uma resposta incompleta devido às dificuldades já mencionadas, têm sido respondidas pelo judiciário.

Não se pretende nesse estudo questionar a validade ou a legitimidade dessa postura ativa e protagonista do judiciário, mas somente enfatizar que a realização de audiências públicas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, diante de todas essas circunstâncias, pode ser vista como uma forma do judiciário necessariamente reexaminar, com o auxílio de especialistas, os elementos que foram ou não adotados ou pressupostos pelo legislador na edição dos atos normativos porventura questionados, além de configurar uma oportunidade de se debater temas que ainda não tiveram uma posição definitiva do parlamento. Se há uma crise no sistema representativo, este é um bom momento para se buscar meios mais eficazes para a sua efetiva implementação, e o presente estudo sobre audiências públicas procura se inserir nesse contexto.

Esta dissertação tem como objeto principal de estudo, portanto, a experiência de realização de audiências públicas com especialistas na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, e pretende especialmente investigar se as opiniões e os conhecimentos exposto em tais eventos têm, de fato, interferido de alguma forma na atividade de interpretação constitucional e nos julgamentos do STF.

Neste aspecto, um questionamento que deve ser validamente formulado sobre a eficácia de tais audiências refere-se ao fato de saber se elas, realmente, têm contribuído para uma abertura pluralista e democrática no processo brasileiro de interpretação constitucional, ou se, pelo contrário, têm sido utilizadas apenas para atender a um mero ritualismo ou formalismo, sem qualquer influência no processo de interpretação constitucional e de tomada de decisões do STF.

Esse estudo adquire significativa importância nos dias atuais em que o STF tem sido constantemente acionado para solucionar causas extremamente difíceis e que tem atraído a atenção da opinião pública e da comunidade. Em alguns desses momentos, como se observa nos casos acima elencados, o STF acionou o mecanismo de realização de audiência pública e promoveu a oitiva de especialistas e também de outros segmentos da sociedade diretamente interessados nos assuntos encerrados nas ações, como associações e outros grupos de representação.

Todavia, revela-se necessário avaliar um pouco melhor o critério que o STF tem seguido para definir pela realização ou não de audiências públicas nas ações do controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de ações que lidam com o interesse público e cujos julgamentos têm grande repercussão social e impacto nas políticas públicas. Importa saber se o STF tem utilizado as audiências públicas em todos os casos necessários e de forma ampla ou se tem restringido a sua realização e as suas potencialidades em determinadas hipóteses.

Almeja-se, ao pesquisar a dinâmica que tem sido conferida a tais eventos, construir um estudo sobre os seus limites e as suas possibilidades. A literatura jurídica brasileira ainda é carente de trabalhos científicos específicos sobre o tema, embora já conte com uma grande produção sobre o instituto do *amicus curiae*.

A relevância da temática das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade não pode passar despercebido, posto que interage fundamentalmente com a questão pertinente à participação ativa dos cidadãos, dos grupos, da comunidade, das potências públicas e da opinião pública no processo de interpretação constitucional.

A interpretação constitucional, nesse ambiente, deixa de ser um ato de natureza exclusivamente estatal - algo desempenhado, até então, por um grupo restrito composto por aqueles atores legalmente legitimados a interpretar a lei fundamental, como os juízes constitucionais, advogados e membros do Ministério Público -, e passa a ser entendida como um produto da sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

Um conjunto de idéias com esse significado tem lugar central na obra do jurista alemão Peter Häberle, o qual defende a adoção de critérios de hermenêutica constitucional abertos para uma sociedade cada vez mais pluralista. Para esse autor, a participação da sociedade como intérprete, em sentido amplo, da Constituição confere maior legitimidade às decisões judiciais, as quais teriam também maior probabilidade de serem justas e racionalmente fundamentadas, pois haveria uma ampliação das alternativas interpretativas e argumentativas no processo de tomada de decisões, representando, tudo isso, um importante fator de unidade e desenvolvimento social.

Reforçando esse pensamento, Araujo (2011, p. 103-125) expõe que a concretização da Constituição não está restrita ao âmbito do Poder Judiciário, mas também é realizada pelo conjunto de pessoas que a vivem de forma orgânica. Com base nessa constatação, essa autora reproduz em sua obra as indagações formuladas por Cass R. Sunstein, reconhecido constitucionalista norte-americano, sobre a sabedoria da multidão no processo de interpretação constitucional e de solução de questões ditas difíceis, as quais dizem respeito, sobretudo, à conflituosidade de valores sociais e éticos que aparecem no texto constitucional. As ponderações são no sentido de que, se muitas pessoas têm uma visão sobre um assunto importante, o judiciário deveria consultar esse ponto de vista, ou seja, a sabedoria da multidão, que é justamente a possibilidade de grandes grupos de pessoas, em virtude de seu tamanho e independência, serem claramente susceptíveis de dar boas respostas para perguntas difíceis.⁷

Araújo (2011, p. 122) também argumenta que, em situações raras e/ou de grande repercussão e relevância social, o judiciário deve considerar o público, para que não ocorra uma reação pública, que pode ser acompanhada de uma resistência à decisão para tirar-lhe a eficácia.⁸ Deve haver, portanto, uma humildade judicial, postura necessária não somente para verificar se o julgamento é contrário às expectativas do público, evitando-se que advenha um conflito entre a nação e a decisão, mas também por razões epistêmicas, para que sejam coletadas informações importantes para uma interpretação constitucional adequada. E é justamente neste cenário que as audiências públicas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade têm o seu significado e a sua importância.

De seu turno, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin é um autor que também deve ser considerado como referencial nesse estudo porque conseguiu arquitetar uma teoria substancial sobre a definição de parâmetros justos para a interpretação e o julgamento de

⁷ Araujo (2011, p. 120-125) explica que a idéia é no sentido de que quanto mais pessoas forem consultadas em um processo decisório mais a decisão pode ser acertada. Para que haja o sucesso de muitas mentes, deve ainda ser observada a corrente de pensamento baseada no tradicionalismo e também a jurisprudência estrangeira. Acerca do tradicionalismo, considera-se que, se muitas pessoas, durante muito tempo, adotam certas práticas, é porque, de alguma maneira tem razão de perseguir tal caminho. No entanto, deve-se sempre fazer uma advertência em relação ao tradicionalismo, pois algumas tradições não são produzidas pela sabedoria, mas por um tipo de cascata social, em que práticas persistem não porque diversas pessoas decidem independentemente em seu favor, mas porque as pessoas simplesmente imitam outras, observado que algumas tradições são produtos de problemas causados pela disparidade de poder, em que algumas pessoas impõem sua vontade aos outros.

⁸ Lima (2009, p. 95) afirma que as decisões do STF devem ser mais populares, e não populistas. Sua atuação não basta ser ética, tem de preservar os valores éticos; não basta ser política, tem de assegurar os fins políticos da nação. Como integrante do Poder, inserido numa democracia, não pode simplesmente se esquivar das conseqüências nefastas da má condução do País.

casos difíceis. Conforme já dissermos, os especialistas têm sido convocados para participar de audiências públicas em ações diretas que lidam, essencialmente, com questões extremamente complexas e multidisciplinares, tornando-se útil, assim, do ponto de vista científico, aproximar os fundamentos da teoria de Dworkin com o objeto de estudo dessa pesquisa para enfrentar a problemática que será exposta.

Sendo assim, tomando-se tais pressupostos como referência, esta pesquisa preocupa-se em investigar e responder questões como: *(i)* as audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade têm, de fato, influenciado o processo de interpretação constitucional brasileiro? *(ii)* este mecanismo tem sido utilizado em todos os casos necessários e de forma ampla ou se tem restringido a sua realização e as suas potencialidades em determinadas hipóteses? *(iii)* as audiências públicas com especialistas podem realmente contribuir para que as decisões judiciais sejam mais justas e legítimas?

Com a intenção de responder tais indagações, mas sem pretensões de completude, na fundamentação teórico-metodológica dessa pesquisa, são utilizados os métodos de abordagem dedutivo e fenomenológico em função da problemática envolvida. No que se refere ao procedimento, emprega-se a pesquisa exploratória, com levantamentos bibliográficos e estudo de caso.

Realiza-se, dessa forma, a revisão da literatura, a fim de consubstanciar o aporte teórico e histórico que fundamenta o objeto de estudo. Registre-se que, em termos de literatura, existem disponíveis, à pesquisa, estudos específicos, jurídicos e filosóficos, que tratam sobre o tema da hermenêutica, do controle abstrato de constitucionalidade e da jurisdição constitucional, que são áreas pertinentes ao objeto da pesquisa e que necessitam ser exploradas para compor a base teórica dessa análise.

De seu turno, o estudo do caso concreto é visto, nesta investigação, como uma forma metodologicamente eficaz para se analisar os limites e as possibilidades das audiências públicas realizadas no âmbito dos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Escolheu-se, para tanto, a já mencionada audiência pública realizada no STF, em 2007, na referida ADI 3510 que debateu a questão pertinente à permissão do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas e terapia.

A eleição desta audiência pública para ser objeto de análise relaciona-se, primeiramente, com o fato de representar uma experiência inédita na história do STF, em que pela primeira vez esta Corte abriu as suas portas para dialogar com cidadãos não pertencentes à área jurídica. Segundo, porque envolve um julgamento histórico de uma ação que tem por objeto uma questão extremamente complexa e multidisciplinar. Além disso, o mérito dessa ação já foi definitivamente julgado pelo STF, possibilitando-se, assim, uma análise dos fundamentos que foram utilizados nos votos proferidos para conferir se a opinião e o conhecimento dos especialistas influenciaram de alguma forma o posicionamento dos ministros do STF.

Para a estruturação da pesquisa, propõe-se um esquema de trabalho organizado em três capítulos inter-relacionados. O capítulo 1: *Hermenêutica Constitucional*, empreende uma análise da hermenêutica sob a luz do conhecimento filosófico, destacando o pensamento dos principais filósofos que se dedicaram ao tema, como Friedrich D. E. Schleiermacher (1768-1834), Wilhelm Dilthey (1833-1911), Martin Heidegger (1889-1976), Hans-Georg Gadamer (1900-2002), Paul Ricoeur (1913-2005) e Jürgen Habermas (1929). A filosofia é responsável por valiosas contribuições para o campo do Direito, mormente para a construção e o aperfeiçoamento de uma hermenêutica jurídica. Nesse sentido, princípios e conceitos filosóficos vem sendo gradualmente utilizados e conformados pelo Direito para a compreensão de suas normas e também para o adequado exercício da função jurisdicional e formação de uma consciência ético-jurídica. Neste capítulo também se desenvolve uma análise sobre o Constitucionalismo Moderno e a *Hermenêutica Constitucional dos Novos Tempos*; sobre a interpretação construtiva de Ronald Dworkin e, finalmente, perscruta-se a teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição formulada por Peter Häberle.

No capítulo 2, *Controle Abstrato de Constitucionalidade*, empreende-se um estudo do direito comparado, enfatizando-se o modelo de controle de constitucionalidade adotado na Alemanha e nos Estados Unidos, por entendermos que tais experiências podem ser fontes profícuas para a reflexão teórica acerca do modelo seguido no Brasil. Transita-se ainda neste capítulo pelo tema do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, tanto por meio de sua contextualização histórica quanto pela apresentação do sistema instituído pela Constituição de 1988. A importância dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, especialmente o papel do *amicus curiae* como elemento pluralizador do processo de controle abstrato de constitucionalidade, é a reflexão proposta ao final deste capítulo.

Finalmente, no capítulo 3, Audiências Públicas com Especialistas no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade, realiza-se uma abordagem sobre o papel da jurisdição constitucional, dando-se enfoque ao debate entre liberais, comunitários e crítico-deliberativos a respeito do que é uma sociedade justa e qual a estrutura normativa mais adequada a esse ideal de sociedade, cujas respostas levaram tais correntes de pensamento ao enfrentamento de temas como o papel da Constituição, a efetivação do sistema de proteção dos direitos fundamentais e a atuação do Poder Judiciário. Neste capítulo, é elaborado um estudo de caso sobre a audiência pública realizada pelo STF na ADI 3510, que versa sobre a permissão do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas e terapia. O capítulo encerra-se com a abordagem daquele que é subtítulo dessa pesquisa: os limites e as possibilidades das audiências públicas com especialistas na esfera do controle abstrato de constitucionalidade.

CAPÍTULO 1

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional é a teoria que se propõe a estabelecer elementos normativos que auxiliam a atividade de interpretação da Constituição. Por versar sobre uma temática que problematiza com essa atividade, nesta parte deste trabalho, busca-se dissertar sobre o tema da hermenêutica constitucional, sua origem, evolução e a ampliação desse conceito, sem, é claro, qualquer pretensão de exauri-lo. O estudo volta-se, especialmente, para a análise da hermenêutica filosófica, que tem proporcionado à seara do Direito avanços enormes, e segue em direção ao exame do constitucionalismo moderno e à compreensão da hermenêutica constitucional dos novos tempos. Nesse ponto, procura-se destacar o pensamento do jusfilósofo Ronald Dworkin e suas contribuições para o exercício de uma interpretação construtiva do Direito, concebida com base na idéia de integridade e comprometida com a busca da solução justa para casos complexos. Por fim, consideramos pertinente arrematar este capítulo com as idéias de Peter Häberle de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

1.1 Hermenêutica à Luz do Conhecimento Filosófico

Em termos clássicos, hermenêutica é a teoria científica que orienta a atividade humana que busca compreender o sentido e o alcance de um texto. Não há consenso sobre a origem etimológica desta palavra, observado que alguns a associam ao deus grego *Hermes* e outros ao verbo grego *hermeneuein* e também ao substantivo *hermeneia*, que significam, semanticamente, algo que é *tornado compreensível, levado à compreensão*. O certo é que o conceito de hermenêutica foi difundido primeiramente na teologia como disciplina autônoma e auxiliar, com a função de descrever as regras para a correta interpretação das Sagradas Escrituras, tendo como pano de fundo o embate travado, a partir do século XVII, pelo protestantismo contra o monopólio interpretativo exercido pela Igreja Católica (PEREIRA, 2006, p. 10).

O campo teórico de atuação da hermenêutica logo foi estendido para outras esferas de conhecimento, como o direito, a literatura e às ciências em geral. Esse processo de expansão dos domínios da hermenêutica teve como principal consequência tornar a sua metodologia

cada vez mais especializada, conforme a natureza do texto a ser interpretado. A hermenêutica passou a ser utilizada de forma regionalizada, possuindo métodos próprios para cada um dos ramos do conhecimento.

O professor e teólogo Friedrich D. E. Schleiermacher (1768-1834) é considerado o precursor da hermenêutica moderna, visto que a sua obra fundamentou o surgimento de uma hermenêutica preocupada com todas as situações em que a compreensão é requisitada, tornando-a uma atividade geral e universal. Este autor estabelece um movimento inovador de desregionalização da hermenêutica (RICOEUR, 1990, p. 20), cujos domínios deixam de ser puramente técnicos, científicos e explicativos e passam a ser, sobretudo, filosóficos e compreensivos. Refletindo esse propósito, Schleiermacher (2000, p. 31) faz a seguinte observação:

Eu estou inteiramente de acordo em encerrar a tarefa da hermenêutica entre esses dois pontos, porém, confesso também que quero reivindicar para ela este domínio em sua totalidade e dizer que, em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria. [...] Todavia, meus dois guias me limitam de vários modos: um, na medida em que ele fala apenas de escritores, os quais devem ser compreendidos, [como se o mesmo não ocorresse também na conversação e no discurso imediatamente ouvido]; o outro, na medida em que ele logo limita o estranho àquilo que está redigido em língua estrangeira, o que constitui um domínio ainda mais restrito que aquele dos escritores em geral. [Pois, quantas coisas não há que nós apreendemos somente a partir de ensaios escritos, nos quais o conteúdo intelectual não é tão grandioso; a partir de narrativas que se aproximam da maneira corrente de apresentar os pequenos incidentes na conversação cotidiana, permanecendo bastante distante da maneira artística de escrever história; ou a partir de cartas de estilo mais íntimo e mais negligente; e obviamente também neste ocorrem problemas hermenêuticos cuja dificuldade não é pequena. [...] Sim, eu tenho que repetir outra vez que a hermenêutica não deve estar limitada meramente às produções literárias; pois eu me surpreendo seguidamente no curso de uma conversação [familiar] realizando operações hermenêuticas, quando eu não me satisfaço com o nível ordinário da compreensão, mas procuro discernir como, em um amigo, pode se dar a passagem de uma idéia à outra, ou quando questiono acerca das opiniões, juízos e tendências que fazem com que ele se expresse, sobre um assunto de discussão, deste modo e não de outro. Tais fatos, que todo homem atento deverá sem dúvida testemunhar naquilo que lhe concerne, manifestam bastante claramente, penso eu, que a solução do problema, para o qual nós estamos procurando justamente a teoria, não depende absolutamente de que o discurso esteja fixado para os olhos através da escrita, mas ocorre sempre onde nós temos que apreender pensamentos ou encadeamentos de pensamentos através de palavras.

Outra teoria relevante sobre hermenêutica foi construída por Wilhelm Dilthey (1833-1911). O autor, partindo da distinção entre ciências naturais e ciências do espírito (humanas), procurou criar uma metodologia peculiar e objetivamente válida para os objetos de estudo das humanidades e das ciências sociais. Nessa perspectiva, Pereira (2006, p. 16) considera que a

grande contribuição de Dilthey foi situar a possibilidade de compreensão, ainda que limitada ao âmbito das humanidades, dentro da História e não fora dela, divergindo daqueles que “achavam ser possível importar os métodos das Ciências Naturais - então considerados explicativos/descritivos, portanto aistóricos - para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico”.

Pode-se afirmar que Schleiermacher e Dilthey compartilham uma visão preponderantemente objetivista da hermenêutica, a qual procura valorizar, principalmente, a metodologia como elemento essencial na busca pela verdade. Esse pensamento de caráter científico-espiritual sofreu grande influência iluminista (absolutização do método) e perdurou durante todo o século XIX.

Coube a Martin Heidegger (1889-1976) romper com essa concepção tradicional da hermenêutica, ao direcionar o foco da investigação dessa questão para o campo da própria compreensão do ser, constituindo, por meio de sua teoria, uma análise fundamentalmente existencial da hermenêutica, que ficou conhecida posteriormente como o *giro ontológico ou hermenêutico*. Para Heidegger (2009, p. 209), “a interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa”.

O autor pondera que a interpretação é uma operação indissociável da historicidade do sujeito interpretante, porquanto a atividade humana de compreender “sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo” (2009, p. 213). Neste sentido, propõe que o sujeito histórico interpretante se insira num *círculo do compreender*.⁹

O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo do compreender não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a estrutura-prévia existencial, própria da presença. [...] Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, decerto, só pode ser aprendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações (HEIDEGGER, 2009, p. 214).

⁹ Referendando-se em Emerich Coreth, Pereira (2006, p. 36) esclarece que, ainda que não importe qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma *espiral* hermenêutica, já que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais.

Uma reflexão similar efetua Hans-Georg Gadamer (1900-2002) que, ao dar continuidade à ontologia da compreensão de Heidegger, procura demonstrar que o saber e a verdade ultrapassam qualquer procedimento metodológico, embora não despreze a importância do mesmo. O autor chama a atenção para a necessidade de se ter consciência de que a compreensão humana sempre é influenciada por diversos fatores, como o horizonte histórico, a cultura, os preconceitos e a linguagem, o que é algo revelador da própria finitude da experiência humana (GADAMER, 1997, p. 549). Nesta perspectiva, Gadamer postula que a essência da hermenêutica está no diálogo, seguido de perguntas e respostas, no qual o intérprete interage abertamente com aquilo que se interpreta, buscando desvelar o seu significado por meio de questionamentos frutíferos, para que, ao longo desse processo de comunicação, se estabeleçam conceitos novos mais adequados e uma verdadeira fusão de horizontes:

A dialética de pergunta e resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente a classe de consciência que é a consciência da história efetual. Pois a dialética de pergunta e resposta que pusemos a descoberto permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos nós, os que o compreendemos, os que temos de trazê-lo à fala, a partir de nós. No entanto, já vimos que este trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária, nascida de origem própria, mas está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência histórica. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete (GADAMER, 1997, p. 554).

A teoria gadameriana pretende conferir um caráter de universalidade à hermenêutica, utilizando-se, para isso, de proposições filosóficas como a historicidade do compreender; a consciência histórica efetual; o caráter especulativo da linguagem; e a dialética da pergunta e resposta, fundamentos estes que, juntamente com outros, foram considerados suficientes por Gadamer para constituir uma *hermenêutica filosófica* (STEIN, 2002, p. 49).

Neste ponto, o pensamento de Gadamer é questionado por Jürgen Habermas (1929), filósofo crítico das ideologias. Pereira (2006) acentua que Habermas pauta sua crítica central sobre o seguinte pilar:

[...] a Hermenêutica Filosófica não pode pretender a universalidade por ela postulada, já que, ao destruir as pretensões iluministas de racionalidade, não está apta a refletir sobre a dimensão ideológica presente em toda linguagem e, por isso, não consegue estabelecer padrões racionais que possam distinguir preconceitos legítimos de preconceitos ilegítimos. A Hermenêutica não teria condições de ultrapassar a força da tradição, já que não possui uma instância crítica que pudesse refletir sobre a carga de pré-compreensões trazidas pelo acontecer histórico e, assim, separar as que são frutos de uma comunicação ideologicamente perturbada e as que devem ser aceitas no processo compreensivo. Por isso é que, segundo HABERMAS, a Hermenêutica só seria universal caso a linguagem fosse um espaço isento da dominação, mas como reflete as relações entre trabalho e poder – que também constituem o contexto em função do qual toda atividade social pode ser compreendida -, o projeto de universalidade torna-se inviável (PEREIRA, 2006, p. 56).

Com base nesse pressuposto, Habermas desenvolve uma teoria crítica sobre a dimensão ideológica presente em toda a linguagem e trabalha a noção de *interesse emancipador* e *auto-reflexão* como elementos indispensáveis para tornar as interpretações racionais (MORA, 2005, p. 1267). Embora seu pensamento siga uma linha complexa, seus conceitos vinculam-se à questão da educação e emancipação social e humana e à necessidade de se instituírem mecanismos que propiciem uma comunicação livre de dominação e viabilizem a formação de consensos legítimos no seio da sociedade (FREITAG, 1980, p.21).

O filósofo francês Paul Ricoeur (1913-2005) percebe a hermenêutica gadameriana como um gesto filosófico humilde de reconhecimento das condições históricas a que está submetida toda compreensão humana sob o regime da finitude. A concepção de Habermas, por sua vez, é apontada pelo autor como um gesto altivo de desafio, dirigido contra as distorções da comunicação humana (RICOEUR, 1990, p. 131).

Desse modo, em sua teoria da interpretação, Ricoeur empreende um caminho árduo e longo tentando desenvolver uma hermenêutica fenomenológica que, apesar de não representar uma tendência perfeitamente autônoma, procura mediar e integrar numa estrutura mais vasta as perspectivas hermenêuticas existentes (BLEICHER, 1992, p. 18).

É importante destacar, ante o exposto, que as teorias filosóficas que se dedicam à problemática da hermenêutica são responsáveis por inúmeras contribuições para o campo do Direito, mormente para a construção e o aperfeiçoamento de uma hermenêutica jurídica. Nesse sentido, princípios e conceitos filosóficos estão sendo gradativamente utilizados e conformados pelo Direito para a compreensão de suas normas e também para o adequado exercício da função jurisdicional e formação de uma consciência ético-jurídica.

Sob tais influências, presentemente, é possível pensar a hermenêutica jurídica, especialmente a de índole constitucional, como algo democrático e pluralista, aberta ao diálogo e, por isso, preocupada com a inclusão do outro. É o que poderemos constatar a seguir.

1.2 Do Constitucionalismo Moderno à Hermenêutica Constitucional dos Novos Tempos

O constitucionalismo moderno pode ser compreendido como um ideal da cultura jurídica ocidental de submeter ao padrão constitucional todo o fundamental modo de convivência da comunidade política, por meio da proteção das liberdades fundamentais e da organização e separação do poder político (PEREIRA, 2006, p. 91).

Esse ideário surge com o advento do Estado Liberal, no seio das revoluções burguesas deflagradas ao longo dos séculos XVII e XVIII, as quais se contrapunham ao Estado Absolutista e que vão resultar na ascensão da burguesia ao poder político. Sobre esse processo histórico, Bonavides (1993, p. 29) ensina:

Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. [...] A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. [...] A Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução burguesa, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política.

Neste cenário, a Constituição escrita passa a ser vista como uma garantia de desenvolvimento da liberdade individual, ao constituir o principal documento declaratório dos direitos fundamentais. No regime absolutista, os indivíduos possuíam um conjunto incerto e difuso de direitos, sem instrumentos eficazes de proteção, e o coletivo se impunha de forma hegemônica sobre o indivíduo (PEREIRA, 2006, p. 87).¹⁰

¹⁰ Jorge Miranda (2007, p. 11-12) acrescenta que, no Estado absoluto, as leis fundamentais não regulavam senão muito esparsamente as atividades dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados; eram difusas e vagas; vindas de longe, assentavam no costume e não estavam ou poucas estavam

E um dos pressupostos para a afirmação desse constitucionalismo moderno repousa na consagração da supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento jurídico. De acordo com Clève (2000, p. 34), a compreensão da Carta Magna como lei fundamental implica “a aceitação de sua primazia e a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos”. Em sua abordagem, Eduardo Cambi (2009, p. 205) complementa evidenciando que é “pelo princípio da supremacia da Constituição que se pode tornar indisponíveis os elementos estruturais da convivência política e social contra a vontade política ocasional e esporádica dos governantes”.

A idéia de supremacia da Constituição trouxe como consequência principal, além da necessidade de se instituir um sistema de controle de constitucionalidade - tema em que esse estudo se aprofundará no próximo capítulo -, o surgimento de uma hermenêutica própria, dita constitucional.

Segundo Barroso (1996, p. 98), a hermenêutica constitucional serve-se de alguns princípios próprios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes, mas “isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha”. Neste sentido, o autor indica quatro peculiaridades que singularizam as normas constitucionais e que justificam o desenvolvimento de uma hermenêutica própria, a saber: i) a superioridade hierárquica; ii) a natureza da linguagem; iii) o conteúdo específico; iv) o caráter político (BARROSO, 1996, p. 101).

De fato, a superioridade hierárquica é uma das marcas da norma constitucional, uma vez que ela funciona como parâmetro de validade de todo o ordenamento jurídico, de forma tal que nenhum ato jurídico subsiste validamente se contravir seu sentido. De seu turno, a natureza da linguagem constitucional, veiculadora de normas principiológicas e esquemáticas, tornam-na dotada de maior abertura, maior grau de abstração e, assim, menos densidade jurídica. A norma constitucional também é caracterizada por definir, além de regras de condutas, elementos de organização do Estado, fins sociais a serem alcançados e valores que devem ser preservados, o que lhe confere um conteúdo específico e mais amplo do que o das

documentadas por escritos. No constitucionalismo moderno, a Constituição tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; declara uma vontade autônoma de refundação da ordem jurídica; e pretende abarcar todo o âmbito do Estado. A Constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime.

demais normas. O caráter político da norma constitucional resulta do próprio exercício do poder constituinte originário, o qual é fruto da soberania estatal e, por isso, dotado de força política fundamental para criar e regulamentar o Estado por meio da Constituição. Barroso assevera que, a despeito de seu caráter político, “a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político” (BARROSO, 1996, p. 105).¹¹

As peculiaridades da norma constitucional legitimariam, dessa forma, a existência de uma interpretação especificamente constitucional, dotada de métodos e princípios próprios e que se diferenciam daqueles utilizados na interpretação jurídica.¹² No entanto, é preciso assinalar, nesse ponto, que o caráter unitário da atividade interpretativa faz com que as técnicas tradicionais de interpretação do direito, como os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico, possam ser utilizadas também na interpretação constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1084).

Barroso (1996, p. 119-132) apresenta da seguinte forma os métodos clássicos de interpretação jurídica que Friedrich Carl von Savigny canonizou em 1840:

(i) gramatical: cuida de atribuir significados aos enunciados lingüísticos do texto constitucional, por meio da compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação. É o momento inicial do processo interpretativo, observado que o intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do texto constitucional têm uma função e um sentido próprios, não havendo palavras supérfluas na Constituição;

(ii) histórico: consiste na busca do sentido da lei por meio dos precedentes legislativos e dos trabalhos preparatórios que revelem a vontade histórica do legislador. O elemento histórico tem sido o menos prestigiado na moderna interpretação levada a efeito nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica, com o sistema brasileiro, tendo em vista que os postulados históricos não condicionam e nem vinculam o intérprete na definição e na fixação

¹¹ Barroso adverte que a interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política, que se sujeita, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário (BARROSO, 1996, p. 106).

¹² Dantas (1995, 79) reconhece que “a eficácia de uma Constituição dependerá não só de sua fidelidade aos valores sociais e políticos consagrados pela sociedade, mas também – e principalmente – de uma correta interpretação daquilo que o texto prescreve”.

do alcance do sentido da norma, sob pena de reduzir essa atividade a uma dimensão voluntarista (ou *originalista*), não compatível com os princípios democráticos e com o caráter evolutivo da Constituição que a cada geração deve ser reafirmado;

(iii) sistemático: é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico, pois por meio dela o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões interna que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente;

(iv) teleológico: as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Esse método procurar revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito. A Constituição e as leis, portanto, visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada.

Pode-se afirmar, assim, apoiando-se em Cunha Júnior (2009), que a interpretação jurídica é o gênero do qual a interpretação constitucional é espécie. O caráter unitário da atividade interpretativa permite que a interpretação constitucional compartilhe dos traços ou métodos comuns da interpretação jurídica. No entanto, por ter como objeto a compreensão e aplicação das normas constitucionais, a interpretação constitucional se serve também de métodos e princípios específicos e adequados ao seu objeto – a Constituição.

Canotilho (2003, p. 1.136) adverte que não há apenas um método de interpretação das normas constitucionais, vez que, atualmente, essa atividade é desenvolvida a partir de um conjunto de métodos, que foram sendo construídos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas distintos, mas, em geral, reciprocamente complementares. Tais métodos são assim sintetizados pelo mestre português: (i) jurídico ou hermenêutico clássico; (ii) tópico-problemático; (iii) hermenêutico-concretizador; (iv) científico-espiritual; (v) normativo-estruturante.

Segundo Canotilho (2003), pelo método jurídico ou hermenêutico-clássico a Constituição é considerada como uma simples lei e, desse modo, em sua interpretação devem

ser utilizados os elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica jurídica. Já pelo método tópico-problemático, a interpretação constitucional leva a um processo aberto de argumentação entre os vários partícipes ou intérpretes, por meio do qual se tenta adaptar a norma constitucional ao problema concreto.¹³

O método hermenêutico-concretizador, ou concretista, considera a interpretação constitucional como um processo que se inicia pela pré-compreensão do seu sentido pelo intérprete, em que este passa a efetuar uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. A interpretação constitucional visa concretizar a Constituição e o trabalho do intérprete é determinar o próprio conteúdo material da norma (CANOTILHO, 2003, p. 1.138).

Por sua vez, para o método científico-espiritual, a interpretação constitucional deve levar em consideração a compreensão da Constituição como um sistema de valores e como um elemento do processo de integração espiritual real da comunidade (com os seus valores e com a realidade existencial do Estado).

Por fim, discorrendo sobre o método normativo-estruturante, Canotilho (2003) relata que ele parte da premissa de que existe uma relação necessária entre o texto e a realidade, e que a norma não se confunde com o texto normativo – este é apenas a parte descoberta do iceberg normativo como adverte Friedrich Müller¹⁴ -, antes abrange um domínio normativo, um pedaço da realidade social, motivo pelo qual o intérprete, para realizar a concretização normativa, deve considerar tanto os dados resultantes do texto como os da realidade.

De igual importância para a teoria da interpretação constitucional, um catálogo de princípios tópicos foi desenvolvido a partir do aludido método hermenêutico-concretizador e

¹³ Canotilho (2003, p. 1137) faz críticas a esse método, pois considera que ele pode conduzir a um casuísmo sem limites, já que a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.

¹⁴ Neves (1994, p. 77) explica que, de acordo com a concepção de Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados lingüísticos) e do âmbito normativo (dados reais). A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica. Portanto, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, para o autor, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo; ela inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo como “o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”. Nesse sentido, Müller define a normatividade em duas dimensões: “‘Normatividade’ significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada)”.

se prestam a auxiliar a tarefa do intérprete¹⁵ (CANOTILHO, 1993, p. 226). Esse rol é composto pelos seguintes princípios: *(i)* da unidade da Constituição; *(ii)* do efeito integrador; *(iii)* da máxima efetividade; *(iv)* da justeza ou da conformidade funcional; *(v)* da concordância prática ou da harmonização; *(vi)* da força normativa da Constituição. É oportuno expor, nesse ponto do presente estudo, o significado de cada um desses princípios, consoante os ensinamentos de Canotilho (1993, p. 226-229):

(i) princípio da unidade da Constituição: a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Exige, portanto, que se considere as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios;

(ii) princípio do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Busca conduzir a soluções pluralisticamente integradoras;

(iii) princípio da máxima efetividade: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais, de forma a dar preferência a interpretação que reconheça maior eficácia a tais direitos;

(iv) princípio da justeza ou da conformidade funcional: impede, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas. Visa impedir que o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido seja subvertido ou perturbado, por decisões judiciais interpretativas da Constituição;¹⁶

¹⁵ Hesse (2009, p. 113) acrescenta que aos princípios da interpretação constitucional cabe a tarefa de orientar e dirigir o processo de relacionamento, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema.

¹⁶ Canotilho (1993, p. 228) afirma que este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação constitucional.

(v) princípio da concordância prática ou da harmonização: impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Tem sido utilizado, mormente, no caso de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, reforçando a idéia de igual valor dos bens constitucionais - e não uma diferença de hierarquia -, e procurando garantir que o sacrifício dos princípios e bens envolvidos seja mínimo nessas hipóteses;

(vi) princípio da força normativa da Constituição: na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental.

Vê-se, ante o exposto, que o processo de interpretação da Constituição não é um fenômeno simples, mas, diferentemente, representa algo, na definição de Coelho (2007, p. 63), “tão complexo, tão dialético e tão infinito quanto a compreensão das coisas do espírito, em geral, e das normas jurídicas, em particular”. É uma atividade que espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época e sofre a influência das crenças e valores da sociedade em geral e do intérprete em particular (BARROSO, 1996, 263).¹⁷

Essa complexidade se dá porque o trabalho do intérprete não se limita a, simplesmente, encontrar o sentido e o alcance do texto normativo. Conforme Cunha Júnior (2009, p. 194), a interpretação envolve duas atividades, uma voltada a desvendar e construir o sentido do enunciado normativo, e outra, não menos complexa, destinada a concretizar o enunciado, isto é, aplicar o enunciado normativo, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas. Trata-se, em realidade, de um processo de *concretização* do conteúdo da norma constitucional.¹⁸

¹⁷ A pretensão de neutralidade do intérprete, para Barroso (1996, p. 268), embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na sua plenitude, pois interpretar envolve, freqüentemente, a escolha de valores e de alternativas possíveis, de forma que, ainda quando não atue movido por interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça.

¹⁸ A esse respeito, Hesse (2009, p. 98) comenta que a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da realidade que essa norma chama a regular. Todavia, como essas circunstâncias estão submetidas a transformações históricas, os resultados da concretização da norma podem mudar, ainda que o texto da norma continue o mesmo. Disso tudo decorre uma constante *mudança constitucional*, mais ou menos notável, que não é fácil de captar e que, por isso, raramente se manifesta com nitidez.

Nesse contexto, para Barroso (2006, p. 331), a grande virada na interpretação constitucional se deu:

[...] a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Com base nesse pressuposto, o autor defende que a nova interpretação constitucional assenta-se na constatação fundamental de que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar, pois o relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas, observando-se que é a vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados que será determinado o sentido da norma e produzida a solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, 2006, p. 332). A nova interpretação constitucional, por conseguinte, é “fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas” (BARROSO, 2006, p. 333).

Pereira (2006, p. 169), com base na teoria de Friedrich Müller, também chama a atenção para a grandiosidade da tarefa hermenêutica, a qual deve ser desenvolvida objetivando alcançar os seguintes objetivos:

[...] determinar a decisão normativa relativa a um problema concreto, a partir da coerência dos preceitos jurídicos adequados (programas normativos), à luz do conjunto de circunstâncias fáticas (âmbito normativo) e em virtude de um processo argumentativamente justificado que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica (controle do arbítrio) e legitimidade do juízo (racionalidade na adequação).

Em sua abordagem, o autor insere outro componente indispensável ao processo de interpretação, consistente no reconhecimento de que, para atingir seus objetivos, é imprescindível que o intérprete se abra à alteridade e à *verdade* que o outro nos mostra, pois somente por meio do diálogo argumentativo se alcançará patamares mais profundos e adequados de conhecimento (PEREIRA, 2006, p. 177). Se a compreensão é necessariamente dialógica, como diria Gadamer, a possibilidade “do acontecer da verdade só ocorre quando

consideramos todas as posições em jogo, todas as tradições envolvidas, todos os argumentos expendidos” (PEREIRA, 2006, p. 177).

Dentro dessa perspectiva, o autor adverte que a responsabilidade dos operadores jurídicos traduz-se:

[...] em um permanente debate público das razões de decidir, em um constante repensar os fundamentos da convivência política, pautada por um ato de respeito às distintas visões de mundo, como marca do caráter inclusivo da cidadania no postulado do Estado Democrático de Direito (PEREIRA, 2006, p. 173).

À luz dessas premissas, Neves (1994, p. 79) conclui que o “o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional”. A mesma posição é compartilhada por Gonçalves (2011, p. 28-30), para quem a nova hermenêutica constitucional deve agregar novos intérpretes e promover a inclusão social, seguindo o conceito de uma maior abertura constitucional.

A hermenêutica constitucional dos novos tempos pode ser definida, assim, como uma hermenêutica principiológica, democrática e pluralista, aberta ao diálogo e, por isso, preocupada com a inclusão do outro no debate constitucional.

E, tratando-se da inclusão do outro no debate constitucional, as audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade se inserem justamente no contexto de casos complexos e multidisciplinares desafiadores de solução perante o Judiciário. Pode-se dizer que a abertura do diálogo nestes casos com especialistas e outros segmentos interessados da sociedade se revela como uma etapa imprescindível antes do julgamento da questão. Em tais hipóteses complexas, a concretização do valor *justiça* pelo judiciário dependeria, obrigatoriamente, da participação de outros atores, os quais devem ser ouvidos por meio de audiências públicas.

E a definição de parâmetros justos para a interpretação desses casos ditos difíceis (*hard cases*¹⁹) é uma das principais temáticas presentes na obra do jusfilósofo norte-

¹⁹ Dworkin (2010, p. 13) ensina que “um caso é difícil se existe incerteza, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas - porque as normas são contraditórias -, seja, porque não existe norma exatamente aplicável”.

americano Ronald Dworkin, que desenvolveu uma respeitada teoria sobre o assunto, como veremos no item a seguir.

1.3 A Interpretação Construtiva de Ronald Dworkin

Na ciência do direito constitucional norte-americana, se trava, há longos anos, em torno dos problemas da interpretação, uma disputa de fundo teórico-político entre duas correntes de pensamento. São elas: as correntes (*interpretivism*) e *não interpretativista* (*non interpretivism*), como relata Canotilho (1993, p. 197).

Os *interpretativistas* consideram que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos, sendo-lhes vedada qualquer criatividade ou ativismo judicial que ultrapasse o âmbito do significado lingüisticamente possível dos enunciados normativos constitucionais (CANOTILHO, 1993, p. 197). Segundo essa corrente, estes limites decorrem do princípio democrático, que impede que seja atribuída aos juízes uma legitimidade que é privativa dos titulares de mandatos políticos (COELHO, 2007, p. 56). Para eles:²⁰

Interpretar não é criar, advertem os interpretativistas; é simplesmente aplicar a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões políticas não podem ser substituídas pelas decisões jurídicas – sobretudo as de forte inspiração política – da magistratura constitucional (COELHO, p. 56).

De seu turno, os *não interpretativistas* defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos, como justiça, igualdade e liberdade – e não apenas ou preferencialmente o valor democracia –, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa concretizadora desses valores e princípios (CANOTILHO, 1993, p. 198-199). Dizem os *não interpretativistas* que uma interpretação de:

²⁰ Coelho (2007, p. 56) anota ainda que a corrente interpretativista considera que, nos regimes de democracia representativa, a criação de normas jurídicas – inclusive e sobretudo das normas constitucionais – é uma atividade política em sentido estrito, uma atividade própria dos órgãos a tanto legitimados em eleições periódicas; que as decisões políticas fundamentais pertencem ao povo, que se manifesta por meio dos seus representantes, democraticamente escolhidos e substituídos pelo sufrágio da maioria do eleitorado; que a investidura dos juízes obedece a critérios outros, que nada têm que ver com a confiança popular; que, no sistema constitucional de separação de poderes e de freios e contrapesos, haveria um desequilíbrio na balança se aos juízes fosse dado criar normas jurídicas a pretexto de simplesmente aplicá-las; então é de recusar – dizem os interpretativistas – qualquer espécie de ativismo judicial, porque incompatível com a ordem jurídico-política plasmada na Constituição.

[...] uma constituição concebida como projeto de ordenação inteligível e susceptível de consenso, dirigida ao futuro, formada por regras concretas e princípios abertos e valorativos, dotada de lacunas e incompletudes, é necessariamente um processo de argumentação principal e objectivante, juridicamente concretizadora, a cargo de uma instância jurisdicional (CANOTILHO, 1993, p. 199).

E um dos autores mais representativos da corrente *não interpretativista* é o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin.²¹ Este autor, ao definir e defender a instituição de uma teoria geral do direito que seja ao mesmo tempo normativa e conceitual - em contraposição à teoria do positivismo jurídico e à teoria do utilitarismo -, menciona a necessidade desta teoria ter ligações com as diversas áreas da filosofia, em especial com a filosofia da linguagem, a lógica filosófica e a metafísica, quando tratar da questão do significado das proposições do direito e de sua verdade ou falsidade (DWORKIN, 2010, p. X). Complementando esse raciocínio, o autor afirma que:

O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida. É perfeitamente compreensível que os juristas temam a contaminação pela filosofia moral, particularmente pelos filósofos que falam sobre direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão. Mas hoje dispomos de uma filosofia melhor do que aquelas que estão na lembrança dos juristas. O professor Rawls, de Harvard, por exemplo, publicou um livro abstrato e complexo sobre a justiça que nenhum jurista constitucional poderá ignorar. Não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado, assim como não foram passivos no desenvolvimento da sociologia e da economia jurídicas. Eles devem reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que dessas outras disciplinas (DWORKIN, 2010, p. 233).

A teoria de Dworkin parte da idéia de que os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade. Os direitos, nessa perspectiva, teriam a dimensão de trunfos políticos ou direitos preferenciais suscetíveis de serem reconhecidos judicialmente (DWORKIN, 2010, p. XV).

²¹ Gomes (2008, p. 285-286) revela que, desde os idos da década de 1960-1970, Dworkin vem construindo uma linha de pesquisa que procura rediscutir uma nova concepção de Direito, que seja adequada ao contexto das sociedades contemporâneas, em que se agreguem as importantes contribuições que uma nova hermenêutica e prática filosófica trouxeram para a ciência no geral, aos reclamos por um conceito de segurança e de certeza jurídicas que não olvide dessa complexidade. Para o autor, Dworkin lança luzes sobre importantes temas jurídicos, como os que dizem respeito à discussão principiológica do Direito, a uma nova forma de interpretar o fenômeno jurídico e a questão de como se pode considerar uma prática jurídica legítima e democrática.

Com essa amplitude, os direitos humanos foram proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) como aqueles direitos inerentes à própria natureza humana, a que todos fazem jus pelo mero fato de existirem e que independeriam de qualquer reconhecimento estatal. A promoção da dignidade humana torna-se o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Na esfera da proteção internacional, os direitos humanos são resguardados ainda pelos dois pactos internacionais adotados pelas Nações Unidas em 1966: Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²² Estes dois pactos foram concebidos com o propósito de dar natureza jurídica obrigatória aos dispositivos da Declaração Universal de 1948 (ALVES, 2005, p. 46), embora seja necessário o registro de que, presentemente, ela é considerada uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*).²³

A separação da proteção dos direitos humanos em dois pactos foi justificada oficialmente como forma de diferenciar os direitos cuja aplicação seria imediata (cíveis e políticos) daqueles passíveis de aplicação apenas progressiva e que requerem, portanto, uma atuação positiva e não negativa (abstenção) do Estado (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 451). No entanto, Cançado Trindade (2003, p. 447) esclarece que a distinção dos direitos humanos em dois pactos afigurou-se, antes, como um reflexo da profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinquenta, marcada pela disputa de poder entre os EUA e a então União Soviética, que repercutiu nos trabalhos das Nações Unidas. O grupo ocidental queria enfatizar os direitos cíveis e políticos, enquanto o bloco socialista privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais.²⁴

Nessa seara, o mestre português J. J. Gomes Canotilho (2003) faz uma distinção importante entre direitos humanos e direitos fundamentais, segundo a qual os primeiros seriam aqueles direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão

²² Somam-se a tais instrumentos as Convenções Regionais de Direitos Humanos (Européia, Americana e Africana), além das convenções mundiais adotadas pelas Nações Unidas, como a Declaração de Viena de 1993.

²³ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) define norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) como aquela aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (art. 53).

²⁴ Na atual quadra histórica, tem prevalecido o princípio de indivisibilidade dos direitos humanos, conforme enunciado, originariamente, na Declaração Universal de 1948 e reafirmado na Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Teerã em 1968 e, posteriormente, em várias resoluções das Nações Unidas. Prepondera a idéia de que a realização plena dos direitos cíveis e políticos é impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, observado que entre estas duas categorias de direitos não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 453).

jusnaturalista-universalista), e fundamentais os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal, e os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²⁵

É a partir da dignidade humana, portanto, que se deve compreender o próprio sentido da existência do Estado de Direito, o qual somente se legitima em função da proteção dos direitos humanos, e não o contrário. Por esta razão, os direitos humanos não devem ser vistos como simples *concessões* ou *adornos*, mas sim como o núcleo ou a pedra angular da Constituição e fundamento essencial da República, como estabelece o art. 1º, III, da Magna Carta de 1988.

Castro (2010, p. 20) afirma que o postulado da dignidade humana assumiu o papel de eixo central do Estado Democrático de Direito e constitui-se no direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias famílias de novos direitos que angariaram o status de fundamentalidade constitucional.

Por isto, merece destaque a teoria de Dworkin por enfatizar o exercício de uma interpretação construtiva do Direito, concebida com base na idéia de integridade e comprometida com a busca da solução justa para casos complexos (DWORKIN, 2003, p. XII), estando revestida, dessa forma, de atributos suficientes para ser utilizada como instrumento de promoção da convivência e da existência digna, livre e igual da pessoa humana.

Para Dworkin (2003, p. 71), a interpretação é, por natureza, o relato de um propósito, pois ela propõe uma forma de ver o que é interpretado - uma prática social ou uma tradição, tanto quanto uma pintura ou um texto -, como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.²⁶ Nesse sentido, expõe o autor:

²⁵ Observa-se que a Constituição Federal de 1988 emprega a expressão “direitos fundamentais” aos direitos nela positivados (ex.: Título II) e a expressão “direitos humanos” para se referir aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil (art. 4º, II), aos direitos consagrados em tratados e convenções internacionais (art. 5º, § 3º) e aos princípios constitucionais que autorizam a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 34, VII, “b”).

²⁶ Dworkin concorda com Gadamer quando este apresenta a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas (2003, p. 75).

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. [...] Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto. Segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica. [...] Diríamos, então, que toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso (DWORKIN, 2003, p. 63-65).

O autor estabelece uma distinção analítica entre as três etapas da interpretação construtiva. Primeiro, há uma etapa pré-interpretativa, quando são identificados as regras e os padrões que podem ser validamente utilizados no caso. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que se busca uma justificativa geral para as regras e padrões identificados na etapa anterior. E, por fim, chega-se a etapa pós-interpretativa ou reformuladora na qual o intérprete ajusta sua idéia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita como mais adequada na etapa interpretativa (DWORKIN, 2003, p. 81-84).

A concepção da construção da prática jurídica como um *romance em cadeia* tem seu lugar na teoria interpretativa desenvolvida por Dworkin (2003, p. 276). O intérprete, neste cenário, assumiria o papel de um romancista que “escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante”. O autor utiliza essa comparação para evidenciar que a atividade do intérprete, especialmente nos casos difíceis, é complexa, exigindo do julgador - aqui comparado à figura mítica de *Hércules* -, extrema competência, coerência e bom senso para cumprir plenamente sua tarefa.²⁷

O pensamento de Dworkin avança para a consideração do Direito como integridade, virtude que o jusfilósofo situa ao lado dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 2003, p. 200-203). Trata-se de um ideal a ser buscado e que, na esfera política, exige que “o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça

²⁷ Para Gomes (2008, p. 288), a figura de Hércules, na realidade, não pode ser lida literalmente, isto é, significando uma exigência de postura de semi-Deus de todos os juízes. O autor argumenta que, na verdade, sabe-se que os juízes tem tempo e conhecimento limitados para a solução dos casos que lhes são submetidos. Todavia, não obstante essas limitações, isso não pode impedir que cada um dos magistrados busque a melhor solução do caso, que representa uma leitura da história institucional do Direito sob a sua melhor luz, no sentido de se chegar a decisões cada vez mais legítimas e adequadas às controvérsias existentes.

e equidade que usa para alguns”. A integridade é, por assim dizer, um compromisso estatal com a coerência; um agir motivado por um conjunto único e coerente de princípios.

Dworkin desdobra as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos, nos seguintes termos:

O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante (2003, p. 203).

Segundo Dworkin (2003, p. 252-259), a aceitação da integridade como um ideal político não encontraria resistências naquelas comunidades em que a associação política está fundamentada em princípios, isto é, naquela comunidade cujos membros aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político.²⁸

Com esse raciocínio, Dworkin (2003, p. 260) sustenta que a integridade é “a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais”.

Neste ponto, uma abordagem relevante sobre o pensamento de Dworkin é trazida pela professora Ruth Barros Pettersen da Costa:

[...] constata-se que a preocupação de Dworkin ao elaborar o seu método interpretativo é *construir* a melhor decisão para os casos postos em julgamento, buscando interação com a prática jurídica e social, em que a teoria do direito, no âmbito de uma comunidade de princípio em que cada cidadão respeita os princípios de equidade e de justiça, seja concebida como integridade. A teoria do direito como integridade deve reproduzir, assim, a idéia de coerência e congruência em relação a certos princípios de retidão moral como a equidade, a justiça e o devido processo legislativo, que proporcionem a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. [...] Observa-se, com efeito, que o método construtivo proposto por Dworkin exige que seja empreendida uma visão macrossistêmica da prática jurídica para a

²⁸ Dworkin descreve os outros dois modelos gerais de associação política. O primeiro supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira. O segundo, o modelo das regras, no qual os membros obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, admitindo, porém, que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação (2003, p. 252-253).

solução de controvérsias específicas. Preocupa o jusfilósofo que tais soluções não sejam *profecias* imaginadas pelos juízes, porém que sejam o resultado de um processo argumentativo racional em que não haja espaço para subjetivismos e a tônica seja a congruência com um todo assumido como coerente (COSTA, 2011, p. 161).

Assim, a teoria de Dworkin, ao olhar o direito como integridade, proporciona à interpretação uma dimensão mais substantiva e abrangente, na medida em que propõe que essa prática jurídica seja necessariamente adequada às melhores justificativas de justiça e equidade. De acordo com Dworkin, o direito como integridade:

[...] pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2003, p. 291).

Tratando-se especificamente dos direitos humanos, Dworkin (2010, p. 302-314) entende que o governo deve buscar o equilíbrio entre o bem-estar geral da sociedade como um todo (interesse público) e os direitos individuais, concedendo a cada um o que lhe é devido. No entanto, o autor destaca que a instituição de direitos contra o governo é uma tarefa complexa, problemática e que deve ser conduzida com seriedade. Quem quer que se lance neste desafio deve aceitar, no mínimo, dois valores fundamentais, a saber: a dignidade humana e a igualdade.

A dignidade humana é definida por Dworkin (2010, p. 304) como uma idéia vaga, mas poderosa, defendida por filósofos de diferentes escolas, e que “pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto”. A igualdade, de seu turno, significa que:

[...] os membros mais frágeis da comunidade política têm o direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade (DWORKIN, 2010, p. 305).

O autor afirma que o direito à igualdade, que ele chama de direito à igual consideração e respeito, visa proporcionar a todas as pessoas, indistintamente, o tratamento igual perante a lei, sem qualquer discriminação arbitrária e insultante (DWORKIN, 2010, p. XVI).

Destarte, é válido concluir que, em Dworkin, a instituição e a interpretação dos direitos, levados a sério, revelam, primordialmente, um compromisso de que a dignidade e a igualdade serão respeitadas. Esses são valores essenciais que dão unidade de sentido a atividade interpretativa.

1.4 Peter Häberle e a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

O jurista alemão Peter Häberle é responsável pela criação de uma teoria que procura integrar no processo de interpretação constitucional todos aqueles que vivenciam a realidade da Constituição, como os cidadãos, os grupos de interesse, a comunidade, as potências públicas e a opinião pública, que formariam, dessa forma, uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Häberle é defensor da idéia de que a interpretação constitucional não é ato de natureza exclusivamente estatal, a ser desempenhado por um grupo restrito composto por aqueles atores legalmente legitimados a interpretar a lei fundamental (juízes constitucionais, advogados e membros do Ministério Público), mas um produto da sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Vale destacar, neste sentido, a argumentação do professor Häberle:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 13).

A concepção formulada por Häberle propõe a adoção de critérios de hermenêutica constitucional abertos no contexto de uma sociedade cada vez mais pluralista²⁹ e complexa. A participação da sociedade como intérprete, em sentido amplo, da Constituição confere, segundo o autor, maior legitimidade às decisões judiciais, as quais teriam também maior probabilidade de serem justas e racionalmente fundamentadas, pois haveria uma ampliação das alternativas interpretativas e argumentativas no processo de tomada de decisões, representando, tudo isso, um importante fator de unidade social (HÄBERLE, 1997, p. 30-49).

Häberle desenvolve o conceito de *Constituição como processo público*, o qual indica que “a constituição se desenvolve mediante a interpretação viva de todos os cidadãos e aqueles profissionais ocupados com a interpretação constitucional, como juristas” (VALADES, 2009, p. 145). Para o autor, é necessário liberar o conceito de Constituição de sua referência única ao Estado, pois ela não se refere só aos órgãos estatais no sentido clássico das três funções do Estado, mas que constitucionaliza, em parte, a sociedade e tem, demais disso, uma função simbólica, a saber: simboliza a relativa unidade da comunidade política (VALADES, 2009, p. 137-138).

De tal modo, a Constituição não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, mas sim integrá-las ativamente enquanto sujeitos. Essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade e devem, conseqüentemente, tomar parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição. Para Häberle, limitar “a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo” (HÄBERLE, 1997, p. 34).

Com efeito, a preocupação de Häberle é que a teoria da interpretação seja garantida sob a influência da teoria democrática, para se alcançar uma efetiva democratização da interpretação constitucional, por meio da participação ativa e organizada neste processo de todo aquele que vive no contexto regulado pela norma constitucional. O autor ressalta que tal

²⁹ Para Häberle, entender a Constituição como pluralismo pressupõe a clarificação do conceito de pluralismo: é a representação de uma diversidade de interesses e idéias. Essa teoria constitucional pluralista rechaça, portanto, tudo o que podemos caracterizar com a palavra *fundamentalismo* ou Estado totalitário. Essa pluralidade não é só empiricamente dada, mas também continuamente reformulada. Para que a Constituição do pluralismo se realize não pode ser ditado de cima para baixo, pode ser tão-só apoiado pelos parlamentares, pelos tribunais constitucionais e pela comunidade científica. A Constituição do pluralismo começa sua vida nos fins educativos, nas aulas escolares, mas, ao fim e ao cabo, tem de ser vivida por todos os cidadãos, partidos políticos e grupos privados (VALADÉS, 2009, p. 46-47).

participação se daria de forma auxiliar, vez que aos juízes constitucionais sempre subsistiria a responsabilidade de fornecer a última palavra sobre a interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 14).

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição proporciona reflexões a respeito das várias concepções de democracia e, sobretudo, sobre as formas de legitimação democrática. Häberle acentua que a democracia se desenvolve mediante a realização dos direitos fundamentais - e não apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os seus representantes (legitimação mediante eleições) -, e que tais direitos seriam a base de legitimação para a interpretação aberta da Constituição, visto que, numa democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição e essa possibilidade empresta à atividade de interpretação um caráter multifacetado (HÄBERLE, 1997, p. 36-40).

Segundo Häberle (1997, p. 41), as idéias presentes em sua teoria levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica, já que o juiz constitucional deixa de interpretar de forma isolada no processo constitucional e muitos se tornam participantes desse processo, havendo uma ampliação acentuada das formas de participação.

Interessante que, em relação às leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade - e no capítulo 3 da presente pesquisa estuda-se um caso específico com essas características (ADI 3510 e o debate no STF sobre o uso de células-tronco embrionárias) -, Häberle adverte que a Corte Constitucional, ao apreciar e julgar a questão, deve exercer um controle rigoroso, pois, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal “a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição” (1997, p. 45).

Neste sentido, em sua percuciente análise sobre a influência da opinião pública, Franco (2009) considera que a opinião pública - e suas manifestações por meio da imprensa -, não determina, mas constitui-se em um pano de fundo importante para as decisões políticas, sobretudo em processos de democratização. A autora recorre à metáfora da opinião pública como um sistema de diques e canais, que facilita a tomada de decisões em seu agrado e dificulta decisões que lhe são contrárias.

Uma parte fundamental da teoria de Häberle aborda a questão pertinente aos mecanismos ou instrumentos procedimentais viabilizadores da efetiva participação

democrática no processo constitucional. Häberle chama a atenção para os instrumentos de informação dos juízes constitucionais, como as audiências públicas e intervenções, que devem ser constantemente ampliados e aperfeiçoados:

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam conseqüências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática (HÄBERLE, 1997, p. 47-48).

Constata-se, destarte, que as idéias de Häberle de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição são dotadas de originalidade e coerência metodológica e tiveram força para transpor as fronteiras europeias e influenciar o direito brasileiro.³⁰ Em seus estudos sobre a obra de Häberle, Coelho enfatiza que:

[...] a ampliação do número dos tradutores constitucionais autorizados, ao mesmo tempo em que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos. Noutras palavras, na medida em que asseguram o dissenso hermenêutico e racionalizam as divergências de interpretação em torno da Constituição, idéias como as de PETER HÄBERLE colaboram, decisivamente, para preservar a unidade política e manter a ordem jurídica, que são os objetivos fundamentais de toda constituição (COELHO, 1998, p. 7).

Na mesma senda, Amaral (2004, p. 117-190) considera que a teoria da interpretação constitucional formulada por Häberle anuncia uma nova maneira de analisar e interpretar a Constituição, ao associar a essa atividade os elementos condicionantes da própria realidade constitucional, que são trazidos para o processo hermenêutico pela sociedade pluralista e aberta dos tempos modernos. Essa teoria, segundo Amaral (2004, p. 22), provocou uma revisão na metodologia jurídica tradicional, na medida em que possibilita a ampliação dos intérpretes da Constituição. Para o autor (2004, p. 129), a teoria de Häberle contribui para fortalecer a noção da Constituição como um processo público, que “tem como ponto de partida um texto constitucional escrito que se desenvolve no tempo, por meio da interpretação, da qual participam todos os conformadores da realidade constitucional”. O

³⁰ Segundo Gilmar Mendes, essa influência pode ser notada também no âmbito legislativo, por meio da Lei n. 9.868/99 que consagrou a figura do *amicus curiae*, conferindo uma abertura pluralista ao processo brasileiro de interpretação constitucional, no sentido referido por Peter Häberle (VALADÉS, 2009, p. XII).

resultado desse processo é que a Constituição torna-se a expressão da sociedade pluralista (AMARAL, 2004, p. 186).

Cittadino (2009, p. 163-164), apoiando-se nos ensinamentos de Bruce Ackerman³¹, aduz que é o diálogo social que define o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o diálogo representa o laço central que une a todos, e a cidadania está enraizada nas idéias fundamentais da própria comunidade política. A autora afirma que a concepção de comunidade de intérpretes da Constituição formulada por Peter Häberle está inequivocamente associada a um processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, concretiza ou realiza a Constituição.

Para Mendes (2009, p. 465), a abordagem de Häberle permite uma releitura da relação *Constituição/realidade* e oferece uma resposta não só para a necessidade de uma interpretação atualizadora da Constituição, como também para a racionalização do próprio papel desempenhado pela Corte Constitucional, que há de exercer, também, uma função de intermediária ou de mediadora entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional.

O pensamento de Peter Häberle evidencia, portanto, um caminho na direção da democratização e da pluralização da interpretação constitucional. É certo que a construção desse caminho demanda esforços no sentido de instituir e aprimorar mecanismos que efetivamente assegurem a participação, racional e organizada, no processo de interpretação da Constituição, de todos aqueles que vivenciam a realidade constitucional. A interpretação constitucional, nesses termos, respeita a um modelo democrático, pluralista e tolerante.

³¹ Bruce Ackerman é defensor da capacidade de autodeterminação da comunidade, a qual está na origem do *constitucionalismo patriótico*, que se traduz na disposição republicana da comunidade de, em momentos decisivos, alterar legitimamente os seus compromissos políticos e normativos (CITTADINO, 2009, p. 169). Segundo Cittadino (2009, p. 157), Dworkin se opõe a esse compromisso dos comunitários com as *liberdades dos antigos*, ou seja, com este tipo de liberdade que estadistas, revolucionários, terroristas e humanitários têm em mente quando insistem que a liberdade deve incluir o direito do povo de governar a si mesmo. Segundo Dworkin, tudo isso revela a mais potente e perigosa idéia política do nosso tempo: a autodeterminação. Dworkin opta pelas *liberdades dos modernos*, segundo a qual os direitos e liberdades fundamentais são indisponíveis e o respeito pela Constituição é uma das formas pela qual esta indisponibilidade é assegurada.

As audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, por isso, se utilizadas de forma adequada pelo judiciário³², podem ser um eficiente mecanismo de pluralização da interpretação constitucional, na linha defendida por Peter Häberle. Elas representam uma oportunidade para se ouvir especialistas com autoridade em determinadas matérias complexas e multidisciplinares, as quais têm aportado com certa regularidade nos tribunais brasileiros. Por meio delas, o judiciário pode se tornar um importante *locus* congregador e debatedor de conhecimentos especializados nos temas complexos postos em julgamento, conhecimentos estes com aptidão para subsidiar o processo de interpretação e de tomada de decisão.

Neste sentido, não se pode esquecer que tais audiências públicas são realizadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, que é definido como um instrumento de garantia da supremacia das normas constitucionais delineado pelo próprio texto constitucional. Enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade é uma atividade de fiscalização da validade e da conformidade das leis e demais atos normativos do Poder Público à vista de uma Constituição rígida e suprema, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.

O controle de constitucionalidade é o ambiente legítimo onde são desenvolvidos e aprimorados mecanismos propiciadores de uma maior abertura no processo brasileiro de interpretação constitucional, como as audiências públicas e o *amicus curiae*. Por conseguinte, é preciso, neste momento, em natural desdobramento da exposição, compreender melhor e com maior profundidade quais são os sistemas ou modelos utilizados pela jurisdição constitucional brasileira e estrangeira para realizar o controle de constitucionalidade das leis. O próximo capítulo tem esse propósito. No capítulo 2, incursiona-se, assim, pelo exame do direito comparado, focando as experiências alemã e estadunidense em matéria de controle de constitucionalidade. Ainda, mais especificamente, no capítulo 2 é analisado o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, sua evolução histórica e o modelo adotado na Constituição de 1988, perscrutando-se, ainda, o tema relacionado ao alcance das decisões proferidas nesse tipo de controle. Por fim, no capítulo 2, discorre-se sobre o papel do *amicus*

³² A expressão *adequada* assume aqui o sentido de que as audiências públicas devem ser utilizadas em todas as causas necessárias e de forma ampla, sem quaisquer restrições às suas potencialidades, de modo a ensejar uma efetiva abertura pluralista e democrática no processo de interpretação constitucional, subsidiando realmente o exercício da função jurisdicional e contribuindo com a produção de decisões judiciais mais justas. No decorrer deste trabalho, todos esses aspectos serão explicados.

curiae como elemento pluralizador no processo constitucional. A abordagem desenvolvida no capítulo 2 possibilitará um melhor entendimento dos elementos que integram o julgamento do STF na ADI 3510, objeto de estudo de caso no capítulo final.

CAPÍTULO 2

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

A existência de um sistema de controle de constitucionalidade, consoante ao que já foi dito no capítulo 1, decorre da noção de supremacia da constituição em relação às demais normas integrantes do ordenamento jurídico. Bernardes (2004) expõe que, em razão do chamado escalonamento hierárquico das normas jurídicas:

[...] cabe à constituição o papel de pedra angular do ordenamento jurídico estatal. Conforme KELSEN, a ordem jurídica não é sistema de normas ordenadas no mesmo plano, umas ao lado das outras, mas construção escalonada de diferentes camadas e níveis. Há relação hierárquica de fundamentação e derivação entre as normas jurídicas. A unidade do ordenamento estatal é produto da conexão de dependência das normas em relação às que as apóiam, e assim por diante. A constituição, portanto, sem embargo do problema da norma fundamental “pressuposta”, ocupa o nível mais alto no âmbito normativo estatal. E, nesse âmbito, é ela que regula a produção das normas jurídicas estatais, servindo assim de parâmetro superior da existência (pertinência) e validade das demais normas de determinado ordenamento jurídico (BERNARDES, 2004, p. 9).

Baracho (2001, p. 94) afirma que, para vencer as crises de representação política, a justiça constitucional consolida-se como um verdadeiro contra poder, como garantia apreciável e necessária. E nesse tempo de crise dos parlamentos fortalece-se a palavra dada à justiça constitucional, por meio da qual as liberdades e os direitos fundamentais passam a ser invocados e defendidos pelos juízes, superando a fase em que eram reclamadas por revoluções e assembléias.³³

Salutar, portanto, compreender os sistemas ou modelos utilizados pela jurisdição constitucional para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Neste capítulo, propõe-se uma análise do direito comparado, enfatizando as experiências alemã e estadunidense nesta seara, as quais serviram e servem de paradigma para muitos países, a exemplo do Brasil, que fincou suas raízes nesses dois modelos para construir o seu próprio sistema de controle de

³³ Gomes (2008, p. 265) revela que essa idéia em alguns países não prevaleceu. Alguns dos países europeus, como a Inglaterra, sequer admitem o controle de constitucionalidade, vez que lá o que prevalece é o princípio da supremacia do Parlamento. Na França, não se admite o controle jurisdicional de constitucionalidade, adotando, em verdade, uma forma de controle político, exercido pelo Conselho Constitucional francês. As razões para essa aversão na França estão ligadas, basicamente, à adoção dos revolucionários franceses da idéia de Rousseau, em relação à supremacia da lei, e conseqüentemente do Parlamento, enquanto representantes da vontade soberana da sociedade. O fato é que os revolucionários franceses enxergavam com bastante desconfiança a magistratura, pois ela sempre se havia posicionado contrariamente às reformas administrativas da monarquia, constituindo uma instituição de defesa do antigo regime. Registre-se que, recentemente, em 2009, o Reino Unido instituiu a sua Suprema Corte como máxima instância judicial britânica, que substituiu os juízes da Câmara dos Lordes e cujos magistrados serão independentes do parlamento.

constitucionalidade, com natureza mista, espelhando-se tanto no controle abstrato alemão, quanto no sistema difuso estadunidense.

Intenta-se, ainda, neste capítulo, desenvolver uma abordagem sobre o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, sua evolução histórica e o modelo adotado na Constituição de 1988. Interessa ainda perscrutar o alcance que pode ser dado às decisões proferidas no controle de constitucionalidade, com vistas a permitir um melhor entendimento do julgamento proferido na ADI 3510, objeto de estudo de caso no capítulo final. Finalmente, discorre-se sobre o papel do *amicus curiae* como elemento pluralizador no processo constitucional.

2.1 Controle de Constitucionalidade no Direito Estrangeiro

2.1.1 Alemanha: um paradigma de controle abstrato

O sistema alemão de controle de constitucionalidade confere ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) o monopólio da atribuição de declarar a invalidade das normas. Não há possibilidade, como ocorre no direito brasileiro, de qualquer juiz ou tribunal recusar a aplicação de uma lei num caso concreto por considerá-la inconstitucional (MENDES, 1998, p. 1). Nestes casos, se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão de um caso concreto, os juízes e tribunais inferiores devem suspender os processos pendentes e submeter a questão constitucional à Corte Suprema.

Pode-se afirmar, portanto, que o controle de constitucionalidade na Alemanha se dá exclusivamente perante a Corte Constitucional, pelas vias abstrata e concreta, pois não existe previsão para que os juízes ou tribunais inferiores exerçam o controle de forma difusa nos casos concretos que lhes são submetidos a julgamento.

Neste sentido, Azambuja (2008, p. 229) menciona que, além do controle jurisdicional e abstrato de constitucionalidade, a questão constitucional na Alemanha pode surgir de forma indireta por um mandado de amparo, pela lesão e com base em uma lesão individual. Contudo, a autora registra que o processo constitucional no caso do mandado de amparo também é processado no Tribunal Constitucional, órgão único e exclusivo na Alemanha para o controle e declaração de inconstitucionalidade, em qualquer forma de sua análise.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão é um órgão jurisdicional composto de duas câmaras com oito juízes em cada uma, totalizando, assim, dezesseis membros, os quais são eleitos para um mandato de doze anos, sendo que metade deles é eleita pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal, observado que a reeleição está expressamente vedada (BULOS, 2009, p. 118-119). Os juízes devem ter pelo menos quarenta anos de idade e a aposentadoria compulsória verifica-se aos sessenta e oito anos de idade (MENDES, 1998, p. 6).

O professor Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 7-14) assevera que o desenvolvimento da jurisdição constitucional na Alemanha se deu de forma bastante lenta. As primeiras tentativas de criação de uma Corte Constitucional ocorreram em 1849 com um projeto para uma nova Constituição que, todavia, não chegou a ser promulgada. Embora a Constituição de Weimar de 1919 tenha instituído uma autêntica instância judicial para decisão de conflitos constitucionais nos Estados, entre Estados e entre estes e o ente central, não se outorgou a um órgão judicial o monopólio da jurisdição constitucional.

A Corte Constitucional somente foi instituída com a edição da Lei de 12 de março de 1951, com fortes influências advindas do modelo americano, identificadas, sobretudo, “na idéia de construção de uma jurisdição constitucional sólida, que deveria dotar a Corte Constitucional de competências amplas” (MENDES, p. 12).

Neste aspecto, as decisões da Corte Suprema logo alcançaram grande influência na vida política alemã, afetando diversos setores da vida pública, passando aquele tribunal a ocupar o centro das grandes discussões públicas (MENDES, 1998, p. 13). Corroborando com essa constatação, Favoreu (2004, p. 75) sustenta que a influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a ordem jurídica e política é considerável, a ponto de dizerem habitualmente que “na Alemanha federal, até mesmo acima do Estado de direito, fica o Estado dos juízes”. Isto levantou, há algum tempo, a questão dos limites dos poderes dos juízes constitucionais.

A competência da Corte Constitucional da Alemanha é definida pelo art. 93 da Lei Fundamental e em outras normas constitucionais, observado que o legislador pode outorgar outras atribuições ao tribunal. A referida Corte exerce, assim, o papel de guardião da Lei Fundamental alemã, o que compreende, notadamente, a apreciação e julgamento das ações

pertinentes ao controle abstrato de constitucionalidade e do recurso constitucional, que se caracteriza como um instrumento extraordinário para afastar ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo Poder Público (MENDES, 1998, p. 15).

É competência ainda da Corte Constitucional decidir os conflitos entre órgãos federais e os conflitos entre a União e os Estados, quando a discussão versar sobre a execução do direito federal e sobre a fiscalização federal. Finalmente, a Corte detém a atribuição de julgar os processos de denúncia contra o Presidente da República e as questões sobre supressão de direitos fundamentais, proibição dos partidos políticos e legitimidade das eleições.

No modelo alemão, a ação que deflagra o controle abstrato de constitucionalidade somente pode ser proposta pelo Governo Federal, por um Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, conforme fixa o art. 93, I, da Lei Fundamental (MENDES, 1998, p. 52). Percebe-se que o legislador procurou assegurar o direito da minoria parlamentar qualificada, representada por, no mínimo, um terço do parlamento, utilizar esse instrumento na luta política, estimulando, assim, a *judicialização* da vida política (MENDES, 1998, p. 60).

Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a ação direta proposta perante a Corte Constitucional da Alemanha é admissível se houver dúvida³⁴ ou controvérsia³⁵ sobre a compatibilidade formal ou material do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com disposição do direito federal (MENDES, 1998, p. 83). O autor registra que, tal como ocorre no Brasil, após a sua proposição, a desistência da ação não leva necessariamente à extinção do feito, tendo em vista que neste tipo de ação o autor não persegue interesse próprio nem busca a defesa de uma posição jurídica individual, mas sim o interesse público de preservar a higidez constitucional do ordenamento jurídico.

O controle abstrato de normas na Alemanha alcança, inclusive, o direito pré-constitucional, que é aquele conjunto de normas em vigor editadas anteriormente ao surgimento de uma nova Constituição (MENDES, 1998, p. 107). No Brasil, somente a ADPF

³⁴ A expressão dúvida pressupõe uma opinião hipotética que traduz insegurança sobre a validade da lei. A dúvida não pressupõe a convicção sobre a inconstitucionalidade da norma. Afigura-se suficiente admitir seriamente a possibilidade de sua configuração (MENDES, 1998, p. 94-95).

³⁵ Configura-se uma controvérsia se dois órgãos, entes ou pessoas sustentam diferentes posições sobre uma mesma questão jurídica (MENDES, 1998, p. 93).

é instrumento adequado para se aferir a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da Constituição vigente.³⁶

Mendes menciona uma peculiaridade do controle abstrato de normas alemão, consistente na possibilidade admitida pela jurisprudência da Corte Constitucional de se questionar a validade das leis que aprovam tratados internacionais antes mesmo de sua promulgação e publicação. Trata-se, na hipótese, de uma espécie de controle preventivo exercido pelo supremo tribunal, sob a justificativa de se evitar que o Estado assumira obrigações internacionais em desacordo com a Constituição (MENDES, 1998, p. 108).

O sistema alemão de controle abstrato de normas também não recusa conhecimento às ações diretas que buscam invalidar normas já revogadas. Segundo Mendes (1998, p. 108), o que realmente importa, em tais circunstâncias, é se a norma “ainda têm eficácia e, no caso de normas formais, se elas ainda preservam significado específico no âmbito da organização estatal”.

A questão pertinente à possibilidade do Tribunal Constitucional da Alemanha exercer o controle de constitucionalidade em relação ao direito da Comunidade Européia foi objeto de intenso debate naquela Corte. Em 1974, foi proferida decisão no sentido de que a Corte alemã teria competência para aferir a legitimidade de normas integrantes do direito comunitário, enquanto o sistema jurídico da Comunidade não contivesse catálogo de direitos fundamentais semelhante ao previsto na Constituição alemã. No entanto, após sofrer críticas, esse posicionamento foi revisto em decisão prolatada pela Corte em 1986, na qual se decidiu que ela não teria competência nesses casos, tendo em vista que o Tribunal da Comunidade Européia estava assegurando a efetiva proteção dos direitos fundamentais no âmbito de suas relações (MENDES, 1998, p. 111).

Tratando-se do conteúdo das decisões no controle abstrato alemão, Mendes (1998, p. 188) afirma que “em nenhum sistema de controle de normas, seja ele incidental ou concentrado, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional”. De fato, além das fórmulas tradicionais de declaração de nulidade da

³⁶ Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999: “Art. 1º [...]. Parágrafo único: Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”

norma³⁷ e da interpretação conforme a Constituição, o Tribunal alemão desenvolveu outras variantes de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a decisão de *apelo ao legislador* para que este, dentro de um determinado prazo, proceda à correção da situação.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é uma modalidade de decisão por meio da qual a Corte alemã simplesmente reconhece a inconstitucionalidade da norma e deixa de declarar a sua nulidade com eficácia retroativa, devido a razões de segurança jurídica ou de interesse social. Nestes casos, pode-se suspender a aplicação da norma declarada inconstitucional, e os indivíduos, as autoridades, os tribunais e a Administração em geral não lhe devem mais obediência, além de estarem impedidos de praticar qualquer ato com base nesta norma. Em casos excepcionais, admite-se a aplicação provisória da lei declarada inconstitucional, desde que razões de índole constitucional, como motivos de segurança jurídica, tornem “imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente” (MENDES, 1998, p. 216-220).

De seu turno, a técnica de decisão de *apelo ao legislador* é reservada para as hipóteses em que a Corte Constitucional, embora rejeitando a tese de inconstitucionalidade, se depara com um *processo de inconstitucionalização* em curso, em virtude da ocorrência de uma das seguintes situações: mudança das relações fáticas ou jurídicas; inadimplemento de dever constitucional de legislar; ou por falta de *evidência* de inconstitucionalidade (MENDES, 1998, p. 231).

O constitucionalista Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 262) esclarece que “em todas essas hipóteses a Corte Constitucional faz um *apelo* ao Legislador, para que solucione o estado de coisas referido na sua decisão”. O autor assevera que na primeira hipótese a norma encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. A segunda hipótese coincide com as situações tuteladas pela nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão - inexistente, na Alemanha -, com a diferença de que na decisão alemã a Corte reconhece que a omissão

³⁷ É de se salientar que o § 78, 2º período, da Lei orgânica da Corte Constitucional, permite que se declare a nulidade de outras normas que não foram diretamente impugnadas se se entender que elas são, pelos mesmos fundamentos, incompatíveis com a Constituição (MENDES, 1998, p. 195). Com base neste dispositivo, é possível ainda declarar a nulidade de diferentes redações ou versões da mesma lei, mesmo que tenha sido questionada apenas a redação original da norma.

legislativa revela-se ainda constitucional, no entanto, enfatiza o dever do legislador de promulgar as providências reclamadas. A terceira hipótese, que segundo Clève é desconhecida pelo direito brasileiro, é utilizada pela jurisprudência alemã para infirmar a configuração de inconstitucionalidade, sob o argumento de que inexistiam elementos corroboradores da evidência da colisão normativa no momento da elaboração da lei.

No que se refere ao tema central da presente pesquisa, que discorre sobre as audiências públicas com especialistas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, Mendes (1998, p. 18) acentua que o Regimento Interno da Corte Constitucional da Alemanha autoriza a oitiva de *experts* ou personalidades que disponham de conhecimentos específicos sobre determinada área, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, caso se revelem imprescindíveis para o esclarecimento de uma dada questão. Há, assim, a previsão de realização de audiências públicas com peritos e associações.

Sobre esse assunto, alicerçando-se em estudo empírico desenvolvido por Klaus Jürgen Philippi, Mendes (2009, p. 471-481) informa que a Corte Constitucional alemã há muito tempo realiza a aferição dos chamados fatos e prognoses legislativos³⁸ em sede de controle de constitucionalidade, denotando que essa atribuição constitui parte essencial e indissociável da própria competência do Tribunal. Afasta-se, então, a noção equivocada de que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranha aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas no âmbito do controle de constitucionalidade (MENDES, 2009, p. 478).

Segundo Mendes (2009, p. 480), essa posição da Corte Constitucional alemã reforça a teoria de Häberle da necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às intervenções de eventuais interessados, posto que, ao constatar que no processo de

³⁸ Fatos e prognoses legislativos podem ser definidos como aqueles elementos fáticos adotados ou pressupostos pelo legislador para a edição de um determinado ato normativo (MENDES, 2009, p. 472). Eles foram classificados por Philippi em *fatos históricos*, *fatos atuais* e *eventos futuros* (MENDES, 2009, p. 473). Consoante Mendes (2009, p. 474-475), enquanto os *fatos históricos* referem-se a análises de *fatos legislativos históricos* que deram ensejo a determinadas decisões, a investigação sobre *fatos legislativos atuais* envolve variado elenco de temas. No que respeita aos eventos futuros ou prognoses legislativas, entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. A Corte, para apreciar os fatos e prognoses legislativos, apóia-se com frequência em pareceres de peritos ou de grêmios de peritos, privilegiando, nesse caso, uma composição pluralista (MENDES, 2009, p. 474).

constitucionalidade se faz necessária a verificação de fatos e prognoses legislativos, surge a necessidade de adoção de um modelo procedimental aberto que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Percebe-se, ante o exposto, que existem profundas semelhanças entre o modelo brasileiro e o sistema alemão de controle de constitucionalidade. Vieram da Alemanha várias contribuições para a construção do sistema de controle adotado no Brasil, notadamente a previsão de realização de audiências públicas com especialistas nas ações referentes ao controle abstrato de constitucionalidade.

2.1.2 Estados Unidos: a força e a longevidade de um modelo difuso

O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos não está concentrado em um único órgão de natureza jurisdicional como ocorre no modelo alemão. Essa competência, no sistema norte-americano, é compartilhada ou difusa entre todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, que têm o poder e o dever de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e de não aplicá-la nos casos levados a seu julgamento (BARROSO, 2009, p. 47).

Barroso (2009, p. 3-10) ensina que esse modelo difuso de controle de constitucionalidade foi inaugurado nos Estados Unidos, a partir da decisão histórica proferida pela Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, sentença esta redigida pelo Presidente daquela Corte, o famoso juiz John Marshall, na qual foram proclamados os três principais fundamentos que sustentam esse sistema: a supremacia da Constituição; a subordinação a ela de todos os Poderes estatais; e a competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.³⁹

³⁹ Bulos (2009, p. 113), explicitando o histórico caso *Marbury versus Madison*, relata que, em 1801, William Marbury foi nomeado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. O Presidente John Adams, do Partido Federalista, foi quem o nomeou, nos precisos termos da lei. Como o Presidente Adams estava terminando o seu mandato, não houve tempo hábil para empossar Marbury no cargo. Então o republicano Thomas Jefferson, ao assumir a Presidência dos Estados Unidos, mandou que o seu Secretário de Estado, James Madison, negasse posse a Marbury. Este, inconformado com tal arbitrariedade, recorreu à Suprema Corte a fim de que o Secretário Madison fosse obrigado a lhe dar posse. John Marshall, em sua decisão, foi pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte americana. Concluiu que a Lei Judiciária de 1789, que permitia ao Tribunal expedir mandados para sanar atos ilegais do Executivo, violava a Carta estadunidense, cujo art. III, seção 2, disciplinava a competência originária da Suprema Corte. Como as atribuições da Suprema Corte estavam,

No entanto, Bulos (2009, p. 113-114) considera que a decisão de Marshall foi, na verdade, a grande disseminadora ou formalizadora do controle difuso de normas, tendo em vista que, antes dela, a Justiça do Estado de New Jersey, nos idos de 1780, já havia declarado que leis contrárias à Constituição reputavam-se nulas. Também em 1782, um grupo de juízes da Virgínia declarou que leis inconstitucionais afiguravam-se nulas e, no ano de 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da confederação.

Igualmente esclarecedora sobre esse aspecto histórico é a análise desenvolvida por Mauro Cappelletti (1992, p. 45-57), na qual ele, em resposta à tese de um constitucionalista norte-americano, James A. C. Grant, apresentada em 1963 - e que afirma que o controle jurisdicional das leis representa uma idéia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX, em outros países das duas Américas -, demonstra que a idéia de supremacia constitucional, ou de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis em relação às outras leis, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, como o ateniense e o medieval. Por isso, embora reconheça a importância fundamental da corajosa decisão de John Marshall que efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, Cappelletti conclui, porém, que ela não foi “um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal” (CAPPELLETTI, 1992, p. 63).

É inegável, assim, como lembra Bulos (2009, p. 114), a importância histórica da decisão liderada por Marshall, em 1803, na Suprema Corte dos Estados Unidos, por ter disseminado os fundamentos do controle judicial de constitucionalidade, os quais alcançaram posto de destaque em todo o mundo.

Consoante informa Azambuja (2008, p. 56), a idéia de atribuir aos juízes poder de controlar a legitimidade das leis e de negar-lhes aplicação (*judicial review*) teve origem na Inglaterra, mas a sua formação processual, nos moldes atuais, foi cristalizada nos Estados Unidos da América.⁴⁰ Embora a Constituição americana de 1787, ainda em vigor, não

taxativamente, disciplinadas no Texto Magno dos americanos, o Congresso não poderia, por meio da Lei Judiciária de 1789, ampliá-las. Por esse motivo, a Lei Judiciária de 1789 foi declarada inconstitucional.

⁴⁰ Cappelletti (1992, p. 69) faz menção ao aparente paradoxo pelo qual o direito inglês, que, decididamente, exclui, desde 1688, na mãe pátria, por força do princípio fundamental da supremacia parlamentar, a possibilidade de controle judicial da legislação, fez-se, ao contrário, promotor, em muitas das ex-colônias inglesas (EUA,

contemple expressamente o controle de constitucionalidade, a *judicial review* foi incorporada ao direito constitucional americano em 1803 com a decisão de Marshall (CLÈVE, 2000, p. 64).⁴¹ Nesse aspecto, Poletti (1995) acrescenta que:

O sistema difuso indica uma maior compatibilidade com o *common law*, onde o costume, e não a lei, representa a mais importante fonte do Direito e, ainda, onde os precedentes judiciais são mais relevantes para a formação da jurisprudência a balizar as outras e futuras decisões. Isso explica o sistema americano, proveniente do inglês, porém transplantado para um regime de Constituição escrita. Elucida, ainda, o *stare decisis*, o precedente que vincula as futuras decisões judiciais (POLETTI, 1995, p. 62).

Neste sentido, Clève (200, p. 63-66) afirma que o núcleo do modelo americano de fiscalização de constitucionalidade reside no fato de que qualquer juiz chamado a decidir um caso dispõe de competência para declarar nulos e írritos todos os atos e leis contrários à Constituição. É uma competência difusa porque exercida por qualquer juiz ou tribunal. O autor observa, entretanto, que, conquanto essa competência seja difusa, a Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, “em virtude do princípio do *stare decisis*, ou seja, da eficácia vinculante de suas decisões, desempenha um papel determinante no campo constitucional, na medida em que pronuncia a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais” (CLÈVE, 2000, p. 63). Por força desse princípio, a decisão da Suprema Corte é vinculante para todos os demais órgãos judiciais e tem eficácia *erga omnes*.

Os juízes e tribunais norte-americanos enfrentam e resolvem as questões de constitucionalidade das leis no curso e por ocasião de um concreto processo comum (civil, penal ou de outra natureza) e tão-só na medida em que isto se torne necessário ou relevante para a decisão do caso concreto. No sistema norte-americano, tais questões dão lugar apenas a meros incidentes no curso de qualquer tipo de procedimento judiciário, não havendo,

Canadá e a Austrália), deste controle. A supremacia parlamentar significa, como salienta Schwartz (1966, p. 24), que o Parlamento tem o direito de fazer ou desfazer qualquer lei, e que a lei da Inglaterra não reconhece a qualquer pessoa ou entidade o direito de rejeitar ou anular a legislação do Parlamento. Os tribunais ingleses podem apenas interpretar, mas não discutir a validade das leis do Parlamento.

⁴¹ Para Schwartz (1966, p. 24-25), a autoridade dos tribunais americanos para rever a constitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição. Tal poder foi assumido pela própria Corte Suprema numa das mais ousadas decisões já tomadas por um tribunal de justiça. O autor comenta ainda que, para os juristas americanos, pelo contrário, a decisão de seus tribunais sobre questões de constitucionalidade está implícita na própria essência do poder judicial que lhes é delegado pela Constituição. Finalmente, o autor revela que, segundo a teoria adotada pelos tribunais americanos, a autoridade para declarar a inconstitucionalidade provém do dever de determinar a lei: é dever e incumbência do Judiciário dizer o que é a lei e de decidir sobre sua validade em caso de conflito com a Constituição.

portanto, a instauração de um adequado e autônomo processo constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 104).

Em relação aos efeitos emanados da decisão judicial proferida no sistema de controle norte-americano, Cappelletti (1992, p. 114-124) ressalta que a sentença tem caráter meramente declarativo de nulidade da lei inconstitucional. A norma é considerada, deste modo, absolutamente nula e a decisão tem eficácia retroativa, *ex tunc*, fulminando a lei desde o seu nascimento. Os efeitos dessa decisão, porém, alcançam somente o caso concreto, ou seja, a eficácia é especial, *inter partes*, e não geral, *erga omnes*, salvo os julgados da Suprema Corte que, por força do princípio do *stare decisis*, tem eficácia geral.

No que concerne aos instrumentos de informação disponibilizados aos juízes norte-americanos no âmbito do controle difuso de constitucionalidade e que podem configurar uma abertura democrática no processo de interpretação constitucional, Damares Medina (2010, p. 54) consigna que o sistema estadunidense permite, desde 1821, a participação do *amicus curiae* em feitos que tramitam perante a Suprema Corte.

Medina salienta que, a partir do final do século XIX, houve uma alteração no papel desempenhado pelo *amicus curiae*, que se afasta da posição de neutralidade que marcava sua participação processual desde o seu surgimento no direito romano:⁴²

Se, no início, esse instrumento era utilizado como um verdadeiro amigo da corte, que informava erros evidentes, bem como apresentava fatos e argumentos que não eram do conhecimento das partes e da corte, a partir do final do século XIX em diante o *amicus curiae* passou a ser utilizado como um verdadeiro instrumento de estratégia judicial, em defesa de um dos lados específicos envolvidos na disputa (MEDINA, 2010, p. 55).

A atuação do *amicus curiae* na Suprema Corte dos EUA, segundo Medina (2010, p. 63), está circunscrita exclusivamente à fase de entrega de memoriais, observado que poderão ser entregues dois memoriais, um antes e outro depois da ação ser conhecida. Por ocasião da

⁴² Medina (2010, p. 55) conta que, a partir desse período, começaram a surgir os principais problemas enfrentados pela Suprema Corte, como o excessivo número de memoriais e o lobby judicial. A autora informa que as primeiras figuras que tiveram uma forte atuação como *amicus curiae* perante a Suprema Corte foram: os EUA, seguidos pelos Estados da Federação, já na última metade do século XIX. Posteriormente as agências reguladoras fizeram-se presentes, assim como os segmentos altamente regulados. No final do século XIX, os grupos de interesses privados começaram a participar como amigos da corte, seguidos dos comitês e companhias rivais. Os grupos financeiros e as associações tornaram-se ativos mais tarde, no início do século XX. O ano de 1925 marca a primeira vez que o Congresso se manifestou como *amicus curiae*, a requerimento da Suprema Corte.

sustentação oral no julgamento, pode ainda ser permitida a entrega de mais um memorial. Todavia, somente é permitida a sustentação oral do *amicus* em casos excepcionais (MEDINA, 2010, p. 63).⁴³

A efetividade do ingresso do *amicus curiae* e sua capacidade de influenciar no resultado do julgamento é um tema que ocupa lugar de destaque nos debates acadêmicos e na doutrina norte-americana (MEDINA, 2010, p. 55). Especialmente nos casos altamente complexos, o *amicus curiae* assume um papel pedagógico acerca de importantes questões técnicas, aumentando a qualidade da decisão (MEDINA, 2010, p. 57).⁴⁴

Reforçando essa constatação, em Medina (2010, p. 17), encontramos ainda que a intervenção do *amicus curiae* afigura-se, no paradigma do Estado Democrático de Direito e na perspectiva da jurisdição constitucional, como um instituto de indiscutível relevância, especialmente em razão do seu potencial pluralizador do debate constitucional, em uma dimensão inclusivo-participativa. De igual forma, referindo-se ao sistema americano, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1057) afirmam que “a abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional”.

Registre-se, finalmente, que o controle de constitucionalidade no sistema americano não se confina tão-somente à via de exceção, mas abrange também outras técnicas, como acentua Bonavides (2006, p. 316), de natureza um tanto preventiva, como a *injunction*, que é uma ação mediante a qual o jurisdicionado, na iminência de padecer os efeitos da aplicação de uma lei que se lhe afigura inconstitucional, requer ao juiz a expedição de uma ordem que interdite à autoridade ou funcionário a execução de determinado ato legislativo inquinado de vício de inconstitucionalidade.

⁴³ Conforme expõe Medina (2010, p. 58 e 65), como resposta ao excessivo número de memoriais de *amicus curiae*, a Suprema Corte editou, em 1997, uma regra rígida, por meio da qual passou a exigir que o *amicus* obtivesse a autorização escrita de todas as partes envolvidas no processo para poder ingressar no feito, bem como indicasse em qual extensão a parte apoiada pelo *amicus* endossaria o conteúdo do memorial apresentado e, ainda, estabeleceu-se que o *amicus curiae* deveria indicar todas as fontes financeiras que colaboraram na elaboração da peça. Contudo, mesmo se as partes não concordarem com a participação do *amicus curiae*, a Corte pode autorizar a entrega do memorial, o que usualmente acontece. Os EUA, suas agências governamentais e os demais Estados da Federação podem intervir como *amicus curiae*, independentemente da autorização das partes.

⁴⁴ Medina (2010, p. 74) conclui sua análise afirmando que o estabelecimento, pela Suprema Corte dos EUA, de um regramento exaustivo, preciso e rígido em torno do ingresso dos *amicus curiae* é um dos elementos centrais para que a sua atuação seja equilibrada. Com *amicus* apoiando ambos os lados da controvérsia, diminuem-se as chances de que ocorram desequilíbrios informacionais, bem como distorções no processo de tomada de decisão, a partir do ingresso do *amicus*. Para a autora, o *amicus curiae* se tornou menos uma ferramenta adicional de advocacia e mais uma necessidade efetiva de representação da parte: um amigo da parte.

Sobre o sistema americano, Bonavides (2006, p. 312) conclui dizendo que “a história constitucional dos Estados Unidos há mais de um século tem sido em larga parte a história da Suprema Corte e de seus arestos em matéria de controle de constitucionalidade”.

2.2 Controle Abstrato de Constitucionalidade no Brasil

2.2.1 Contextualização Histórica

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824 pelo imperador D. Pedro I, não fazia previsão de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis. Segundo Clève (2000, p. 81), essa ausência explica-se pelos seguintes fatores: o dogma da supremacia do Parlamento – adotado no Brasil por influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França; a previsão constitucional de um Poder Moderador que atribuía ao imperador o papel de resolver os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário; e a influência do direito público inglês e francês – e não do direito norte-americano -, sobre os homens públicos brasileiros.

Com a Constituição de 1891, o Brasil adotou a República, o presidencialismo, o legislativo bicameral, a federação, a *judicial review* e também estruturou o Supremo Tribunal Federal e a justiça federal, admitindo, pela primeira vez, a fiscalização, pelo Judiciário, da legitimidade das leis. É o início de um controle difuso e incidental de constitucionalidade, mediante o qual os juízes e tribunais passam a apreciar a validade das leis e deixam de aplicar, aos casos ocorrentes, aquelas manifestamente inconstitucionais (CLÈVE, 2000, p. 83-84).

A Constituição de 1934 manteve o controle difuso e introduziu no sistema importantes inovações. Sob inspiração norte-americana, passou-se a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declaração de inconstitucionalidade. Atribuiu-se competência ao Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do STF proferidas em sede de controle difuso. Surgiu a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, a ser manejada perante o STF no caso de intervenção federal pelo Poder Legislativo nos Estados-membros devido à inobservância de determinados princípios constitucionais (CLÈVE, 2000, p. 85).

Tendo a função principal de legitimar o golpe ditatorial perpetrado em 1930, a Constituição de 1937, no que se refere à fiscalização da constitucionalidade, manteve o modelo instaurado em 1891 e suprimiu as inovações trazidas pela Constituição de 1934, com exceção da exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. Ademais, com a finalidade de conferir preeminência ao Executivo, a Constituição de 1937 permitia que o Presidente da República tornasse sem efeito uma decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei. Para tanto, bastava a ele submeter novamente a lei questionada ao exame do parlamento e se este a confirmasse por dois terços de votos de cada uma das Câmaras ficaria sem efeito a decisão do Judiciário (CLÈVE, 2000, p. 86).

A Constituição de 1946 marcou o reencontro do país com a democracia e, nessa condição, restaurou o princípio da *judicial review* em sua plenitude, eliminando a possibilidade instituída em 1937 do Presidente da República tornar sem efeitos as decisões do Judiciário, o qual retomou, assim, a sua competência de dar a última palavra em questões de natureza constitucional. A nova ordem constitucional instaurada em 1946 manteve os arranjos constantes nas Constituições de 1891 e de 1934, e ampliou a competência do STF no tocante ao controle difuso de constitucionalidade via recurso extraordinário, além de ter dado nova configuração à representação interventiva⁴⁵ (CLÈVE, 2000, p. 87).

A grande inovação que marca a Constituição de 1946 refere-se à alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 16/65, que veio criar no sistema jurídico brasileiro a fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Por meio dessa emenda ao texto constitucional, o STF passou a ter competência para processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Aos Estados-membros também foi conferida legitimada pela referida emenda constitucional para realizar, perante os Tribunais de Justiça, o controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais em conflito com a Constituição do Estado (CLÈVE, 2000, p. 88).⁴⁶

⁴⁵ O procedimento é modificado. Conforme detalha Clève (2000, p. 88), o Procurador-Geral da República submeteria ao exame do STF o ato argüido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com seu pronunciamento, pró ou contra, e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal. Porém, antes de o Executivo efetivá-la, se limitaria o Congresso a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso essa medida bastasse para estabelecer a normalidade no Estado federado, evitando-se, assim, a concretização da intervenção.

⁴⁶ Clève (2000, p. 88) comenta que não deixa de ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse

Finalmente, a Constituição de 1967 e as emendas constitucionais que lhe seguiram mantiveram o sistema de fiscalização da constitucionalidade inaugurado com a Constituição de 1891, com as alterações constantes da Constituição de 1946, inclusive aquelas promovidas pela Emenda Constitucional 16/65. No entanto, houve algumas modificações no sistema. Foi suprimida a possibilidade de controle abstrato no âmbito estadual. Na representação interventiva perante o STF, a competência para suspender o ato estadual foi transferida do Legislativo para o Presidente da República. Instituiu-se a previsão de representação interventiva no âmbito dos tribunais de justiça estaduais, em face de leis municipais contrárias a princípios sensíveis elencados na Constituição Estadual. O STF adquiriu competência para promover, em sede de representação do Procurador-Geral da República, a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo (CLÈVE, 2000, P. 90). Houve a previsão expressa de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade formuladas pelo Procurador-Geral da República.

Procurou-se traçar, destarte, um perfil histórico das principais características que marcaram o sistema de controle de constitucionalidade durante o contexto que vai da Constituição de 1824 até a de 1967, sistema este que, em sua acepção abstrata, foi significativamente aperfeiçoado com a Constituição de 1988.

2.2.2 O Modelo Abstrato de Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 representa um verdadeiro marco na história constitucional brasileira. Segundo Gomes (2008, p. 325):

Vindo a lume após um duro período de exceção, caracterizado por inúmeras perseguições políticas, censura, arroubos autoritários do poder, desmandos, e por todo tipo de arbitrariedades tão comuns em tempos ditatoriais, a Constituição de 1988 pretendeu ser um ponto final dessa história, ao mesmo tempo em que seria o ponto inicial de outra, por meio da qual os brasileiros pudessem escrever uma nova história, só que marcada pela democracia e pela legitimidade (GOMES, 2008, p. 325).

Com relação ao modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e demais atos normativos no Brasil, a Constituição de 1988 manteve o sistema misto,

mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

caracterizado por deferir a atribuição para o julgamento das questões constitucionais tanto a qualquer juiz ou órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto (controle difuso ou concreto), como a um órgão jurisdicional superior, no caso o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado ou abstrato). O modelo brasileiro é uma combinação, portanto, do modelo difuso-incidental com o abstrato-principal. Tal assertiva pode ser constatada pelos ensinamentos de Mendes, Coelho, e Branco (2009):

O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal (MENDES, COELHO, e BRANCO, 2009, p. 1058).

A Constituição de 1988 ampliou substancialmente o controle abstrato de constitucionalidade. No cenário dessa nova ordem constitucional, destacam-se as seguintes alterações, consoante Clève (2000, p. 90): *(i)* ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; *(ii)* admissão da instituição pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual; *(iii)* instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; *(iv)* exigência de citação do Advogado-Geral da União para, nas ações diretas, defender o ato impugnado; *(v)* manifestação obrigatória do Procurador-Geral da República em todas as ações diretas; *(vi)* supressão da possibilidade de representação por parte do Procurador-Geral da República para que o STF promova a interpretação, com força vinculante, de ato normativo; e *(vii)* previsão do mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. Posteriormente, por força de emenda constitucional (EC n. 3/93), foi introduzida no sistema a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ser processada e julgada, originariamente, perante o STF.

Bulos (2009, p. 124) entende que a Constituição de 1988 reforçou a anatomia do controle abstrato e acabou reduzindo, mas não eliminando, o controle difuso. Para esse autor,

a inconstitucionalidade das leis e atos normativos passou a ser examinada, na maioria das situações, pelo controle abstrato. Já os juízes - titulares da jurisdição constitucional ordinária - , ficaram, praticamente, limitados, tendo em vista que houve um esvaziamento do controle difuso pela Carta de 1988. Todavia, “isso não nos autoriza menosprezar o controle difuso no Brasil”, pois ele “está ao dispor para quem desejar obter a decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto” (2009, p. 124).

Nesse particular, Gomes (2008, p. 330) relata que, até a promulgação da Constituição de 1988, a relação existente entre os dois modelos de controle de constitucionalidade era caracterizada por uma prevalência do difuso em relação ao abstrato, tanto que as vias existentes para esse último eram diminutas, sem contar que o seu manejo era de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República e, não obstante isso, a Constituição de 1988 promoveu uma verdadeira inversão nessa relação entre esses dois sistemas de controle, privilegiando o abstrato em detrimento do difuso. Houve, destarte, por parte do constituinte de 1988, uma centralização e uma verticalização do controle de constitucionalidade brasileiro.⁴⁷

O controle abstrato de constitucionalidade no sistema brasileiro é exercido perante o Supremo Tribunal Federal ou junto aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros - quando se questionar a validade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º) -, por meio de ações autônomas que podem ser intentadas por um grupo de legitimados elencados constitucional e legalmente, dando-se início a um processo com características objetivas, posto que não exista propriamente uma lide nessa situação e os legitimados ativos da ação não buscam, precipuamente, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade), conforme ensina Clève (2000, p. 142).

A Constituição da República prevê a possibilidade de controle abstrato, por via principal, a ser desempenhado, no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, *a*); da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, I, *a*); da ação de

⁴⁷ Vieira (2008, p. 283-310) faz severas críticas à prevalência do modelo abstrato em detrimento da sistemática difusa e concreta, pois, para ele, essa opção atenta contra a proteção dos direitos fundamentais e é criticável sob o ponto de vista de evolução histórica das respectivas matrizes de cada sistema, porque “a união entre ambos, conscienciosa, é que deveria ser a tônica no Brasil”.

inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º); e da argüição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1).

Com o advento da EC n. 45/2004, houve a unificação dos legitimados para a propositura de tais ações diretas.⁴⁸ O processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o STF é regulado pela Lei n. 9.868, de 1999, enquanto o da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) vem disposto na Lei n. 9.882, de 1999. Há, assim, um regime jurídico específico que disciplina a ADI e a ADC, e outro que cuida da ADPF.

No caso da ADI e da ADC, permite-se a concessão de medida cautelar por decisão da maioria absoluta dos membros do STF, consistente, no primeiro caso, na suspensão dos efeitos da norma impugnada, e, na segunda hipótese, na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.⁴⁹

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em ADI ou em ADC somente será tomada se presentes na sessão, no mínimo, oito Ministros, exigindo-se a manifestação num ou noutro sentido de pelo menos seis deles. A decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal.⁵⁰

A ADPF é o instrumento utilizado perante o STF para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Ela também é cabível quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Neste ponto, extrai-se uma

⁴⁸ Presentemente, conforme dispõe o art. 103 da CF e o art. 2º da Lei n. 9.882, de 1999, podem propor tais ações: (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; (vi) o Procurador-Geral da República; (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) partido político com representação no Congresso Nacional; (ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Antes da EC n. 45/2004, a ADC somente poderia ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

⁴⁹ Cf. arts. 11 e 21 da Lei n. 9.868, de 1999.

⁵⁰ Cf. arts. 22-28 da Lei n. 9.868, de 1999. A decisão final de mérito é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

primeira diferença em relação ao regime da ADI/ADC, que não comporta a análise de atos normativos emanados dos municípios e também daqueles anteriores à Constituição.⁵¹

Na ADPF permite-se a concessão de medida liminar por decisão da maioria absoluta dos membros do STF.⁵² A liminar, nesta hipótese, tem efeitos similares ao da concedida na ADC, podendo consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ação, salvo se decorrentes da coisa julgada.

A decisão final na ADPF fixa as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental que se considera violado pelo ato estatal. Essa decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.⁵³

Permite-se, em ambos os regimes, aquilo que convencionou-se denominar de *modulação ou limitação temporal dos efeitos da decisão*, que significa a possibilidade conferida ao STF de, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁵⁴

Trata-se, nesse caso, de uma exceção à regra que impõe a eficácia retroativa (*ex tunc*) à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, desde que presentes motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Em tais situações, o STF terá a opção de declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (eficácia *ex nunc*) ou suspender os efeitos da decisão por algum tempo, hipótese em que a norma impugnada continuará sendo aplicada por um determinado prazo fixado na decisão. É possível

⁵¹ Barroso (2009, p. 286-289) afirma que essas são duas inovações significativas trazidas pela ADPF. Segundo ele, agora, se a norma municipal envolver ameaça ou lesão a preceito fundamental ou houver controvérsia constitucional relevante quanto a sua aplicação, sujeitar-se-á ao controle abstrato e concentrado do STF, mediante ADPF. De outra parte, o autor argumenta que a ADPF vem preencher um vazio relativamente à sindicabilidade dos atos normativos anteriores à Constituição, pois a jurisprudência do STF estabeleceu, de longa data, o entendimento de que não cabe ADI e ADC que tenham por objeto o direito pré-constitucional, pois o contraste entre a nova Constituição e o direito anterior se coloca no plano da vigência – revogação ou recepção –, e não da validade das normas.

⁵² O § 1º do art. 5º da Lei n. 9.882, de 1999, estipula que, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do tribunal pleno.

⁵³ Cf. art. 10 da Lei n. 9.882, de 1999. Essa decisão também é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

⁵⁴ Cf. arts. 27 e 11 das Leis 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente.

ainda que o STF mitigue os efeitos gerais (*erga omnes*) da decisão abstrata (BULOS, 2010, p. 193-198).

Segundo Bulos (2010, p. 195-211), a jurisprudência do STF contempla em seus arestos vários princípios que visam facilitar a aplicabilidade dos mecanismos de fiscalização abstrata de normas, tais como: (i) o princípio da interpretação conforme a Constituição como técnica de decisão;⁵⁵ (ii) o princípio da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto;⁵⁶ (iii) o princípio da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade;⁵⁷ (iv) princípio do apelo ao legislador;⁵⁸ e (v) princípio da declaração de inconstitucionalidade da norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade.⁵⁹

Em decorrência do efeito vinculante que é conferido às decisões definitivas de mérito proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o qual alcança os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, caberá reclamação perante o STF contra o descumprimento de tais decisões.⁶⁰

O controle abstrato de constitucionalidade contempla também o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é o remédio utilizado para o caso de omissão normativa, decorrente da ausência da edição, pelo legislador, de uma norma exigida pela

⁵⁵ A interpretação conforme é uma modalidade de decisão plenamente aceita e utilizada pelo STF, por meio da qual concede-se à norma impugnada, sendo possível e havendo dúvida razoável a respeito de sua constitucionalidade, uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade ou exclui-se da norma impugnada uma interpretação que possa torná-la inconstitucional (BULOS, 2010, p. 203). No estudo de caso realizado no Capítulo 3 desta dissertação, se verá que alguns ministros do STF utilizaram essa técnica de decisão em seus votos na ADI 3510.

⁵⁶ Por meio dessa técnica decisória o STF exclui determinadas hipóteses de aplicação de um programa normativo, sem empreender qualquer supressão no texto legal (BULOS, 2010, p. 204).

⁵⁷ Em tais hipóteses, o STF reconhece que a lei é inconstitucional, mas não a nulifica, por razões de segurança jurídica ou interesse social (BULOS, 2010, p. 205).

⁵⁸ Por esse princípio o STF exorta o Poder Legislativo para que ele elabore lei que venha a suprir a omissão legislativa dentro de certo prazo (BULOS, 2010, p. 206).

⁵⁹ Nesse caso, o STF não declara a inconstitucionalidade de uma norma que ainda está de acordo com a Constituição, embora, a depender das circunstâncias fáticas, possa deixar de sê-lo. A norma tida como constitucional, a depender de certas condições, pode se tornar inconstitucional. Esse princípio foi utilizado pelo STF no caso da alegação da inconstitucionalidade do art. 68 do Código de Processo Penal que confere ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil ex delicto, quando for pobre o titular do direito à reparação. No caso, o STF entendeu que esse preceito é ainda constitucional, mas que, progressivamente, está caminhando para a inconstitucionalidade, à medida que as Defensorias Públicas estão sendo instaladas (BULOS, 2010, p. 626).

⁶⁰ Cf. arts. 28 e 13 das Leis 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente.

Constituição.⁶¹ O objetivo dessa ação é declarar o estado de inércia legislativa e cientificar o Poder Legislativo para que supra a omissão e elabore o ato normativo necessário. Essa ação, contudo, não tem natureza mandamental, o que impede o Judiciário de fixar um prazo para que o Legislativo cumpra o seu dever constitucional de legislar. Somente no caso dos atos normativos secundários da competência de órgão administrativo, como os regulamentos e instruções, é que a Constituição prevê o prazo de trinta dias para a sua execução, e nesse caso a decisão tem natureza mandamental, ou seja, é obrigatória e não pode ser desrespeitada (BULOS, 2010, p. 251).

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade foi regulado pela Lei n. 12.063, de 2009, a qual permite a concessão de medida cautelar nessa ação para suspender a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como para suspender os processos judiciais ou procedimentos administrativos em curso, ou para se adotar outra providência a ser fixada pelo STF.

Sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Piovesan (1995, p. 87-93) pondera que, por ser a Carta de 1988 uma Constituição dirigente, aberta e que contém um universo considerável de normas destituídas de aplicabilidade imediata, essa ação está relacionada com o desafio da efetividade constitucional, o qual exige a vinculação dos Poderes Públicos com a realização completa da Constituição. Essa ação é vista pela autora como uma garantia voltada a reforçar o constitucionalismo do Estado social e como um instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

No contexto de uma visão renovada da concepção do fenômeno jurídico, Gomes (2008, p. 258) entende que o controle de constitucionalidade das leis mostra-se como um dos institutos mais importantes na construção e efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito, porque ele permite tanto a manutenção da higidez do ordenamento jurídico ao qual o indivíduo se submete, como a proteção de seus direitos fundamentais e a garantia de que a Constituição, entendida como um projeto aberto e inacabado da construção de uma sociedade justa, inclusiva, solidária e democrática, não se converta em mero objeto de manipulação e de aparente legitimação de condutas totalitárias e abusivas. Por isso, o autor defende que o

⁶¹ Cf. art. 103, § 2º, da CF, e Lei 12.063, de 2009, que regulamentou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

controle de constitucionalidade “será tão mais legítimo quanto maior for a sua abertura à participação popular, quando, então, conseguirá estabelecer uma relação produtiva entre democracia participativa, Constituição e proteção dos direitos fundamentais” (GOMES, 2008, p. 259).

Em função disso, o autor (2008, p. 273) afirma que, comparando-se com o sistema difuso, o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade não pode ser tomado como antidemocrático, *a priori*, pelo simples fato de realizar esse controle em um tribunal exclusivo para esse fim. Na verdade, o sistema abstrato precisa, na visão desse autor, adotar mecanismos alternativos que permitam que o déficit de legitimidade representado pela não adoção do controle difuso possa ser compensado. Para isso, o que se deve fazer no controle abstrato é:

[...] permitir o amplo acesso do cidadão nas disputas constitucionais, fazendo com que ele realmente possa exercer a sua autonomia pública e privada, concomitantemente, e possa realmente se ver como autor e não meramente expectador do jogo político e democrático (GOMES, 2008, p. 275).

E dentro desse contexto, mecanismos como a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas com especialistas no processo de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro são vistos por Gomes (2008, p. 433) como algo muito importante para construção de uma sociedade democrática, pois representam, na verdade:

[..] uma maneira de permitir que o cidadão – verdadeiro e legítimo guardião da Constituição – participe ativamente da construção e da reconstrução do Texto Magno, de maneira a sempre se manter nele vivo e representado, prática, aliás, que deve ser corriqueira em sociedades democráticas (GOMES, 2008, P. 433).

Tais mecanismos, de fato, se utilizados de forma adequada pelo judiciário, podem configurar uma abertura pluralista e democratizante no processo de controle abstrato brasileiro e, conseqüentemente, na atividade de interpretação exercida por nossa jurisdição constitucional. E é sobre o *amicus curiae* que falaremos no item a seguir, enquanto o tema pertinente às audiências públicas será tratado de forma pormenorizada, inclusive com um estudo de caso, no capítulo final.

2.3 Instrumentos de Informação dos Juízes Constitucionais: o *Amicus Curiae* como elemento pluralizador do processo de controle abstrato de constitucionalidade

A legislação brasileira, a saber, as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, outorga aos juízes constitucionais do STF uma série de instrumentos de informação dentro do processo de controle abstrato de constitucionalidade. A referida legislação autoriza o juiz, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a 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.⁶²

Permite-se ainda que o relator da ação solicite informações aos tribunais superiores, aos tribunais federais e aos tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Binenbojm (2010, p. 176) aponta que tais dispositivos legais instituam saudável e auspiciosa inovação nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade no Brasil. Primeiro, porque desmistificaram a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configura simples questão jurídica de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição e, por isso, não comporta dilação probatória.

A referida legislação, a exemplo do que ocorre no sistema alemão, passou a autorizar a oitiva de *experts* ou personalidades que disponham de conhecimentos específicos sobre determinada área, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, caso se revelem imprescindíveis para o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato.

Por outro lado, Binenbojm (2010, p. 178) anota como importante a possibilidade conferida ao STF de consultar a jurisprudência dos tribunais superiores, regionais federais e estaduais, o que se dá por meio da solicitação de informações com esse objetivo, as quais servirão como instrumentos que permitirão à “Corte Constitucional auscultar as convicções e interpretações da Constituição formuladas pelos magistrados do país e pelos diversos segmentos da cidadania”. Em relação a essa previsão, o autor (2010, p. 178) considera que “à

⁶² Cf. arts. 9º e 6º das Leis 9.868 e 9.882, respectivamente.

sabedoria, sensibilidade e espírito democrático dos juízes do Supremo Tribunal Federal caberá fixar o grau adequado de permeabilidade da Corte a tais influências”

E, em termos de potencial para pluralizar o debate constitucional, a participação do *amicus curiae* merece atenção especial. Nesse sentido, a legislação admite, considerando-se a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos e entidades, que ingressam na ação na qualidade de *amicus curiae* (amigo da corte).

Medina (2010, p. 17) define o *amicus curiae* como um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

A autora revela que a expressão latina *amicus curiae* era empregada na Roma antiga e, posteriormente, na Inglaterra medieval (século XIV) para designar a participação de terceiros que, a pedido da corte, ofereciam informações e esclarecimentos acerca de campos específicos do direito (MEDINA, 2010, p. 36).⁶³

No Brasil, a presença do *amicus curiae* nos processos judiciais teve início com a previsão constante na Lei nº 6.385, de 1976 (art. 31), que autorizava a manifestação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM -, por meio de pareceres e esclarecimentos em processos individuais, em razão de sua função fiscalizadora do mercado de valores mobiliários. Posteriormente, a Lei nº 8.884, de 1994, também passou a permitir ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, intervir em processos sem a necessidade de se demonstrar interesse na causa em questão.

Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, as Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, trouxeram a previsão do instituto de forma ampla nas respectivas ações diretas, tornando legítima a sua integração e manifestação nesses feitos.

⁶³ Medina informa que não há consenso entre os estudiosos sobre a origem desse instituto. Com apoio em Mirela C. Aguiar, a autora comenta que a tese mais aceita seria a de que o instituto derivaria do direito inglês, onde, desde o seu surgimento, era visto como uma figura que, comparecendo espontaneamente perante o juízo, fornecia dados relevantes ao desenvolvimento e à solução da lide, que, na maioria dos casos, influenciaria a vida de toda a comunidade (MEDINA, 2010, p. 37).

Segundo Mendes, Coelho, e Branco (2009, p. 1174), essa é uma inovação significativa no sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, pois oferece alternativas e condições para se permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional, conferindo-lhe um caráter aberto e pluralista.

A admissão do *amicus curiae* nas ações do controle abstrato de constitucionalidade deve respeitar, todavia, dois critérios legais de admissibilidade: a relevância da matéria em discussão e a representatividade dos postulantes. Binenbojm (2010, p. 164) ensina que, na análise desse binômio relevância-representatividade, o relator da ação deverá levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus afiliados porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) social(is) afetado(s).⁶⁴

Quanto à atuação do *amicus curiae*, ela não se limita à simples manifestação escrita perante o Tribunal, em forma de memoriais. O Regimento Interno do STF, após ser alterado em 2004, passou a assegurar aos *amicus curiae*, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos.⁶⁵

Contudo, Heinen (2007, p. 158) informa que o STF definiu que não é possível a admissão do *amicus curiae* no processo se já houver sido iniciado o julgamento, e que eles também não possuem legitimidade para recorrer das decisões proferidas no processo, uma vez que não podem ser equiparados às partes.⁶⁶ Binenbojm (2010, p. 171) critica essa posição do STF que nega ao *amicus curiae* o direito de recorrer, vez que não há razão para que ele possa apresentar seus argumentos, por escrito e oralmente, perante o tribunal e, como

⁶⁴ Binenbojm (2010, p. 164) menciona ainda que, na ADI 2.130, o min. Celso de Mello afirmou que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio.

⁶⁵ Cf. Emenda Regimental n. 15, do Supremo Tribunal Federal, de 30-4-2004 (DJ de 1º-4-2004).

⁶⁶ Cf. ADI 4.071; 3105; 2591; e 1498. Na ADI 4.071, relatada pelo min. Menezes Direito, o STF entendeu, por maioria, que a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* está limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento. Segundo comenta Binenbojm (2010, p. 171), considerou-se que o relator, ao encaminhar o processo para a pauta, já teria firmado sua convicção, razão pela qual os fundamentos trazidos pelo *amicus curiae* pouco seriam aproveitados, e dificilmente mudariam sua conclusão. Além disso, entendeu-se que permitir a intervenção de terceiros, que já é excepcional, às vésperas do julgamento poderia causar problemas relativamente à quantidade de intervenções, bem como à capacidade de absorver argumentos apresentados e desconhecidos pelo relator. Por fim, ressaltou-se que a regra processual teria de ter uma limitação, sob pena de se transformar o *amicus curiae* em regente do processo.

desdobramento lógico, não possa se insurgir contra a decisão, por meio dos recursos cabíveis. Para o autor, o *amicus curiae* deveria poder, assim, utilizar-se do agravo regimental contra decisões interlocutórias do relator, bem como dos embargos de declaração contra os acórdãos cautelares e de mérito.⁶⁷

Em sua abordagem, Medina (2010, p. 42-47) acentua que, no decorrer do tempo, houve uma transformação no perfil de atuação do *amicus curiae*, que deixou suas características originais de neutralidade (amigo da corte) para alcançar uma feição nitidamente partidária (amigo da parte):

De fato, atualmente, o *amicus* atua como um terceiro que se habilita no processo para defender os interesses do grupo por ele representado. Ainda que se escude em dados sociológicos, estudos estatísticos ou pareceres técnico-científicos de áreas estranhas ao campo legal, o *amicus curiae* persevera na busca de fazer prevalecer o ponto de vista por ele defendido, que muitas vezes pode não ser de caráter institucional ou social (MEDINA, 2010, p. 42).

Todavia, a autora acentua que esse partidarismo não deslegitima a atuação do amigo da corte, tendo em vista que tanto o *amicus* quanto as partes e a sociedade em geral possuem um interesse institucional na preservação da integridade da ordem constitucional vigente, o que legitimará, em última instância, o seu ingresso nos processos de controle de constitucionalidade, além do que se mostra importante o fato da corte ser bem informada acerca das preferências interpretativas de segmentos que, a seu juízo, serão relevantes para a solução da controvérsia constitucional (MEDINA, 2010, p. 43).

O entendimento do STF sobre a figura do *amicus curiae* é no sentido de que a sua admissão no processo objetivo de controle normativo abstrato qualifica-se como fator de legitimação social das decisões daquela Corte, pois viabiliza, em atenção ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada, permitindo que nele se realize, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou

⁶⁷ Binenbojm (2010, p. 165) argumenta também que, embora a lei disponha que é irrecurável a decisão do relator que não admite o ingresso do *amicus curiae* no processo (art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99), adotando-se uma interpretação que prestigie o direito ao contraditório e à ampla defesa, deve o STF permitir que, por meio de agravo regimental, o *amicus curiae* submeta essa decisão indeferitória do relator ao Plenário.

estratos sociais. Em suma: a intervenção processual do *amicus curiae* tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.⁶⁸

Bulos (2009, p. 203), de seu turno, comunga com o pensamento de que o principal escopo do *amicus curiae* é pluralizar o debate constitucional, permitindo que o STF venha a dispor de todos os elementos informativos, possíveis e necessários, à resolução da controvérsia. Por sua vez, Mattos (2011, p. 161) percebe o *amicus curiae* como sendo o resultado de uma compreensão procedimentalmente adequada dos direitos comunicativos e dos direitos de participação constitutivos da formação da vontade democrática.

Binenbojm (2010, p. 163) acrescenta que com a participação do *amicus curiae* as deliberações do STF alcançam um patamar mais elevado de legitimidade, tendo em vista que a Corte passa formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.

Nos capítulos 1 e 2, intentou-se desenvolver um estudo analítico dos temas hermenêutica constitucional e controle de constitucionalidade, visando-se compor com clareza conceitual o aporte teórico que fundamenta o objeto de estudo desta dissertação, para que se viabilizasse, dessa forma, o enfrentamento das questões tópicas inicialmente levantadas, o que será feito de forma pormenorizada no próximo capítulo, que busca descortinar os limites e as possibilidades das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

⁶⁸ Entendimento extraído do julgamento da ADI 2884, rel. min. Celso de Mello.

CAPÍTULO 3

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COM ESPECIALISTAS NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste capítulo final, intenciona-se analisar com maior profundidade os limites e as possibilidades das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Busca-se, a partir do estudo de um caso concreto, consistente na audiência pública realizada no STF, em 2007, na ADI 3510, que debateu a questão pertinente à permissão do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas e terapia, avaliar as repercussões dessa iniciativa no processo de interpretação constitucional e de tomada de decisões no STF.

Para isso, a investigação procura fazer um relato de como transcorreu essa audiência pública, quais foram os especialistas ouvidos, como se agruparam e opinaram sobre o tema em debate. A sistemática adotada pretende confrontar as opiniões e os conhecimentos dos especialistas com os argumentos utilizados pelos julgadores para decidir a questão, para se permitir, assim, uma análise da influência desempenhada pela audiência pública.

Por fim, almeja-se dissertar sobre a questão pertinente às potencialidades, os limites e as restrições impostas às audiências públicas em sua função de subsidiar o desempenho da função jurisdicional. Antes, porém, para completar a base de apoio teórico desta pesquisa, é preciso delinear o alcance da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. Inicia-se, assim, este capítulo.

3.1 O Papel da Jurisdição Constitucional: o debate entre liberais, comunitários e crítico-deliberativos

No âmbito da filosofia política contemporânea, desenvolve-se há algum tempo um profícuo debate a respeito do que é uma sociedade justa e qual a estrutura normativa mais adequada a esse ideal de sociedade. A resposta a essas indagações passa logicamente pelo enfrentamento de temas como o papel da Constituição, a efetivação do sistema de proteção dos direitos fundamentais e a atuação do Poder Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional.

E nesse contexto podem-se distinguir três correntes de pensamento que formularam teorias consistentes sobre essa problemática: os liberais; os comunitários e os críticos-deliberativos.

Segundo Gisele Cittadino (2009, p. 1-10), o ponto inicial de divergência entre essas correntes reside na visão que cada uma delas tem a respeito do pluralismo, que é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas.

Sobre as origens do pluralismo, Galuppo (2001, p. 50-52) assinala que ele representa uma das principais características das sociedades modernas, nas quais não há mais lugar para a homogeneidade, pois cada indivíduo passa a estipular para si o que é a vida boa e como atingi-la. O pluralismo emerge no mundo social, portanto, exatamente quando a unidade e a homogeneidade da concepção acerca do que seja a vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário – representado pela *pólis* na Antigüidade e pela Igreja na Idade Média -, é substituída pela pluralidade de projetos de como alcançá-la, que aglutinam grupos de indivíduos, e que convivem e disputam em uma sociedade em que vários planos individuais e grupais de ação são integrados por um ato voluntário.⁶⁹

Tratando-se das dimensões conferidas ao pluralismo pelos teóricos, os representantes do pensamento liberal, como John Rawls e Ronald Dworkin, entendem que o pluralismo representa a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna e que, nas democracias modernas, essas distintas concepções individuais acerca do bem devem coexistir. Os comunitários, de seu turno, representados por Charles Taylor e Michael Walzer, adotam um pensamento diferente sobre pluralismo, o qual significaria uma multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. Por fim, os críticos-deliberativos, que tem Jürgen Habermas como um dos seus maiores expoentes,

⁶⁹ Galuppo ressalta ainda que o termo pluralismo implica, em primeiro lugar, a disputa entre vários grupos pela primazia dos centros decisórios políticos, centrais ou periféricos. Com respaldo em Wolkmer, o autor aponta as características principais do pluralismo: (i) autonomia: o poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; (ii) descentralização: deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; (iii) participação: intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; (iv) localismo: privilégio que o poder local assume frente ao poder central; (v) diversidade: privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; (vi) tolerância: estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação. Finalmente, o autor cita uma outra característica essencial para entendermos a configuração democrática das constituições pluralistas: a tentativa de um determinado grupo alcançar o controle do centro decisório e de mantê-lo como forma de realizar, e de não raro impor seu projeto, ou para dizermos como Gramsci, o esforço de grupos divergentes para se tornarem hegemônicos (GALUPPO, 2001, p. 52).

preferem acreditar que as duas dimensões do pluralismo estão presentes nas democracias contemporâneas e não há como optar por uma em detrimento da outra.

Entretanto, apesar de possuírem diferentes visões sobre as sociedades democráticas contemporâneas, essas três correntes de pensamento defendem que é possível formular e justificar um ideal de justiça, de Constituição e de jurisdição constitucional adequado ao pluralismo do mundo moderno. Todos eles concordam que há uma conexão intrínseca entre pluralismo e democracia, pois a democracia requer o respeito pela heterogeneidade e pela diferença.

Em Cittadino (2009, p. 5-9), temos que, para os liberais, o ideal de justiça deve buscar assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida (autodeterminação moral dos indivíduos). Os comunitários pretendem conformar uma concepção de justiça que não se vincula à idéia de imparcialidade, mas, ao contrário, ao estabelecimento de um consenso ético fundado em valores compartilhados. Habermas, por sua vez, não estabelece qualquer relação de prioridade ou ordenação hierárquica entre a autodeterminação moral defendida pelos liberais e a autorealização ética afirmada pelos comunitários, visto que entende que esses dois modelos pressupõem-se mutuamente e devem ser submetidos a um amplo debate público, no contexto de um procedimentalismo que assegure uma prática argumentativa.

No que tange ao papel da Constituição e da jurisdição constitucional, a autora (2009, p. 9-10) assevera que os liberais optam por uma concepção de *Constituição-garantia*, que tem a função de preservar o conjunto das liberdades negativas assecuratórias da autonomia moral dos indivíduos. Nesse modelo, a interpretação constitucional deve ser orientada por normas e princípios cujo sentido de validade é deontológico, ou seja, tão-somente como comandos que obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção.⁷⁰

⁷⁰ A autora argumenta que, para os liberais, a Constituição, como procedimento cujo autor é o próprio povo – ou seja, não é entendida como resultado de decisões majoritárias e nem como aquilo que a Suprema Corte decide que é –, deve fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas e realizar os valores políticos da razão pública. Nesta perspectiva, a jurisdição constitucional deve assegurar que a vontade democrática do povo, inscrita na Constituição, não seja desvirtuada por procedimentos majoritários. Os liberais são partidários da revisão judicial (*judicial review*), instituto que buscaria a sua legitimidade na autoridade do próprio povo enquanto autor da Constituição, e que asseguraria a integridade da Constituição e dos direitos individuais. Por outro lado, ao aplicar em seus julgamentos a razão pública, que seria aquele conjunto de valores políticos que sustentam a Constituição, a jurisdição constitucional exerce também um papel educativo de situar esse sistema de valores no centro do debate público (CITTADINO, 2009, p. 183-186).

Os comunitários, ao contrário, optam por atribuir um sentido de validade teleológico às normas e princípios constitucionais e concebem a Constituição como um projeto social integrado por um conjunto de valores compartilhados, que traduz um compromisso com certos ideais.⁷¹ A hermenêutica, por isso, deve se orientar por valores e a concretização da Constituição depende de um Judiciário cuja função primordial é aproximar as normas constitucionais da realidade histórica e de que sejam viabilizadas fundamentalmente formas democráticas de participação comunitária nos assuntos políticos (CITTADINO, 2009, p. 226).

Habermas, por sua parte, acredita que a Constituição deve ser vista antes como a organização e conformação jurídica da possibilidade de exercício do pluralismo, observando-se que:

[...] a Constituição, especialmente porque configura um sistema de direitos fundamentais, tem a função de contextualizar princípios universalistas e, desta forma, se transformar na única base comum a todos os cidadãos. Atribuindo, como os liberais, um sentido deontológico de validade às normas e princípios constitucionais, Habermas estabelece a concepção de *patriotismo constitucional*, procurando demonstrar como compromissos morais com normas universalmente válidas – os direitos fundamentais – podem ser vinculados aos compromissos éticos de culturas políticas particulares. Daí a relação entre hermenêutica e história, de vez que as normas e princípios constitucionais, abstratamente previstos nas Constituições, apenas adquirem densidade por via de um processo interpretativo associado ao paradigma de direito vigente (CITTADINO, 2009, p. 9).

Em oposição ao paradigma do direito liberal que procura assegurar a igualdade jurídica e o paradigma do direito ao bem-estar configurado em torno da igualdade fática, Habermas propõe um paradigma procedimental do direito que estabelece um compromisso com o processo político deliberativo que assegura não apenas a produção, mas também a interpretação dialógica do direito. O cidadão tem o direito de tomar parte na interpretação da Constituição e atuar decisivamente no âmbito da sociedade civil e da esfera pública política, onde a sua vontade e opinião interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas (CITTADINO, 2009, p. 209-210). Habermas assinala que a jurisdição constitucional não deve se envolver na tarefa de equilibrar interesses ou relacionar valores, como querem os comunitários, mas sim adotar uma compreensão procedimental da Constituição e entender a si mesma como protetora de um processo de criação democrática do direito, velando para que se

⁷¹ Cittadino (2009, p. 194 e 214) acrescenta que os comunitários são contrários a *judicial review* e a identificam como um entrave ao processo democrático, pois, ao transferir do povo para uma elite profissional as decisões políticas fundamentais de uma comunidade, acaba pervertendo o ideal republicano que reclama um vigoroso compromisso dos cidadãos com a atividade política deliberativa.

respeitem a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, em que todos possam intervir, como sintetiza Cittadino (2009, p. 211-213).

Streck (2004, p. 3) discorda do entendimento habermasiano e entende que o papel da justiça constitucional não deve ficar reservado à compreensão procedimental da Constituição. Enquanto o procedimentalismo habermasiano sustenta que o Tribunal Constitucional não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, esse autor defende que a realização dos valores substanciais, a pretexto da juridicização da política, não podem ser negados à sociedade.

Os comunitários dão preferência ao sistema concentrado de controle de constitucionalidade, posto ser um modelo que está intimamente vinculado, no âmbito de uma Corte Constitucional, à função de proteção de valores que integram o sentimento constitucional da comunidade, evidenciando, destarte, a natureza política desse sistema de defesa da Constituição.

Cittadino (2009, p. 66) acentua que, para os comunitários, o Poder Judiciário tem um papel proeminente, com clara conotação política no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao Legislativo. Esperam, neste contexto, que o Poder Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, enquanto guardião da Constituição, atue de forma a atualizar o sistema de valores constitucionais à realidade.⁷²

Em relação à visão comunitária, Mattos (2011, p. 102) afirma que a sua principal acusação contra o liberalismo encontra-se no definhamento que ele provoca no compromisso de cada indivíduo para com a comunidade política e a diminuição no número de cidadãos na participação pública, fruto de um egocentrismo ou mesmo de um egoísmo resultante do individualismo que cada vez mais se destaca na sociedade.

A proposta habermasiana, de seu turno, um pouco mais complexa, supõe a inexistência de valores comuns compartilhados que possam forjar uma sólida identidade política nas sociedades democráticas contemporâneas, conforme explica Cittadino (2009, p.

⁷² Cittadino (2009, p. 73) afirma que o constitucionalismo comunitário pretende conformar um Estado de bem-estar social nos moldes europeus, por meio da previsão constitucional de um amplo sistema de direitos constitucionais, de mecanismos jurídicos relativos ao controle das omissões do Poder Público e de uma atuação política do Poder Judiciário, objetivando implementar uma justiça distributiva (CITTADINO, 2009, p. 73).

170-182). E, partindo da premissa que os indivíduos não compartilham valores comuns, Habermas defende que a integração normativa de sociedades fortemente diferenciadas (*mundo desencantado*) se legitima por meio da força resultante de um acordo racionalmente motivado e da ameaça de sanções. O autor busca enfatizar que apenas os procedimentos democráticos de elaboração legislativa são capazes de justificar a idéia de que as normas que integram o direito positivo são passíveis de uma aceitação racional.

Na concepção de Habermas, as liberdades subjetivas estão intimamente conectadas com os direitos de cidadania, na medida em que deve competir aos próprios cidadãos estabelecerem um consenso acerca dos critérios para a distribuição dos direitos subjetivos. Com efeito, por estabelecer uma conexão interna entre direitos humanos e soberania popular, Habermas se posiciona, em face do debate entre liberais e comunitários, em uma espécie de posição intermediária que estabelece compromissos com ambos os grupos, segundo expõe Cittadino (2009, p. 174-175).⁷³

Evidencia-se que liberais, comunitários e críticos-deliberativos possuem visões divergentes sobre o papel da Constituição e da jurisdição constitucional, embora concordem que há uma conexão intrínseca entre pluralismo e democracia, eis que tal regime sempre requer o respeito pela heterogeneidade e pela diferença. No entanto, constata-se, pelo que foi exposto, que somente essas duas últimas perspectivas teóricas, comunitários e críticos-deliberativos, são tributárias da idéia de que a efetivação do sistema de direitos fundamentais depende da participação jurídico-política de uma ampla comunidade de intérpretes e de que a definição do sentido da Constituição deve ser decorrente de uma interpretação dialógica, intersubjetiva e aberta a todas as leituras possíveis. É sobre um mecanismo de abertura do procedimento de interpretação constitucional que trataremos concretamente no item a seguir, por meio do estudo de caso da audiência pública com especialistas realizada na ADI 3510.

⁷³ Segundo Cittadino (2009, p. 203), o modelo hermenêutico proposto por Habermas pretende compatibilizar o processo político deliberativo, tão caro para os comunitários, com uma interpretação constitucional que considera, como desejam os liberais, o sentido deontológico das normas jurídicas. Habermas também formula a noção do *patriotismo constitucional*, que revela o propósito de, por meio das Constituições, conformar uma identidade coletiva, uma *nação de cidadãos*, no contexto de um mundo pluralizado no qual não há uma homogeneidade cultural ou étnica. O patriotismo constitucional deve se ancorar em uma concepção de cidadania democrática capaz de gerar solidariedade entre estranhos. Nesse cenário, o Estado conforma uma nação de cidadãos que encontra a sua identidade não em comunidades étnicas e culturais, mas na prática de cidadãos que ativamente exercitam seus direitos de participação e comunicação (2009, p. 177-179).

3.2 Estudo de Caso: a ADI 3510 e o debate sobre o uso de células-tronco embrionárias

3.2.1 O procedimento da audiência pública e a opinião dos especialistas ouvidos

O estudo do caso concreto é uma forma metodologicamente eficaz para se analisar a influência das audiências públicas realizadas no âmbito dos processos de controle abstrato de constitucionalidade.

A realização de audiências públicas no STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, está amparada no permissivo contido nas Leis nº 9.868, de 1999 (art. 9º, § 1º) e nº 9.882, de 1999 (art. 6º, § 1º), que autorizam o relator do processo a ouvir, em audiência pública, pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida.

Neste aspecto, o Regimento Interno do STF (art. 21, XVII) defere ao relator da ação a atribuição de convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

Embora a referida legislação tenha entrado em vigor no ano de 1999, somente em 20 de abril de 2007 foi realizada a primeira audiência pública no STF. Trata-se da audiência pública referente ao julgamento da ADI 3510, proposta pelo Procurador-Geral da República, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 2005 (Lei de Biossegurança).

A eleição desta audiência pública para ser objeto de análise relaciona-se, primeiramente, com o fato de representar uma experiência inédita na história do STF, em que ele pela primeira vez abriu as suas portas para dialogar com cidadãos não pertencentes à área jurídica. Segundo, porque envolve um julgamento histórico de uma ação que tem por objeto uma questão extremamente complexa e multidisciplinar. Além disso, o mérito dessa ação já foi definitivamente julgado pelo STF, possibilitando-se, assim, uma análise dos fundamentos que foram utilizados nos votos proferidos para conferir se opinião e o conhecimento dos especialistas influenciaram de alguma forma o posicionamento dos Ministros do STF.

As difíceis questões envolvidas nesta ação certamente devem ter levado o relator da ação, ministro Carlos Ayres Britto, a entender que seria adequado ouvir especialistas nos temas, bem como a sociedade em geral, por meio de suas instituições, como as igrejas, associações e demais grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.

Em seu voto, o ministro Carlos Ayres Britto anotou:

À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos ocorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.

O art. 5º da Lei n. 11.105 de 2005⁷⁴, contestado na ADI 3510, dispõe sobre a permissão do uso, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos. Para tanto, estipula, como condição para o uso, que os embriões sejam inviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais. A referida norma prevê ainda que é necessário o consentimento dos genitores e que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas devem submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

⁷⁴ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

O argumento utilizado pelo Procurador-Geral da República para impugnar a validade do art. 5º da Lei de Biossegurança foi o de que ele contraria a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica sua preservação na preservação da dignidade da pessoa humana. Corroborando esta tese, sustentou que: a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação, desenvolvendo-se continuamente; o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário; é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Em contraposição, o Presidente da República e o Congresso Nacional, em suas informações, defenderam a constitucionalidade do dispositivo legal questionado, sob a premissa de que a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente pelo direito à saúde e pelo direito de livre expressão da atividade científica.

Posteriormente, o relator veio a admitir no processo, na condição de *amicus curiae*, algumas entidades representativas da sociedade civil brasileira, a saber: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

E, finalmente, reconhecendo a relevância social da matéria versada na aludida ação direta de inconstitucionalidade e a necessidade de se ouvir pessoas com autoridade e experiência no assunto, o relator, após provocação do Procurador-Geral da República, determinou a realização de audiência pública, definida, em suas palavras, como “um notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa.”⁷⁵

⁷⁵ Na decisão proferida em 19 de dezembro de 2006, que determinou a realização da audiência pública, o min. Ayres Britto ponderou: “Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte. Esse o quadro, determino: a) a realização de audiência pública, em data a ser oportunamente fixada (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99); [...] c) a intimação dos requeridos e dos interessados para indicação, no prazo de 15 (quinze) dias, de pessoas com autoridade e

No dia 20 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal realizou pela primeira vez uma audiência pública no âmbito de um processo de controle abstrato de constitucionalidade. Nesta oportunidade, foram ouvidos 22 (vinte e dois) especialistas indicados pelo requerente, pelos requeridos e pelas entidades admitidas como *amicus curiae*. Os especialistas foram agrupados em dois blocos de opinião: um, a favor do art. 5º da Lei de Biossegurança⁷⁶, e, outro, contrário ao dispositivo legal.⁷⁷

experiência na matéria, a fim de que sejam ouvidas na precitada sessão pública. Indicação, essa, que deverá ser acompanhada da qualificação completa dos *expertos*.” Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em 19 nov. 2010.

⁷⁶ Bloco de expositores favoráveis ao art. 5º da Lei de Biossegurança: (i.1) **Antonio Carlos Campos de Carvalho**: Doutor em Ciências (Biofísica), Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Coordenador de Ensino e Pesquisa do Instituto Nacional de Cardiologia, e Coordenador do Estudo Multicêntrico de Terapia Celular em Cardiopatias; (i.2) **Débora Diniz**: Doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília – UnB, Pós-Doutorados em bioética pela University of Leedes e pela UnB, fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; (i.3) **Julio Cesar Voltarelli**: graduado em Medicina pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FMRP-USP, Doutor em Clínica Médica pela FMRP-USP, Pós-Doutorados pela Universidade da Califórnia em San Francisco-USA, pelo Fred Hutchinson Cancer Research Center em Seattle-USA e pelo Scripps Research Institute em San Diego-USA, Professor Titular do Departamento de Clínica Médica da FMRP-USP, coordenador da Divisão de Imunologia Clínica, do Laboratório de Imunogenética (HLA) e da Unidade de Transplante de Medula Óssea do HC-FMRP-USP, Pesquisador do Centro de Terapia Celular - CEPID-FAPESP, e do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Células Tronco e Terapia Celular (CNPq), sediado no Centro Regional de Hemoterapia do HC-FMRP-USP; (i.4) **Lucia Willadino Braga**: neurocientista, PhD em Psicologia pela Universidade de Brasília, Doutora Honoris Causa da Universidade de Reims, França, presidente e diretora executiva da Rede Sarah de Hospitais Neuroreabilitação; (i.5) **Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello**: Doutor em Biologia Molecular, Livre-Docente em Fisiologia, Professor Titular de Fisiologia da Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP, Pró-Reitor de Graduação da UNIFESP; (i.6) **Lygia V. Pereira**: Ph.D., Professora Associada do Departamento de Genética e Biologia Evolutiva do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo – USP; (i.7) **Mayana Zatz**: Professora Titular de Genética da USP, Diretora do Centro de Estudos do Genoma Humano, Pró-Reitora de Pesquisas da USP; (i.8) **Patrícia Helena Lucas Pranke**: Doutora em Genética e Biologia Molecular pela Universidade Federal Rio Grande Sul e no Laboratório de Células-tronco do New York Blood Center, Estados Unidos, Pós-Doutorados na Philipps-Universität Marburg, Alemanha, na área de uso de técnicas de nanotecnologia para a engenharia de tecidos através do cultivo de células-tronco em moldes de nanofibras para a reconstrução de órgãos e tecidos (2008 e 2010), Professora Associada I e chefe da disciplina de Hematologia e do Laboratório de Hematologia e Células-tronco da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Associada, fundadora e ex-presidente do Instituto de Pesquisa com Células-tronco do Rio Grande do Sul; (i.9) **Ricardo Ribeiro dos Santos**: Professor Titular da Faculdade de Medicina da USP e Pesquisador Titular da FIOCRUZ/BA; (i.10) **Rosalina Mendes Otero**: PhD pela Yale University, Visiting Scholar da CAPES (Brasil), Professora Titular de Biofísica e Fisiologia da UFRJ, Coordenadora do Programa de Terapias Celulares da UFRJ, Membro Titular da Academia Brasileira de Ciências; (i.11) **Stevens Rehen**: PhD, Professor da UFRJ, pesquisador do Scripps Research Institute (Califórnia - USA), Presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento.

⁷⁷ Bloco de expositores contrários ao art. 5º da Lei de Biossegurança: (i.1) **Alice Teixeira Ferreira**: Professora Doutora Associada da UNIFESP, Coordenadora do Núcleo Interdisciplinar de Bioética da UNIFESP; (i.2) **Antonio José Eça**: Diretor de Recursos Humanos do CAS – Células-Tronco Centro de Atualização, Médico psiquiatra forense; (i.3) **Cláudia Batista**: Professora da UFRJ, pesquisadora, PhD em neurociências; (i.4) **Dalton Luiz de Paula Ramos**: Doutor e Livre Docente em Deontologia pela Faculdade de Odontologia da USP, Professor Titular da USP, lecionando Bioética, membro da Pontifícia Academia Pro Vita do Vaticano, membro da Comissão de Bioética da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB -, e da Equipe do Setor Vida da Conferência Episcopal Latino Americana – CELAM; (i.5) **Elizabeth Kipman Cerqueira**: Médica ginecologista, Coordenadora do Centro de Bioética do Hospital São Francisco de Jacareí (SP); (i.6) **Herbert Praxedes**, Professor Titular (Emérito) da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense; (i.7) **Lenise Aparecida Martins**: Professora Adjunta do Departamento de Biologia Celular da UnB; (i.8) **Lilian**

Todavia, quando da realização da audiência pública, ainda não havia uma norma regimental disposta sobre o procedimento a ser observado nesses casos. A solução encontrada pelo relator⁷⁸, ministro Ayres Britto, foi aplicar, por analogia, os artigos 255/258 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁷⁹, que disciplinam a realização de audiências públicas no âmbito daquela casa legislativa.

Importante registrar que essa lacuna do Regimento Interno do STF - RISTF - foi colmatada por alteração promovida pela Emenda Regimental nº 29, de 2009⁸⁰. Com efeito, presentemente, o parágrafo único do art. 154 do RISTF⁸¹ fixa um procedimento para a realização de tais audiências.

Piñero Eça: Pesquisadora em Biologia Molecular (células-tronco: atualização em saúde – CAS), integrante do Instituto de Pesquisa com Células-Tronco – IPCTRON; (i.9) **Marcelo Paulo Vaccari Mazzetti:** Vice-Presidente do Instituto de Pesquisa de Células-Tronco, médico cirurgião; (i.10) **Rodolfo Acatuassú Nunes:** Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Mestre e Doutor pela UFRJ e Livre-Docente pela UFRJ; (i.11) **Rogério Pazetti:** Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP.

⁷⁸ ADI 3510, decisão proferida em 16 de março de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

⁷⁹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, artigos 255/258: “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 aparteados. § 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 interpellar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpellado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpellar qualquer dos presentes. Art. 257. Não poderão ser convidados a depor em reunião de audiência pública os membros de representação diplomática estrangeira. 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.”

⁸⁰ Publicada no Diário da Justiça eletrônico de 20 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2010.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

⁸¹ Regimento Interno do STF, parágrafo único do art. 154: “Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I - o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III - caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV - o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V - a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI - os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando

A principal diferença entre o procedimento seguido na audiência pública referente à ADI 3510 e o inaugurado a partir de 2009 reside na exigência introduzida pela citada emenda regimental de ser publicado e amplamente divulgado um edital convocando todos os possíveis interessados em participar da audiência pública, os quais poderão requerer a sua habilitação para serem ouvidos, por meio de seus representantes, perante o STF. Essa nova sistemática, sem dúvida, representa um avanço democrático e uma maior abertura para o procedimento em questão, visto que, até então, os especialistas ouvidos eram somente aqueles indicados pelos legitimados integrantes da ação, ou seja, não havia uma ampla abertura a todos os interessados em se inscrever para participar das audiências públicas.

No caso da ADI 3510, ante a mencionada omissão do RISTF, definiu-se, com base no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que os especialistas ouvidos seriam aqueles indicados pelo requerente, pelos requeridos e pelas entidades admitidas como *amicus curiae*, e que a audiência pública se realizaria num único dia, 20 de abril de 2007, no auditório da 1ª Turma do STF, compreendendo o período de três horas na parte da manhã, das 09h às 12h, e mais quatro horas na parte da tarde, das 15h às 19h. Estabeleceu-se ainda que cada bloco de especialistas irá dispor de um tempo de uma hora e meia pela manhã, e duas horas no período vespertino para expor sua opinião. Os próprios especialistas de cada bloco dividiriam esse tempo entre si ao seu critério.

O condutor da audiência pública, ministro Ayres Britto, esclareceu, preliminarmente, aos expositores e ao público presente que o objetivo operacional daquela audiência era a colheita de dados e elementos essenciais para o julgamento de uma questão extremamente complexa, cuja solução somente se daria à luz de um conhecimento científico multidisciplinar, razão pelo qual aquele evento também era visto como uma homenagem que o STF prestava à própria sociedade civil organizada, que passava a contribuir constitutivamente para a prolação de um julgado que repercutiria profundamente na vida de todas as pessoas⁸².

for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII - os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.”

⁸² Estiveram presentes na audiência pública, além do relator, os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie.

Em se tratando dos depoimentos dos especialistas convidados, se deram com respeito e circunscreveram-se à temática concernente à permissão do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas e terapia⁸³.

Os argumentos expostos pelos especialistas, em sessão pública, a favor do art. 5º da Lei de Biossegurança podem ser assim sintetizados: (i) as células-tronco embrionárias apresentam qualidades superiores às das células-tronco adultas, por terem maior plasticidade ou versatilidade para se transformarem em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas; (ii) o embrião humano produzido por fertilização *in vitro* não é igual ao embrião que evolui naturalmente no útero materno, pois a falta, justamente, deste abrigo ou ambiente uterino lhe retira a principal condição para se tornar uma nova individualidade antropomórfica, em todos os seus desdobramentos⁸⁴.

É o que se pode compreender da explanação da cientista Dra. Mayana Zatz:

É extremamente importante lembrar que as células-tronco da placenta e do cordão umbilical são células-tronco adultas, não são mais embrionárias. Então, qual a diferença entre os dois tipos de células? As embrionárias têm o potencial de formar todos os tecidos do nosso corpo, enquanto as adultas formam alguns tecidos, mas não todos. Várias tentativas terapêuticas estão sendo feitas com células-tronco adultas em doenças cardíacas, acidentes vasculares cerebrais, diabetes e outros. Os especialistas que estão fazendo essas experiências falarão a respeito. É importante que se diga: ainda não são tratamentos, todas elas são tentativas experimentais. [...] Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença.

No mesmo sentido foram as palavras do cientista Dr. Steven Rehen, cuja transcrição do trecho abaixo, embora extensa, é necessária para uma melhor compreensão do seu pensamento:

⁸³ ADI 3510, Ata da audiência pública realizada, em 20 de abril de 2007, para ouvir os especialistas. A referida Ata tem 227 (duzentos e vinte e sete) páginas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

⁸⁴ ADI 3510, Reprodução em vídeo da audiência pública realizada, em 20 de abril de 2007, para ouvir os especialistas. O vídeo da audiência pública tem a duração de aproximadamente 8 (oito) horas. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/videos/audiencia_DV0811_CELULAS_TRONCO_P1.wmv>. Acesso em 24 nov. 2010.

Uma das formas de se demarcar a origem da vida – e acredito que muitos dos colegas defenderão essa posição – é que, na verdade, a vida da pessoa humana pode ser definida a partir da fertilização, ou seja, a partir do momento que um óvulo encontra um espermatozóide. Mas é claro, como também já foi definido aqui, o útero é essencial, sem ele esse óvulo fecundado não vai se diferenciar nem se desenvolver num organismo pleno. Há, ainda, outra corrente de pesquisadores sugerindo que a vida começaria com o início da formação do cérebro, o que se dá entre a terceira e a quarta semana. É uma questão, do meu ponto de vista, insolúvel, porque depende muito do momento histórico que a sociedade atravessa; depende da formação cultural, da formação religiosa da pessoa á qual é feita essa pergunta. Sempre é bom lembrar que as células das quais estamos tratando neste momento são células que jamais terão contato com o útero materno. São células produzidas *in vitro*, numa Placa de Petri – como a representação na figura -, e são células excedentes das clínicas de fertilização, com quatro ou cinco dias *in vitro*, sem contato com o útero materno; sem contato com o útero materno; são exemplos de blastocistos exatamente no momento em que são utilizados para a retirada das células-tronco embrionárias humanas. Nesta segunda parte da minha apresentação, comentarei um pouco sobre a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, especificamente no Brasil. Como foi comentado pelos colegas, existem dois tipos de células-tronco – uma definição bastante simples neste caso: o primeiro são as células clínico-embrionárias, chamadas pluripotentes, derivadas de embriões, de blastocistos com cinco ou sete dias *in vitro*, nunca viram um útero, e são capazes de gerar todas as células do corpo. O segundo tipo são as células-tronco adultas, as multipotentes, capazes de se diferenciar em tipos restritos, são derivadas de vários tecidos – medula óssea, fígado, polpa de dente, cordão umbilical -, mas são células com potencial diferente das células-tronco embrionárias. Um dado para o qual eu gostaria de chamar a atenção é justamente a respeito das diferenças que podemos discriminar em relação às células-tronco adultas e embrionárias. Relativamente ao crescimento, as células-tronco adultas têm um crescimento restrito, ou seja, não se conseguiria manter em cultura um grupo de células-tronco adultas por um período muito grande, ou uma produção muito grande. No caso das embrionárias, isso é possível, as primeiras linhagens desenvolvidas no mundo até hoje são utilizadas por vários laboratórios. Quanto à potência de diferenciação, conforme comentei anteriormente, as adultas têm o potencial restrito, enquanto as embrionárias têm o potencial irrestrito por poderem se transformar em todos os tecidos do corpo. Em relação à aplicação terapêutica, a célula-tronco adulta – é um dado importante – começou a ser estudada e aplicada na década de 60, ou seja, há quase 40 anos. É muito tempo. Quer dizer, foi necessário esse tempo todo de pesquisa para se chegar às aplicações que já existem e às que estão por vir, como alguns dos colegas apresentarão mais adiante. No caso da célula-tronco embrionária, ela foi descrita em célula-tronco embrionária humana pela primeira vez em 1998, ou seja, há menos de 10 anos essa célula foi descrita pela primeira vez. É muito pouco tempo para realmente ter-se uma aplicação. A aplicação virá com o tempo, com as pesquisas. Mas, por outro lado, o potencial terapêutico dessas células a cada dia aumenta, em função das pesquisas realizadas com animais; o potencial, portanto, é muito maior, inclusive, do que o que já foi aventado para as células-tronco adultas. A diferença principal, no caso, é o tempo necessário para as células-tronco adultas serem o que são, apesar das limitações, há, na realidade, vários resultados muito promissores e interessantes, e as embrionárias, cujo tempo entre a descrição e o momento atual é menor do que 10 anos. Daí toda essa perspectiva, essa expectativa em relação justamente ao potencial que essas células têm de se transformarem nos mais variados tecidos do corpo humano.

Por sua vez, os especialistas com opinião contrária ao art. 5º da Lei de Biossegurança fundamentaram tal posicionamento argumentando, basicamente, que: (i) as células-tronco embrionárias, ao menos para fins de terapia humana, não possuem qualidades superiores às das células-tronco adultas; (ii) o embrião humano produzido por fertilização *in vitro* merece a

mesma proteção que é dada ao embrião que evolui naturalmente no útero materno, porque deve ser visto como uma pessoa humana já existente, um ser humano embrionário, razão pela qual a retirada das células-tronco de um embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste, o que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, ou seja, a pessoa humana já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide, pouco importando o processo em que tal concepção ocorra, se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*⁸⁵.

Refletindo esse pensamento, a professora Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia assim se manifestou sobre a questão atinente à origem da vida humana:

Também inicio elogiando a realização desta audiência pública, em razão desse espaço democrático para que a comunidade científica possa se pronunciar, na sua diversidade, nessas diferentes correntes de opinião. Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está na solicitação da Procuradoria. [...] O Projeto Genoma Humano dá oportunidade para que possamos conhecer profundamente o nosso próprio genoma. Ele caracterizou o programa da nossa espécie, o programa do *homo sapiens* – caracterizou e vem caracterizando. [...] Esse imenso livro, que mal estamos começando a saber ler e que, no entanto, cabe inteiro aqui, nessa primeira célula que se forma, então, na junção do espermatozóide e do óvulo. Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento. Assim, quando falamos em montinho de células, poderíamos dizer montinho de células masculinas ou montinho de células femininas, porque aquilo já é um menininho ou uma menininha. Isso já está definido ali. [...] Tudo isso já está definido, no seu programa genético, neste primeiro momento da fecundação. Já é um indivíduo, humano, específico, único e irrepetível. Já estão definidas eventuais doenças genéticas. [...] Agora, temos de pensar enquanto sociedade: se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião? Se detecto que um embrião tem hemofilia, vou eliminá-lo? Sendo assim, o Betinho teria sido eliminado, se tivesse sido gerado em uma clínica de fertilização *in vitro*, porque ele era hemofílico. Assim, começamos a classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade. É importante pensarmos nisso. Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para música, pintura, poesia. Tudo isso já está ali na primeira célula formada. O zigoto do Mozart já tinha dom para música e o do Drummond, para poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível. [...] Portanto, o embrião é um indivíduo original e irrepetível. Todos fomos um dia um célula assim. Se ela tivesse morrido, não estaríamos aqui. A única conclusão que posso tirar é a de que aquela célula era eu. Eu já fui unicelular, mas nunca fui protozoário. Não fui montinho de célula. Nenhum de nós consegue pensar em si mesmo – eu pelo menos não consigo – como tendo sido um montinho de células pré-humano. Fui gerada – graças a Deus – por um ato de amor dos meus pais e penso que ali eu já fora gerada como pessoa humana.

⁸⁵ ADI 3510, Relatório do min. Ayres Britto, p. 146/148. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

A especialista Dra. Alice Teixeira Ferreira, em sua exposição, apresentou algumas conclusões dos estudos científicos concernentes ao uso de células-tronco adultas. A transcrição de um trecho de sua exposição, embora vasta, se faz necessária para melhor compreensão do seu raciocínio:

Nós, aqui, já vimos que as células-tronco embrionárias são as células retiradas mecanicamente do embrião humano ou de animal com cinco ou seis dias, na fase de blastocisto. E as células-tronco adultas são encontradas em todos os tecidos e órgãos do corpo depois dessa data. Muito já se mostrou a respeito disso. Neste slide – slide 3 -, mostro um embrião humano estourado para se recolher as suas células embrionárias que se encontram em vermelho. Obtêm-se, no máximo, umas 150 células. Nos Estados Unidos, muitos pais de embriões congelados, ao verem essas fotos, desistiram de ceder os seus embriões para pesquisa: 60% deles. E, por esse fato, alguns desses pais optaram por novas tentativas de gestação ou dispuseram seus embriões para adoção. Aqui – slide 4 -, os Senhores estão vendo crianças que provieram de embriões congelados. Temos crianças de embriões congelados por 7 anos que resultaram em uma criança sadia. E esses pais têm uma característica interessante, porque, vendo aquela foto anterior, eles foram corajosos o suficiente para adotar esses embriões excedentes que geraram essas crianças. Corajosos por quê? Porque o congelamento pode levar, como já foi falado aqui, à má-formação. [...] Portanto, não há certeza científica de que os embriões congelados há mais de três anos seriam inviáveis. Por outro lado, no mundo todo – e na minha própria experiência com embriões de camundongo -, não há resultado positivo algum com o uso de células-tronco embrionárias. Temos, aqui, a tabela do Doutor David Prentice, datada de 17/6/2005, mostrando as aplicações de células-tronco adultas em diferentes doenças, com um total de 70. Se consultarem hoje, são 75. As justificativas para o uso de células-tronco embrionárias – já foram mostradas aqui – seriam indispensáveis para se conhecer a fisiologia da própria célula-tronco. São pluripotentes, ideais para o tratamento de doenças genéticas e degenerativas; ampliariam o conhecimento das células-adultas. Mostrarei, agora, uma série de evidências científicas de que essas afirmações não são verdadeiras, as quais estavam baseadas naquele modelo que temos ali em cima – slide 9 -, em que eles dizem, no começo, terem uma célula-tronco que pode ser caracterizada pelo tipo de divisão assimétrica, ela origina uma célula igual a ela, e outra célula pode começar a se diferenciar. Nesse modelo, existe a afirmação de que esse processo não é reversível. Acontece que temos, atualmente, muitas evidências de que o processo embaixo – slide 9 – é o verdadeiro. Existe a possibilidade de a célula parcialmente diferenciada, ou mesmo totalmente diferenciada, voltar e assumir características pluripotentes, de células embrionárias. Em 2006, surgiu o artigo de que, em animal – foi a primeira demonstração comprovada -, se poderia transformar células-tronco adultas em células com características embrionárias, começando por surgir a evidência de que aquele segundo modelo é verdadeiro. Na Califórnia, em Valley, foi demonstrado pelo Doutor Francisco Silva que as células chamadas espermatogônias – células germinativas, masculinas, do testículo – poderiam tomar características de células embrionárias. [...] Nas mulheres, também, podemos pegar essas células que chamamos de oogônias e revertê-las, multiplicá-las, para o estado ou características embrionárias. No caso dela ter alguma doença degenerativa, essas células podem ser implantadas para recuperar as células perdidas, porque elas têm alto potencial de pluripotência. No homem e na mulher, temos células germinativas feminina e masculina, células diferenciadas, as quais podemos revertê-las para células com característica de células embrionárias, pluripotentes, e que podem ser utilizadas na medicina regenerativa. [...] Outra coisa sensacional: da ponta da cauda desse camundongo, com esses quatro fatores se consegue o quê? Pegar não uma célula-tronco adulta, mas uma célula qualquer diferenciada e transformá-la em célula com caráter embrionário. [...] Agora vamos entrar na Bioengenharia. O Senhor McGuckin pegou as células do cordão umbilical, fez as mesmas passarem através

daquele aparelho que chamamos de biorreator e conseguiu fazer com que essas células-tronco do cordão umbilical se transformassem em células de fígado. [...] Todo o nosso organismo tem células-tronco. Onde estou querendo chegar? Mais futuramente, não precisaremos nem de células-tronco, basta termos o conhecimento dos fatores que agirão sobre as células-tronco que já temos no nosso organismo para elas trabalharem direitinho e nos recuperarem de alguma doença degenerativa. [...] E mais sensacional ainda. Eu sugeriria, então, para os que estão preocupados em usar a célula-tronco embrionária de imediato para tratar doenças quaisquer, buscarmos agora células-tronco com caráter embrionário no líquido amniótico. [...] Então, para os senhores neurologistas fica a sugestão de mexer com essas células-tronco, afinal de contas, esse líquido amniótico é jogado fora, vamos aproveitá-lo e, inclusive, fazer um banco. Acredito que todas as justificativas para o uso das células-tronco embrionárias humanas para pesquisa e possíveis terapias – estou falando que são aquelas células que temos de arrancar do embrião humano, matá-lo – foram contestadas.

Assim, concluída a explanação de todos os especialistas, o ministro Ayres Britto fez-lhes ainda algumas perguntas que foram formuladas pelo ministro Ricardo Lewandowski e pelo gabinete do ministro Eros Grau, visando esclarecer determinados pontos, observado que cada um dos dois blocos de opinião dispôs, neste momento, de dez minutos para resposta. Por fim, antes de encerrar a audiência pública, o ministro relator ressaltou a importância daquele evento com as seguintes palavras⁸⁶:

Nós, da área jurídica, estamos a colher, num só dia, informações que certamente não teríamos, por nossa conta própria, durante a vida inteira. Os Senhores não avaliam que horizonte se nos abre, para nós da área jurídica, no plano da interpretação dos dispositivos jurídico-positivos a partir dessa contribuição. É realmente um mundo que se abre, um universo que se descortina. O papel do jurista, especialmente do jurista magistrado, é desvendar o mistério, o enigma das palavras com que o Direito trabalha. Muitas vezes temos de abrir as janelas do Direito para o mundo circundante, porque o preciso sentido, o significado desse ou daquele vocábulo, dessa ou daquela expressão jurídica está exatamente nesse mundo circundante. Quando se trata de biossegurança, evidentemente o Direito passa a manter com Ciências Médicas e Biológicas – generalizo – um relacionamento muito mais íntimo e necessário. [...] Aceitem a nossa homenagem, o nosso reconhecimento, porque a contribuição de todos, acreditem, para o deslinde dessa questão salta aos olhos, salta à inteligência. Não teríamos absolutamente condições de proferir uma decisão assim permeada de tantas contribuições científicas senão a partir da coleta, da experiência, dos estudos e do talento de todos os Senhores. [...] De outra parte, eu fico muito feliz; conforme realçou a Ministra Ellen Gracie, o Supremo experimenta, no dia de hoje, pela primeira vez, um mecanismo de democracia participativa ou democracia direta, que é essa possibilidade de um segmento, muito bem organizado, científico, da população contribuir para a formação de um julgado que lhe diz respeito e repercute na vida de toda a população. Metaforicamente, democracia é isso mesmo, é prestigiar as bases, deslocando quem está na platéia, habitualmente, para o palco das decisões coletivas. É como um movimento que o poder decisório assume: ascendentemente ou de baixo para cima e não descendentemente ou de cima para baixo. No caso de hoje, como tivemos duas opiniões contrapostas, antinômicas, homenageamos um dos maiores conteúdos da democracia: o pluralismo: princípio de organização social que postula a harmoniosa convivência dos contrários. Esse

⁸⁶ ADI 3510, Ata da audiência pública, pg. 128/129 e 219/220. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

conteúdo democrático de boa convivência entre os contrários, no plano das idéias e nos dos comportamentos, esse componente da democracia é legitimador das decisões de Estado. Então, seja qual for a nossa decisão, será proferida sob a unção dessa tão esclarecida, honesta contribuição das ciências médicas e biológicas em geral. Estou dizendo assim para particularizar as coisas, mas é claro que aqui tivemos contribuições de ordem religiosa, ética, filosófica, antropológica, genética, biológica, bioética, biofísica e assim avante.

No julgamento final da ADI 3510, o STF, por maioria de votos⁸⁷, julgou totalmente improcedente a ação direta, e declarou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Pretende-se, assim, no item a seguir, analisar os votos que compõem esse julgamento, para verificar se eles foram ou não influenciados diretamente pelas opiniões científicas que estiveram presentes nessa audiência pública. Busca-se, dessa forma, constatar se o conhecimento científico dos especialistas ouvidos mostrou-se essencial para a formação do entendimento dos juízes do STF e para a construção dos argumentos utilizados em seus votos.

3.2.2 A Influência da Audiência Pública no Posicionamento dos Ministros do STF

A ADI 3510 foi definida pelo ministro Celso de Mello como a causa mais importante da história do STF. Pela primeira vez, um Tribunal Constitucional enfrentou a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias. Esta ação trouxe para a apreciação e julgamento do STF um assunto que desperta reflexões jurídicas, éticas, filosóficas, científicas e religiosas.

A Lei de Biossegurança pôs à disposição da ciência, para fins de pesquisa e terapia, as células-tronco embrionárias. Para tanto, ela fixou as seguintes condições: (i) o não aproveitamento para fim reprodutivo, por livre decisão do casal, do embrião congelado *in vitro*; (ii) sejam embriões inviáveis para a reprodução, ou seja, embriões que não detenham a capacidade de clivagem ou de reprodução celular, ou;⁸⁸ (iii) que esteja congelado o embrião

⁸⁷ Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

⁸⁸ O decreto n. 5.591/2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, define embriões inviáveis como aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.

há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelado nessa data, venha completar três anos; (iv) consentimento expresso do casal-doador do material genético. A lei estabeleceu ainda a obrigatoriedade de encaminhamento de todos os projetos de pesquisa com células-tronco para a apreciação e a aprovação dos respectivos comitês de ética da entidade pesquisadora, além de ter vedado a comercialização do material biológico, tipificando essa conduta com crime.

Em suma, como já foi dito, o principal argumento do autor da ação, Procurador-Geral da República, para impugnar a validade do art. 5º da Lei de Biossegurança foi o de que ele contraria a inviolabilidade do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, porque o embrião humano é vida humana, e que a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

O STF, por maioria de votos, julgou totalmente improcedente a alegação do Procurador-Geral da República. O acórdão completo do STF tem 526 (quinhentas e vinte e seis) páginas. Prevaleceu, neste caso, o voto do relator, ministro Ayres Britto, que fundamentou a sua decisão nos seguintes pilares:

(i) não cabe ao STF decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares;

(ii) a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião *in vitro*, porém um mais firme apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam, isto no contexto de solidária, compassiva e fraternal legalidade. Incorporação do constitucionalismo fraternal às relações humanas, em benefício da saúde e da vida humana;

(iii) o texto constitucional não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Quando se reporta a direitos da pessoa humana e até dos direitos e garantias individuais, que se faz destinatário do direito fundamental à vida, entre outros, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, pessoa que nasceu com vida, *nativiva* (teoria *natalista*, em contraposição às teorias *concepcionista* ou da *personalidade*

condicional). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. O direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum;

(iv) as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro* apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição;

(v) as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto, pois a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino um embrião humano, ou eliminar ou desentranhar um zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado;

(vi) a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, não havendo, neste caso, o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis, sob pena de ofensa ao direito público subjetivo à liberdade, além de implicar tratamento desumano e degradante ao gênero feminino;

(vii) a Lei de Biossegurança é um instrumento de encontro do direito à saúde com a própria ciência, no caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental;

(viii) a Lei de Biossegurança é compatível com a liberdade de expressão científica e com a regra constitucional de que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, ou seja, com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos;

(ix) a Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal para a condução das pesquisas com células-tronco embrionárias e está a salvo da mácula do aqodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana.

É possível constatar, inicialmente, que o relator não precisou optar por nenhuma das duas teses que foram longamente debatidas durante a audiência pública sobre qual dos dois tipos de células-tronco teriam melhores potencialidades científicas para pesquisa e terapia. O relator entendeu que um tipo de pesquisa não invalida o outro e ambos são mutuamente complementares e constitucionais.

Com efeito, o debate promovido na audiência pública sobre as possíveis qualidades superiores de um ou de outro tipo de células-tronco, para fins de pesquisa e terapia, acabou não permeando o voto do relator, porquanto não houve a necessidade de refutar ou de aceitar qualquer uma dessas duas teses para decidir a causa, já que a decisão foi pela validade constitucional de ambas as alternativas científicas.

Sem dúvida, o ponto de discussão para o qual o relator mais buscou apoio nos conhecimentos expostos na audiência pública para solucioná-lo refere-se à diferenciação que o próprio relator procurou estabelecer entre o embrião, o feto e a pessoa humana, para fins da definição do alcance do direito constitucional à vida e da proteção da dignidade da pessoa humana.

Essa foi uma questão intensamente debatida pelos especialistas, saber se o embrião humano produzido por fertilização *in vitro* merecia ou não a mesma proteção que é dada ao embrião que evolui naturalmente no útero materno. Nesta parte da sua decisão, pode-se verificar que o relator amparou-se, entre outros fundamentos, nas palavras da especialista Débora Diniz para formar o seu entendimento – como visto acima –, de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano e que a inviolabilidade da vida previstas na Constituição é exclusivamente a um já personalizado indivíduo, indivíduo-pessoa que nasceu com vida, observado que cabe ao direito infraconstitucional a função de proteger os momentos da vida humana anteriores ao

nascimento. O ministro Ayres Britto, na fundamentação do seu voto, transcreveu as palavras da cientista Débora Diniz, as quais ele classificou como esclarecedoras.⁸⁹

Em outro ponto do seu voto, ao fazer uma análise da condição do embrião que permanece congelado *in vitro* e que não experimenta a implantação num útero materno, o que faz desencadear, com o passar do tempo, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo para o embrião, com gradativa perda da sua capacidade para a fecundação, o relator, para julgar válidas estas possibilidades biológicas que a própria Lei de Biossegurança trabalhou - vez que uma das condições para a terapia e pesquisa com células-tronco embrionárias é que os embriões estejam congelados há mais de 3 (três) anos -, utilizou os depoimentos dos cientistas Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke proferidos na audiência pública.⁹⁰

Na parte final do seu voto, o ministro Ayres Britto observou que ele, como juiz, não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, aberto, portanto, ao cotidiano existencial do seu país. Com base nessas premissas, o ministro fez menção à história de vida de algumas pessoas que poderiam buscar, por meio da terapia com células-tronco, a cura da patologia ou do traumatismo que lhes havia acometido. Entre essas histórias, estava a relatada, durante a audiência pública, pela geneticista Mayana Zatz,

⁸⁹ Conforme menção expressa contida na p. 166 do acórdão do STF. As palavras da cientista Débora Diniz transcritas foram as seguintes; “Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria heurísticamente; uma tese de cunha essencialmente metafísica. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida”.

⁹⁰ Conforme menção expressa contida nas p. 180 e 181 do acórdão do STF. As declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke foram, respectivamente, as seguintes: “A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”; “Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação”.

segundo a qual uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, tinha lhe perguntado o seguinte: *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*⁹¹

O ministro Ayres Britto admitiu em seu voto que tais fatos o fizeram refletir a respeito das implicações de uma possível decisão que viesse a invalidar a Lei de Biossegurança. Inquietavam-lhe perguntas como: deixar de contribuir para que tais pessoas sejam devolvidas à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez o *monstro da indiferença* (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso ordenamento jurídico deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham com *pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não-aproveitamento de embriões *in vitro*?

Em relação ao voto do relator do processo, ministro Ayres Britto, esses são os principais pontos em que se identifica, com clareza, a influência das opiniões e dos conhecimentos dos especialistas ouvidos em audiência pública.

O julgamento prosseguiu com a prolatação do voto da ministra Ellen Gracie, acompanhando o relator e concluindo pela improcedência da ação. A ministra ressaltou que vislumbrava um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria questionada. Contudo, no seu voto, não se observa qualquer menção aos depoimentos dos especialistas.

Na seqüência, veio o voto do ministro Menezes Direito, que julgou procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade em estudo. A decisão tem extensa fundamentação, subsidiada por significativos pensadores, e expressa a convicção do ministro de que este tema põe em evidência a necessidade de se criar mecanismos adequados de

⁹¹ Conforme menção expressa contida nas p. 200, 201 e 206 do acórdão do STF.

controle, uma limitação, no campo das pesquisas que avancem sobre o genoma humano. Tudo isso necessariamente subordinado a valores éticos, os quais devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica.

Especialmente no que interessa a problemática deste estudo, o ministro Menezes Direito, para discordar do relator quando este afirma que o embrião humano não será alguém fora da recepção uterina, cita a intervenção do cientista Dalton Luiz de Paula Ramos, que na audiência pública declarou que o desenvolvimento do embrião “é progressivo porque, se oferecermos a ele as condições necessárias, o amparo, a acolhida de que precisa, ele sempre passará para o estágio seguinte. Ultrapassada uma etapa de desenvolvimento, passa, em condições normais, à etapa seguinte, sem regressos; evoluções que vão compor uma biografia”.⁹²

O ministro Menezes Direito conclui seu voto sentenciando que o embrião é vida, vida humana que merece a proteção constitucional contida no dispositivo que assegura a inviolabilidade desse direito fundamental, direito este que restou violado pelo art. 5º da Lei de Biossegurança, o qual, pelas diversas razões contidas na decisão, deveria ser declarado parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, para que fosse entendido que as células-tronco embrionárias deveriam ser obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões *pesquisa e terapia* contidas no citado art. 5º da Lei de Biossegurança como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos.⁹³

⁹² Conforme menção expressa contida na p. 271 do acórdão do STF. O ministro Menezes Direito fez uso desta intervenção do especialista na audiência pública para acrescentar em seu voto que: “O coração e o sistema circulatório existem porque estão presente no embrião em potência; os movimentos somente são possíveis porque os membros já existem na essência do embrião, assim como as propriedades da fala e tudo o mais que forma e caracteriza o ser humano relacional. Da mesma forma, a estrutura neural existe porque há no embrião em potência. Dizer o contrário, na minha avaliação, é contrariar a própria natureza das coisas”.

⁹³ Embora tenha defendido a tese da proteção constitucional à vida do embrião, o ministro não decidiu pela proibição das pesquisas. Menezes Direito afirmou que as pesquisas com células-tronco embrionárias são importantes e não devem ser obstadas, desde que com os limites e controles e sem desrespeito à dignidade humana. Segundo o ministro Menezes Direito: “Se para salvar uma vida, sacrificamos outra, ficará sem salvação o homem. É necessário fazer o bem a partir do bem e não a partir do mal”. Para ele, é possível retirar matéria genética sem que haja a destruição do embrião. O ministro Menezes Direito propôs ainda as seguintes limitações à lei impugnada: (i) ainda no caput do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, “para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na

O próximo voto coube a ministra Cármen Lúcia, a qual iniciou enfatizando que as diversas manifestações sobre as idéias relativas à questão do uso das células-tronco embrionárias são legítimas e desejáveis, posto que esse assunto diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar. A ministra manifestou o seu entendimento de que a Lei de Biossegurança não se desarvora da Constituição, nem se afasta do princípio da dignidade da pessoa humana.⁹⁴

Os conhecimentos divulgados na audiência pública foram utilizados pela ministra Cármen Lúcia para rebater a alegação do Procurador-Geral da República de que a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança somente significaria o impedimento de uma e única linha de pesquisa: aquela que se vale de embriões humanos. A ministra em seu voto afirmou que, conforme comprovam números estudos expostos na audiência pública ocorrida no curso da ação, a pesquisa com células-tronco embrionárias abre possibilidades não obtidas com qualquer outra, sequer com as células-tronco adultas, porque essas não dispõem das características de totipotência que naquelas se contém.⁹⁵ Na conclusão, a ministra votou pela validade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal"; (ii) no inciso I, do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão *embriões inviáveis* seja considerada como "referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco"; (iii) no inciso II, do art. 5º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei de Biossegurança, ou que, já congelados na data da publicação desta lei, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause suas destruição"; (iv) no parágrafo primeiro, do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores"; (v) no parágrafo segundo, do art. 5º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerado crime a autorização para utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização". Finalmente, o ministro Menezes Direito afirmou ainda que a decisão deveria ter efeitos a partir da data do julgamento final da ação, a fim de preservar resultados e pesquisas com células-tronco embrionárias já obtidas por pesquisadores brasileiros.

⁹⁴ No que toca a dignidade humana, a ministra Cármen Lúcia seguiu uma linha de argumentação diferente da utilizada pelo ministro Ayres Britto. Ela considerou em seu voto que o princípio da dignidade humana não se atém a quem seja ou não pessoa, mas o que é constitucionalmente garantido no sistema é o dever do Estado e da sociedade de criarem condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional acolhida no sistema vigente.

⁹⁵ Conforme menção expressa contida na p. 364 do acórdão do STF.

A seguir, foi a vez do ministro Ricardo Lewandowski proferir o seu voto. Ele asseverou inicialmente que incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar a *coisificação* ou *reificação* de que falam Habermas e Lukács, na qual as pessoas, de sujeitos dessas atividades, passam a constituir meros objetos das mesmas.

O ministro menciona em seu voto o debate público com cientista ocorrido no STF, primeiramente, para destacar a sua discordância com a opinião científica exposta neste evento em relação à justificativa para o prazo mínimo de três anos de congelamento do embrião, o qual foi fixado pela Lei de Biossegurança para uso em pesquisa com células-tronco. Na perspectiva do ministro, a explicação dada na audiência pública pela cientista Patrícia Helena Lucas Pranke, de que este lapso temporal serviria para que “o casal tenha certeza se, porventura, quiser doar aqueles embriões para pesquisa”, não deveria ter motivado o legislador, pois existe informação científica segundo a qual embriões com muito mais tempo de congelamento, até mesmo após treze anos de criopreservação teriam logrado sobreviver hígidos e se transformado em crianças saudáveis, depois de sua implantação no útero receptor.⁹⁶

Registre-se que, da parte do bloco de cientistas contrários à Lei de Biossegurança, essa questão sobre a importância médico-biológica do marco legal dos três anos de congelamento também foi respondida, durante a audiência pública, pela Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, cuja opinião respalda o voto do ministro Ricardo Lewandowski. Para ela, esse prazo

⁹⁶ Consoante menção expressa contida na p. 437 do acórdão do STF. O depoimento da Dra. Patrícia Helena mencionado pelo ministro consta nas p. 219 e 220 da ata da audiência pública e diz o seguinte: “A Doutora Mayana Zatz, eu e vários outros cientistas participamos ativamente, há dois anos, da elaboração dessa Lei que diz respeito às células-tronco, dando assessoria aos deputados e senadores. Essa questão dos três anos teve uma grande confusão à época, porque algumas pessoas entenderam que os três anos, na Lei, estariam dizendo que, após três anos, esses embriões seriam inviáveis. De forma alguma esses três anos têm associação com a viabilidade, ou não, do embrião. Esse prazo de três anos – mais um vez repito – foi colocado na Lei, mas não tem absolutamente nada a ver com a questão de viabilidade, ou não. E por que foi colocado na lei? Porque se achou que a lei deveria dar um prazo mínimo de, pelo menos, três anos para que aquele casal tenha a certeza se, porventura, quiser doar aqueles embriões para pesquisa; pelo menos juridicamente deveria esperar três anos para essa decisão. Ele pode esperar dez anos, se ele fez uma fertilização e sobraram embriões. Se ele continuar em dúvida se não quer usar aqueles embriões; se ele continuar em dúvida se quer, ou não, doar para a pesquisa, ele ficará aguardando o tempo que achar necessário para tomar essa decisão, sejam três, cinco ou dez anos. Mas não menos do que três anos; pelo menos durante três anos aquele casal ficará com aqueles embriões para ter certeza se quer doá-los, ou não. Então, não tem absolutamente nada a ver com definições de que estamos delimitando que o embrião se torne inviável depois de três anos. Sabemos, sim, que, quanto mais tempo de congelamento, menor a viabilidade. Foi uma confusão que houve à época. É só uma questão de fazer a família ter certeza e pensar por pelo menos três anos”.

não foi fixado com base em critérios biológicos, pois está provado que embriões com mais de treze anos de congelamento – o ministro cita essa mesma hipótese em seu voto -, podem ser implantados e se desenvolverem normalmente. Em sua percepção como cidadã, ela considera que a lei tentou evitar justamente que se façam embriões especificamente para serem usados em pesquisas, porque isso abre todo um campo para comércio de embriões, abre campo para uma série de fraudes. Em sua fala a cientista também defendeu a necessidade da lei trabalhar com marcos naturais, como é, por exemplo, a fecundação, para se evitar definições arbitrárias.⁹⁷

Nota-se, ante o exposto, que a questão do prazo mínimo de três anos de congelamento dos embriões estipulado pela Lei de Biossegurança recebeu três respostas diferentes dos especialistas. Além da opinião da Dra. Lenise que acabamos de mencionar acima, o Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos disse que a viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa, praticamente nula. Já a Dra. Patrícia Helena Lucas Pranke afirmou que esse prazo não tem absolutamente nada a ver com a questão de viabilidade ou não do embrião congelado, mas foi colocado na lei para que o casal tenha um tempo mínimo para refletir se quer ou não doar os embriões para pesquisa. O ministro Ayres Britto considerou em seu voto que a Lei de Biossegurança trabalhou com a possibilidade biológica da gradativa perda da capacidade reprodutiva e da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento, possibilidade esta que ele julgou válida, aproximando o seu voto, destarte, do conhecimento exposto pelo Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos.⁹⁸

Interessante assinalar que, no dia da audiência pública com os especialistas no STF, o ministro Ricardo Lewandowski fez a seguinte pergunta aos cientistas: “Tendo em vista que a legislação brasileira permite a fertilização in vitro, qual a melhor destinação para os embriões extranumerários, atualmente congelados nas clínicas de fertilização?”. Essa questão foi respondida pela Dra. Débora Diniz, representando o bloco de cientistas favoráveis à Lei de Biossegurança, a qual disse que o melhor destino para os embriões congelados é aquele que respeite a autonomia da vontade dos genitores.

⁹⁷ Conforme depoimento reproduzido nas p. 223-225 da ata da audiência pública.

⁹⁸ Conforme menção expressa contida na p. 180 e 181 do acórdão do STF. A íntegra do depoimento do Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos está contida nas p. 50-54 da ata da audiência pública.

O ministro, em seu voto, considerou que essa explicação da cientista, do ponto de vista ético, causa espécie, pois revela uma lógica de cunho puramente voluntarista, que deixaria ao exclusivo alvedrio dos genitores a decisão sobre o destino dos embriões extranumerário congelados. Para ele, essa seria uma solução extremamente pragmática, que lhe fazia recordar a observação de Horkheimer, para quem a ciência que entroniza a práxis, separando o pensamento da ação, já renunciou à humanidade. O ministro acrescentou ainda que esta solução demonstra um tipo de ética fundada em critérios de utilidade, que avalia a conduta humana com base apenas em seus resultados, e que essa atitude foi superiormente refutada por Kant, já no século XVIII, ao argumento de que “o valor moral de uma ação não reside no efeito que dela se espera, mas num bem supremo e incondicionado para o qual a vontade de um ser racional deve convergir”.⁹⁹

No final do seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski julgou parcialmente procedente a ação para, sem redução de texto, conferir ao art. 5º, caput, da Lei de Biossegurança a interpretação segundo a qual as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilização *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis.¹⁰⁰

⁹⁹ Conforme observação constante nas p. 439 e 440 do acórdão do STF. Para se permitir uma visão completa da repercussão que esse questionamento do ministro Ricardo Lewandowski teve durante a audiência pública, é preciso esclarecer que ele também foi respondido pela Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, representando o bloco de especialistas contrários à Lei de Biossegurança, a qual afirmou que essa era uma pergunta difícil e que entendia que o marco ético era que os embriões extranumerários nunca deveriam ter sido congelados, e o foram sem que a legislação brasileira tenha qualquer definição a respeito. Para ela, não é verdade que, no Brasil, se permitiu que eles fossem congelados. A verdade, segundo a cientista, é que a reprodução assistida no Brasil está num vácuo legal. Neste ponto da sua fala, o ministro Ayres Britto tomou a palavra e observou que, com a aprovação da lei de biossegurança, esse marco de três anos se tornou legal. A Dra. Lenise, então, contrapôs essa afirmação do relator dizendo que, se a lei de biossegurança for considerada inconstitucional, o marco terá que ser revisto. Essa parte do depoimento consta nas págs. 224 e 225 da ata da audiência pública.

¹⁰⁰ O ministro Ricardo Lewandowski também estabeleceu em seu julgamento as seguintes interpretações em relação aos demais dispositivos do art. 5º da Lei de Biossegurança: (i) inc. I: o conceito de *inviável* compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos; (ii) inc. II: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; (iii) § 1º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado; (iv) § 2º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

O ministro Eros Grau proferiu o voto seguinte e defendeu o posicionamento de que o embrião faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o direito à vida. Para ele, estas razões são suficientes para concluir que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, embora vislumbresse a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, o ministro Eros Grau entendeu que, neste caso, o STF poderia adotar uma decisão aditiva visando superar a incompletude deste dispositivo legal, adequando-o aos padrões da constitucionalidade. Dessa forma, ele declarou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, alguns requisitos a serem atendidos na aplicação dos preceitos.¹⁰¹ Nesta decisão, não se observa qualquer menção à audiência pública realizada com os especialistas.

O voto do ministro Joaquim Barbosa, logo a seguir, também não faz nenhuma alusão à audiência pública com especialistas realizada no STF. O ministro julgou a ação improcedente, por entender que o art. 5º da Lei de Biossegurança é compatível com as normas constitucionais. O principal argumento que balizou o seu voto foi o de que o legislador brasileiro, numa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio, deu primazia ao direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura, opção esta que, em detrimento da tutela dos direitos do embrião, é apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade.

¹⁰¹ Os requisitos fixados pelo ministro Eros Grau são os seguintes: (i) pesquisa e terapia mencionadas no *caput* do art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do art. 5º); (ii) a “fertilização *in vitro*” referida no *caput* do art. 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; (iii) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados – ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, *caput* -, será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

Na continuação da sessão de julgamento, o ministro Cezar Peluso, já na parte inicial do seu voto, para refutar a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva, faz referência ao depoimento da cientista Mayana Zatz e utiliza os argumentos que foram lançados por ela durante a audiência pública.¹⁰²

Significativa também para o objeto de estudo desta pesquisa é a parte do voto do ministro Cezar Peluso em que ele utiliza o depoimento de vários cientistas ouvidos na audiência pública para desenvolver o seu raciocínio que identifica a vida como um *processo* ou fenômeno dinâmico.¹⁰³

O ministro Cezar Peluso defendeu o argumento de que os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas. Neste sentido, conquanto tenha julgado improcedente a ação, o ministro em seu voto, utilizando a técnica da *interpretação conforme*, fixou alguns parâmetros para a aplicação da norma impugnada, com a finalidade de resguardar a dignidade imanente dos embriões.¹⁰⁴

¹⁰² Conforme menção expressa contida na p. 482 do acórdão do STF. Sobre essa questão, a Dra. Mayana Zatz afirmou o seguinte: “Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”.

¹⁰³ Nas páginas 496 e 497 do acórdão do STF o ministro Cezar Peluso assevera que: “Nenhum dos muitos ilustres cientistas ouvidos de um modo ou noutro nesta causa, favoráveis ou contrários à promoção de pesquisas com células-tronco de embriões, negou que o fenômeno *vida* se apresenta e define, em substância, tipicamente como *processo*. Dos debates relevo, sobretudo dentre os ferrenhos opositores das investigações, que LENISE MARTINS GARCIA, para descrever a idéia básica de vida, aludiu à existência de ‘diferentes fases’ do ‘ciclo da vida’, reconhecendo-lhe caráter cinético e concordando em que, ‘para o embrião humano ir à frente, ele precisa estar no útero, precisa ser implantado’. CLÁUDIA DE CASTRO BATISTA asseverou, textualmente, que ‘a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo. A partir da fecundação, do óvulo com o espermatozóide, acontece, logo em seguida, a primeira divisão e assim consecutivamente (...). Portanto, é a fecundação que permite que o desenvolvimento seja disparado e prossiga por si mesmo.’ ANTÔNIO JOSÉ EÇA, também adversário das pesquisas, acentuou que ‘a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no momento da concepção.’ Foi ainda mais incisiva ELIZABETH KIPMAN CERQUEIRA, ao advertir que ser vivo ‘é aquele que tem início, segue processos (...) até a sua morte. (...) É aquele ser que tem um início, a partir de seu próprio potencial, da sua ipseidade, da sua imanência, daquilo que lhe é próprio, desenvolve-se num programa recebido através de um material genético.’ E, logo mais adiante, referiu-se à vida como ‘processo de autoconstrução e de autodesenvolvimento, (...), ontogênese.’ E, por não alongar escólios em vão, ANTONIO CAMPOS DE CARVALHO condensa as opiniões de igual conteúdo, notando: ‘não pretendo discutir a questão sobre a origem da vida. Conforme dito por vários colegas que me precederam, tanto a favor quanto contra as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, entendo que a vida é um contínuo’.”

¹⁰⁴ Conforme consta na p. 524 do acórdão do STF, os limites fixados pelo ministro Cezar Peluso em seu voto são os seguintes: (i) a produção de embriões humanos por fertilização *in vitro* destina-se somente para fins

Nesse momento do julgamento ainda faltavam votar os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes. O ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do relator e julgou a ação improcedente. No seu voto não se vê menção às explanações dos cientistas na audiência pública. Há tão-somente uma citação da opinião da Dra. Mayana Zatz, contudo, uma opinião que ela externou em um meio de comunicação e não na audiência pública.¹⁰⁵

Logo em seguida, o ministro Celso de Mello iniciou o seu voto dizendo que nunca havia participado de um processo que se revestisse da magnitude que esse assumiu. Para ele, em casos emblemáticos como este, o STF, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele próprio, julgado pela Nação.¹⁰⁶ Em seu voto o ministro cita documento científico elaborado por Grupo de Trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências, constituído pelos professores Mayana Zatz; Marco Antonio Zago; e Antonio Carlos Campos de Carvalho, que emitia a opinião daquela entidade sobre o tema em julgamento. Posteriormente, para diferenciar essa controvérsia constitucional do problema do aborto, o ministro citou o depoimento da cientista Mayana Zatz prestado durante a audiência pública, o que também já havia sido feito por outros dois ministros que lhe antecederam (ministros Ayres Britto e Cezar Peluso), conforme exposto neste trabalho.

O ministro entendeu que o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, pois a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação sistema nervoso, inexistindo, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial. O ministro extraiu essas conclusões citando o referido documento científico elaborado pela Academia Brasileira de Ciências.¹⁰⁷ Ao final do seu voto, o ministro Celso de Mello julgou a ação improcedente.

O ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente do STF, foi o último a votar. O ministro registrou inicialmente em seu voto que esse julgamento demonstra que o STF pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais

reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade e os embriões excedentes apenas poderão ser utilizados em pesquisas ou intervenções genéticas de caráter exclusivamente terapêutico; (ii) responsabilidade, inclusive criminal, dos membros dos comitês de ética e a necessidade de um órgão que aprove a nomeação dos membros de tais comitês; (iii) submissão das atividades de pesquisa ao controle e fiscalização do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

¹⁰⁵ Conforme consta na p. 552 do acórdão do STF.

¹⁰⁶ Neste ponto, p. 555 do acórdão do STF, o ministro Celso de Mello disse que lembrava as palavras do ministro Luiz Gallotti.

¹⁰⁷ Conforme consignado nas p. 581 e 582 do acórdão do STF.

e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados. Para ele, as audiências públicas e o *amicus curiae* fazem do STF um espaço democrático, um “espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”.¹⁰⁸

No mérito, o ministro Gilmar Mendes, citando o pensamento de Jürgen Habermas, disse que muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível, e também que não é possível negar que na fase pré-natal já há um elemento vital digno de proteção, diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever. Por tais razões, para analisar a validade do art. 5º da Lei de Biossegurança era preciso utilizar os princípios da responsabilidade e da esperança, para verificar se a lei observou padrões de prudência em um tema ética e juridicamente complexo. Neste sentido, com base numa análise segundo parâmetros de proporcionalidade, o ministro entendeu que a Lei de Biossegurança é deficiente na regulamentação do tema, ou seja, para ele, houve uma proteção deficiente ou insuficiente de um direito fundamental. Em suma, a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.¹⁰⁹

Todavia, o ministro Gilmar Mendes considerou que a declaração de inconstitucionalidade da lei de biossegurança, com a conseqüente pronúncia de sua nulidade total, poderia causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Por isso, defendeu, neste caso, a preservação do texto normativo questionado, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implicasse numa típica sentença de perfil aditivo. Assim, o ministro julgou improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à previa autorização e aprovação por Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

¹⁰⁸ Conforme consta nas p. 598 e 599 do acórdão do STF.

¹⁰⁹ Conforme expresso nas p. 604-611 do acórdão do STF.

Esses, portanto, são os votos que compõem o julgamento proferido pelo STF na ADI 3510. Procurou-se, neste item do presente estudo, evidenciar com precisão as partes em que se percebe nitidamente a influência da opinião dos especialistas ouvidos em audiência pública na interpretação constitucional e na decisão proferida pelos ministros do STF.

A conclusão a que se pode chegar, após o desenvolvimento dessa análise, sugere que os depoimentos dos especialistas ouvidos na audiência pública, de fato, influenciaram a interpretação constitucional e, portanto, o processo de tomada de decisão na ADI 3510.

É certo que, diante da complexidade e da multidisciplinaridade dessa ação, os ministros tiveram de utilizar diversos argumentos para fundamentar os seus votos. A decisão do STF tem um total de 526 (quinhentas e vinte e seis) páginas e a opinião dos especialistas não representa, logicamente, o único elemento que subsidia tais votos. No entanto, conforme demonstrado, a maioria dos ministros fez referência em seus votos aos depoimentos dos especialistas ouvidos durante a audiência pública. Apenas quatro ministros (Ellen Gracie, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio) não mencionaram os depoimentos dos especialistas em seus votos.

No caso submetido à estudo, que trata de uma questão extremamente complexa, polêmica, relevante e multidisciplinar, os conhecimentos dos especialistas expostos na audiência pública se mostraram importantes e imprescindíveis para que o exercício da função jurisdicional se desse de maneira adequada e com maiores probabilidades de acerto, ante às circunstâncias difíceis envolvidas, pois oportunizou-se aos julgadores o contato direto e o acesso a um conjunto de informações científicas que serviu de suporte para a construção de argumentos e de contra-argumentos constantes nos votos.

Referentemente às quatro ações do controle abstrato de constitucionalidade em que ocorreu a realização de audiência pública com especialistas¹¹⁰, a ADI 3510 é a única cujo julgamento já foi concluído pelo STF, o que propiciou a análise da influência dos depoimentos dos especialistas sobre o posicionamento dos ministros neste julgamento. Neste sentido, embora os resultados obtidos se refiram a um único julgamento, o estudo de caso

¹¹⁰ Além da ADI 3510, fizemos referência na introdução desta dissertação à ADPF 54, que trata da questão da interrupção de gravidez por anencefalia; à ADPF 101, que versa sobre importação de pneus usados; e à ADPF 186, que aborda a questão das políticas de ação afirmativa no ensino superior.

realizado reforçou a hipótese de que a audiência pública, neste julgamento, não serviu para atender a um mero ritualismo ou formalismo, visto que o conhecimento dos especialistas auxiliou de forma eficaz e significativa o exercício da função jurisdicional.

Não obstante as audiências públicas com especialistas tenham esse potencial para, juntamente com o *amicus curiae*, influenciar o processo de tomada de decisão e suscitar uma abertura pluralista e democrática no processo de interpretação constitucional, elas precisam ser estudadas também sob um prisma crítico que revele os seus limites e as suas possibilidades. Esse é o propósito do último item deste capítulo.

3.3 Audiências Públicas com Especialistas no Âmbito do Controle Abstrato de Constitucionalidade: limites e possibilidades

As audiências públicas com especialistas, conforme foi dito no início desta pesquisa, podem ser entendidas como um mecanismo participativo previsto no processo de controle abstrato de constitucionalidade, com caráter consultivo e não-vinculante, que, ao oportunizar o contato direto entre julgador e especialista, destinam-se a ouvir as mais variadas opiniões sobre determinada matéria submetida a julgamento, subsidiando, dessa forma, o desempenho da função jurisdicional.

A legislação estabelece que cabe ao relator da ação decidir pela realização ou não de audiência pública com especialistas, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.¹¹¹ Vê-se que a legislação concentra no relator o poder de decidir sobre a necessidade ou não de reunir especialistas em audiência pública.

Chama atenção o fato da legislação não colocar à disposição dos cidadãos e de qualquer pessoa ou entidade diretamente interessada no julgamento da causa a possibilidade de apresentar um requerimento, devidamente fundamentado, solicitando a realização de audiência pública nas ações do controle abstrato de constitucionalidade em tramitação. É que, se a audiência pública é fator de abertura procedimental e de pluralização da jurisdição

¹¹¹ Cf. § 1º do art. 9º da Lei 9.868; e § 1º do art. 6º da Lei 9.882, ambas de 1999.

constitucional, a legislação deveria facultar a todos os interessados os mecanismos para se deflagrar esse autêntico processo democratizador do debate constitucional. Nesta hipótese, justifica-se legitimamente o controle social pela via petitoria à disposição do próprio cidadão para se buscar o reconhecimento, perante o STF, da necessidade de realização de audiência pública numa determinada ação.

Aliás, é válido reconhecer que, em determinadas hipóteses, a realização de audiência pública com especialistas não se coloca como uma simples faculdade à disposição do relator, mas, sim, como uma obrigatoriedade, devido à natureza das questões envolvidas na ação. Em ações que envolvam matérias extremamente multidisciplinares, complexas e polêmicas, a realização da audiência pública é um imperativo, pelas razões epistêmicas mencionadas por Araújo (2011, p. 122) - para que sejam colecionadas informações importantes para uma interpretação constitucional correta -, como também para se garantir um amplo coeficiente de legitimidade para a decisão judicial.

A audiência pública com especialistas na ADI 3510 ocorreu após a solicitação do Procurador-Geral da República, que foi atendida pelo relator. Esse é um exemplo de uma ação em que se mostra imprescindível a realização de audiência pública com especialistas em virtude da presença dos fatores acima apontados. Pelos mesmos motivos, a ADPF nº 54, que trata da questão da interrupção de gravidez por anencefalia, também deve ser incluída neste rol. Enfim, estas são situações excepcionais e de grande repercussão e relevância social em que se recomenda ao judiciário uma postura humilde de se permitir a ampliação do debate constitucional.

Não é difícil prever que possa surgir uma situação em que, apesar de provocado pelos participantes da ação e presentes os requisitos necessários, o relator decida não realizar a audiência pública. Em tais hipóteses, o Regimento Interno do STF (art. 317) admite a possibilidade de interposição de Agravo Regimental ao Plenário. Todavia, este recurso está disponível apenas aos respectivos participantes da ação destinada ao controle de constitucionalidade. Há que se refletir, diante desse fato, se o interesse público de realização de audiências públicas com especialistas não estaria mais bem protegido se admitido fosse a qualquer cidadão interpor Agravo Regimental para o Plenário do STF. Não é válido aqui o argumento de que essa medida poderia tumultuar ou atrasar o processo, pois o que deve prevalecer, neste caso, não são justificativas de ordem prática, mas, sim, as ações que

busquem subsidiar os julgadores de informações e dados necessários para o adequado exercício da função jurisdicional, o que significa também uma efetiva abertura procedimental e democratização da jurisdição constitucional.

O procedimento para a realização da audiência pública com especialistas também é outro ponto que merece uma melhor análise. O art. 154 do Regimento Interno do STF estabelece que: *(i)* o despacho que convocar a audiência será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; *(ii)* havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; *(iii)* caberá ao ministro que presidir a audiência selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; *(iv)* o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; *(v)* a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; *(vi)* os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; *(vii)* os casos omissos serão resolvidos pelo ministro que convocar a audiência.

É importante salientar a relevância da norma regimental na parte em que fixa a necessidade de ampla divulgação do despacho convocatória da audiência pública. Cuida-se, sem dúvida, de medida concretizadora dos princípios da publicidade e da transparência. Também importante é a previsão regimental que garante a participação das diversas correntes de opinião, quando houver defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência. A norma, neste ponto, expressa o compromisso com o pluralismo firmado no texto constitucional. Por fim, a obrigação de transmitir a audiência pelos meios de comunicação do STF e de se registrar devidamente os atos da audiência são medidas que fortalecem o direito de informação e que facilitam o acesso do público a opiniões e conhecimentos que são de interesse de toda a sociedade.

O Regimento Interno do STF procura garantir a participação das diversas correntes de opinião na audiência pública. Porém, o regimento não estabelece qualquer critério objetivo que deve ser seguido pelo relator no processo de seleção das pessoas habilitadas a participar da audiência, dentro do universo dos requerimentos de inscrição recebidos. Normalmente o relator faculta, aos requerentes que não foram habilitados, a possibilidade de enviarem

documentos com a tese defendida para serem disponibilizados no portal eletrônico do STF. Contudo, trata-se de uma simples deferência do relator, mas que não tem previsão regimental.

A ausência de critérios objetivos no regimento interno do STF para a seleção dos habilitados pelo relator abre margem para questionamentos acerca da pluralidade e da representatividade nas audiências públicas. É importante lembrar que o regimento não prevê a possibilidade dos requerentes não-habilitados pelo relator recorrerem dessa decisão.

A abordagem dessa questão é relevante porque tais audiências públicas têm despertado um crescente interesse na sociedade. Na última audiência convocada pelo STF, que debateu as políticas de ação afirmativa no ensino superior (ADPF 186), houve um total de 252 (duzentos e cinquenta e dois) requerimentos de inscrição. No entanto, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, habilitou apenas 38 (trinta e oito) especialistas para participar da audiência pública. Em seu despacho de habilitação, o ministro alegou que, em função do grande número de requerimentos recebidos, foi necessário reduzir o número de especialistas participantes e que os critérios adotados para a seleção dos habilitados tiveram como objetivos garantir, no máximo, a participação dos diversos segmentos da sociedade, bem como a mais ampla variação de abordagens sobre a temática envolvida.¹¹²

Esses dois critérios foram criados pelo ministro Ricardo Lewandowski e não têm previsão no Regimento Interno do STF, o qual diz apenas que, havendo divergência sobre a matéria objeto da audiência, deve ser garantida a participação das diversas correntes de opinião. Pode-se, então, indagar: será que esses dois critérios estabelecidos pelo ministro Ricardo Lewandowski são justos e suficientes para atingir o objetivo principal das audiências públicas com especialistas, que é subsidiar o exercício da função jurisdicional e permitir a pluralização do debate em temas complexos? A questão não é de fácil resposta e, por isso, fortalece a tese de que esse problema da ausência, no Regimento Interno do STF, de critérios objetivos para guiar o relator no processo de seleção das pessoas habilitadas a participar da audiência pública precisa ser tratado e resolvido de forma adequada.

¹¹² Despacho de 17 de dezembro de 2009, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>.

A abordagem crítica que empreendemos até aqui reforça a constatação de que a realização das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade não deve ficar na dependência exclusiva da vontade e da livre discricionariedade do relator do processo. Há um crescente interesse público de que os julgados do STF nas causas de grande repercussão e relevância social se legitimem por meio da ampliação do debate constitucional, considerando a opinião pública e as demais forças que compõem a sociedade como participantes do processo de interpretação constitucional.

Binenbojm (2010, p. 279) afirma com razão que é necessário fomentar a idéia de cidadania constitucional, em que todos têm o direito de participar ativamente do processo de revelação e definição da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última - mas não única -, de tal processo. Para esse autor, a maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões.

E, tratando-se da inclusão do outro no debate constitucional, as audiências públicas com especialistas se inserem exatamente no contexto de casos complexos e multidisciplinares desafiadores de solução perante o judiciário. Nestes casos, a abertura do diálogo com especialistas e outros segmentos interessados da sociedade se revela como uma etapa imprescindível antes do julgamento da questão. É como se a concretização do valor *justiça* pelo judiciário dependesse, obrigatoriamente, da participação de tais atores, os quais são ouvidos por meio de audiências públicas.

As audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, se utilizadas de forma adequada pelo judiciário, podem ser um mecanismo eficaz de pluralização da interpretação constitucional. Por meio delas, o judiciário qualifica-se com um importante *locus* congregador e debatedor de múltiplos conhecimentos especializados, os quais têm potencial para subsidiar o processo de interpretação e de tomada de decisão.

Entretanto, somente pode-se falar em pluralização e democratização da interpretação constitucional na medida em que o STF for assumindo uma postura aberta e flexível de permitir a realização do debate. Por isso, justifica-se um maior controle social neste caso,

mediante a adoção de instrumentos legítimos a serem postos à disposição dos cidadãos para que eles possam ser integrados, de maneira ativa e organizada, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, conforme expomos acima.

As audiências públicas com especialistas possuem, ademais, aptidão para contribuir com a produção de decisões judiciais mais justas. Isso se dá porque, ao oportunizar aos julgadores o acesso a um conjunto de informações técnicas sobre determinada matéria ou circunstância submetida a julgamento, as audiências auxiliam de forma eficaz a atividade interpretativa e de tomada de decisão, aumentando-se as probabilidades de acerto, eis que os julgadores passam a ter um conhecimento mais profundo sobre a respectiva questão.

Esse fator de aprimoramento na prestação jurisdicional se observa também quando as audiências públicas com especialistas são utilizadas para reexaminar os elementos que foram ou não adotados ou pressupostos pelo legislador na edição dos atos normativos questionados. Aqui, neste caso, ocorre a aferição dos chamados *atos e prognoses legislativos*, os quais foram classificados, conforme ensina Mendes (2009, p. 472-478), em *atos históricos*, *atos atuais* e *eventos futuros*. Enquanto os *atos históricos* referem-se à análise de *atos legislativos históricos* que deram ensejo a determinadas decisões, a investigação sobre *atos legislativos atuais* envolve variado elenco de temas. No que respeita aos eventos futuros ou prognoses legislativas, entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento.

Nesse mister, os julgadores analisam, com o apoio dos especialistas, se os fatos e prognoses legislativos são válidos ou não para sustentar a normatização que foi conferida à concernente questão, de modo a conferir se o legislador utilizou elementos reais, adequados e necessários na edição do ato normativo questionado.

Exemplificando essa questão da aferição de fatos e prognoses legislativos, podemos novamente citar o caso ocorrido na audiência pública da ADI 3510, objeto de estudo de caso acima, quando os ministros ouviram três respostas diferentes dos especialistas a respeito do prazo mínimo de três anos de congelamento do embrião, que foi fixado pelo legislador na Lei de Biossegurança para usar as células-tronco em pesquisa. A opinião dos especialistas nesta

hipótese foi utilizada para examinar se esse fato legislativo - prazo mínimo de três anos de congelamento dos embriões -, era válido ou não, se tinha ou não fundamento.¹¹³

Mendes (2009, p. 474) alerta para um requisito fundamental que o tribunal tem que respeitar ao apreciar os fatos e prognoses legislativos, consistente na necessidade de privilegiar uma composição pluralista na escolha dos especialistas que serão consultados, como forma de se garantir a participação das diversas correntes de opinião.

Ante o exposto, procurou-se, nesta parte final da pesquisa, estudar as audiências públicas com os especialistas sob um viés crítico revelador de seus limites e de suas possibilidades e sem pretensões de esgotar esse relevante tema.

¹¹³ Essa questão, conforme colocado acima, foi respondida, durante a audiência pública, pela Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, cuja opinião respalda o voto do ministro Ricardo Lewandowski. Para ela, esse prazo não foi fixado com base em critérios biológicos, pois está provado que embriões com mais de treze anos de congelamento podem ser implantados e se desenvolverem normalmente. Além da opinião da Dra. Lenise, o Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos disse que a viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa, praticamente nula. Já a Dra. Patrícia Helena Lucas Pranke afirmou que esse prazo não tem absolutamente nada a ver com a questão de viabilidade ou não do embrião congelado, mas foi colocado na lei para que o casal tenha um tempo mínimo para refletir se quer ou não doar os embriões para pesquisa. O ministro Ayres Britto considerou em seu voto que a Lei de Biossegurança trabalhou com a possibilidade biológica da gradativa perda da capacidade reprodutiva e da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento, possibilidade esta que ele julgou válida, aproximando o seu voto, destarte, do conhecimento exposto pelo Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos.

CONCLUSÕES

Esta dissertação envolveu-se com a temática pertinente aos limites e as possibilidades das audiências públicas realizadas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

Como vimos no decorrer deste trabalho, a atuação da jurisdição constitucional no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade tem experimentado uma crescente expansão hodiernamente. Causas complexas, multidisciplinares e de grande repercussão e relevância social têm rotineiramente ocupado a pauta do STF. É possível também observar, como decorrência dessa realidade, o aumento do nível de pressão e de mobilização política da sociedade e da opinião pública sobre o judiciário.

E, nesse cenário, mecanismos de informação dos juízes constitucionais como as audiências públicas com especialistas e o *amicus curiae* têm assumido importância fundamental no contexto do controle abstrato de constitucionalidade, devido ao seu potencial para ampliar o debate constitucional e promover uma abertura pluralista e democrática no processo de interpretação constitucional e de tomada de decisão.

Realmente, deve-se reconhecer que a participação ativa de novos atores nesse processo - que são aqueles que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional -, certamente confere maior legitimidade às decisões judiciais, que passam também a ter maiores chances de serem justas.

As audiências públicas com especialistas representam, portanto, um mecanismo participativo previsto no processo de controle abstrato de constitucionalidade, com caráter consultivo e não-vinculante, que, ao oportunizar o contato direto entre julgador e especialista, destinam-se a ouvir as mais variadas opiniões sobre determinada matéria submetida a julgamento, subsidiando, dessa forma, o desempenho da função jurisdicional.

A primeira experiência do STF nesse sentido se deu em 2007, por ocasião do processamento da ADI 3510, proposta pelo Procurador-Geral da República, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 2005, conhecida como *Lei de*

Biossegurança. Nesta oportunidade, o STF consultou a opinião de 22 (vinte e dois) cientistas sobre a permissão do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Na ADI 3510, definida pelo ministro Celso de Mello como a causa mais importante da história do STF, ao enfrentar a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias, debateu-se um assunto que desperta reflexões jurídicas, éticas, filosóficas, científicas e religiosas.

Esta pesquisa buscou, destarte, investigar se os depoimentos dos especialistas ouvidos em audiência pública influenciaram o posicionamento dos ministros no julgamento da ADI 3510, e, por meio do estudo de caso apresentado, chegou-se à conclusão de que eles, de fato, serviram de suporte para a construção de argumentos e de contra-argumentos presentes nos votos.

O estudo de caso apresentado reforçou, assim, a hipótese de que a audiência pública, neste julgamento, não serviu para atender a um mero ritualismo ou formalismo, visto que o conhecimento dos especialistas auxiliou de forma eficaz e significativa o exercício da função jurisdicional.

Registre-se que, em função da complexidade e da multidisciplinaridade da ADI 3510, a decisão do STF é bastante extensa, tendo um total de 526 (quinhentas e vinte e seis) páginas, e, embora a opinião dos especialistas não represente o único elemento que subsidia os votos, pois os ministros tiveram, logicamente, de utilizar diversos argumentos na fundamentação, verificou-se que a maioria dos ministros fez referência em seus votos aos depoimentos dos especialistas ouvidos durante a audiência pública.

Com base na pesquisa desenvolvida, pôde-se ainda constatar que as audiências públicas com especialistas possuem aptidão para contribuir com a produção de decisões judiciais mais justas, porque oportunizam aos julgadores o acesso a um conjunto de informações técnicas especializadas, as quais poderão lhes auxiliar de modo eficiente na atividade interpretativa e de tomada de decisão, aumentando, com isso, as probabilidades de acerto, eis que os julgadores passam a ter um conhecimento mais profundo sobre a respectiva questão.

No entanto, somente é possível pensar em decisões judiciais mais justas e em pluralização e democratização da interpretação constitucional na medida em que o STF for assumindo uma postura aberta e flexível de permitir a realização do debate. Por isso, justifica-se um maior controle social neste caso, mediante a adoção de instrumentos legítimos a serem postos à disposição dos cidadãos para que eles possam ser integrados, de maneira ativa e organizada, no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Neste sentido, o presente estudo vislumbrou a possibilidade da legislação permitir que o próprio cidadão, por meio de um requerimento devidamente fundamentado ou pela via recursal, busque o reconhecimento, perante o STF, da necessidade de realização de audiência pública numa determinada ação do controle abstrato de constitucionalidade. Ora, se a audiência pública é fator de abertura procedimental e de pluralização da jurisdição constitucional, a legislação precisa facultar ao cidadão a via petítória e recursal para deflagrar esse autêntico processo democratizador do debate constitucional.

Percebe-se que há em nossa sociedade um progressivo interesse de que os julgados do STF nas causas de grande repercussão e relevância social se legitimem por meio da ampliação do debate constitucional, considerando a opinião pública e as demais forças que compõem a sociedade como participantes do processo de interpretação constitucional. Por esse motivo, a realização das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade não deve ficar na dependência exclusiva da vontade e da livre discricionariedade do relator do processo.

Não cabe aqui o argumento de que tais medidas poderiam tumultuar ou atrasar o processo, pois o que deve prevalecer, neste caso, não são justificativas de ordem prática, mas, sim, ações que busquem valorizar uma cidadania ativa e que pretendam subsidiar os julgadores de informações e dados necessários para o adequado exercício da função jurisdicional.

Verificou-se também, por meio da abordagem crítica, que inexistem, no Regimento Interno do STF, critérios objetivos para guiar o relator no processo de seleção das pessoas habilitadas a participar da audiência pública, dentro do universo de requerimentos de inscrição recebidos. Há apenas a previsão de que, havendo divergência sobre a matéria objeto da audiência, deve-se garantir a participação das diversas correntes de opinião. A ausência de tais

critérios abre margem para questionamentos acerca da pluralidade e da representatividade nas audiências públicas.

A despeito dessas omissões, a rigor, é possível afirmar que, no contexto de causas complexas e multidisciplinares, que envolvam questões cuja controvérsia ultrapassa o campo estritamente jurídico, a abertura do diálogo com especialistas e outros segmentos interessados da sociedade se revela como uma etapa imprescindível antes do julgamento da ação. É como se a concretização do valor *justiça* pelo judiciário dependesse, obrigatoriamente, da participação de tais atores, que devem ser ouvidos por meio de audiências públicas.

Por fim, como registramos neste trabalho, em dimensão igualmente relevante, as audiências públicas com especialistas têm um papel importante na aferição dos chamados *atos e prognoses legislativos*, que são aqueles elementos fáticos que foram adotados ou pressupostos pelo legislador na edição dos atos normativos. Por meio das audiências públicas, privilegiando-se uma composição pluralista na seleção dos especialistas, viabiliza-se o reexame, pelo judiciário, de tais elementos, de maneira a conferir se o legislador fez escolhas adequadas e necessárias.

Essas, portanto, são as idéias que submetemos à crítica. Por acreditar na força emancipatória do direito, a pretensão maior, ao dissertar sobre os limites e as possibilidades das audiências públicas com especialistas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, foi fomentar o surgimento de práticas que coloquem o diálogo hermenêutico a serviço da construção da cidadania no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. Cidadania, Direitos Humanos e Globalização. In: *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

AZAMBUJA, Carmem Luiza Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ARAÚJO, Marilene de. A sabedoria da multidão e a interpretação constitucional. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, vol. 77. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução, estado atual e perspectivas. In: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

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

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Coimbra, 1998. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/464/433>>. Acesso em 20 jul. 2011.

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2009.
DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FRANCO, Geisa Cunha. *Opinião pública e política externa na abertura democrática brasileira: o debate na imprensa durante o governo Figueiredo (1979-1985)*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Paulo Sérgio (Orgs.). *Habermas: sociologia*. São Paulo: Ática, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª ed., Petrópolis: Vozes, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Frederico Barbosa. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GONÇALVES, Antonio Baptista. *A nova hermenêutica ante o neoconstitucionalismo*. In: Revista de direito constitucional e internacional, vol. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

_____. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 4ª ed., Petrópolis: Vozes, 2009.

HEINEN, Juliano. *A figura do amicus curiae como um mecanismo de legitimação democrática do Direito*. Revista Forense. Vol. 392. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Francisco Marque de. *O supremo tribunal federal na crise institucional brasileira*. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Vol. 2, São Paulo: Loyola, 2001.

NEVES, MARCELO. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica. 1994.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 4ª ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1990.

_____. *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 1999.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STEIN, Ernildo. O mal está na raiz da hermenêutica filosófica. In: DOMINGUES, I. et al. (orgs.). *Ética, política e cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VALADÉS, Diego. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Decreto n. 5.591, de 22 de nov. de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 nov. 2005.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de nov. de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dez. de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1999.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de mar. de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

_____. Lei n. 12.063, de 27 de out. de 2009. Acrescenta à Lei n.9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 out. 2009.

_____. Regimento Interno do STF. Estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Outubro_2010.pdf>. Acesso em 16 nov. 2010.

_____. Resolução nº 17, de 21 de setembro de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade->

legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf>. Acesso em 21 nov. 2010.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 – DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto, julgamento de 29/05/2008, DJ 05/06/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 – DF. Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101 – DF. Argüente: Presidente da República. Argüidos: Presidente do Supremo Tribunal Federal e outros. Relator: Ministra Cármen Lúcia, julgamento de 24/06/2009, DJ 05/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 – DF. Argüente: Partido Democratas. Argüidos: Reitor da Universidade de Brasília e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

DOCUMENTOS

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ata da audiência pública realizada, em 20 de abril de 2007, no Supremo Tribunal Federal, para ouvir os especialistas na ADI 3510. O documento tem 227 (duzentos e vinte e sete) páginas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Reprodução em vídeo da audiência pública realizada, em 20 de abril de 2007, no Supremo Tribunal Federal, para ouvir os especialistas na ADI 3510. O vídeo da audiência pública tem a duração de aproximadamente 8 (oito) horas. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/videos/audiencia_DV0811_CELULAS_TRONCO_P1.wmv>. Acesso em 24 nov. 2010.