

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DANILMA MELO DA SILVA

**AS EXPECTATIVAS COGNITIVAS NA SOCIEDADE
HIPERCOMPLEXA: UMA LEITURA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS À
LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

RECIFE
2019

DANILMA MELO DA SILVA

**AS EXPECTATIVAS COGNITIVAS NA SOCIEDADE
HIPERCOMPLEXA: UMA LEITURA DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS À
LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira.

Dissertação defendida em 01 de abril de 2019 e aprovada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
(UNICAP/UFPE)

Dr. Glauco Salomão Leite
(UNICAP/UPE/UFPB)

Dr. Jadson Correia de Oliveira
(UCSAL/FASETE)

RECIFE
2019

Dedico este trabalho ao meu Deus: grande em poder, abundante em amor e fiel para cumprir.

“E, o quê, tem atrás disso? Atrás disso tem nada!”
(N. Luhmann sobre a Teoria dos Sistemas)

AGRADECIMENTOS

A gratidão é sentimento recorrente neste momento ímpar. Nem em meus maiores e melhores sonhos, quando ainda iniciante no curso de direito, imaginei chegar até aqui. Estou como os que sonham, todavia, sei que tudo o que aconteceu é obra de um Deus infinito em amor e misericórdia. A Ele, pois, a glória, eternamente!

Agradeço a meus pais, Vilma Melo e Damião da Silva, pela constante presença, pelo cuidado e educação. Mesmo com limitações escolares eles sempre me incentivaram a encontrar nos estudos a forma para “crescer na vida”.

Sou infinitamente grata às minhas irmãs Amanda, Danívia, Adrielle, Aniely, Daniele e ao meu irmão Adriel. Somos daquelas famílias gigantes e já passamos por muitas coisas juntos. Posso dizer que cada desafio enfrentado por mim foi pensando no exemplo que eu poderia deixar para vocês.

Agradeço aos meus tios do coração Nidinha Máximo e Domingos Ferreira pelo constante cuidado e parceria. Aos meus irmãos do coração Júnior, Deivide e Danilo sou grata pela força e incentivo.

Agradeço também ao meu orientador João Paulo Allain pela confiança e pelo apoio constante. Sem dúvidas, ter contato com seu vasto conhecimento foi algo transformador para minha carreira acadêmica. De forma extensiva, gratifico todos os professores do Programa, em especial aqueles com quem tive a honra de aprender nas disciplinas que me matriculei: Glauco Salomão Leite, Marcelo Labanca, Gustavo Ferreira, Luciano e Virgínia Colares.

A oportunidade do estágio de docência trouxe para perto mais uma referência acadêmica e profissional, que foi o prof. Felipe Sarinho. Nunca esquecerei de seus conselhos e de como aprendi durante o tempo que o acompanhei em sala de aula.

Não poderia deixar de ponderar minha gratidão a sempre atenciosa forma como fui tratada pela secretaria acadêmica do programa, nas pessoas de Eliene Fabrício, Daniele, Sérgio e Nicéias.

Neste momento tão importante não posso esquecer da Faculdade Sete de Setembro-FASETE, casa onde cursei minha graduação e me estimulou desde o início. Foi lá onde as portas da academia se abriram para mim, tive a feliz oportunidade de ter sido instruída por professores ímpares, inclusive e, especialmente, pelos professores Jadson Correia, Élio Ventura, Eloy Lago, Risete Reis e Manuela Vergne, que hoje tornaram-se meus amigos e colegas de trabalho.

Ao meu eterno orientador e amigo, Jadson Correia, toda minha gratidão e admiração. Ansiosa por nossas futuras parcerias acadêmicas.

De um modo muito especial sou grata à Casa de Repouso São Vicente de Paulo, local onde exerci minha primeira atividade profissional e onde aprendi bastante. Com vocês aprendi o que é trabalhar com propósito, ousadia e amor.

Os anos de curso ficaram mais fáceis pelas amizades ali construídas. Agradeço aos amigos Ezi Paulino, Luana Guarino, Glebson Bezerra, Mirela Cavalcanti, Helder Oliveira, Sara Luz, Felipe Domingues, Alberto Jonatas, Renato Dowsley e Ivanúcia Mariz.

De modo especial sou grata a Luísa Vanessa pela irmandade, parceria e cuidados constantes. Luísa é aquela pessoa que nem todo mundo encontra na vida, aquela amiga-irmã com quem se pode contar para sempre e em todos os momentos. Nossas aventuras pelos campos da Católica e por Recife ficarão registradas e nos concederão boas e alegres lembranças.

Por este momento, por todos aqui citados, por tudo que está por vir sou agradecida ao Senhor. E para que eu nunca esqueça que esta jornada não acaba aqui ... Isto é só o começo!

RESUMO

Ao Direito, frente à sociedade moderna, é depositada a tarefa de reduzir a hipercomplexidade que compõe o sistema social. Toda a construção conceitual da Teoria dos Sistemas serve como aparato para analisar o risco, a complexidade e a contingência provenientes da decisão judicial, ato natural dos Tribunais. O risco da decisão, e neste trabalho, mais especificamente o risco da decisão jurídico-constitucional, necessita de maior atenção, pois versa sobre questões sensíveis e paradoxais. Nesta senda, este trabalho tem como objetivo fazer uma leitura das audiências públicas jurisdicionais, realizadas no Supremo Tribunal, à luz da legitimação sistêmica, visto elas se apresentarem como mecanismos relevantes e organizados para ampliar a capacidade de observação do sistema jurídico. Para isso, esta pesquisa apresenta a origem e a fundamentação constitucional das audiências públicas; um esboço da Teoria dos Sistemas em Niklas Luhmann, bem como o estudo de quatro casos emblemáticos discutidos no STF, onde se é possível visualizar com mais clareza o processo de abertura cognitiva e irritação do sistema jurídico pelos sistemas da política, religião, ciência e economia.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Sistemas. Jurisdição Constitucional. Audiências Públicas Jurisdicionais

ABSTRACT

It is expected by the modern society, that the Law is responsible for reducing the Social System's high complexity. All conceptual construction of the Systems Theory helps to analyze the risk, the complexity and the contingency from a judicial decision, which is a natural act at the court. The decision's risk, in this work, more specifically, the risk of the legal-constitutional's decision needs more attention, as it relates to sensitive and paradoxical issues. In this vein, the objective of this study is to re-read jurisdictional public hearings from the Supreme Court, under the systemic legitimization, as they can be considered relevant to help to observe the Legal System. To that end, this study presents the origin and the constitutional basis of the public hearings; it is based on an outline of the systems theory by Niklas Luhmann, as well as on the analysis of four emblematic cases that have been discussed at the Supreme Court, where it is possible to see more clearly the law learning and the connection between the judicial system and others systems such as political, religious, scientific and economic.

KEYWORDS: Systems Theory. Constitutional Jurisdiction. Jurisdictional public hearings

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APJ's	Audiências Públicas Jurisdicionais
CONAMA	Conselho Nacional do Meio ambiente
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
MP	Ministério Público
RI	Regimento Interno
RICD	Regimento interno da Câmara dos Deputados
RISF	Regimento Interno do Senado Federal
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JURISDICIONAIS: TEORIA EXPLICATIVA E ESTADO DA ARTE NO BRASIL	18
1.1 As audiências públicas como instituto constitucional	19
1.2 Audiências Públicas na Administração Pública	23
1.3 Audiências Públicas e Poder legislativo	27
1.4 Audiências Públicas no Ministério Público e Defensoria Pública	30
1.5 Das Audiências Públicas Jurisdicionais	32
1.5.1 As audiências públicas jurisdicionais e o Código de Processo Civil	34
1.5.2 Um comparativo com as audiências públicas jurisdicionais no contexto subnacional	36
1.6 Processo de realização das audiências públicas no STF	45
1.6.1 Procedimento	45
1.6.2 Da Convocação	46
1.6.3 Habilitação dos participantes	47
1.6.4 Realização dos trabalhos	48
1.6.5 Estado da Arte: Audiências Públicas realizadas no STF e teoria crítica	48
2 ESBOÇO DA TEORIA DOS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN	52
2.1 Teoria dos Sistemas e Sistema Social	53
2.2 Das sociedades pré-modernas às sociedades modernas: Observações sobre a complexidade na sociedade funcionalmente diferenciada	60
2.3 Do sistema jurídico	63
2.4 Acoplamento estrutural	68
2.5 Abertura do sistema jurídico através das expectativas cognitivas	69
3 DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA À “LEGITIMAÇÃO SISTÊMICA”	73
3.1 Jurisdição Constitucional e Legitimação Democrática	73
3.2 Política e direito na teoria dos sistemas	78
3.3 A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico	80
3.4 A constituição e a jurisdição constitucional na teoria dos sistemas	82
3.5 Legitimação do direito na teoria sistêmica	84
3.6 As audiências Públicas e a Legitimação sistêmica	87

4 ABERTURA COGNITIVA NO STF A PARTIR DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JURISDICIONAIS	93
4.1 Audiências públicas e direitos fundamentais	94
4.2 Sistemas parciais da religião, da ciência e da economia.....	97
4.3 ADI n. 3.510 – Uso terapêutico de células tronco embrionárias.....	98
4.4 ADPF n. 54 - Interrupção de gravidez de fetos anencéfalos.....	101
4.5 ADPF 442 - Descriminalização do aborto até a 12ª semana.....	103
4.6 STAs (Suspensões de Tutela Antecipada) 175 e 178 - Judicialização do direito à saúde	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

Em meio à complexidade da sociedade moderna o direito representa um sistema importantíssimo tanto para assegurar as expectativas normativas vigentes quanto para modificá-las. É nesse contexto que o direito se estabelece e se transforma.

A sociedade hipercomplexa agrega uma série de desafios, inclusive, para o mundo do direito. Mesmo que o sistema jurídico se esforce para normatizar o maior número possível de expectativas, tentando cumprir sua função da generalização congruente das expectativas comportamentais, ainda assim a complexidade persistirá. Sempre existirão casos que a norma não alcança, com aumento das opções de escolha e do risco.

A decisão judicial é a expressão máxima de positividade do direito e um desafio da vida em sociedade. Não apenas o Direito, mas todos os demais sistemas parciais, do grande sistema social, responderão por meio da decisão, já que ela é a expressão da escolha.

Entre a realização do processo legislativo e as decisões judiciais existe um arcabouço de manifestações. Em tese, a ideia é que a generalização deve ser observada sob o ponto de vista que o legislador cria e o juiz aplica, todavia, a Ciência Jurídica, seja na criação ou aplicação, precisa empreender de forma a considerar fontes seguras de observação da própria sociedade, no intuito de preservar sua unidade.

Observar o fechamento operacional adequado, sempre dar uma resposta quando acionado, ter à sua vista uma série de opções e assumir o risco da decisão são algumas das tarefas do direito. O legislador até pode se abster de legislar, porém o juiz nunca poderá usar do instituto do *non liquet*, principalmente em sede de guardião da Constituição, como o é o caso do Supremo Tribunal Federal.

Niklas Luhmann entende a sociedade como um grande sistema social, estruturado em tantos outros sistemas parciais, todos autorreferenciais por conta do agir autopoietico. A autopoiesis, conceito importado por Luhmann da biologia – o que demonstra o caráter interdisciplinar de sua teoria – é que garante a identidade/unidade do sistema, diante do primado da diferenciação funcional. A diferenciação funcional consiste na distinção entre sistema e ambiente. Sistema e ambiente são faces da mesma moeda, ou seja, um não existe sem a outra. A distinção entre ambas é condição para existência.

Sendo o sistema jurídico responsável por aliviar a complexidade do sistema social, pode-se observar que ele o faz por meio de estruturas próprias. Os tribunais são as organizações estruturais do direito, visto que funcionam como centralizadores, em meio a uma periferia que não tem a obrigação de decidir.

O fechamento do sistema jurídico não induz isolamento, mas abertura cognitiva e é com o objetivo de esclarecer a outra face do fechamento operacional que este trabalho pretende estudar o direito na teoria de Luhmann. Com isso, a discussão permeia por campos conceituais da teoria da sociedade, como: complexidade, contingência, fechamento operacional, abertura cognitiva, autorreferencialidade, centro/periferia, comunicação, código binário, acoplamento estrutural, dentre outros.

Toda a construção conceitual da teoria dos sistemas serve como aparato para analisar o risco, a complexidade e a contingência provenientes da decisão judicial, ato natural dos tribunais. O risco da decisão, e neste trabalho, mais especificamente o risco da decisão constitucional, necessita de maior atenção, pois versa sobre questões sensíveis e paradoxais.

O fenômeno da autopoiese envolve o observador e suas percepções do mundo, por isso que estudar os sistemas sociais é importante para compreender a própria sociedade. Em meio à complexidade social se exige que o sistema jurídico seja estudado com mais afinco, pois sua composição e interação com outros sistemas também ocorre de forma complexa e contingente, assim como o é seu observador.

Tendo por fundamento a Constituição, elemento de acoplamento estrutural entre o direito e a política, encontra-se o respaldo para a abertura cognitiva e a consequente idealização de seus mecanismos incorporadores. A pergunta norteadora consiste em saber se: as audiências públicas jurisdicionais realizadas no STF podem ser utilizadas, de acordo com a teoria sistêmica, como mecanismo de abertura cognitiva na recorrente comunicação com o entorno do sistema jurídico e, até que ponto essa interação não compromete o próprio direito enquanto sistema autopoietico?

Tendo por cenário a hipercomplexidade da sociedade contemporânea, o objetivo geral deste estudo consiste em observar o sistema jurídico enquanto redutor de complexidade e, com base no fenômeno da abertura cognitiva, fazer uma leitura das audiências públicas jurisdicionais enquanto mecanismo de captação dessas expectativas.

Para isso, tem-se como objetivos específicos: a) apresentar o universo das audiências públicas jurisdicionais no Brasil, partindo das premissas da Constituição pátria e do estado da arte proveniente das experiências do Supremo Tribunal Federal; b) expor a teoria da sociedade de Niklas Luhmann, especificando os conceitos da teoria dos sistemas e atrelando-os aos desafios contemporâneos do sistema jurídico; c) defender o conceito de legitimação sistêmica proveniente das interpretações insculpidas pela teoria dos sistemas, principalmente, quanto ao desafio da legitimação do direito e, por último, d) apresentar os fundamentos para o reconhecimento da abertura cognitiva, perpassando pelo enfrentamento dela em matéria de

direitos fundamentais, bem como, para fins práticos, examinar três audiências públicas jurisdicionais com o escopo de verificar os sistemas parciais envolvidos na discussão das temáticas.

À vista disso, esta pesquisa tem sua justificativa pautada na essencialidade dos trabalhos acadêmicos em tratar de temas que contribuem para o pensar jurídico e sua hipercomplexidade. Crê-se que esse estudo não permeia apenas a seara da delimitação proposta, mas assuntos que servem de base para a real compreensão da sociedade moderna. A teoria dos sistemas e, em especial, o tema da abertura cognitiva reflete sobremaneira no tema dos direitos fundamentais, dado que são dotados de extrato subjetivo e, a partir da decisão judicial, irritam outros sistemas parciais.

Outra temática justificadora está na problemática da legitimação do direito, tema bastante sensível. No que concerne às audiências públicas, elas foram escolhidas como objeto de estudo por demonstrar potencial em serem mecanismos de abertura cognitiva, colaborando, assim, para o devido processo constitucional realizado no Supremo Tribunal Federal nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Sendo assim, para alcançar os objetivos descritos foi necessário dividir esta dissertação em 4 (quatro) capítulos, cujas especificações se segue.

O primeiro capítulo tem por finalidade apresentar o estado da arte das audiências públicas jurisdicionais realizadas no Supremo Tribunal Federal. Analisar-se-á a conceituação, origem e importância das audiências públicas jurisdicionais, tendo por base as audiências ali já realizadas.

Já no segundo capítulo será apresentada a teoria dos sistemas em Niklas Luhmann dentro do recorte das expectativas cognitivas, da complexidade e do risco da decisão. O terceiro capítulo, por sua vez, trabalhará o fenômeno da abertura cognitiva e de seus mecanismos como facetas para defesa do conceito de legitimação sistêmica.

Por último, o quarto capítulo se prestará a analisar quatro audiências públicas jurisdicionais realizadas no STF, tendo por elemento a oportunidade de abertura do sistema jurídico face a irritação de seu ambiente, no que concerne aos direitos fundamentais.

O critério para escolha da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 (Manipulação de células-tronco embrionárias), da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (Interrupção de gravidez de fetos anencéfalos), da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442 (Descriminalização do aborto até a 12ª semana) e das STAs (Suspensões de Tutela Antecipada) sobre a judicialização da saúde não foi apenas o de que elas promoveram intensa repercussão no contexto social, mas e, principalmente, o de que o direito fundamental

ali discutido irritara vários subsistemas e de que, a partir da decisão constitucional eles seriam afetados.

Neste trabalho, portanto, propõe-se que na seara das decisões judiciais a audiência pública é um mecanismo de captação e filtragem do sistema jurídico para com as irritações do seu ambiente, tendo em vista que o direito é um subsistema fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, sempre operando na linguagem binária do lícito/ilícito.

Com isso, sendo um mecanismo de leitura das expectativas cognitivas o seu objetivo final é lançar informações para a formação das projeções normativas, corroborando para a positividade do direito e sua legitimação procedimental.

O debate presente na teoria de Niklas Luhmann é de grande relevância para se pensar a teoria do direito na atualidade, principalmente, ao que se refere à ciência da sociologia jurídica e ao estudo de sua complexidade e contingência.

De posse dos elementos estruturadores do trabalho, passar-se-á a descrever a metodologia utilizada para se chegar às conclusões. Toda pesquisa almeja um resultado e nenhuma pode se isentar de concretizá-lo, pois é fato inerente à própria perseguição. Sendo assim, a presente dissertação espera, por meio da pesquisa proposta, trazer novos subsídios acerca do tema das audiências públicas jurisdicionais, bem como exemplificar como a sociologia jurídica pode ser inserida no contexto acadêmico, mesmo o direito sendo, ainda, considerado uma ciência hermética.

A pesquisa nas ciências sociais objetiva, no geral, fazer um estudo do homem social, ou seja, da sociedade. Esse estudo do homem social por muito tempo esteve atrelado às ciências filosóficas e sociológicas, no entanto, com o desenvolver do mundo moderno, necessário se fez estudar a sociedade sob outras perspectivas, inclusive, a jurídica.

Nesse emaranhado de complexidade do mundo moderno, a pesquisa revela-se como uma verdadeira ferramenta de produção e reprodução do conhecimento, de inovação e renovação, ao mesmo tempo. Neste caso, a pesquisa aqui proposta tem viés jurídico-sociológico, pois pretende fazer uma leitura do direito em sua colocação na sociedade, trabalhando suas relações de eficiência, eficácia e efetividade.¹

Nesse sentido, essa pesquisa jurídico-sociológica pretende estudar o direito, em específico as audiências públicas, à luz da teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann, uma maneira de introduzir na pesquisa a transdisciplinaridade, elemento importantíssimo para compreender a função do sistema jurídico em meio à complexidade e contingência do mundo.

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa & DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

A referência teórica é importante para este tipo de pesquisa porque possibilita uma adequada definição de conceitos, indicação de lacunas do conhecimento e a explicação do fenômeno estudado, inclusive, na elaboração das hipóteses e sua consequente resolução.

Para a sua perseguição será necessário enveredar pelo método dedutivo, partindo-se de uma premissa para verificação do problema. É, portanto, o raciocínio prévio da pesquisa rumo ao objetivo final, a resolução do problema, que, não necessariamente, será a resposta final, uma vez que, a ciência é o campo dos problemas.

O método dedutivo, de acordo com a acepção clássica, parte do geral para o particular, “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, e virtude unicamente de sua lógica”.²

No mundo da pesquisa o método é responsável por sistematizar o raciocínio rumo ao alcance do objetivo final, uma forma de trazer mais segurança e economia ao desenvolver do trabalho, um desenho do caminho a ser seguido, capaz de detectar erros e auxiliar as decisões do pesquisador.³

Será, essencialmente, uma pesquisa bibliográfica, dispondo-se, assim, da revisão de literatura para seleção das obras pertinentes e da técnica dos fichamentos. A revisão de literatura se compõe por livros, artigos e periódicos que tratem sobre o tema, dando-se preferência, no que tange à teoria sistêmica, aos livros do próprio autor.

No que tange às audiências públicas far-se-á uso, também, da legislação, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e das ações lá propostas e que tenham utilizado o instituto, tendo em vista que a doutrina pátria ainda é carente de estudos em relação às audiências públicas jurisdicionais, constituindo-se, também, uma pesquisa documental.

O suporte bibliográfico crítico conduzirá, quanto aos objetivos, a uma pesquisa exploratória, que tem por finalidade desenvolver e esclarecer conceitos e ideias, já que “são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato”.⁴

Em suma, a metodologia da investigação proposta dispensa considerações relativas à pesquisa de campo e sua execução depende, essencialmente, às fontes da pesquisa bibliográfica e documental, cuja finalidade é conhecer os trabalhos científicos sobre o tema objeto de estudo, dentro da abordagem qualitativa.

² GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09.

³ MARCONI, Marina de Andrade & LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴ GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09.

Escrever é um ato de liberdade que vai além da opinião, é uma construção e requer estratégia, assim como as “Lavadeiras de Alagoas” de Graciliano Ramos, que no exercício da lavagem de roupa não o faz de qualquer forma, mas segue um roteiro altamente cuidadoso, pois “quem se mete a escrever devia fazer a mesma coisa. A palavra não foi feita para enfeitar, brilhar como ouro falso; a palavra foi feita para dizer” e dizer com responsabilidade.

Escrever é um atrevimento, por isso todo aquele que escreve deve caminhar com a consciência de que nenhum estudo está esgotado e de que o que escreve pode influenciar e gerar transformações, mesmo que pequenas. Se isso ocorrer já terá sido válido todo esforço.

1 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JURISDICIONAIS: TEORIA EXPLICATIVA E ESTADO DA ARTE NO BRASIL

No contexto brasileiro a audiência pública tem se mostrado um importante mecanismo, em termos gerais, de interação e comunicação entre os poderes do Estado e a sociedade civil. É o momento oportunizado para os potenciais afetados pelas decisões se manifestarem, a fim de expressarem suas opiniões e corroborarem para a construção de uma esfera pública participativa.

Com o intento de pluralizar o debate é utilizada no âmbito do judiciário, do legislativo, do executivo e até mesmo do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas, o que denota a sua ampliação ao longo dos tempos na experiência brasileira.

O Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte por meio do art. 14, já previa a realização de audiência pública nas subcomissões temáticas. Da formação das subcomissões estavam previstas de 5 (cinco) a 8 (oito) reuniões para a audiência de entidades representativas de segmentos da sociedade, devendo, ainda, durante a prazo destinado aos seus trabalhos, receber as sugestões encaminhadas à Mesa ou à Comissão.⁵

Com a chegada da Constituição de 1988 as audiências públicas passaram a ter previsão no texto constitucional como meio de participação da sociedade civil em ambas as casas do Congresso Nacional, conforme o art. 58, §2º, II. Tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal regulamentaram o instituto em seus regimentos internos para utilização em suas comissões, com a finalidade de instruir matéria em discussão e tratar de questões de interesse público relevante.

Contudo, a utilização deste instituto não é exclusiva do poder legislativo. É no âmbito do poder administrativo e legislativo, por sua vez, que há um maior arsenal de experiências e legislações acerca do tema. Todavia, é no âmbito do poder judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, que consistirá a presente análise.

Sua inserção na experiência da jurisdição constitucional brasileira merece estudos específicos, posto que se contam 12 (doze) anos desde que a primeira audiência fora realizada no Supremo Tribunal Federal – STF. A tutela dos direitos fundamentais também tem grande destaque, uma vez que, preponderantemente, é para defendê-los que as APJ's são convocadas, a fim de que o melhor seja resolvido acerca da celeuma processual.

⁵ BRASIL. *Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte*. Resolução n. 2/1987 Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional> Acesso em: 17 jul. 2017.

Vale destacar também que as APJ's não se concentram apenas no trabalho da jurisdição constitucional concentrada, embora este trabalho tenha este arsenal como delimitação, mas também vem ganhando espaço no controle de constitucionalidade difuso, tendo sido inseridas na práxis dos Tribunais estaduais.

Desse modo, o presente capítulo tem por finalidade narrar a origem, o propósito e o estado da arte das audiências públicas jurisdicionais no plano da jurisdição constitucional brasileira, tendo por base que elas encontram respaldo jurídico na Constituição pátria através da instituição do Estado Democrático de Direito.

1.1 As audiências públicas como instituto constitucional

É importante pontuar, desde já, que não há um conceito específico para as audiências públicas, visto que elas se destacam por terem uma aplicação ampla. Nesse sentido, também é complexo lhes delimitar um conceito. A Constituição brasileira não trouxe uma conceituação clara, sendo esta produto da práxis e de aplicações da legislação infraconstitucional. Não há também uma legislação nacional para regulá-la, contudo, isso não lhe tira o caráter constitucional.

Pioneiramente, a audiência pública encontra origem nas *public hearings* do direito anglo-saxão e nas *enquête administrative* do direito francês. Ela possui o mesmo fundamento jurídico internacional que justifica a participação popular, que são os tratados internacionais incorporados ao sistema jurídico brasileiro: Pacto de San José da Costa Rica e a Declaração dos Direitos do Homem.⁶

Essa extensão do princípio da audiência individual para a auditoria pública começou pela primeira vez na lei anglo-saxônica, mas agora é de natureza universal. O direito inglês baseia-se no princípio da justiça natural que também informa a garantia de defesa no caso particular e na lei americana na garantia do devido processo legal [...].⁷

Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto a Convenção Americana reforçam o entendimento de que, de fato, as audiências públicas, com toda sua amplitude são resultado do princípio participativo, corolário do Estado Democrático de Direito e da efetivação da democracia participativa – ou semidireta.

⁶ SILVA, I. S. P.; SANTOS, M. G.; PAULINO, V. J. A. *Audiências Públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 3, n. 11, (jan./mar.), 2015.

⁷GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Cap. XI. p. XII. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf> Acesso em 18 mai, 2018.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fora elaborada tendo por norte a democracia, que vai além do modelo representativo e se destaca pela evidente manifestação de uma democracia participativa. Desde o seu preâmbulo o constituinte já declara a instituição de um Estado democrático, destinado a assegurar os direitos sociais, as liberdades públicas e a justiça social.

Amparada no plano universal e interno, a participação social confere legitimidade às decisões, é um princípio clássico do direito constitucional e administrativo⁸. Mais precisamente no art. 14 da CRFB/88 a soberania popular aparece como declaração manifesta da participação, pois elenca os instrumentos constitucionais disponíveis para participação direta: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Embora não esteja elencada no referido artigo, as audiências públicas possuem o mesmo caráter constitucional, ou seja, estão vinculadas ao princípio da soberania popular. O texto constitucional, expressamente, vai falar das audiências públicas em seu art. 58, § 2º, II, quando dita as competências das comissões parlamentares. Contudo, é já no art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88, que ela encontra força fundante, pois declara: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁹

A teoria constitucional majoritária tem se posicionada a favor de que o modelo de democracia brasileira é simidireta, ou seja, reúne elementos da democracia representativa e também da democracia direta, conforme preleciona o texto constitucional citado acima. Nas palavras de Paulo Bonavides o futuro da democracia reside na democracia participativa, tendo em vista que nela o cidadão é o protagonista, é o cidadão-governante, “o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo”¹⁰.

A principal característica da democracia representativa é a “contínua responsividade de governo às preferências de seus cidadãos”, segundo Robert Dahl.¹¹ Sendo assim, quando são permitidos alguns mecanismos de participação popular se está, na verdade, se legitimando o modelo representativo moderno, que não admite mais um governo sem a participação do povo.

⁸ GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Cap. XI, p. XII. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf> Acesso em 18 mai. 2018.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 jul. 2017.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 34.

¹¹ DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1997, p. 26.

O teórico político Benjamin Barber diz que “democracia requer reflexão, paciência e reconsideração”.¹² Aqui o autor faz uma reflexão acerca da velocidade inerente às novas tecnologias e a necessidade do processo democrático em ser mais paciente. A legitimidade na democracia e na participação está, justamente, no processo de discussão, de debate; posto que o julgamento cívico não pode ser instantâneo.

Diante de todos os instrumentos de participação apresentados, cabe aqui inserir a audiência pública, numa forma de apresentá-la como mecanismo tendente a desenvolver uma democracia participativa, cuja realização pode atender ao nível de complexidade da temática discutida, principalmente, quando versa sobre direitos fundamentais.

Nesta senda, é importante entendê-la como um mecanismo de caráter constitucional, sendo este o ponto de partida para lhes promover aperfeiçoamento e regulamentação.

Para Agustín Gordillo o caráter participativo da audiência pública (*public hearing*) é duplo. O primeiro sentido está associado à publicidade e à transparência do procedimento, o que pode ser identificado desde a convocação até a realização da mesma. Já o segundo sentido está ligado à participação processual do público, estando assim conduzida pela participação popular, não ficando o público apenas como espectador.¹³

Vale também pontuar, dentro dessa característica do caráter participativo, que a audiência pública não se confunde com as consultas públicas ou com as reuniões abertas (*open meetings*). Embora estas também contribuam para a transparência na tomada de decisões, ainda assim a audiência pública como instituto constitucional e administrativo se diferencia por ter uma função formal e processual.

[...] não se trata de realizar uma sessão com assistência passiva do público, jornalismo, etc., como são as do Senado quando se trata do acordo para nomear um magistrado (conf. art. 99, inc. 4º da Constituição), as do plenário do Conselho da Magistratura ou das comissões parlamentares, mas em que o público é uma parte interessada e ativa, com direitos processuais a serem respeitados dentro da concepção do devido processo constitucional; com o direito de oferecer, produzir provas e controlar o que é produzido, argumentar, etc.¹⁴

¹² BARBER, Benjamin. *The uncertainty of digital politics: democracy's uneasy relationship with information technology*. *Harvard International Review*. Vol. 23, I. Disponível em: <http://hir.harvard.edu/article/?a=999>. Acesso em 11 nov. 2018.

¹³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Cap. XI. p. XI2. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf> Acesso em 18 mai. 2018.

¹⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Cap. XI. p. XI2. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf> Acesso em 18 mai. 2018. p. 457.

Nesse sentido, o caráter participativo das audiências públicas reside, conforme o princípio da participação popular, na ativa inserção do público interessado na demanda. Logicamente, que existem requisitos e critérios formais para convocação e realização das mesmas, entretanto, a lógica do caráter público denuncia a abertura construída em favor do devido processo constitucional. Não há como falar em teoria constitucional e esfera pública sem engajar isso ao princípio democrático.

Enquanto procedimento a realização das audiências públicas deve observar boa parte das formas de um processo judicial oral. Para isso princípios gerais precisam ser observados, justamente, para atestar a lisura da audiência pública. O autor supracitado menciona um conjunto de princípios, divididos em dois grupos, conforme descrito no texto abaixo:

Os princípios da audiência pública são o devido processo legal, publicidade, oralidade, informalidade, contraditório, participação, instrução e impulso do escritório e economia processual; às vezes, a gratuidade é adicionada. Dentro dos princípios gerais, existe um primeiro grupo integrado pelo devido processo, publicidade, contraditório e participação; eles, que são os princípios orientadores do procedimento, devem, no entanto, ser considerados dentro do quadro do informalismo, da oralidade, da instrução e do impulso do escritório e da economia processual.¹⁵

O devido processo legal é processo norteador tanto de processos judiciais quanto administrativos, é princípio que nutre mister pela condução imparcial e ética do processo, especialmente quanto aos direitos fundamentais.

A publicidade é outro princípio indispensável, pois é imperioso que a audiência pública tenha ampla divulgação, até para oportunizar uma vasta participação. É por isso que o edital de convocação deve ser o mais divulgado possível, em diversas mídias, como, jornais, televisão, sites, etc. e, sempre que possível, transmitida a reunião de audiência. Exemplo é o que ocorre com as audiências públicas realizadas no STF, que são transmitidas pela TV Justiça e também disponibilizadas no canal do STF no *Youtube*¹⁶.

O princípio do contraditório (*audi alteram pars*) “permite que a audiência pública funcione como um intercâmbio de informações entre sociedade e Estado na construção do processo decisório”¹⁷, o que manifesta estreita relação com o princípio da publicidade e da participação, posto que o contraditório significa “ouvir a outra parte”.

¹⁵ GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Cap. XI. p. XI2. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf> Acesso em 18 mai. 2018. p. 459.

¹⁶ <https://www.youtube.com/user/STF>.

¹⁷ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 58.

Todos os procedimentos ocorrem com base no informalismo, ou seja, no bojo de um ambiente sem excessos de formalidades, por isso que a oralidade é a performance adotada. A oralidade admite que os depoimentos sejam proferidos com mais espontaneidade “ a fim de que as autoridades públicas, pela imediação que a oralidade proporciona, sintam o que realmente pensam os diversos segmentos da sociedade civil”.¹⁸

O material colhido por meio da audiência pública constitui um meio de prova a ser utilizado pelos agentes na tomada de decisão, o que já fundamenta o princípio da instrução. Vale considerar que a audiência sempre será gratuita, ou seja, o participante não precisará pagar nenhum tipo de inscrição, devendo apenas arcar com os custos pessoais em caso de traslado e estadia. Na realização de uma audiência pública há de se considerar a economia processual, o que depreende a produção de resultados sem gastos exorbitantes.

O ato de apresentar alguns princípios gerais não significa que as audiências públicas realizadas nos mais diversos órgãos e instâncias devam seguir os mesmos procedimentos, até porque isso fica a cargo do órgão realizador, como se verá ao estudá-las no contexto administrativo, legislativo e judicial. Por hora, vale pontuar que embora compartilhem desses princípios, ainda assim são executadas com base na discricionariedade de cada órgão.

1.2 Audiências Públicas na Administração Pública

A Constituição de 1988 inaugurou um novo momento para o Brasil, em todos os sentidos, e isso devido ao projeto de redemocratização instituído por ela. Com isso, tudo o que em seguida foi sendo legislado devia-lhe obediência, especialmente, no que tange aos princípios constitucionais. Em relação às audiências públicas, como trabalhado no tópico anterior, a cidadania e participação são seus princípios sustentadores.

Ainda que não tenha uma previsão geral na Carta Magna e que não exista uma legislação específica para sua regulamentação as leis infraconstitucionais foram introduzindo as audiências públicas em seus procedimentos. Antes mesmo da CRFB/88, a Resolução n. 01, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), previu a realização de audiência pública na discussão do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), bem como para sua prestação de informações. Após um ano o CONAMA regulamentou o instituto por meio da Resolução 09/1987, que a instituiu como um mecanismo de caráter informativo e de discussão.

¹⁸ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 59.

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

Art. 2º Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.¹⁹

A origem e o desenvolvimento das audiências públicas no Brasil tem estreita relação com a atividade administrativa. A Lei 9.784/1999, a Lei de Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal é o regime geral das audiências públicas; isso porque mesmo que não seja uma lei nacional “têm a capacidade de assumir foros mais gerais, tanto que ela mesma se aplica aos demais poderes – Legislativo e Judiciário [...] e é aplicada como lei subsidiária, ainda que seja para entes não federais”.²⁰

Além de ter promovido a codificação do processo administrativo federal, a importância dessa lei também decorre de seu caráter de lei geral e subsidiária. Isso significa que, em não havendo lei específica para dispor sobre um procedimento administrativo específico, aplica-se a Lei n. 9.784/99, possibilitando o uso da audiência pública. Se houver lei própria disciplinando um procedimento administrativo específico, mas que não preveja especificamente a audiência pública, a Lei n. 9.784/99 poderá ser invocada de modo subsidiário para a convocação de uma audiência pública.²¹

Tal previsão busca incluir a concepção da cidadania e da democracia participativa como parte dos esforços para melhor cumprimento dos fins da Administração e não apenas da Administração Pública, mas também serve como base para aplicação da audiência pública na seara do Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e da Defensoria Pública. É por certo que cada âmbito citado acima tem uma legislação regulamentadora específica, todavia, ainda assim, a Lei do Processo Administrativo é tida como um marco normativo geral.

Em nome da discricionariedade procedimental da Administração Pública cabe aqui tecer alguns comentários acerca de sua faculdade ou obrigatoriedade. Em alguns casos a audiência pública prevista pode ser obrigatória e isso implica nas consequências de sua não realização. Caso ela seja obrigatória a sua não realização gerará, em tese, a nulidade do processo decisório.

¹⁹ CONAMA. *Resolução n. 09, de 03 de janeiro de 1987*. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>> Acesso em 19 nov. 2018.

²⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 103.

²¹ SILVA, I. S. P.; SANTOS, M. G.; PAULINO, V. J. A. *Audiências Públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 3, n. 11, (jan./mar.), 2015. p. 240.

São exemplos de legislações que preveem audiência pública obrigatória: Lei 9.666/93 (Lei de Licitações), Lei 9.427/1996 (Lei de criação da ANEEL), Lei 9.478/1997 (Lei da Política Energética), Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei 10.233/2001 e Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades). Segue abaixo quadro sinótico para melhor leitura dos dispositivos.

Legislação		Previsão	Texto do dispositivo
Lei 9.666/1993	Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.	Art. 39, <i>caput</i>	Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.
Lei 9.427/1996	Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.	Art. 4º, § 3º	O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.
Lei 9.478/1997	Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.	Art. 19	As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.
LC 101/2000	Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.	Arts. 9º, §4º e 48, §1º, I	Art. 9º [...] §4º § 4o Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1o do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais. Art. 48 [...] §1º A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016) I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
Lei 10.233/2001	Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.	Art. 68	Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.
Lei 10.257/2001	Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.	Art. 40, §4º, I	Art. 40, §4º § 4o No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; [...]

Os exemplos listados acima são provenientes da legislação federal e não têm o condão de tornar a audiência pública um elemento obrigatório no geral, até porque “a regra ainda é a sua realização mediante expressa regra nesse sentido, uma vez que, sem previsão expressa, aplica-se o art. 32 da Lei 9.784/1999, que, ao regular o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, prevê a sua realização facultativa”.²²

O art. 32 da Lei 9.784/1999 prescreve que “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. Perceba que aqui a audiência pública é facultativa, devendo a autoridade competente, entendendo ser a matéria em questão de relevância (pública, social, econômica, etc.), convocar o instituto com discricionariedade.

No setor regulatório o legislador pátrio teve por influência a experiência estadunidense. O *Administrative Procedure* (APA) de 1946 obriga que as agências federais informem e possibilitem a participação do público quando há a adoção de regras que afetem seus direitos, embora não haja exigência que isso ocorra por meio de uma audiência pública.²³

Mais recentemente, em 2014, o polêmico Decreto n. 8.243/201 que criou a Política Nacional de Participação Popular cuidou de descrever as audiências públicas (art. 2º, VIII) com a imposição de algumas diretrizes (art. 16). A PNPP tinha por escopo, segundo a Presidência da República, em tornar a gestão pública mais participativa, uma vez que seu principal objetivo era acompanhar a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de programas e políticas públicas por meio de uma aproximação entre Governo e Movimentos Sociais. Em outubro de 2014 o Decreto foi anulado pela Câmara dos Deputados.

Da importância das audiências públicas para a função administrativa do Estado escreve Diogo Figueiredo Moreira, descrevendo-as como:

[...] um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando a legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder a uma decisão de maior aceitação conceitual.²⁴

Assim, a audiência pública administrativa serve como oportunidade dada a comunidade para conduzir a decisão administrativa naquilo que impactará sua vida, como meio ambiente, saneamento básico, licitações, agências reguladoras. Mesmo que não sendo todas elas

²² BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 105.

²³ BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da participação política. Legislativa, administrativa e judicial*. Rio de Janeiro: renovar, 1992. p. 129.

obrigatórias abre-se espaço para a inserção mais acertada do processo participativo na consumação do ato administrativo.

1.3 Audiências Públicas e Poder legislativo

A previsão normativa das audiências públicas no âmbito do poder legislativo encontra respaldo no art. 58, §2º, II. Segundo o artigo as comissões permanentes ou não permanentes do Congresso Nacional e suas Casas poderão realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil. A matéria é complementada pelo Regimento Interno da Casas.

O RICD reserva um capítulo para tratar do instituto (Capítulo III, arts. 255 a 258). A Câmara dos Deputados prevê que cada Comissão pode realizar reunião de audiência pública com entidades da sociedade civil, desde que tenha por objetivo “instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação”, podendo ser provocada por proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada (art. 255).

Já no Capítulo II do RICD é dada a abertura para a participação das pessoas físicas ou jurídicas, que pode ocorrer por meio de petições, representações, reclamações ou queixas; havendo, portanto, dois requisitos: a) deverão ser encaminhadas por escrito ou por meio eletrônico, devidamente identificadas em formulário próprio, ou por telefone, com a identificação do autor; e b) desde que o assunto envolva matéria de competência da Câmara dos Deputados (art. 253). Então, caso alguma entidade deseje provocar uma audiência pública o fará por meio de uma petição endereçada à Comissão respectiva.

A própria Comissão tem competência para aprovar ou reprovar o pedido da reunião, bem como para selecionar, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, ficando a cargo do Presidente da Comissão a expedição dos convites (art. 256, *caput*).

É admitido, também, que na hipótese de existirem correntes contrárias sejam dadas a todas elas a oportunidade de participação. Importante frisar isso porque na sociedade complexa existente o âmago do debate é justamente a coleta das várias correntes de pensamento. O art. 256, §1º prescreve que “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”.

O RICD é até mais específico quando dita o tempo de duração de cada exposição, que é de 20 (vinte) minutos, não podendo o convidado fugir do tema ou questão em debate. Esse tempo estipulado pode ser prorrogado a critério da Comissão. O expositor não pode ser

interrompido durante sua fala (art. 256, §2º), todavia, se se desviar do assunto ou se vier perturbar a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá intervir com uma simples advertência, com a cassação da palavra ou ainda determinar sua retirada do recinto (art. 256, §3º).

Os expositores também podem ser interpelados pelos deputados inscritos, sendo dado a cada deputado o tempo de 3 (três) minutos, bem como o direito de resposta ao expositor até a tréplica. Ao orador é vedado interpelar qualquer dos presentes (art. 256, §5º). O art. 257 do RICD faz uma ponderação sobre o fato de não poder convidar a depor em reunião de audiência pública os membros de representação diplomática estrangeira e o art. 258 encerra o capítulo estabelecendo que a reunião de audiência pública será lavrada em ata e arquivados todos os pronunciamentos escritos e todos os documentos que os acompanhem. As peças arquivadas podem, a qualquer tempo, transportadas ou fornecidas em cópias aos interessados.

Saindo da esfera da Câmara federal passar-se-á agora a analisar o rito das audiências públicas no Senado Federal, conforme os arts. 93, 94 e 95. As audiências públicas no Senado serão realizadas pelas Comissões para instruir matéria sob sua apreciação e tratar de assunto de interesse público relevante.

A provocação da audiência pública não está a cargo apenas da comissão, mas também de entidades da sociedade civil. Para realização da audiência pública, que deve ser convocada previamente, a comissão pode abrir e concluir os trabalhos com a presença mínima de 2 (dois) de seus membros (art. 93, *caput* e §1º).

Assim como no modelo desenhado pelo RICD o espaço de reunião deve ser o mais diverso possível, dando-se preferência a todas as correntes de pensamento, desde que estejam relacionadas à matéria objeto de exame (§1º). Os expoentes devem prestar seus depoimentos por escrito e de forma conclusiva, o que implica na exigência de organização. Os expositores precisam se organizar, principalmente, em razão do tempo que é limitado. O tempo de exposição é limitado pela comissão, posto que o RISF não o previu.

Outra consideração importante reside na oportunidade das interpelações, o que cria um ambiente mais dialógico. Após a leitura do depoimento, os integrantes da comissão poderão interpelar o orador, restringindo-se à exposição lida, por prazo nunca superior a 3 (três) minutos. O expositor tem o mesmo prazo de tempo para responder a cada Senador, não havendo aqui menção a momentos sucessivos de perguntas e respostas como no RICD (§ 3º).

Ao final de cada audiência pública serão arquivadas, no âmbito da comissão, a ata, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem (art. 95, *caput*). O traslado de peças só é admitido a requerimento de Senador, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

No contexto legislativo as audiências públicas têm o condão de tornar o ato legislativo mais rico e participativo, sendo na fase de discussão dos projetos de lei ou de emenda à constituição o momento oportuno para se ouvir e integrar os mais variados discursos.

A audiência pública fora prevista constitucionalmente apenas para o Poder legislativo, o que não retira a legitimidade dos outros Poderes de realizá-las em seus processos decisórios.

Ao lado das esferas públicas plurais, que nem sempre conseguem levantar a voz em tom suficiente para alcançar o Poder Público, cabe ao Legislativo institucionalizar arenas que convoquem a sociedade para trazer os seus anseios e a sua opinião em torno dos temas a serem enfrentados e decididos num ambiente participativo, inclusivo e plural.²⁵

Perceba que a emenda da Constituição e a feitura das leis são os objetos de trabalho dos parlamentares, a eles é confiada a árdua tarefa de definir o projeto de vida coletivo do país.²⁶ Sendo assim, não haveria por certo reprimir a criação de espaços participativos para posterior deliberação.

Diante do projeto desenhado pelos regimentos internos ora analisados vê-se que são as Comissões os órgãos competentes para estimular e executar tais arenas. `Por mais que não lhe seja exclusiva a tarefa de provocar as audiências públicas, são seus integrantes (deputados ou senadores) que decidem pela realização ou não.

A tarefa de definir políticas públicas para todo o povo, bem como atender as demandas de todos, coloca as atividades legislativas em um nível altíssimo de complexidade. É por isso que o processo legislativo exige paciência. Paciência porque é um processo composto por várias fases, dentre as quais a mais complexa é a fase de discussão dos projetos, justamente, o momento em que eles passam pelas comissões, onde sucessivas leituras e modificações são feitas, até que o relatório final seja finalizado e disponibilizado aos parlamentares.

O trâmite do processo legislativo, ou ainda a sua ‘lentidão’ encontra respaldo no propósito da própria democracia. Uma sociedade complexa está recheada de relações complexas que, por sua vez, geram decisões complexas “é por isso que o processo legislativo muitas vezes requer várias leituras de projetos de lei antes de sua aprovação. O objetivo é ‘dar um tempo’ antes que ações precipitadas sejam tomadas”.²⁷ Com isso não se está aqui

²⁵ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 66.

²⁶ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 66.

²⁷ BARBER, Benjamin. *The uncertainty of digital politics: democracy’s uneasy relationship with information technology*. *Harvard International Review*. Disponível em: <http://hir.harvard.edu/article/?a=999>. Acesso em 11 nov. 2018.

justificando aqueles projetos que nunca são concluídos, muito pelo contrário, a referência é importante para entender que a rapidez nem sempre significa celeridade e eficiência.

A referência constitucional – art. 58, §2º, II - não é o único exemplo de audiências públicas legislativas, existem previsões mais específicas, como na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto das Cidades. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000) prevê a realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e debate dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, com o escopo de assegurar a transparência dos mesmos (art. 48, §1º, I).

Ainda na mesma Lei o legislador previu outra audiência pública, esta com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, juntamente com o Poder Executivo, revelando-se aí sua natureza de *accountability* (art. 9º, §4º).

Em se tratando do Estatuto das Cidades – Lei n. 10.257/2001 – que regulamenta a política urbana segundo os artigos 182 e 183 da CRFB/88, há previsão de que as audiências serão realizadas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Legislativo municipais no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação (art. 40, §4º).

1.4 Audiências Públicas no Ministério Público e Defensoria Pública

Como já dito alhures, embora só haja previsão constitucional de audiência pública no âmbito das comissões parlamentares das Casas Legislativas, a utilização delas se estende aos demais Poderes e a outros órgãos por força dos princípios democrático, da cidadania e da participação.

Com base nisso é que o Ministério público e a Defensoria Pública, que são funções essenciais à justiça, introduziram em seus atos normativos a previsão de audiências públicas. Como Funções Essenciais à Justiça são órgãos permanentes, independentes dos Poderes e possuem objetivos importantes para construção de uma sociedade democrática e justa.

Segundo a CRFB/88 cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*) e à Defensoria Pública as incumbências, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (art. 134, *caput*).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei n. 8.625/1993 – em seu art. 27, IV prescreve que em razão de suas funções institucionais o *Parquet* tem a faculdade de promover a realização de audiências públicas, sendo elas um de seus instrumentos de atuação. Contudo,

nada falou sobre o procedimento, o que só foi disciplinado pela Resolução n. 82.2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que regulamenta sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e do Estados.

A referida resolução, em seu artigo 1º, descreve que as audiências públicas ministeriais têm o objetivo de auxiliar nos procedimentos sob responsabilidade do MP, no que tange à identificação de demandas sociais que exijam a instauração de procedimentos, para elaboração e execução de planos de ação e projetos estratégicos institucionais (art. 1º, *caput*).

Essas audiências públicas são realizadas na forme de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, inclusive, representantes dos setores públicos, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade para discutir questões das quais decorram ou possam decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São também utilizadas como reunião para prestação de contas das atividades realizadas (art. 1º, §1º

Ao estudar a natureza do inquérito civil, Hugo Nigro Mazzilli reflete sobre as audiências públicas ministeriais e diz que o:

[...] objeto não é, naturalmente, o mesmo das audiências de caráter político-governamental; as audiências públicas cometidas ao Ministério Público são apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e mais, especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses transindividuais.²⁸

Em contraposição ao entendimento de Mazzilli comenta Ronaldo Queiroz, que entende não ser restrito o papel das audiências públicas ministeriais. O autor defende que elas possuem, pelo menos, três finalidades distintas. A primeira seria com o objetivo de desempenhar sua atividade típica institucional, o que se assemelha às audiências públicas político-governamentais. Segundo ele é o que ocorre quando o MP:

Enfrenta um tema em que há desacordo moral razoável da sociedade – como a união entre pessoas do mesmo sexo – ou um tema de alta complexidade, sendo oportuno ouvir a sociedade civil e especialistas para auxiliar na tomada de decisão ampliando o horizonte hermenêutico do Ministério Público.²⁹

A segunda finalidade estaria relacionada à promoção da *accountability* das ações ou omissões dos órgãos de serviços públicos, já que o Ministério Público também se coloca como

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 403.

²⁹ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 79.

agência de controle do Estado.³⁰ A terceira função, que mais parece uma reunião de consulta pública, serviria para convocar a sociedade civil para, em conjunto com o Ministério Público, definir os principais problemas sociais, com o escopo de se mapear as prioridades da atuação dos membros do MP.³¹

Conforme preleciona a Resolução 82/2012 do CNMP a audiência pública deve ser convocada previamente, por meio de edital, com indicação do local, data e horário, bem como o objetivo e a forma de cadastramento dos expositores, além da forma de participação dos presentes (art. 2º, *caput*).

Vale destacar que após todo o procedimento, ao final dos trabalhos que motivaram a audiência, o Ministério Público deverá produzir um relatório, podendo tomar várias providências, em especial: a) arquivamento das investigações; b) celebração de termo de ajustamento de conduta; c) expedição de recomendações; d) instauração de procedimento, inquérito civil ou policial; e) ajuizamento de ação civil pública; f) divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas, em prazo razoável, diante da complexidade da matéria (art. 6º, *caput*).

No que diz respeito à Defensoria Pública o tema em debate encontra respaldo na Lei Complementar 80/1994, mais especificamente no art. 4º, XXII, que prevê que uma de suas funções é justamente convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

A Defensoria Pública tem, dentre outras, a função de defender os interesses e direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como mover a ação civil pública. Isso significa que ela tem liberdade para convocar audiências públicas sobre os mais variados temas, já que suas funções são extensas.

1.5 Das Audiências Públicas Jurisdicionais

Da análise feita acima percebe-se que existem algumas semelhanças entre as audiências públicas no âmbito legislativo, administrativo e judicial, principalmente no que diz respeito ao princípio da participação, que é o que lhes servem como fundamento legal.

³⁰ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 79.

³¹ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 79.

Em âmbito jurisdicional as audiências públicas tiveram por instrumentos normativos instituidores a Lei 9.868/99³² a Lei 9.882/99³³. Nesta seara, elas são convocadas pelos ministros relatores do processo para atrair especialistas nos temas discutidos no processo em análise, no intuito de se perseguir o conhecimento técnico acerca do tema. Na oportunidade os especialistas apresentam informações e relatos de suas experiências a fim de auxiliar o processo decisório mais complexo.

Muito embora a Lei n. 9868/99 tenha rejeitado a intervenção de terceiros no controle concentrado (Art. 7º e 18), ela também inaugurou uma importante via de interação entre o Tribunal e os demais intérpretes da Lei Fundamental, através da permissão de intervenção do *amicus curiae* e da convocação de audiência pública.

Além de ter a lei supracitada como fundamento para participar do processo o *amicus curiae* (amigo da corte) teve um forte levante com o advento da legislação processual civil de 2015, conforme art. 138 (Capítulo V, Título III).

Já a audiência pública em sede de jurisdição, encontra respaldo na Lei supramencionada sem que haja um outro ato normativo que a preveja. Para sua regulamentação procedimental, só após três audiências públicas realizadas, o STF utilizou-se de seu Regimento Interno, por meio da Emenda Regimental n. 29 de 18 de fevereiro de 2009. Antes disso tomava-se por base o procedimento disposto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) em seus art. 13, XVII e art. 21, XVII possibilita ao Presidente do Tribunal e ao Ministro Relator do processo, respectivamente, a convocação de audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questão ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidos no âmbito do Tribunal.

As autoridades competentes podem convocar audiência pública em casos que requeiram esclarecimentos de questões ou circunstâncias fáticas que sejam de repercussão geral ou interesse público relevante. Os expositores convocados são pessoas com relevante experiência na matéria discutida.

Nesse contexto, ainda sob o primado da democracia, a audiência pública funciona como “um modelo institucional de esfera pública, aproximando a sociedade civil do Estado e impondo

³² Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

³³ Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

a ambos um diálogo público procedimental regulado”³⁴, no caso da APJ o Estado aí está posto como o Supremo Tribunal Federal

Sem adentrar ainda nas especificidades desse instrumento processual é importante frisar que elas existem para as decisões judiciais. O grande Tribunal, levando em consideração o ápice da positividade jurídica, é o da decisão judicial. É para ela e por ela que o STF instituiu a utilidade da audiência pública.

1.5.1 As audiências públicas jurisdicionais e o Código de Processo Civil

É notório o quanto o Código de Processo Civil de 2015 deu atenção à harmonização de suas normas com a Constituição, posto que se buscou “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”³⁵.

A constitucionalização do direito civil não é apenas um fenômeno visualizado em terras pátrias. A palavra “descodificação” serve como sinônimo para referir-se ao mesmo evento. Os códigos modernos se distanciaram da matriz da codificação napoleônica e se mostram como frutos de uma era em que são reflexo das normas constitucionais, ou seja, devem existir para realizar e traduzir as normas constitucionais em normas ordinárias.

Este argumento também fora utilizado pelos legisladores ao moldar o novo CPC, uma vez que, entendem as leis ordinárias e outras de escalão inferior como explicitação das promessas de realização dos valores da Lei Maior³⁶.

Em busca pela coerência substancial o CPC/2015 tem por objetivos, precipuamente:

- a) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- b) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- c) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- d) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- e) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão³⁷.

³⁴ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 55.

³⁵ SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 25.

³⁶ SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 25.

³⁷ SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 26.

O legislador indica que as alterações mais expressivas no sistema processual, em sua saga para harmonizá-lo aos preceitos constitucionais, estão nas regras que dizem respeito à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. Nesse sentido, justifica que:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”³⁸

Na tendência em firmar o princípio da segurança jurídica os institutos processuais de uniformização da jurisprudência foram complementados e outros criados, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, este inspirado no direito alemão.

Como poderá ser visto a seguir, em muitos destes casos, em que o juiz ou tribunal se depara com demandas repetitivas, carentes de uniformização, o juiz ou Relator poderá se valer tanto dos *amicus curiae*, quanto das audiências públicas, o que reflete, mais uma vez, o caráter dinâmico e cooperativo do CPC e de seu alinhamento à Constituição.

O Código de Processo Civil de 1973 não previa, expressamente, as audiências públicas, todavia, elas passaram a ser consideradas por interpretação do artigo 480, § 3º, introduzido pela Lei 9.868/99 (Lei da ADI e da ADC). O mencionado artigo admitia ao relator que em consideração a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes acolhesse a manifestação de outros órgãos.

A Lei 9.868/99 não admite a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade e nem na ação declaratória de constitucionalidade, todavia, abre espaço para em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator requirir informações adicionais, designe perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixe data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, §, 1º; art. 20, §1º).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, só veio utilizar a audiência pública no ano de 2007, quando ainda nem havia procedimento específico em seu regimento.

O Código de Processo Civil de 2015 quando trata do incidente de arguição de inconstitucionalidade no controle difuso (art. 948) traz a mesma ponderação do código anterior

³⁸ SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 28.

(art. 482), a de abertura processual para a manifestação de outros órgãos e entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

A novidade do referido código está na expressividade com que tratou o *amicus curiae* e as audiências públicas. Ao *amicus curiae* reservou o art. 138. Às audiências públicas fez referência em vários momentos: Art. 983, § 1º (Do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas); Art. 1.038, II (Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos); Art. 927, V, § 2º (alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos).

A intervenção do *amicus curiae* pode ser pleiteada por ele mesmo ou solicitada de ofício pelo juiz em todos os graus de jurisdição, dependendo das peculiaridades da causa. Essa maior abertura permite com que haja uma maior satisfação das partes diante da decisão e também, dá subsídios ao magistrado para proferir decisões mais próximas das necessidades das partes e da realidade do país³⁹.

Como visto acima, a lei processual civil muito se preocupou com a adoção do processo cooperativo, corolário, assim, do princípio democrático. O processo cooperativo desenhado pelo novo código de processo civil, que tem as audiências públicas e *amicus curiae* como mecanismos de seu exercício, exige das partes, e não somente delas, uma atuação proativa para formação da decisão judicial⁴⁰.

1.5.2 Um comparativo com as audiências públicas jurisdicionais no contexto subnacional

As breves considerações feitas neste tópico servem como parâmetro, para que se possível, se realize pesquisa mais apurada acerca do tema. A análise abaixo apresentada teve por foco a análise dos Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça dos Estados para averiguar previsão ou não previsão das audiências públicas, bem como avaliar se após a entrada em vigor do CPC/2015 houve alteração quanto a estes aspectos.

Os regimentos dos Tribunal de Justiça estabelecem as competências de seus Órgãos, regula a instrução e julgamento dos processos originários e dos recursos que lhes são atribuídos e institui a disciplina de seus serviços. Eles são objetos da análise aqui proposta, visto que os procedimentos para julgamento de seus processos estão neles dispostos.

³⁹ SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 31.

⁴⁰ OLIVEIRA, Jadson Correia de Oliveira. *Controle de Constitucionalidade pelo STF: Participação e democratização por meio de audiências públicas e do amicus curiae*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 86.

Estudar as audiências públicas jurisdicionais em outro plano, o que não é o foco central deste trabalho, servirá como aporte para apresentar o quanto elas têm sido utilizadas para além das experiências do STF. Os Tribunais de Justiça também têm se valido desse instrumento de legitimação decisória, prova disso é que em alguns Tribunais a descrição do procedimento da audiência pública é até mais detalhado do que o que consta no RISTF.

O Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Alagoas é de 17 de maio de 2016. Até esta data está na Emenda Regimental de nº 05/2017. Fazendo uma análise apurada de seus mandamentos não há a previsão expressa de audiências públicas ou qualquer outra forma de participação da sociedade, mesmo tendo sido reformulado para acompanhar a novidade do CPC/2015.

O regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia é datado de 04 de dezembro de 2008. Para a questão em análise vale pontuar a Emenda Regimental nº 01/2016 (de 16 de março de 2016, DJe 17/03/2016) que acrescentou o artigo 78 – A ao Regimento Interno. O mencionado artigo trata especificamente do procedimento a ser adotado pelo tribunal nas realizações de audiências públicas.

A audiência pública será designada pelo Relator, de ofício ou a requerimento, no intuito de colher informações de terceiros que sejam potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato probando (Art. 78 – A, *caput*).

O supracitado artigo é composto por 12 incisos, que fazem um detalhamento do procedimento a ser adotado. A audiência deverá ser convocada por edital, publicado na página do Tribunal, no Diário de Justiça eletrônico (DJe) e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), devendo ainda ser divulgado com em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário (Art. 78-A, §1º).

Aqui percebe a importância dada à divulgação, à *publicidade* do instituto, com o objetivo de alcançar todos os interessados em potencial.

Nesta senda, o edital de convocação deve conter a matéria da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação (Art. 78-A, §2º). A convocação deve obedecer uma antecedência mínima de trinta dias, excetuadas as situações de urgência (§3º).

Fica assegurada também a participação das diversas correntes de opinião, desde que tenha orientação à questão discutida (§4º). O Ministério Público será intimado para participar da audiência (§5º).

Ao Relator, além de convocar a audiência, cabe presidi-la e selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e apontar o tempo de manifestação de cada um. O tempo dado ao participante o oportuniza tratar apenas da matéria discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra (§6º).

Todos os membros do Órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes, devendo a Secretaria respectiva dar-lhes ciência dos termos do edital de convocação por ofício específico encaminhado ao gabinete com a mesma antecedência da publicação do edital (§7º).

As audiências podem, ainda, ser realizadas fora do horário de expediente forense, para adequar-se aos horários que assegurem a participação do público destinatário do ato (§8º), bem como, por determinação do Relator, ter realização em ambiente que não seja o prédio do Tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive, fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário à garantia do amplo comparecimento (§9º).

Para acesso posterior será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo e, sempre que possível, transmitida por meio da rede mundial de computadores e redes de televisão estatais (§10).

A análise do material colhido, levando em consideração a relevância do mesmo, deverão ser examinadas não apenas pelo Relator, mas pelo Órgão julgador, na forma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (§11).

O §12 discorre sobre em quais procedimentos processuais ela poderá ser utilizada. Poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência e, ainda, em outros casos se o Relator reputar necessária.

O próprio RI elenca os procedimentos de uniformização de jurisprudência, que podem ser encontrados do art. 216 ao 230. São eles: a) incidente de resolução de demandas repetitivas; b) incidente de assunção de competência; c) incidente de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A jurisprudência firmada será apresentada por meio de súmula.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará é datado de 30 de junho de 2016, sofreu alteração recente por meio do Assento Regimental nº 02, de 05 de outubro de 2017.

Já na alteração de 2016 o Regimento já trazia expressamente a figura das audiências públicas. Logo no art. 112 quando trata das audiências ordinárias (para instrução do processo), elenca a audiência pública como modalidade do grande gênero “audiências”, conforme pode ser apreciado no inciso, II, do mencionado dispositivo.

Art. 112. As audiências públicas que se devem realizar no Tribunal terão dia, hora e local designados pelo relator do feito, para: I – proceder à instrução do processo, salvo

motivo relevante; II – ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

Na sequência, o parágrafo único apresenta o procedimento a ser adotado para organização dos trabalhos. O despacho que convocar a audiência pública terá ampla divulgação e deve fixar data para a indicação das pessoas a serem ouvidas (alínea “a”).

A alínea “b” garante a participação das diversas correntes de opinião, havendo defensores e opositores relacionados à matéria objeto da audiência. O desembargador que presidir a audiência selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgando os habilitados, bem como determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo que cada um disporá para se manifestar (alínea “c”).

O depoente deve limitar-se ao tema ou questão em debate (alínea “d”). A audiência pública deverá ser bem divulgada, satisfazendo, assim, o princípio da publicidade (alínea “e”). O material colhido será registrado e juntado aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da presidência do órgão respectivo (alínea “f”). Os casos omissos ficam a cargo do desembargador que convocar a audiência (alínea “g”).

O art. 113 dispõe sobre os dias de realização da audiência, que serão, salvo nos casos previstos no Regimento, em dias úteis e em horários previamente fixados, dada a devida ciência às partes. Durante a realização da mesma deverão estar presentes um servidor judiciário designado e um Oficial de justiça, bem como os advogados, as testemunhas, as partes e as pessoas convocadas (Arts. 114 e 115). À hora marcada, o relator mandará que se declare aberta a audiência, apregoando, em seguida, as pessoas cujo comparecimento seja obrigatório e, sendo o caso, o órgão do Ministério Público e o perito (Art. 116).

Mesmo fazendo referência no artigo exposto, há ainda sua previsão ao versar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Art. 127, §8º) e o IRDR (Art. 149, IV).

O RI do Tribunal de Justiça de Pernambuco menciona as audiências públicas ao tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 241, §1º) que permite, em casos de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, por meio do Relator, convoca-las. É, assim como em outros regimentos, reprodução da Lei 9.868/99. Especificamente, neste quesito, não determina o procedimento de realização.

Há também previsão ao tratar da Edição, Revisão e Cancelamento de Enunciado de Súmula, conforme elenca o art. 430 do referido regimento. O art. 439, VII também os prevê no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Entende-se, por prescrição do art. 449 que

as audiências públicas também se aplicam ao Incidente de Assunção de Competência, pois, no que couber, serão aplicadas as disposições do IRDR.

O Regimento Interno do Tribunal de Sergipe em seu art. 192, §1º prevê a realização das audiências públicas, assim como no regimento STF, para a ação direta de inconstitucionalidade. O IRDR foi acrescido ao mesmo por meio da ER 03/2016, bem após a entrada em vigor do CPC/2015, mesmo assim não acrescenta a possibilidade de abertura para as audiências públicas.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba é datado de 1996 e a atualização mais recente se encontra no assentamento regimental nº 01/2017. As audiências públicas têm previsão expressa no mesmo, todavia, faz referência apenas para instrução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme o § 1º do art. 300 – C. Em se tratando da Ação Direta de Inconstitucionalidade, como vem regrado os demais Tribunais, nada pontua.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte foi atualizado, até o momento, pela Emenda Regimental nº 24/2017. A Emenda Regimental nº 20/2016 modificou o art. 241 e revogou os arts. 242, 243 e 244 para alinhar a arguição de inconstitucionalidade ao CPC/2015 “*Art. 241. Ao incidente de inconstitucionalidade aplicar-se-ão as disposições dos arts. 948 a 950 CPC*”. Nesta senda, entende-se que por aplicação dos ditames do código de processo civil as audiências públicas são permitidas nestes casos.

No tocante ao IRDR o regimento interno também modificou para relacionar ao disposto no CPC/2015 “*Art. 397-A. Aplicar-se-á ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o disposto nos arts. 976 ao 987 do CPC*”.

O referido Regimento não cita em momento algum as audiências públicas, muito menos prevê procedimento para sua execução, embora seja possível, fazendo uma leitura paralela com a Lei processual realizá-las.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Maranhão faz referência às audiências públicas para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 358. O §1º do art. 470 admite sua utilização para instruir também o IRDR, tendo sido este incluído pela Resolução 10/2016). Segue um padrão da referência do CPC/2015 e da Lei 9868/99, sem, contudo, estabelecer um procedimento claro e detalhado para sua realização.

O RI em questão é de 02 de setembro de 2009 e sofreu diversas alterações, principalmente, para adequar-se à nova Lei Processual Civil, tendo sido sua última alteração a Resolução nº 19/2018.

A Resolução 21/2016 foi responsável por adequar o Regimento do Tribunal de Justiça do Piauí ao novo CPC no tocante à uniformização da jurisprudência e por consequência incluir

a possibilidade das audiências públicas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme art. 347-F, § 9º, inciso X.

O mencionado artigo ainda trata da matéria nos seguintes termos:

§ 12 - O Tribunal atualizará o seu cadastro eletrônico para incluir informações relativas ao ingresso de *amicus curiae*, designação de audiências públicas e outras informações relevantes para a instrução e o julgamento do incidente; logo em seguida, os novos dados serão informados ao Conselho Nacional de Justiça para que proceda às alterações no cadastro nacional. (Incluído pelo art. 2º da Resolução nº 21/2016, de 15/09/2016).

O Art. 347-G, §7º, V também fundamenta a utilização das audiências públicas para o incidente de assunção de competência. Em nenhum momento, contudo, detalha um procedimento detalhado de como as mesmas serão realizadas.

O Regimento do TJ/SP teve atualização recente, cujo material analisado refere-se ao Assento Regimental nº552/2016. Todavia, não há previsão expressa das APs para as ações do controle concentrado ou para a uniformização da jurisprudência. Tal verificação não significa que tal instrumento não possa ser utilizado.

O Regimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim como o Tribunal da Bahia regrou as audiências públicas, ou seja, não apenas as citou como possibilidade, mas separou o Título III, em capítulo único, para estabelecer seu procedimento.

Sendo assim, nos casos previstos em lei, e naqueles em que haja necessidade de ampliação do contraditório, será designada audiência pública (art. 215-A). A ampla divulgação do despacho que a convocar foi a preocupação do inciso I, bem como a fixação do prazo para indicação das pessoas.

No caso de existir defensores e opositores sobre a matéria será garantida a participação das diversas correntes de opinião (inciso II). O relator será o presidente da AP, cabendo-lhe proceder com a seleção das pessoas, a divulgação da lista dos habilitados, determinação da ordem dos trabalhos e fixação do tempo para manifestação de cada um (inciso III). O depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate (inciso IV). Há ainda a previsão da AP ser transmitida pelos canais de TV do próprio Tribunal ou por meio da TV Justiça e pela Rádio Justiça (inciso V).

Além do procedimento acima descrito as APs são expressamente previstas no art. 106, IV, para a Representação de Inconstitucionalidade. Estão previstas também nos casos de uniformização da jurisprudência quando trata da súmula da jurisprudência dominante. O

procedimento da audiência pública poderá, ainda, ter a sua realização delegada ao Centro de Estudos e Debates (art. 123, §1º).

O RI do Tribunal de Justiça de Minas Gerais faz referência às audiências públicas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 333) e para o IRDR (art. 368 G, §1º).

Não há detalhamento de procedimento para as APs, embora estejam sendo utilizadas na ADI e para uniformização da jurisprudência.

O Regimento do Tribunal de Justiça do Espírito Santo não especifica as audiências públicas. Em se tratando de arguição de inconstitucionalidade apenas faz referência que se aplicará o disposto no CPC, do art. 948 e 950. Apesar da Representação de Inconstitucionalidade nada trata sobre a possibilidade de APs, bem como não faz menção à possibilidade para as hipóteses de uniformização da jurisprudência.

Não especificar no Regimento Interno não significa que o Tribunal não poderá convocá-la, pois poderá acionar os ditames da Lei Processual Civil a qualquer tempo. A não referência demonstra que não foi dado olhar apurado para as mesmas, principalmente, se comparando às alterações feitas pelos outros Tribunais. O Regimento do referido Tribunal foi atualizado recentemente, em 28 de agosto de 2017.

O RI do Tribunal de Justiça do Amazonas é datado de 1984. De sua análise não se encontrou Emenda Regimental específica para atualizá-lo de acordo com a Lei Processual Civil. De uma análise de seus institutos não há, também, previsão expressa para as audiências públicas.

O Novo Regimento do Tribunal de Justiça de Roraima foi aprovado pela Resolução n.º 30, de 22 de junho de 2016. Diante de sua análise se constatou que há previsão para as APs em: Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 142, §1º); IRDR (art. 266, §3º). Não há, porém, uma pormenorização do instituto.

O RI do Tribunal de Justiça do Pará analisado fora o atualizado até a Emenda Regimental n.º 10/2018. O único momento em que faz referência às APJ's é no art. 191, IV, que prevê que o Relator poderá designar data para realização das mesmas. Não há pormenorização dos procedimentos para realização da mesma.

Da análise feita ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Amapá percebe-se que o art. 121-F, § 1º, ao tratar dos incidentes de demandas repetitivas e de assunção de competência faculta ao Relator designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Não faz referência ao tratar do incidente de inconstitucionalidade. O RI analisado fora o atualizado até a Resolução N.º 1150/2017.

O RI do Tribunal de Justiça do Acre, atualizado até novembro de 2017, não prevê expressamente a possibilidade de realização das APs.

Fazendo referência, mas sem muitos pormenores está o RI do Tribunal de Justiça de Rondônia em seu art. 123, XIII, que atribui ao Relator a designação de data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento da matéria com o fim de instruir o incidente de resolução de demandas repetitivas. O RI analisado corresponde a outubro de 2016.

O RI do TJ/TO data de resolução nº 4, de 7 de junho de 2001. Conforme analisado não há previsão de APs, nem para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nem para os institutos da uniformização de jurisprudência. Sobre estas últimas há uma carência de pontuações, se comparadas às atualizações do CPC/2015.

O RI do TJ/PR foi atualizado pela última vez em novembro de 2017. Por força da Emenda Regimental nº 01/2016 foi incluído o art. 78-A para fazer referência às audiências públicas.

Art. 78-A -Considerando as disposições do Código de Processo Civil, instituindo a realização de audiências públicas necessárias à formação e superação de precedentes obrigatórios, caberá ao Relator designar data para essa finalidade, fixando calendário, em comum acordo com as partes, na forma do art. 263 deste Regimento.

A convocação da AP será efetuada com prazo de trinta dias, assegurada a sua ampla divulgação no site do Tribunal de Justiça e no Diário da Justiça Eletrônico, com comunicação ao Conselho Nacional de Justiça, bem como pela mídia escrita e digital, informando a data, local e horário, inclusive fora do horário normal de expediente forense, caso seja necessário para garantir a efetiva participação dos destinatários do ato (§1º).

Em sequência, o §2º esclarece que elas poderão ser realizadas fora do prédio do Tribunal, desde que facilite o acesso ao público destinatário, inclusive fora do Juízo, sempre levando em consideração a máxima do amplo comparecimento. Já o §3º estabelece que serão admitidas as inscrições de interessados para manifestação daqueles representantes de entidades ou órgãos potencialmente atingidos pela decisão, bem como de especialistas na tese jurídica discutida ou do fato probando.

Ao Relator cabe assegurar a isonomia para a participação dos debates, entre as opiniões favoráveis ou contrárias, selecionando as pessoas que serão ouvidas e estabelecendo o tempo de manifestação de cada um. É de sua responsabilidade também manter a ordem dos trabalhos (§4º).

O §5º assevera a cientificação de todos os membros do colegiado para que possam participar formulando perguntas e solicitando diligências ao esclarecimento dos especialistas ouvidos. Todos os membros do colegiado serão cientificados dos atos processuais.

Conforme o §6º a audiência pública será registrada em ata e preservada mediante a gravação de áudio e vídeo, constituindo, assim, material de consulta e fundamentos para os debates que se seguirem no julgamento da causa, com o exame pelo órgão julgador competente (art. 489, § 1º, do CPC).

Ela ainda poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência, conforme previsto no art. 260 do Regimento interno (§7º). O art. 206, que trata da uniformização de jurisprudência, em seu §8º diz que o Tribunal deve manter o cadastro eletrônico atualizado para incluir as informações relativas ao ingresso de *amicus curiae*, as designações de audiências públicas e outras informações relevantes para a instrução e julgamento dos incidentes.

A Emenda Regimental nº 05/17 foi a última a alterar o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embora seu texto tenha sido atualizado recentemente para adequação ao CPC/2015 não uma previsão expressa das APs. Nada obsta, por exemplo, que o Tribunal as utilize.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não trata das APs diretamente, nem mesmo ao se referir à uniformização de jurisprudência. Fora analisado o RI com base na atualização de novembro de 2017.

O Regimento Interno do TJ do Mato Grosso atualizado conta com a Emenda Regimental nº 30/2017. Verificou-se que há previsão expressa das APs no §3º do art. 181-B para o incidente de assunção de competência e no §2º, art. 181 – H, para o incidente de resolução de demandas repetitivas. Todavia, não há previsão de como elas serão organizadas, ou seja, não há pormenorização de seu procedimento.

Não há previsão expressa das APJ's no RI do Mato Grosso do Sul, nem tampouco detalhamento de seu procedimento. O RI do TJ/MS analisado fora o de atualização em 31 de janeiro de 2018.

A Emenda Regimental nº 07/2016 acrescentou ao art. 9-B o inciso XX no RI do Tribunal de Justiça de Goiás, que dispõe sobre o incidente de assunção de competência, nos termos do CPC/2015. Desta feita, mesmo que não expressamente, fazendo uma leitura da Lei Processual, tem-se a possibilidade de realização de audiências públicas. A Emenda Regimental nº 09, de 14 de dezembro de 2016 fez um acréscimo sobre a matéria. Mesmo não se referindo às APJ's relacionou os incidentes ao CPC, o que não obsta a realização das mesmas.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios faz referências às audiências públicas para instrução na Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 142, §1º), para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 152, §1º), para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 306, §3º) e para as súmulas (art. 334, §2º). Não há, porém, previsão de procedimento específico para tais.

1.6 Processo de realização das audiências públicas no STF

Desde 2007, quando ainda nem existia previsão regimental no STF, as audiências públicas são convocadas naquele Tribunal. De início, o que se observa é que na maioria das vezes que foi convocada a temática discutida envolvia um caso de imensa relevância e interesse social, político ou econômico.

O Supremo se vale desse mecanismo de participação como oportunidade para democratização dos debates, em nome do que se convencionou chamar de legitimação democrática. A teoria que envolve a legitimação democrática é conteúdo para o capítulo seguinte deste trabalho, sendo pertinente neste momento traçar o procedimento utilizado pelo STF para realização das audiências públicas.

1.6.1 Procedimento

As leis 9.868/99 e 9.882/99, bem como o Código de Processo Civil não se reservam a convencionar um procedimento uniforme para os tribunais na realização das audiências públicas, tal atribuição fica a cargo da função legislativa (atípica) do próprio poder judiciário em regulamentar por meio de seus regimentos internos.

Da realização de sua primeira audiência pública, para se ter uma ideia, o STF se utilizou do procedimento traçado pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Apenas em 2009, por meio da Emenda Regimental n. 29/2009 foram alterados os arts. 13, 21 e 154 para inclusão e descrição do procedimento das mesmas.

A audiência pública tem se tornado o meio mais utilizado pelo Estado para garantir a legitimidade participativa no processo, mas para tanto, para que se tenha por formada uma esfera pública procedimentalmente regulada é necessário que se priorize como fundamental “um espaço de interlocução aberto, plural e inclusivo, velando também pelas condições ideais de fala”, ou seja, de modo que se garanta a igualdade na comunicação.⁴¹

⁴¹ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 57.

1.6.2 Da Convocação

O art. 13, inciso XVII do RISTF foi incluído para possibilitar ao Presidente do STF a convocação de audiência pública. Seguindo a motivação dos demais institutos normativos a audiência ali prevista deve ser convocada para colher depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, no sentido de esclarecer questões ou circunstâncias de fato com repercussão geral e de interesse público relevante.

No mesmo sentido prevê o art. 21, inciso XVII que o Relator do processo também tem a competência para convocar audiência pública. Com base nas previsões do RISTF a convocação é competência privativa do Relator e do Presidente do Tribunal e é um ato discricionário, ou seja, com base em questões ou circunstâncias de fato relevantes, a serem dimensionadas pelos próprios Ministros convocadores.

Por entendimento de alguns, emergiu ainda a possibilidade do Presidente do STF convocar audiência pública sem vinculação com algum processo, bastando apenas a constatação da repercussão geral e do relevante interesse público.⁴²

Vale salientar que os critérios da repercussão geral ou do interesse público relevante são reconhecidos pelo próprio Ministro convocador, não havendo interferência do pleno, como ocorre no reconhecimento da repercussão geral nos casos de Recurso Extraordinário.⁴³

As constatações desses dois pressupostos são determinantes, posto que a partir deles se faz a convocação. Ronaldo Pinheiro de Queiroz esclarece que o interesse público “traduz a ideia de temas que despertam interesse da sociedade, a qual teria a intenção de acompanhar e debater o assunto diretamente com as instâncias decisórias” e ainda acrescenta que podem inseridos em tal conceito os “casos de elevada complexidade, sendo a audiência pública um ambiente propício para qualificar o debate [...] permitindo uma legitimação técnica da decisão judicial”.⁴⁴

A sensibilidade do Relator ou Presidente do Tribunal, são, por sua vez, o termômetro em relação ao juízo de admissibilidade de convocação de audiência pública. Para exemplificar pode-se citar a negativa de audiência pública requerida pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB na ADPF 153/2008, que tratava sobre a revisão da Lei n. 6.683/79, Lei da Anistia.

⁴² MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2011. p. 47.

⁴³ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 165.

⁴⁴ QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 166.

Em razão do processo e das discussões ali travadas a OAB requereu em 2010 a realização da audiência pública, suscitando o pressuposto do interesse público relevante, tendo sido o pedido negado pelo Ministro Relator, à época, Eros Grau, nos seguintes termos:

O arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, requer, em petição encaminhada a este Tribunal por meio eletrônico, a realização de audiência pública. 2. Diz que a relevância da matéria de que trata, estes autos demandaria o debate e a oitiva de ‘especialistas de renome internacional’. A ação foi proposta em outubro de 2008. Apenas agora alega essa circunstância. 3. Os argumentos aportados aos autos pelo argumento não demonstram suficientemente a necessidade de realização da audiência pública ora requerida, que se prestaria unicamente a retardar o exame da questão arguida. Nada mais. 4. Os autos estão instruídos de modo bastante, permitindo o perfeito entendimento da questão debatida nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental. O pedido suscitado longo tempo após sua propositura redundaria em inútil demora no julgamento do feito. Indefiro-o. Publique-se.⁴⁵

Um tanto questionado pode ser a decisão tomada pelo Ministro Eros Grau, visto que se apropria de uma justificativa pautada no prosseguimento “célere” da ação deixando em vago a complexidade da mesma. Além de ser uma decisão solipcista, da negativa do requerimento da audiência pública não cabe recurso, o que desprestigia o pleito.

O art. 154 do RISTF em seu inciso III e parágrafo único preveem o procedimento a ser seguido pelo Presidente ou Relator quando da convocação. Estes devem, por meio de despacho, propiciar uma ampla divulgação além de fixar prazo para indicação das pessoas a serem ouvidas.

Da decisão em realizar a audiência pública prossegue-se para o Edital de convocação, que deverá conter data, horário e local do evento, bem como convite dirigido aos demais Ministros do STF e intimação para as partes.

Além do convite aos especialistas na matéria é estendido o convite à sociedade civil interessada para se habilitem, promovendo, assim, cooperação e equilíbrio acerca da temática discutida.

1.6.3 Habilitação dos participantes

O art. 154, parágrafo único, inciso III diz que cabe ao Ministro que presidir a audiência selecionará as pessoas ou entidades que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar.

⁴⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>. Acesso em 17 abr. 2018.

Além disso, é necessário que o Ministro, no momento da habilitação, atenda ao que prescreve o inciso II, ao dizer que havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião.

Tal pressuposto serve como aparato para garantir uma ambientação equilibrada, plural, inclusiva e aberta. Todavia, assim como em todas as fases, os critérios estão à mercê do julgamento do Ministro que a convocou. Nesse sentido há uma forte crítica.

Segundo Vanice Regina Lírio do Valle “o ponto nodal de tudo isso está em aprofundar a reflexão sobre qual seja o elemento definidor dessa abertura dialógica – ou da negação dela – no exercício da jurisdição constitucional”⁴⁶. Isso merece ser destacado porque consubstancia uma outra discussão: a de que os critérios de (in) habilitação não são tão claros.

1.6.4 Realização dos trabalhos

A audiência pública é presidida pelo Ministro que a convoca. Neste momento, o Ministro presidente deverá garantir o bom andamento da audiência, bem como se abster de fazer juízo de valor acerca do tema. A imparcialidade, que é característica da função jurisdicional, deve prevalecer.

O inciso IV, do art. 154 do RISTF determina que o depoente deve utilizar seu tempo para expor argumentos da matéria em questão, não podendo desviar-se do debate proposto. Além do mais, a fim de tornar a audiência a mais ampla e acessível, o artigo segue dizendo que a TV Justiça e a Rádio Justiça farão a transmissão dos trabalhos.

No cerne disso está a preocupação com a publicidade e a abertura, ao público, esteja ele onde estiver, da discussão promovida.

Outra importante disposição está no inciso VI, dizendo que os trabalhos serão registrados e juntados aos autos do processo. Todavia, também diz sobre a possibilidade de arquivamento do material produzido na audiência pública.

Isso significa, e é até um traço ligeiramente negativo, que cabe aos Ministros mensurar o quanto é importante o resultado do material. Vale ressaltar que os Ministros não estão vinculados ao que seja discutido.

1.6.5 Estado da Arte: Audiências Públicas realizadas no STF e teoria crítica

⁴⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61.

A previsão e utilização das audiências públicas pelo Estado e, especialmente, pelo STF é sinal de amadurecimento da democracia e do constitucionalismo democrático, todavia elas ainda são realizadas de modo muito restrito.

Segue abaixo tabela com amostragem de todas as audiências convocadas no STF até o término deste trabalho.

Nº	Processo	Matéria	Ministro	Habilitados	Ano
01	ADI nº 3.510	Pesquisas com células-tronco embrionárias	Ayres Britto	—	2007
02	ADPF nº 101	Importação de pneus usados	Cármem Lúcia	X ⁴⁷	2008
03	ADPF nº 54	Interrupção de gravidez - Feto anencéfalo	Marco Aurélio	14	2008
04	STAs (Suspensões de Tutela Antecipada) 175 e 178	Judicialização do direito à saúde	Gilmar Mendes	33	2009
05	ADPF nº 186 e RE nº 597.285	Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior	Ricardo Lewandowski	X	2010
06	ADI nº 4.103	Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias	Luiz Fux		2012
07	ADI nº 3.937	Proibição do uso de amianto	Marco Aurélio	35	2012
08	ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747	Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil	Joaquim Barbosa	31	2013
09	RE 627.189	Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	Dias Toffoli	X	2013
10	RE 586.224	Queimadas em canaviais	Luiz Fux	26	2013
11	RE 641320	Regime prisional	Gilmar Mendes	32	2013
12	ADI 4650	Financiamento de campanhas eleitorais	Luiz Fux	36	2013
13	ADI nº 4815	Biografias não autorizadas	Carmen Lúcia	17	2013
14	ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035	Programa "mais médicos"	Marco Aurélio	23	2013
15	ADI 5062 e ADI 5065	Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil	Luiz Fux	24	2014
16	RE nº 581.488	Internação hospitalar com diferença de classe no SUS	Dias Toffoli	14	2014
17	ADI nº 4.439	Ensino religioso em escolas públicas	Luís Roberto Barroso	51	2015

⁴⁷ Não há informação quanto ao número de habilitados no material fornecido no site do STF.

18	ADI nº 5.072	Uso de depósito judicial	Gilmar Mendes	39	2015
19	ADI nº 4.901, ADI nº 4.902, ADI nº 4.903, ADI nº 4.937	Novo código florestal	Luiz Fux	22	2016
20	RE n. 973.837	Armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos	Gilmar Mendes	X	2017
21	ADI 5.527 ADPF 403	Audiência pública simultânea – Discussão de aspectos dos arts. 10 e 12, II e IV, da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet (ADI 5.527, rel. min. rosa weber) – e a suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil (ADPF 403, rel. min. Edson Fachin).	Rosa Weber e Edson Fachin	23	2017
22	RE n. 1010606	Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares	Dias Toffoli	18	2017
23	ADPF 442	Interrupção voluntária da gestação	Rosa Weber	52	2018
24	ADI 5.956	Tabelamento de Fretes	Luiz Fux	X	2018
25	ADI 5.624	Transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas	Ricardo Lewandowski	34	2018

Esta tabela fora construída com base em dados coletados junto ao site do Supremo Tribunal Federal e das pesquisas empíricas já realizadas sobre o tema, conforme referência abaixo⁴⁸

As audiências públicas são utilizadas como mecanismo de intercâmbio informacional e, também para legitimação da decisão. Muito embora se perceba que elas tenham se prestado a munir os Ministros de informações, crê-se que a ambição perpassa por uma lógica que vai além da corriqueira tarefa informacional do processo, ou seja, ela contribui para o que parece decorrer da busca por uma “verdade moral”, visto que “ a verdade factual – como realidade objetiva – poderia ser alcançada pelo uso tão somente do outro instituto dialógico, a saber, o do *amicus curiae*”.⁴⁹

Contudo, há de se observar também como as audiências públicas são reconhecidas pelos próprios Ministros. Apenas o Relator e o Presidente do Tribunal podem convocar, quando da realização das mesmas os Ministros não são obrigados a participar. Se não há obrigatoriedade

⁴⁸ MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática?* In: VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.) *Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016/ MARONA, M. C.; ROCHA, M. M. *Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Revista Sociologia e Política, v. 25, n. 62, p. 131-156, (jun.), 2017.

⁴⁹ VALLE, Vanice Regina Lirio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 110-111.

em participar dos debates, dos momentos das exposições, não há também como o conteúdo ali discutido instruir as decisões posteriores.

Carina Barbosa Gouveia e Fabiana Maia apontam a não divulgação do número total de inscritos (limita-se ao número de habilitados) e o baixo grau de participação dos Ministros como entraves que precisam ser aparados para amadurecimento da contestação e persuasão ambicionadas pela democratização do debate na Corte Constitucional.⁵⁰

Outro ponto a ser destacado acerca das deficiências das audiências públicas é o modo como as discussões são propostas. Um dos cuidados que se deve tomar é oportunizar um ambiente plural, com diversos posicionamentos, todavia, a forma como este ambiente é conduzido deixa a desejar.

As informações lançadas pelos expositores e especialistas não fluem como um debate, em que informações são apresentadas e confrontadas, percebe-se muito mais o antagonismo entre os participantes. O antagonismo de informações, por si só, não enriquece o momento participativo.

Por estes motivos há de se refletir e aprimorar o processo de realização das audiências públicas no STF, mudança sem a qual o instituto não concretizará o ideal para o qual foi adotado.

⁵⁰ MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática?* In. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p. 81.

2 ESBOÇO DA TEORIA DOS SISTEMAS EM NIKLAS LUHMANN

Niklas Luhmann nasceu em Luxemburgo (*Luneburg*), na Alemanha, em 08 de dezembro de 1927. cursou direito na Universidade de Friburgo (*Freiburg*). De início trabalhou como funcionário público, mas acabou se envolvendo com a sociologia em seguida.

Segundo Artur Stamford a obra de Luhmann conta com 60 livros e 377 artigos⁵¹. Muitos desses livros e artigos não estão disponíveis na língua portuguesa, tenho sido alguns traduzidos para o espanhol.

De todos os livros escrito por Luhmann os que foram utilizados para este trabalho são aqueles relacionados à Teoria da Sociedade e, em específico, o sistema jurídico. Isso porque, de início, Luhmann não trabalhava com a teoria da sociedade, mas seus escritos estavam relacionados à administração (teoria das organizações).

A partir de 1976 começou a publicar obras relacionadas à sociologia e apenas na década de 80 (1984) é que se debruçou, definitivamente, sobre a Teoria da Sociedade⁵². Conta-se que até as conclusões de sua tese, Luhmann levou 30 anos para encorpá-la.

O sociólogo não foi o fundador da Teoria Geral dos Sistemas, todavia se utilizou dela para pensar a sociedade. Segundo ele a teoria clássica dos sistemas não abarcava a complexidade do mundo, sendo, portanto, impossível pensar a sociedade a partir de uma visão codificada. Eis aí a inovação trazida por Luhmann, por isso que sua teoria é abstrata, procurando seguir o nível de complexidade do mundo.

A Teoria da Sociedade desenvolvida por Niklas Luhmann (1927-1998) tem ganhado grande expressividade para além dos limites alemães. Em que pese sua peculiaridade, complexidade, recheada de conotações paradoxais, a forma como explica a sociedade e o sistema jurídico possibilita a observação de diversos fenômenos sócio-jurídicos modernos.

Através dessa concepção é possível analisar a complexidade do meio social, como essa complexidade pode ser administrada em meio aos riscos (contingência) e como o sistema jurídico pode ajudar nessa seara. Para isso é necessário compreender o porquê de Luhmann ter descrito o direito como um sistema autopoietico. Em tese, Niklas Luhmann pensa ser a sociedade um grande sistema formado por subsistemas. Esses subsistemas têm a função de sustentar, por diferenciação funcional, o grande sistema social.

⁵¹ SILVA, Artur Stamford da. *10 Lições sobre Luhmann*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

⁵² Proveniente de seus estudos sobre a Teoria da Sociedade publicados 9 (nove) livros: *Sistemas Sociais* (1984); *A ciência da sociedade* (1988); *Economia da sociedade* (1990); *O direito da sociedade* (1993); *A arte da sociedade* (1995); *A sociedade da sociedade* (1997); *A política da sociedade* (2000, Póstuma); *A religião da sociedade* (2000, Póstuma); *Sistema educacional da sociedade* (2002), Póstuma). (SILVA, Artur Stamford da. *10 Lições sobre Luhmann*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016)

Refletindo sobre a singularidade da teoria da sociedade de Luhmann, apesar de ser altamente taxada como conservadora, Campilongo defende que embora ela não seja convencional e de fácil entendimento oferece elementos esclarecedores para se compreender os problemas da sociedade hipercomplexa. O referido autor assevera que a teoria da sociedade de Luhmann:

[...] fornece um modelo bastante sólido, complexo e refinado para qualquer tentativa de redescrição original dos problemas atuais da relação entre o direito e a política. É simplório atribuir a Luhmann o rótulo de “decisionista”, “tecnocrático” ou “neoliberal”. As estratégias com que Luhmann encara a complexidade social, a variabilidade do Direito e a crise do Estado social, as ligações e acoplamentos entre os subsistemas, a diversidade, a contingência e os conflitos sociais não autorizam essas etiquetas nem as críticas, ainda que respeitáveis.⁵³

Concorda Geailson Soares Pereira quando diz que “a teoria sociológica do direito gizada por Niklas Luhmann, ao enfatizar o aspecto estrutural e funcional daquele, pode ser a chave para a resolução de questões teóricas dos sistemas sociais hodiernos”.⁵⁴

Ao pensar a teoria dos sistemas Luhmann faz uma proposta de uma teoria conciliável com o grau de complexidade da sociedade moderna e isso pode aperfeiçoar a forma como o direito é refletido.

Desvendar o papel dos tribunais e dos juízes é tarefa importante para compreender o sistema jurídico em si. Por muito tempo a tarefa dos juízes se reduzia a ser a “boca da lei”, hoje vai além disso, pois muito se fala da função política do direito. Dessa forma, se faz imperioso observar esse fenômeno que vai de encontro com a filosofia do Estado liberal, ou pelo menos, a amplia.

2.1 Teoria dos Sistemas e Sistema Social

O termo sistema passou por uma infinidade de significados até chegar à ideia de ordem e unidade que possui hoje. Ainda na Idade Média o termo sistema fora usado na determinação do sistema intrínseco e extrínseco, uma vez que “os juristas imaginavam o Direito como um sistema extrínseco, fruto da construção intelectual do jurista”.⁵⁵

⁵³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 96.

⁵⁴ PEREIRA, Geailson Soares. *O Direito como sistema autopoietico*. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011, p. 88.

⁵⁵ PEREIRA, Geailson Soares. *O Direito como sistema autopoietico*. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011.

Para criar sua Teoria da Sociedade, ou ainda, Teoria dos Sistemas Sociais, Luhmann dispensou muitos anos de suas pesquisas a observar a estrutura da Teoria Geral dos Sistemas, inclusive com certa influência de Talcott Parsons.

Apegando-se ao funcionalismo estrutural dessa teoria foi que Luhmann pode desenvolver sua própria teoria sistêmica, entretanto, foi observando as experiências do biólogo chileno Humberto Maturana e do médico chileno Francisco Varela que passou a enxergar a estrutura sistêmica de maneira diferenciada e interdisciplinar. É por isso que a teoria da sociedade desenvolvida por Luhmann tem empregado vários conceitos próprios de outras ciências, como a matemática e a biologia.

A ideia de sistema como conjunto, ordem e unidade já existia, mas não era esclarecedora para o sociólogo alemão. Os referidos estudiosos debruçaram-se a observar os seres vivos e o processo interno de reprodução humana. Das constatações feitas os pesquisadores criaram a terminologia *autopoiesis* para denominar a característica de autossuficiência dos seres vivos em se reproduzirem (autorreprodução).

Com base nos estudos de Varela e Maturana, Luhmann chegou ao que seria a medula espinhal da teoria sistêmica: a *autopoiesis*. *Autopoiesis* é uma palavra grega e significa, literalmente, *auto* (própria) *poiesis* (criação), autorreprodução. A perspectiva autopoietica de Maturana e Varela afirma que um ser vivo é um sistema autopoietico, cujas moléculas celulares se reproduzem e interagem entre si, não admitindo “corpos estranhos”.

Nessa esteira, a autorreprodução ocorre dentro do próprio sistema, sem dependência do ambiente. Existe, portanto, uma correlação interna, todavia, isso não significa que as expectativas externas não influenciem, ela apenas lembra que essa ligação, feita a partir de nossas distinções, se relaciona ao modo como entendemos as coisas e conferimos sentidos a elas. Isso não significa que a *autopoiesis* desconsidere a influência do meio sobre a autonomia que o ser vivo tem. Nesse sentido:

[...] a Autopoiesis não desconsidera a influência do meio sobre a autonomia do agir humano, pois apesar de sua estrutura biológica ser determinada, essa mesma estrutura faz parte de um sistema autocriador.⁵⁶

Isso significa que a autorreprodução está estreitamente relacionada à observação empregada à realidade. As realidades são diversas, assim como o são seus observadores. Sendo assim, tal teoria não isola a realidade apenas sob a perspectiva de um sujeito externo, mas

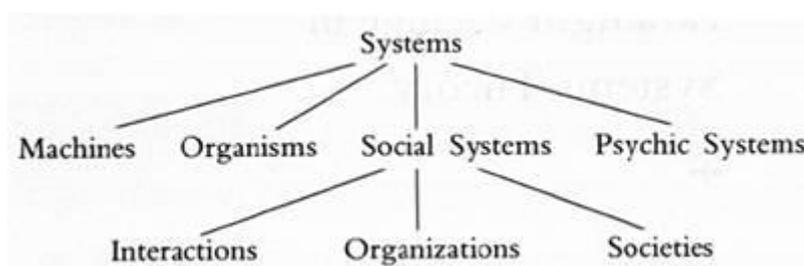
⁵⁶ ANDRADE, Cláudia Castro de. *A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela*. Amargosa: Revista de Filosofia. v.6, n.2, dezembro/2012. Disponível em www.ufrb.edu.br/griot Acesso em 12 ago. 2012. p. 05.

entende que para que a realidade seja compreensível o observador deve ser também estudado. Sujeito e objeto se misturam na observação da sociedade.

Nesse sentido, tem-se que o anseio da *autopoiesis* “não é exclusivamente a realidade e a existência do mundo, mas a forma como interpretamos o mundo e compreendemos a realidade”.⁵⁷ Ao observar a teoria da *autopoiesis*, Luhmann pode agregar à teoria dos sistemas o cerne da autorreferência. Ele passa a observar o sistema social aplicando o primado da *autopoiesis*, partindo do pressuposto de que os sistemas são autorreferenciais, ou seja, que eles têm a capacidade de se relacionar consigo e, a partir daí, estabelecer sua diferenciação com seu ambiente (diferenciação funcional)⁵⁸.

Pode-se designar um sistema como autorreferencial, quando ele mesmo constitui como unidades funcionais, os elementos dos quais ele se constitui e faz percorrer em todas as relações entre esses elementos uma referência a essa autoconstituição, de modo, portanto, a reproduzir continuamente a autoconstituição⁵⁹.

Outro ponto a ser destacado é o de que teoria dos sistemas e teoria da sociedade (sistema social) não são sinônimos. A sociedade ou sistema social é um sistema parcial da teoria dos sistemas. A figura abaixo, extraída do livro “Sistemas Sociais” de Luhmann, esclarece bem a distinção feita pelo sociólogo e, também, delimita o seu objeto de estudo, que se restringe aos sistemas sociais.



Fonte⁶⁰: Organograma

Ao estruturar a teoria dos sistemas fechados Luhmann coloca o sistema social no mesmo nível que os sistemas das máquinas, dos organismos e psíquicos. Luhmann não trabalha com a

⁵⁷ ANDRADE, Cláudia Castro de. *A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela*. Amargosa: Revista de Filosofia. v.6, n.2, dezembro/2012. Disponível em www.ufrb.edu.br/griot Acesso em 12 ago. 2012. p. 100.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 30.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 53.

⁶⁰ Organograma extraído do livro *Sistemas Sociais* de Niklas Luhmann. Interessante trazer esta ilustração para esclarecer melhor a classificação feita por Luhmann acerca da teoria dos sistemas (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016).

teoria de que os sistemas sociais são os únicos sistemas – até porque existem outros sistemas – mas ele assevera que o sistema social, assim como o sistema psíquico, opera de acordo com o sentido.

Os sistemas sociais, por sua vez, encontram autorreferência na comunicação. Sendo assim, os sistemas psíquicos se diferenciam dos sistemas sociais porque nestes ocorre nexos de comunicação e naqueles nexos de consciência.

Ele parte do pressuposto que “os sistemas sociais não são constituídos nem por sistemas psíquicos nem muito menos por seres humanos de carne e osso. Sistemas psíquicos pertencem ao mundo circundante dos sistemas sociais”.⁶¹

Além disso, os sistemas de sentido têm como componente necessário da reprodução autopoietica a auto-observação, eles “mantêm seu caráter autopoietico ao se referirem, paralelamente, a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando, dessa maneira, internamente, com diferença fundamental entre sistema e ambiente”⁶². Os sistemas não constituintes de sentido, por sua vez, obedecem a autopoiese biológica, cujo fechamento é extremo.

Fazendo essa leitura acerca da teoria sistêmica, Luhmann defende que a sociedade é formada por comunicação e tudo que não for comunicação é ambiente, inclusive o homem. Esta, talvez, seja a questão mais polêmica na teoria luhmanniana, posto que o homem não é parte do sistema social. Como poderia isso ser justificado? O próprio Luhmann enfatiza que o que fez foi apenas colocar o homem em um lugar diferenciado, como um ato emancipatório.

A unidade do sistema social não está no indivíduo, mas na comunicação. Com base nisso não se quer afirmar que o sistema impera sobre o homem, mas que essa emancipação humana defendida por Luhmann ao deslocar o indivíduo para o ambiente ocorre por ser o ambiente:

[...] sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o sistema não pode determinar o ambiente [...] desse modo, a margem de liberdade, imprevisibilidade e autonomia conferida aos homens (ao ambiente da sociedade) é ainda maior do que aquela conferida ao sistema ou à eventual inclusão dos homens no sistema social.⁶³

Nesta senda, o sistema social corresponde a um grande sistema, formado por sistemas parciais (subsistemas) estruturados por laços de comunicação e altamente complexos. Não há

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: Esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016. p. 287.

⁶² NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 43.

⁶³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 68-69.

que se falar em comunicação entre o sistema e o ambiente, pois o sistema se comunica com ele mesmo, interagindo assim em nome de sua operação específica.

A comunicação se dá no sistema social por meio de três seleções, a saber: informação (*information*), partilha (*Mitteilung*) e compreensão (*Verstehen*)⁶⁴. Luhmann diz que a comunicação é seletividade coordenada, ou seja, ela só acontece quando esses três elementos ocorrem juntos. Esse processo de informação – partilha – compreensão ocorrem de forma recursiva e não vem do ambiente. Lembre-se a comunicação só existe no sistema. Ela é produzida por ela mesma.

O ponto de partida para o estudo da teoria proposta é estabelecer a diferença entre sistema e ambiente, posto que um é pressuposto de existência do outro. Luhmann ao diferenciar sistema de ambiente (também chamado de entorno) diz que nesse âmbito que cada lado de uma forma não existe sozinho, mas sua existência pressupõe e valida a existência de um outro lado, são faces que se complementam.

Isso não significa que sejam interdependentes, mas que o ambiente de um sistema é formado por tudo mais que não seja o sistema em questão. Enquanto dois lados de uma forma, são separados, mas não podem existir sem se referirem um ao outro. Sistema não existe sem ambiente, sendo a recíproca verdadeira. Segundo o próprio Luhmann os sistemas:

Constituem-se e mantêm-se mediante produção e manutenção de uma diferença em relação ao ambiente e empregam seus limites para a regulação dessa diferença. Sem diferença em relação ao ambiente não existiria nem mesmo autorreferência, pois diferença é premissa funcional de operações autorreferenciais. De modo que a manutenção de limites (*boundary maintenance*) é a manutenção do sistema⁶⁵.

Para a existência dos sistemas é imperiosa que haja um espaço circundante. Ao passo que as diferenciações são estabelecidas os limites são traçados. Cada sistema tem uma característica própria e tudo aquilo que não pertença a esse código comunicativo é ambiente. Por exemplo: o direito é um sistema parcial que se mantém e se comunica com base no código

⁶⁴ Ao traduzir textos de outras línguas, muitas vezes acontece aquele fenômeno de não se encontrar palavras correspondentes na língua para a qual está se traduzindo. Dependendo da tradução esses três elementos da comunicação recebem nomes e significados diferentes. Por isso vale pontuar, como nota explicativa, o observado pelo professor Artur Stamford da Silva: “*Mitteilung* está traduzido para o espanhol como “ato de comunicar”, “ato de informar” (no livro *sistemas sociales* e em *ciência de la sociedad*). Nos dicionários *Mitteilung* é traduzido por comunicação. Na teoria Luhmanniana *Mitteilung* não corresponde à comunicação porque comunicação envolve simultaneamente três seleções: *Information*, *Mitteilung* e *Verstehen*. Pierre Guibentif sugere, para o português, traduzir por “expressar”, pois *information* é traduzido por “informar” (informação) e *Verstehen*, “compreender” (compreensão) [...] Por fim, Karl Heinz Efkens sugere que *Mitteilung* seja traduzido por “partilhar”. Optamos por partilhar por considerar que partilha envolve ego e alter. Importante, contudo, é que se tenha em mente que a comunicação, em Luhmann, só se dá se ocorrerem ao mesmo tempo as três seleções: *Information*, *Mitteilung* e *Verstehen*” (SILVA, Artur Stamford da. *10 Lições sobre Luhmann*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016. p. 48).

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 33.

lícito/ilícito (*Recht/Unrechty*), tudo que não diga respeito a essa comunicação própria é seu ambiente.

Nesse contexto, a diferenciação sistêmica consiste em reafirmar, de modo contínuo e, internamente, a constituição sistêmica. Ao passo que o sistema se autolegitima ele se diferencia dos outros sistemas, sendo, estes, seu ambiente. E isso tem estreita relação com a operação da *autopoiesis*, posto que os sistemas autopoieticos são “aqueles que por si só produzem não somente suas estruturas, mas também os elementos de que são constituídos - no âmbito desses mesmos elementos”.⁶⁶

Posto isto, cabe analisar a estrutura dos sistemas parciais para que se tenha melhor compreensão de como essas operações autorreferenciais se constroem. A sociedade moderna é formada por sistemas parciais dispostos horizontalmente, cada um correspondendo a uma seara de atuação do indivíduo. Política, Economia, Direito e outros, possuem um campo de atuação específico e fechado operacionalmente, entretanto, diante da mutabilidade da sociedade e das diversas possibilidades de escolha, no intuito de legitimar o poder de decisão de cada um, permite-se a abertura cognitiva.

A teoria dos sistemas apresenta os sistemas parciais como sendo integrantes do sistema social. Assim como o grande sistema social, os sistemas parciais operam por meio da diferenciação funcional. Cada um opera de acordo com um código binário específico, o que lhes determina fechamento operacional e unidade. O procedimento narrado para a diferenciação sistema/ambiente também se aplica à identificação dos subsistemas.

A independência dos sistemas e o seu fechamento operacional só é possível por que os mesmos possuem um código binário, operante na dualidade verdadeiro/não verdadeiro (positivo/negativo).

A religião é subsistema que tem por código-binário a fé/não fé, tendo operacionalização prática na crença, rezas e orações. A ciência encontra unidade na verdade/não verdade. A política, por sua vez, tem código binário no governo oposição e, por fim, o direito no lícito/não lícito. A operação do direito se concretiza por meio das petições, sentenças, pareceres, etc. O código binário é condição para a autonomia do sistema, é aporte para a seletividade no sistema e para a estabilização das expectativas normativas.

Por que os subsistemas existem?

Os sistemas existem porque a complexidade é uma realidade crescente. Esse é o ponto de partida para se responder de forma elementar a razão pela qual os subsistemas

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. p. 44-45.

sociais nascem. Toda estrutura sistêmica nasce da necessidade em se administrar e reduzir a complexidade social.⁶⁷

Os sistemas, portanto, procuram fazer uma intermediação “entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência”⁶⁸, mas assim como eles o ambiente também é complexo.

A complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente. Por isso, as questões estruturais, e entre elas as questões jurídicas, são a chave para as relações sistema/ambiente e para o grau de complexidade e seletividade alcançável nessas relações.⁶⁹

Sendo a sociedade altamente complexa e contingente tem a capacidade, e nisso está sua diferenciação, de manter relações recursivas entre as ações. Ao passo que ela é complexa, para que se mantenha constante e equilibrada faz-se mister que opere de forma seletiva, ou seja, a seletividade é o caminho para a redução da complexidade e, também, para o processo decisório.

Na medida que o sistema social é altamente complexo cria os sistemas parciais funcionalmente específicos, responsáveis pela seleção. E é justamente isso que o direito faz quando separa expectativas normativas de expectativas cognitivas, ele decide.

Luhmann também descreve os sistemas como operacionalmente fechados e cognitivamente abertos. No processo de autorreprodução os sistemas se constituem por meio do fechamento operacional, ou seja, eles têm referência na sua própria operação, eles se auto-observam. Se existem limites entre sistema e ambiente, tais limites são impostos pelo fechamento do sistema.

Com isso não quis afirmar Luhmann que não exista abertura nos sistemas. Há abertura nos sistemas, a abertura cognitiva, ou seja, os sistemas estão abertos ao ambiente nos limites de seu fechamento, de suas demarcações. É o sistema que se determina e determina o ambiente, assim como também é ele que faz uma filtragem para incorporar o que há no ambiente.

Essa filtragem possibilita com que o sistema não seja sabotado pelo ambiente, ou seja, impede que o interior sistêmico não entre em colapso. Por isso, que o sistema recorre à unidade, à diferenciação. Assim, o sistema é uma estrutura fechada operacionalmente e aberta

⁶⁷ ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. *La Teoría de Niklas Luhmann*. In: Convergência, México, n. 32. maio-ago.2003, p. 278.

⁶⁸ NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e sua obra. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. (p. 9-17). p. 12.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 168.

cognitivamente. Ele é organizado de uma forma muito própria, mas, ao mesmo tempo, está aberto para outros elementos.

2.2 Das sociedades pré-modernas às sociedades modernas: Observações sobre a complexidade na sociedade funcionalmente diferenciada

Na construção de sua teoria sistêmica, Luhmann foi introduzindo conceitos determinantes. De posse de uma teoria geral dos sistemas agregou a ideia da *autopoiesis* e, para aprimorar, acrescentou à teorização a ideia de complexidade.

O mundo é composto por relações complexas e apresenta ao ser humano uma variedade de possibilidades. Já o homem é potencialmente limitado face às apresentações do mundo da vida. Luhmann acrescenta que a limitação humana em compreender e administrar o mundo da vida vai desde a percepção até a ação.

As infinitas possibilidades decorrentes de cada experiência concreta são, portanto, complexas e contingentes. Ao falar de complexidade Luhmann quer dizer que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”, que as possibilidades decorrentes de uma ação, por exemplo, são inúmeras, ultrapassam a capacidade racional humana de previsão. Essa imprecisão advém do fato que as possibilidades atualizadas por outras pessoas, também são minhas possibilidades⁷⁰.

O fenômeno da contingência faz com que as possibilidades sejam sempre maiores do que se pode formalizar. Nas palavras de João Paulo Allain Teixeira “é algo que nem é necessário nem impossível, pairando sempre como possibilidade”.⁷¹ De forma sucinta, Luhmann diz que “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”⁷².

Antes mesmo de se apresentar o modelo hipercomplexo da sociedade moderna, faz-se necessário descrever como as sociedades menos complexas ou pré-modernas se organizavam, o que demonstrará o nível de complexidade em ambas e como os sistemas sociais se estruturam,

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

⁷¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Direito e Política na Teoria dos Sistemas*. In. SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann*. Recife: Editora Universitária UFPE, Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, 2009. (p. 313-324). p. 218.

⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

já que “a relação entre uma sociedade e a complexidade que lhe é peculiar forma a condição de evolução dos seus próprios sistemas sociais”⁷³.

As sociedades tradicionais tinham modos primitivos e homogêneos de organização. Tudo era estabelecido de forma bem primitiva, tudo se resolvia no clã, na tribo, em razão das mesmas crenças e valores, como por exemplo, nas sociedades segmentárias e estratificadas.

A distinção entre os níveis de complexidade entre esses dois tipos de sociedade pode ser melhor compreendida a partir de duas terminologias bastante utilizadas por Luhmann, quais sejam a diferenciação segmentária e a diferenciação funcional. Na diferenciação segmentária os sistemas são semelhantes – família, tribo, etc. – já na diferenciação funcional, e por isso o processo decisório é mais complexo, os sistemas são específicos, diferentes⁷⁴.

Ao tratar sobre o tema, Niklas Luhmann esclarece que as sociedades arcaicas possuem um nível de complexidade relativamente baixo, pois encaram problemas mais simples, com menos alternativas⁷⁵. Nessa transição das sociedades da diferenciação segmentária para as sociedades da diferenciação funcional os sistemas se depararam com mais problemas, com várias alternativas e possibilidades de resolução. O homem da *polis*, nesse sentido, não se limita aos segmentos e à estratificação.

A diferença entre a diferenciação segmentária e a diferenciação funcional reside na divisão da sociedade em sistemas parciais.⁷⁶ Na diferenciação segmentária os sistemas são semelhantes, visto estarem sempre conectados ao pressuposto familiar, como as diversas famílias, tribos e clãs. Já na diferenciação funcional as estruturas são formadas por funções específicas e especiais.

Essa transformação da diferenciação segmentária para a diferenciação funcional se deu por conta do desenvolvimento da sociedade, que se transformou – e a cada dia tem se transformado de forma bem mais complexa. Defendendo isso Luhmann não quis dizer que a diferenciação segmentária foi abolida, mas que a que se sobressai é a funcional, conforme o desenho do sistema social. Por isso Luhmann assevera que “a diferenciação funcional aumenta

⁷³ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644). p.626.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 176.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 176.

a superprodução de possibilidades e com isso as chances e a pressão no sentido da seleção. Ela é a forma na qual a alta complexidade social torna-se organizável”.⁷⁷

Essa especificidade dos sistemas, os problemas e as diversas alternativas romperam com a homogeneidade das sociedades pré-modernas (arcaicas e antigas) e deram à sociedade moderna o desafio de reduzir a complexidade e a dupla contingência. E ao Direito a função de harmonizá-las.

Nas sociedades segmentárias ou estratificadas o objetivo do direito (estabilizar expectativas normativas) era alcançado por meio de precedentes ligados à religião, aos costumes, aos vínculos parentais, à coação. A complexidade existente era moderada pela interpretação global e universal que eles tinham do mundo, eram equilibradas, portanto, por verdades estáticas e absolutas.⁷⁸

Nesses termos, a sociedade contemporânea é composta por uma estrutura um tanto paradoxal, ela é estável e instável ao mesmo tempo, pois “amplia-se a justiça e a injustiça, o direito e o não-direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação”, ela é um e outro.⁷⁹

Partindo dessa suposição a sociedade contemporânea pode ser descrita como uma sociedade funcionalmente diferenciada, posto que é nela que os sistemas se comunicam com base na unidade da diferença (ordem/desordem, estabilidade/instabilidade, complexidade organizada/complexidade desorganizada).⁸⁰

Se se pensar o mundo do século XIX se verá o quanto ele contrasta, em termos de complexidade, com o mundo do século XXI. Para o presente são muitos anos de diferença, mas para a história em si há um pequeno espaço de tempo de um século para o outro. Quantas mudanças não ocorreram?

Para falar da mudança de comportamento do homem basta citar o observado por Sigmund Baumann na clássica “Modernidade Líquida”. Baumann quando fala das relações humanas, descreve um homem altamente complexo em suas relações com os demais.

Há de se observar, também, as transições de um modelo de Estado para outro. A presença de um Estado liberal, que correspondia a um Estado mínimo, deu margem para a

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 177.

⁷⁸ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644). p.628.

⁷⁹ ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*. Sequência nº 28, junho/1994. p. 11.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. (Colección Teoria Social). p. 101.

construção de um Estado mais intervencionista. No Estado liberal o poder legislativo, quem produz a norma, é o poder em destaque.

Para Campilongo “o equilíbrio entre os poderes, o ordenamento codificado e o “legislador racional” são projeções não apenas do individualismo liberal, mas também de uma sociedade menos complexa e menos dinâmica do que a do século XX”.⁸¹ Em sentido oposto, para o presente século reserva-se aos juízes um prestígio bem maior na efetivação dos direitos fundamentais e do projeto coletivo da vida.

Isso significa que o mundo caminha para um nível muito maior de complexidade e é por isso que a ciência do direito precisa se debruçar a refletir sobre a função do sistema jurídico frente a todas essas progressões desafiadoras.

2.3 Do sistema jurídico

Assim como o sistema social é parte da teoria dos sistemas, o sistema jurídico é subsistema do sistema social. O sistema social é formado por vários subsistemas (sistemas parciais), para cada nicho de atuação da sociedade, que tenha sua operacionalização definida, há um subsistema.

O direito é organizado pelas expectativas normativas e tem por função a generalização congruente das expectativas comportamentais, isso significa que o direito, dentro da teoria sistêmica, tem a função de diminuir a complexidade e estabilizar as expectativas.

Nessa esteira, Luhmann defende que a função do Direito está relacionada com as expectativas, que partem da sociedade e não dos indivíduos.⁸² A função do Direito é a generalização congruente, é harmonizar as expectativas através da estabilização delas por meio da normatização.

A teoria sistêmica coloca o direito dentro de um processo interdisciplinar, onde os diversos sistemas se comunicam, interagem, irritam e influenciam uns aos outros. E não poderia ser diferente, uma vez que falamos em direito como sistema da sociedade, inserido na sociedade. Por isso que a decisão judicial há sempre de condensar consistência jurídica e adequação social⁸³

⁸¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 37.

⁸² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

⁸³ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. *(Re) Estabilização de expectativas normativas: observação sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Recife: UNICAP, 2014. p. 62.

Nesse sentido, os subsistemas têm os demais subsistemas como seu entorno, e mesmo que sejam fechados, a cognitividade permite com que eles se influenciem por meio das perturbações que um provoca no outro. O que equilibrará esta interação é o respeito ao código binário, que no caso do direito é o respeito ao lícito/ilícito.

Em sua obra *O Direito da Sociedade*, Luhmann restringe seus estudos gerais apresentados anteriormente e dedica tal feito à apresentação do Direito na dinâmica social. Para ele o que diferencia o Direito dos demais sistemas parciais é a diferenciação interna, dizendo que tudo que não pertence ao código específico de determinado sistema parcial é considerado entorno.

[...] a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado a sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.⁸⁴

Sendo assim, apenas por meio de seu código específico e para concretização de sua função especial, a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, é que o Direito permitirá ser influenciado por outros sistemas.

Ao passo que as alternativas para resolução de problemas aumentam, aumenta também a complexidade do sistema social e a especificidade dos sistemas sociais. Conforme a sociedade se desenvolve e os sistemas parciais trabalham de forma específica, o direito se torna cada vez mais necessário e também um sistema importantíssimo de regulação, formando um processo decisório juridicamente ordenado.

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.⁸⁵

O processo decisório é recurso inevitável nessa relação entre o direito, homem e sociedade. Com o aumento da complexidade, por sua vez, cresceu-se, também, a necessidade de reduzir tal complexidade e contingência e é por conta disso que o sistema jurídico tem um

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 19.

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

papel imprescindível para todo o sistema social. Como Luhmann bem aplica, o direito traz alívio para administração das expectativas!

No subsistema jurídico, institucionalmente, quem exerce a função de administrar a complexidade e reduzir as contingências são os tribunais através de suas decisões. Na formação de uma decisão judicial outras decisões, que estariam no mesmo patamar de alternatividade foram eliminadas, diminuindo assim a complexificação. No entanto, tais decisões geram mais complexidade no interior dos sistemas parciais, uma vez que as decisões são vinculadas a ele.

Para o sociólogo, o Direito não é instituído pelo legislador, seguindo uma tese totalmente procedimentalista, na verdade o legislador seleciona projeções normativas já existentes, uma vez que sua função “não reside na criação de direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo”.⁸⁶

Sendo assim, o sistema jurídico não está posto apenas como um sistema fechado e coercitivo, na verdade ele se apresenta também como importante ferramenta para o desenvolvimento social, através de sua abertura cognitiva e seletiva. O que se pretende com essa abertura cognitiva é, também, a redução dos desapontamentos. E é neste argumento que se pauta a construção conclusiva deste trabalho.

Durante muito tempo o judiciário tinha o fechamento e a burocracia como sinônimos, ou seja, não era um Poder que estava atento ao seu ambiente. A tradicional teoria da separação dos poderes defendia esse posicionamento, do poder judiciário como aplicador, e tão somente aplicador do que era produzido pelo legislativo. Ao judiciário não cabia intervir na legislação e nem tampouco na administração da coisa pública.

Ocorre que o judiciário, diferentemente dos demais Poderes, é o único instruído pelo princípio do *non liquet*, ou seja, é o único que tem a decisão por obrigatória. A decisão judicial é determinação do sistema jurídico, ao juiz não resta outro caminho. Sobre a temática, Campilongo enfatiza que é demasiadamente complexo a tarefa de aplicar a norma ao fato, pois, ao mesmo tempo que constrange o juiz a decidir com base no fechamento operacional, também o proíbe de desobrigar-se de julgar quando não há uma resposta clara no ordenamento legislado.⁸⁷

Tal tradição representa muito para a forma como a decisão judicial era vista. Com um judiciário preso às amarras da legislação não havia porque se preocupar com decisões

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 08. .

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 35.

‘ativistas’. Com o raiar das concepções neoconstitucionalista a função do judiciário foi drasticamente ampliada para um contexto mais político, por conta da irritação sistêmica.

Na visão de Dagoberto Lima Godoy “se a complexidade força o homem a fazer seleções, a contingência significa para ele perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos. Então, ele busca formas de seleção que reduzam os desapontamentos”⁸⁸. Desse modo, procedimentalmente, é extremamente relevante o estudo dos meios processuais que possibilitam tal feito, como se verá a seguir.

O direito positivo existe para a sociedade policêntrica e não hierarquizada, visto ser na positividade que ele encontra a única possibilidade de se fundar em si mesmo. É a positividade que institui as estruturas e a validação do direito.

[...] somente o direito moderno, positivado (isto é, estatuído e validado a partir de decisões), pode ser caracterizado como um subsistema autorreferencial e autopoietico, detentor de uma função específica e que se reproduz a partir de um código próprio e de programas condicionais de decisão.⁸⁹

No mesmo sentido leciona Marcelo Neves quando diz que “a positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico”.⁹⁰ A ciência jurídica é vista, muitas vezes, apenas pelo alto viés positivista, em que normas produzem normas e elas se bastam. Todavia, vendo o direito como um sistema autopoietico, não há a necessidade de taxá-lo apenas como sistema fechado e ausente de irritações externas.

Em sua visão a interpretação do Direito positivo só é possível se analisado em conjunto com a teoria social e dos sistemas. O próprio Luhmann destaca que os valores da positividade do direito só podem ser captados através da complementariedade entre o sistema social e a teoria social.⁹¹ Na verdade, o Direito tem uma relação muito direta com o futuro e por isso necessita representar seu ordenamento jurídico por meio de simbologias, simbologias estas que Luhmann apresenta como expectativas simbolicamente generalizadas.

A conexão com o futuro é apenas uma previsão formal, que pode se deparar com uma realidade diferente da que se previu, ou seja, a simbologia jurídica personificada nas normas

⁸⁸GODOY, Dagoberto Lima. *Luhmann e o Direito como sistema de generalização congruente das expectativas comportamentais*. Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 4, n. 1, p. 74-107, jan./jul. 2008. p. 79.

⁸⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 80.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

lida com circunstâncias variáveis. Nesse sentido, Luhmann destaca acerca da função do Direito e da referência temporal, representada nas simbologias jurídicas:

A referência temporal do direito não está, portanto, nem na validade das normas (que são divididas em variáveis e invariáveis), nem na historicidade imanente do direito. Nem se descobriu que a "matéria" do direito - comportamento humano - faz uma presença no espaço e no tempo. A referência temporal do direito está na função das normas: na tentativa de preparar, pelo menos no nível das expectativas, antes de um futuro incerto - generosamente incerto. É por isso que as normas variam com a medida em que a sociedade produz um futuro acompanhado de insegurança.⁹²

O desafio, portanto, consiste em entender como o direito, sendo um sistema operacionalmente fechado, pode estabelecer relações com outros sistemas, sem comprometer sua autorreferencialidade. É desafiador para o direito, também, concretizar sua função no mundo moderno e ao mesmo tempo encontrar legitimação.

Sendo o ambiente mais complexo que o sistema, o direito se depara com valores e princípios e quão tormentoso é para o sistema jurídico, com base na visão luhmanniana admiti-los. E como pode ser comprometedor para a identidade do subsistema a positivação dos valores, isso porque incluem-se “no interior do direito elementos políticos, econômicos, morais e sociais capazes de corromper e destruir o próprio sistema”⁹³

Ao sistema jurídico se condiciona a função, como já dito, de reduzir a grande complexidade do sistema social, e isso ele faz por meio da positivação. Ao passo que o direito cumpre sua função ele se autodetermina.

As expectativas pressupõem adiantamento do futuro, cuja concretização pode ou não gerar decepções. Embora todo o sistema esteja envolvido pelas expectativas, o direito não pode se validar pelas expectativas cognitivas, que são de curta duração e adaptáveis apesar de fato futuro contrário. São nas expectativas normativas – maior durabilidade e não adaptação aos interesses contrafáticos – que se encontra o elemento certo para lidar com o passado, presente e futuro, principalmente do que trata as expectativas do presente em relação as concretizações futuras.

Tais expectativas devem ser generalizadas (institucionalizadas/positivadas) de forma congruente. Para operar de modo congruente é necessário que se observe as dimensões temporal, social e material. A dimensão temporal refere-se à normatização das expectativas, característica que mantém o sistema estável frente as mutações constantes do entorno.

⁹² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002, p. 90.

⁹³ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95.

A redução da complexidade ou ainda a sua generalização congruente conta com a dimensão social, onde “essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros”.⁹⁴ Já a dimensão material tem por escopo garantir a manutenção prática do mundo da vida, como forma de “imunização contra as incoerências e contradições fixadas para se obter a referida generalização”⁹⁵

Nesse contexto, a estabilidade não se opõe à mutabilidade. A mutação é perfeitamente possível, desde que se alinhe às comunicações internas do sistema, do contrário, estar-se-á diante de uma corrupção sistêmica.

2.4 Acoplamento estrutural

A relação estabelecida através do acoplamento estrutural (*Strukturelle Kopplung*) é uma relação de confiança, ou seja, confiança do sistema no seu entorno.⁹⁶ É aqui que se observa a capacidade de aprendizagem entre os sistemas parciais, movidos pelas irritações de um sistema no outro.

A partir de tais irritações os sistemas são capazes de se abrir cognitivamente ao seu ambiente, sem que com isso seja afetado seu fechamento operacional. O acoplamento estrutural gera um canal privilegiado de irritações. Cabe ao sistema reagir a elas, aceitando-as ou rechaçando-as.⁹⁷

Em nome da identidade dos sistemas, há de se considerar que tais irritações sistêmicas não supõem a interferência do ambiente no interior dos sistemas sem critérios. Como vem sendo discutido neste capítulo desde a diferenciação estabelecida entre sistema e ambiente, os sistemas sempre operam internamente mediante um código próprio.

Quando Luhmann defende a ideia do acoplamento estrutural é justamente para validar a necessidade e a importância da abertura cognitiva, visto que sem ela os sistemas, todos eles, seriam isolados. Fechamento operacional não significa isolamento.

Na teoria dos sistemas muitos são os exemplos para figurar de forma mais clara o funcionamento do acoplamento estrutural, todavia, para a teoria jurídica vale considerar de forma mais atenciosa o acoplamento existente entre o sistema jurídico e o sistema político.

⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*. Sequência nº 28, junho/1994, p. 09.

⁹⁵ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. *(Re) Estabilização de expectativas normativas: observação sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Recife: UNICAP, 2014, p. 40.

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 316.

⁹⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

No capítulo quatro há um tópico específico em que se discutirá a relação complexa entre esses dois sistemas, por hora vale pontuar que: a constituição é a ligação entre a política e o direito, ou seja, é a constituição que une esses dois sistemas. O acoplamento entre o sistema jurídico e econômico, por exemplo, se perfaz no mecanismo paralelo do contrato. Tanto contrato como constituição têm significados diferentes para cada sistema acoplado.

A irritação, ou ainda, perturbação do sistema para com o ambiente requer uma leitura sistêmica específica, capaz de captar aquilo que lhe seja pertinente e venha rechaçar aquilo que não o é, sendo a seletividade oportunizada pelo código sistêmico. Quando o processo de comunicação interna e de aprendizagem do sistema não ocorre obedecendo os ditames do sistema acontece o que se denomina de “corrupção sistêmica”.

A “corrupção sistêmica” indica que o fechamento operacional fora corrompido, ensejando assim na desintegração do sistema, dado que fica difícil diferenciar sistema de ambiente.

2.5 Abertura do sistema jurídico através das expectativas cognitivas

Já se sabe que a abertura dos sistemas tem validade no acoplamento estrutural. O acoplamento estrutural permite que o sistema estabeleça uma relação de mútua influência com o ambiente, motivo pelo qual ali se encontra a abertura dos sistemas, “os acoplamentos estruturais são formas de abertura cognitiva e, como tal, se constituem em conformidade ao fechamento operativo”.⁹⁸ Outra forma de abertura cognitiva diz respeito à irritação cotidiana que todo sistema recebe de seu entorno.

Segundo Marcelo Neves “a qualidade normativa serve à auto-poiese, a cognitiva serve à concordância desse processo entre o ambiente e o sistema”⁹⁹. Com isso, entende-se que a função do direito em estabilizar expectativas normativas, é pressuposto para sua própria referência, enquanto que nas expectativas cognitivas há, justamente, a oportunidade para a interlocução entre o sistema jurídico e seu ambiente circundante.

Dizer que o sistema é fechado operacionalmente consiste em afirmar que ele tem identidade, por outro lado ser aberto cognitivamente consiste em dizer que ele está acoplado estruturalmente. De outro modo, o fechamento operacional do sistema jurídico está materializado na positivação do direito, que exerce controle sobre o lícito/ilícito.

⁹⁸ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

⁹⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006. p. 81.

A positividade é compreendida como autodeterminação do direito. Assim como ocorre em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, de (quase) ausência de ambiente. Se o fato de dispor do código-diferença “lícito/ilícito” conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente [...] a autodeterminação do direito baseia-se na distinguibilidade entre expectativas normativas e cognitivas.¹⁰⁰

A hipercomplexificação da sociedade recorre a mecanismos redutores de complexidade, que estão fundamentados sob a ideia de expectativa.¹⁰¹ O mundo e, por conseguinte, o sistema social são complexos e contingentes, visto serem influenciados pelas expectativas das expectativas.

As expectativas cognitivas têm como característica a adaptabilidade, ou seja, ela se adapta com mais facilidade aos fatos, enquanto que as expectativas normativas são duráveis por critérios não adaptativos. Assim, a “durabilidade das expectativas normativas é garantida através de uma generalização não adaptativa. A desilusão é admissível, mas é irrelevante frente à expectativa generalizada”.¹⁰²

Nessa teoria de binarismos, poder-se-ia traduzir que as expectativas normativas são aquelas que trazem certeza e as cognitivas pairam pela incerteza, posto que elas estão mais sujeitas às frustrações. As expectativas normativas, ao contrário, se projetam em probabilidades mais estáveis.

As expectativas cognitivas possibilitam a aprendizagem do sistema jurídico, ou seja, elas possibilitam a alterabilidade do direito. Nesse sentido, “a capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e “veloz””.¹⁰³

Luhmann aponta ser o direito um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto e tal descrição tem conexão direta com a autorreferencialidade do sistema. Desse modo, o fechamento do sistema depende da distinção e combinação normativo/cognitivo.¹⁰⁴ Em outras

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 47.

¹⁰¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Direito e Política na Teoria dos Sistemas*. In. SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Recife: Editora Universitária UFPE, Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, 2009. (p. 313-324). p. 318 – 319.

¹⁰² TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Direito e Política na Teoria dos Sistemas*. In. SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann. Recife: Editora Universitária UFPE, Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, 2009. (p. 313-324). p.319.

¹⁰³ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 49.

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 47.

palavras, o fechamento normativo impede a confusão sistêmica no interior do sistema, enquanto que a abertura cognitiva possibilita a capacidade de aprendizagem desse sistema.

A abertura cognitiva permite a evolução do sistema. Antes de mais nada, acrescente-se que para Luhmann a evolução não está associada ao conceito empregado àquela ideia de progresso. A evolução aqui proposta versa sobre as mutações estruturais que ocorrem no sistema de forma autopoietica.

Ao longo do processo de evolução social várias estruturas se formaram e o direito teve e tem papel preponderante em tudo isso, pois ao passo que a sociedade muda ele, por meio de sua função de estabilizar as expectativas normativas, modifica suas estruturas também. O sistema jurídico se reestrutura na medida que ajuda a estabilizar importantes conquistas institucionais do processo evolutivo.¹⁰⁵

A evolução ocorre com base em três elementos: variação – seleção – estabilização. A variação requer um posicionamento seletivo, ao passo que quando a seleção acontece se requer um posicionamento mais estável. Toda variação decorre de uma estabilização anterior, motivo pelo qual se prefere utilizar a sequência variação – seleção - (re) estabilização, posto que o processo é contínuo.

Por meio da variação, indica-se a produção de elementos sociais, de distinções, de alternativa que, diante da contingência do futuro e da inexistência de certezas, se apresentam como novidade. Da multiplicação de possibilidades impõem-se seleções, estruturas redutoras da complexidade a níveis capazes de proporcionar operações. Por fim, as escolhas realizadas e as inovações concebidas se estabilizam de modo a gerar uma identidade – e, por conseguinte, diferença – capaz de resistir temporalmente.¹⁰⁶

Há aqui uma sequência temporal e não cíclica. Há necessidade pelo processo de evolução, de atualização, tão importante para a manutenção do sistema. A abertura cognitiva constitui elemento de aprendizagem do sistema, que envolve o mecanismo do acoplamento estrutural, da irritação do sistema, e, também, do fechamento operacional. Só há abertura porque há fechamento.

Por fim, a leitura que Luhmann faz da sociedade é que ela é um sistema altamente complexo e contingente, orientado por interações comunicativas recursivas, composta por sistemas parciais operacionalmente fechados, o que lhes dá unidade/identidade; e cognitivamente abertos, que lhes permite conexão com os demais subsistemas. Toda essa operacionalização tem sistema/entorno como elementos dependentes e que, ao mesmo tempo,

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

promove a autonomia sistêmica. Os sistemas são autônomos, mas essa autonomia não exclui a comunicação entre eles, pois esta ocorrerá dentro do código binário (identidade) de cada um.

3 DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA À “LEGITIMAÇÃO SISTÊMICA”

Por diversos momentos históricos o direito buscou um sustentáculo para se legitimar. Primeiro, na época medieval, tinha por aparato de legitimidade as tradições e costumes. Com as ideias renascentistas os interesses humanos passaram a ser o critério, até se desaguar na legitimidade positivista e normativista, encabeçadas, especialmente, por Kant. Para Kant o direito passa a ter legitimidade na “autonomia racional do homem” ou ainda “na autoafirmação do livre arbítrio individual”¹⁰⁷.

No contexto do direito constitucional contemporâneo o direito carece de uma legitimação que ultrapassa os ditames normativos ou moralistas. O tema da legitimidade do exercício coativo do direito tem sido o problema matriz do constitucionalismo contemporâneo.¹⁰⁸

Já para o poder judiciário e, em específico, para o subsistema da jurisdição constitucional o problema está em legitimar seus atos através das premissas da democracia participativa. A resolução do problema reside na instauração de uma jurisdição constitucional democrática ou aberta, ou seja, que dê por importante na sua lógica procedimental a inserção da sociedade, ou seja, que se coadune com a perspectiva dos outros sistemas, havendo assim aprendizagem entre eles.

O desafio da jurisdição constitucional se torna mais extremo por conta do controle de constitucionalidade das leis, por seu exercício de força contramajoritária em defesa dos direitos fundamentais, em especial, dos grupos sociais minoritários. Com precisão, Álvaro Ricardo de Souza Cruz pontua que o controle de constitucionalidade das leis é a “parte sensível da Jurisdição Constitucional”¹⁰⁹.

Falemos, portanto, dessa parte sensível.

3.1 Jurisdição Constitucional e Legitimação Democrática

Todo esse levante de democratização da jurisdição constitucional tem expressiva razão na necessidade de enlaçar constitucionalismo e democracia. A jurisdição constitucional, dentre tantas motivações, tem o papel precípua de oportunizar a concretização dos direitos

¹⁰⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editores Arraes, 2014. p. 02.

¹⁰⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editores Arraes, 2014. p. 01.

¹⁰⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editores Arraes, 2014. p. 07.

fundamentais¹¹⁰ e é nesta seara que se encontram a matéria da maioria dos casos difíceis (*hard cases*).

Os debates sobre constitucionalismo e democracia precede até mesmo a existência do controle de constitucionalidade. Para além das discussões de Kelsen e Schmitt acerca de quem dever ser o guardião da constituição está o envolvimento moderno com a teoria constitucional.

Importante frisar que o Estado Constitucional implica uma democracia participativa, livre dos monopólios de qualquer espécie, e ativo na comunicação entre os poderes constituídos e os cidadãos. O constitucionalismo democrático, enquanto aporte teórico que defende os diálogos sociais e institucionais, não demoniza a jurisdição constitucional, mas a ataca no sentido de ser os Tribunais o único intérprete da constituição.

No âmago de todo esse debate sobre uma concepção adequada de constitucionalismo, tem-se a retomada da necessária (re) conciliação entre o direito (constitucional) e a política, com um foco especial para a cogitação que ora se desenvolve, qual seja: o papel que possa ter a jurisdição constitucional na censura das deliberações havidas no seu campo de incidência, em nome da integridade dos critérios jurídicos que tenham sido postos no momento fundante, como pilares da disciplina do poder¹¹¹.

Legitimar as decisões, não apenas judiciais, é discurso oriundo da ciência jurídica pós-45, do momento da reestruturação da democracia. Embora existam várias correntes científico-teóricas para se denominar a democracia, a vertente mais recente em se tratando de legitimação democrática diz respeito àquela democracia que esteja comprometida com o direito de participação.

[...] o conceito de democracia evoca a ideia de autogoverno; da liberdade positiva, entendida como a faculdade dos indivíduos de participarem na tomada das decisões a que são submetidos. A democracia é o regime em que a imposição heterônoma dissolve-se – ou, ao menos, legitima-se – mediante a participação autônoma dos destinatários das normas em sua elaboração.¹¹²

A participação e a deliberação são os elementos centrais da democracia na visão dos deliberativistas, cujo expoente mais significativo é Jürgen Habermas. Habermas pensa a

¹¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo)*. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 136.

¹¹¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constitucionalismo democrático: sobre como reside no poder a aptidão para limitar a si mesmo*. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p. 53.

¹¹² UGARTE, Pedro Salazar. *Que participação para qual democracia?* In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Paulo. *Participação e Deliberação. Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34 (pp. 93-106). p. 95.

democracia em termos institucionais, de como ela se irradia como procedimento, ou seja, de como a formação discursiva da opinião e da vontade pode ser institucionalizada.¹¹³

Em sua proposição sobre a tensão entre efetividade e a validade (a positividade e a normatividade) – ideias trabalhadas na obra - o filósofo e sociólogo alemão encontra uma outra questão: a da institucionalização. Observando o processo de constituição e validade da norma, Habermas se depara com o problema da legitimação, que, para ele, transcende da derivação em norma hierarquicamente superior. A legitimidade da lei deve atender outros requisitos - que não apenas o de compatibilidade formal e hierárquica - como e, especialmente, o de assento com o processo democrático.¹¹⁴

É sobre o processo democrático que recai toda a carga da legitimação. Para Habermas o processo democrático se perfaz no ambiente da esfera pública, espaço este propício para a aplicação do princípio discursivo. O princípio discursivo e a democracia deliberativa são utilizadas com veemência para justificar a necessidade de pensar a legitimidade democrática não apenas no campo legislativo, mas também em se tratando das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Constitucionais. Isso porque a atividade judicante ali praticada emerge como legislação negativa – para utilizar a denominação de Hans Kelsen ao chamar os juízes dos Tribunais Constitucionais de legisladores negativos.

As decisões judiciais dos Tribunais Constitucionais têm peculiaridades que as fazem se aproximar da imperatividade legislativa. Aquelas decisões tomadas pelos juízes são de aplicabilidade geral, *erga omnes* e de efeito vinculante. A decisão judicial passa de um ato isolado do juiz e transforma-se numa construção conjunta entre as partes, numa fusão da autonomia pública (Estado-juiz) e privada (partes).

Diante da complexidade dos casos e da força “normativa” das decisões, tendo por crítica a sua natureza contramajoritária, o processo objetivo de constitucionalidade, em meio aos casos de grande relevância e repercussão social encontram legitimidade, também, no processo democrático.

Na teoria constitucional firmou-se o entendimento de que existem múltiplos atores que comungam do objetivo de guardar a constituição e tal objetivo não é tarefa apenas dos poderes constituídos. O jurista alemão Peter Häberle tem grande contribuição nessa esfera, quando da

¹¹³ LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas*. Modelo teórico e discursos críticos. Belo Horizonte: Kriterion, vol.51, n.121, 2010.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. São Paulo: Lua Nova, n.36, 1995. "Três modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa". *El ojo del Huracan* 4, 14/15, 1993. Texto da apresentação de Habermas no seminário "Teoria da democracia", na Universidade de Valência, 15/10/1991. [Links] Traduções de Gabriel Cohn e Álvaro de Vita".

conjugação da sociedade aberta e plural. Häberle fala da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e nela estão inseridos também a vontade popular, essência da democracia.¹¹⁵

A abertura está na constituição e na própria sociedade. Nas palavras de Mônia Leal a noção de abertura pode ser compreendida:

[...] como sendo o princípio (jurídico, de direito, e não unicamente político) da Constituição, a forma por meio da qual a democracia pode persistir – não simplesmente como supremacia do povo (*Herrschaft des Volkes*), mas sim como participação do povo (*Demokratie durch das Volk*) –, constituindo-se em um elemento essencial da Constituição democrática na sociedade pluralista¹¹⁶.

A constituição aberta não está relacionada à discricionariedade de todo e qualquer agente em modifica-la, como se ela estivesse à mercê de qualquer ideia e vontade, mas resulta da materialidade da interpretação constitucional no tempo. A “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” inclui-se nesse processo aberto e público da Lei fundamental.

É momento em que participação e procedimentos devem agregar-se, um procedimento que se legitima no estabelecimento dos diversos significados da matéria discutida¹¹⁷.

A ideia de legitimidade democrática das decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais nos casos de grande repercussão nacional, principalmente aqueles decididos por meio do controle concentrado, advém de uma necessidade emergente em conferir à decisão um *status* mais democrático.

No STF, durante a realização de algumas audiências públicas e até mesmo da admissão de *amicus curiae* no processo, a teoria da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” idealizada por Peter Häberle jurista, filósofo e professor *Honoris Causa* da Universidade de Brasília - UNB¹¹⁸ tem sido bastante utilizada.

Sua influência é notada no âmbito do STF de forma bastante particular, especialmente, para revestir suas decisões do que a doutrina denomina, e muito se discutiu, de legitimação democrática. Na primeira audiência pública realizada pelo STF, convocada pelo Ministro Ayres Brito na ADI nº 3510, após também admitir no processo *amici curiae* (amigos da corte), foi pontuado pelo mesmo:

¹¹⁵ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

¹¹⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. Revista Direito Público, n. 21, mai.-jun./2008. p. 47.

¹¹⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. Revista Direito Público, n. 21, mai.-jun./2008. p. 32.

¹¹⁸ Título conferido em setembro de 2005.

Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º da Lei nº 9.986/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal¹¹⁹.

A abertura pluralista dada pelo STF nas ações do controle concentrado de constitucionalidade tem fundamento base na teoria descrita acima, que traz aporte para desmistificar a ideia de que os guardiões precípuos da constituição resolvem questões de extrema relevância social, que afetam para além das partes no processo, de maneira solipcista e isolada.

A decisão decorrente deste tipo de ação reflete efeitos *erga omnes*, não se configurando apenas como uma decisão jurídica entre as partes, mas também política. Política no sentido de tratarem de temas absurdamente relevantes e atingíveis a grande parte da sociedade e que envolvem diversos atores sociais, ou ainda, sistemas parciais irritados – numa visão sistêmica.

Somente o emprego da participação, advinda do próprio conceito de democracia moderna, poderia legitimar o processo decisório do STF na sua atividade interpretativa, já que para Häberle a interpretação não está restrita à competência estatal. Para Paulo Bonavides a proposição da nova legitimidade está intrinsecamente relacionada à democracia participativa e se consubstancia, essencialmente, com instrumentos e órgãos de concretização, como o instrumento da Nova Hermenêutica, que se estreita na medida em que o político e jurídico se conectam¹²⁰.

Com a democracia participativa o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete; mas do intérprete legitimado democraticamente enquanto juiz eletivo que há de compor os quadros dos tribunais constitucionais¹²¹.

A Nova Hermenêutica abriu caminhos para a introdução do arsenal democrático nos tribunais constitucionais, partindo-se da ideia de uma constituição aberta e que permitiu se construir uma jurisdição constitucional democrática.

¹¹⁹ STF. ADI 3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Acórdão não publicado, 2007. Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 08 out. 2018.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36-37.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

Destarte, faz-se mister considerar que a utilização de argumentos na busca pela “resposta correta”, que envolve princípios e valores na conexão entre o político e o jurídico, não se legitima no decisionismo de valores. Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

[...] essa resposta pode ser encontrada nas condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias aos discursos de fundamentação e de aplicação. Nesse sentido, o emprego de princípios não pode ser desconectado do restante do ordenamento jurídico (regras) e especialmente das circunstâncias fáticas do caso concreto que permitirão ao julgador encontrar a resposta adequada ao problema¹²².

Essas condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação podem ser exemplificadas pelo instituto objeto desse estudo, as audiências públicas, que servem como instrumento processual informativo para o discurso de fundamentação.

As audiências públicas se legitimaram como instrumento de abertura para a inclusão dos demais intérpretes em sede de jurisdição constitucional, assim como também o *amicus curiae*. Nelas a sociedade é convocada e os participantes habilitados para promoção do intercâmbio informacional e, conseqüentemente, incremento da decisão¹²³.

3.2 Política e direito na teoria dos sistemas

Como descrito no capítulo anterior, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann pensa a sociedade (sistema social) como um grande sistema formado por sistemas parciais ou subsistemas, dentre os quais se destacam o sistema político e o sistema jurídico.

Na sociedade moderna, marcada pela hipercomplexidade, as questões específicas de cada subsistema, tem se aproximado absurdamente do campo de atuação de outros sistemas parciais. Analisando o campo, extenso e complexo, de atuação do Supremo Tribunal Federal já se pode perceber o quanto tem se chegado no centro do sistema jurídico questões que, a um primeiro olhar, deveriam ser resolvidas no âmbito de atuação do sistema político.

A título de ilustração, vale mencionar o delineamento dos poderes das comissões parlamentares de inquérito, a redução do número de vereadores nos municípios brasileiros, o monopólio dos serviços de postagem pela Empresa de Correios e Telégrafos, as questões referentes à concretização de direitos fundamentais, como a possibilidade de interrupção de

¹²² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editores Arraes, 2014. p. 246.

¹²³ MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática?* In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p. 81.

gravidez de feto anencéfalo, a implementação de políticas públicas para a realização de direitos sociais¹²⁴, dentre outros.

Para Glauco Salomão Leite a politização da jurisdição constitucional “representa o processamento das irritações do sistema político pelo sistema jurídico, de acordo com o código específico deste”. Desse modo, essa tensão entre o sistema político e jurídico não significaria, dentro dos limites dos próprios sistemas, interferência ou corrupção sistêmica, mas um natural processo de irritação sistêmica, provocada pela complexidade e contingência.

Este talvez seja o tópico de maior destaque para compreensão do que se discutirá no capítulo quatro, isso porque é um desfaio da jurisdição constitucional, como centro da ciência constitucional, estabelecer os limites para que ambos os sistemas atuem em conjunto, mas preservando a integridade sistêmica.

O próprio Luhmann concluiu que “na realidade, a política e o direito parecem constituir os mecanismos condutores da evolução até os tempos mais recentes”.¹²⁵ Quando o sistema jurídico decide ele o faz por meio das condicionantes de sua própria linguagem:

Ao oferecer ao sistema jurídico as premissas de decisão, na forma das leis, o sistema político toma decisões coletivamente vinculantes úteis ao desempenho funcional do sistema jurídico. De sua parte, o sistema jurídico, ao aplicar a lei, garante expectativas normativas de legitimação das decisões políticas (ou de titulares de direitos legalmente garantidos). Insista-se: isso não significa submissão do direito à política ou vice-versa. Como as tarefas dos sistemas são infungíveis, o sistema jurídico vê a política em termos jurídicos e o sistema político vê a política em termos jurídicos.¹²⁶

A interação entre os sistemas político e jurídico respeitam a autoprodução interna de ambos os sistemas, não comprometendo, assim, o fechamento operacional. Mas se a unidade do sistema é produzida pelo fechamento, como considerar a abertura do sistema jurídico?

Fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou do isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua abertura. A relação entre sistemas político e jurídico ilustra de modo exemplar esse conceito.¹²⁷

¹²⁴ LEITE, Glauco Salomão. *A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD. Ano 3, Junho/2007. p. 23 [23 – 54].

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 121.

¹²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 155-156.

¹²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 67.

O fenômeno em questão é fato natural, oriundo da complexidade do sistema social e da constituição. Essa aproximação entre direito e política abre espaço para críticas que denunciam um movimento ativista, conjugado no movimento da judicialização da política.

3.3 A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico

Entender qual a função dos tribunais é demasiadamente importante para compreender a diferenciação no interior do sistema jurídico. Não pode ser tema descartado tendo em vista o próprio Luhmann, ao escrever sobre os mesmos, ter como ponto de partida a seguinte pergunta: “[...] que forma de diferenciação é imposta ao sistema de direito quando se tem que diferenciar os tribunais?”.¹²⁸

Antes de mais nada é mister tecer comentários sobre os sistemas sociais, organizacionais e interativos. Os sistemas sociais são aqueles sistemas que compõem a sociedade, sistemas autorreferenciais que operam por meio do norte comunicativo.

Os sistemas organizacionais são as organizações que sustentam as estruturas da sociedade.¹²⁹ De forma prática pode-se citar as escolas para o sistema da educação, as universidades e os centros de pesquisas para a ciência, as empresas para o sistema econômico, os Estados para o sistema político e os tribunais para o sistema jurídico, todos eles organizações que centralizam a decisão dos sistemas.

A proposta de Luhmann para a diferenciação interna do sistema jurídico versa sobre a existência de um centro e uma periferia. O centro é ocupado, justamente, pelas organizações. As organizações são “formas que organizam a comunicação no âmbito dos diversos subsistemas funcionais”¹³⁰, demarcando precisamente a distinção do sistema com seu ambiente.

As organizações se constituem, ou seja, operam por meio das decisões. É por meio das decisões que as organizações efetuam o processo autopoietico, é o ato de decidir que institui a organização. A periferia funciona como uma região de contato entre o centro e o ambiente do sistema. Essas regiões de contato são mais sensíveis às irritações do entorno, uma vez que elas não precisam decidir. Apenas o centro, por ser estrutura organizacional decide.

A imposição do decidir é importante para o processo autopoietico no interior do sistema jurídico, pois é por meio dela que o sistema se fecha e se autoproduz. A decisão judicial

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 213.

¹²⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.128.

¹³⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

transforma a indeterminação em determinação, não sendo determinação sinônimo de certeza, mas de manutenção.

Diz-se que não resulta em certeza, mas em manutenção o ato de decidir porque a decisão judicial gera mais complexidade no interior do sistema jurídico. Diante desse fenômeno Luhmann observa que:

A relevância é esta: a decisão não é determinada pelo passado (leis emitidas, crimes cometidos); A decisão opera dentro de sua própria construção, que só é possível no presente. Por outro lado, a decisão tem consequências para o futuro presente. A decisão abre ou fecha possibilidades que sem a decisão não existiriam. A decisão pressupõe o passado como invariável e o futuro como variável.¹³¹

Luhmann assevera que a decisão não acontece com os olhos no passado, mas que tem objeto no presente e consequências no futuro. O passado é invariável, imodificável, já o futuro é variável, por isso que as consequências futuras são desconhecidas no presente. Ele ainda afirma que a decisão gera outras possibilidades, ou seja, gera mais complexificação.

O passado age como neutralizador da contingência e, conseqüentemente, do risco, impondo a concepção de que no futuro as coisas permaneceriam estáveis, despertando a crença em um estado de segurança e certeza absoluta.¹³²

Por mais que o objetivo do direito seja trazer alívio/estabilização para o sistema social, essa estabilização não compreende um fechamento cerrado e solipista. Isso significa que “ao decidir um caso em concreto, rompe-se com o passado (a lei): os tribunais reconstruem o passado e transformam-no no presente (decisões)”.¹³³

As leis, as decisões e os contratos são os instrumentos por meio dos quais a função do direito se realiza. Todavia, nem todos eles são formas utilizadas para centralização, ou seja, para estabilização das expectativas normativas. O lugar central do direito é ocupado pelos tribunais, enquanto que na periferia se encontram “todos os demais campos de trabalho judicial”¹³⁴ a exemplo da legislação e dos acordos privados (contratos).

A proibição da denegação da justiça apresenta colocações relevantes para os pensamentos de Luhmann. Primeiro que Luhmann não defende uma hierarquia entre os

¹³¹ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 220.

¹³² ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência, v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644). p.626.

¹³³ HERZL, Ricardo Augusto. *A importância dos tribunais na aplicação e na interpretação do direito a partir do respeito ao sistema de precedentes judiciais*. Florianópolis: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015. p.90.

¹³⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

sistemas parciais, depois que não há, também, hierarquia entre o legislador (parlamentar) e o aplicador (juiz). Para ele o juiz também cria o direito. Tal proibição traz liberdade para o legislador.¹³⁵

Em leitura minuciosa da teoria luhmanniana, Celso Campilongo traduz que “a obrigação de decidir – imposta pela lei ao sistema jurídico – permite observar que decidir é escolher entre alternativas. Isso não é reconhecer direitos: é criar direitos [...] quanto maior o direito legal, no maior também o espaço para o direito jurisprudencial”.¹³⁶

Com isso, não se quer dizer que o direito tem liberdade para instruir o sistema político, até porque Luhmann defende exaustivamente que os sistemas são fechados operacionalmente e que devem respeitar seus respectivos códigos, mas pensa-se que com esse pensamento ele abre espaço para a abertura cognitiva e, sobremaneira, para o que hoje se denomina, na teoria constitucional recente, de judicialização da política.

Muito embora haja tal condicionante para o direito, não se deve esquecer que existem mecanismos imprescindíveis de diferenciação interna que devem ser respeitados, como por exemplo, a separação de poderes. Desse modo, “os tribunais não podem condicionar o exercício da atuação do Poder Legislativo. No máximo, podem os tribunais interpretar - o direito. Logo, torna-se melhor substituir um modelo hierárquico por outro que leve em conta a diferenciação entre o centro e a periferia”.¹³⁷

3.4 A constituição e a jurisdição constitucional na teoria dos sistemas

Qual o significado da Constituição moderna para o sistema jurídico, ou seja, para a positivação do direito? Qual a função do Direito Constitucional Positivo? Qual a relação do direito constitucional com os demais subsistemas para administração do próprio sistema jurídico? Perguntas semelhantes foram feitas por Marcelo Neves (1994) em seu famoso escrito “A Constitucionalização Simbólica”. Segundo o professor, indagações como essas permitem localizar o direito positivo frente aos problemas da “reflexão”, “função” e “prestação” na seara constitucional.

As páginas deste trabalho não seriam suficientes para versar sobre a essência e os desafios das constituições. Muitos são os conceitos postos para explica-las, diversos são os

¹³⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 162.

¹³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 162-163.

HERZL, Ricardo Augusto. *A importância dos tribunais na aplicação e na interpretação do direito a partir do respeito ao sistema de precedentes judiciais*. Florianópolis: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015, p.88-89.

modelos para classifica-las e inúmeros são os desafios da sociedade moderna. Assim como os sistemas autorreferenciais são complexos, a constituição é complexa. Melhor: O direito constitucional é um subsistema.

Os sistemas existem porque a complexidade é uma realidade crescente. Esse é o ponto de partida para se responder de forma elementar a razão pela qual os subsistemas sociais nascem. Toda estrutura sistêmica nasce da necessidade em se administrar e reduzir a complexidade social.¹³⁸

As constituições são projetos consolidados pelos Estados modernos e funcionam como elemento, ao mesmo tempo, de diferenciação e vinculação entre os sistemas político e jurídico. Na leitura sistêmica o sistema constitucional é altamente complexo e mais complexo ainda é seu entorno. Não há descanso para esse sistema que consolida o projeto de vida coletivo do Estado e da sociedade.

Assim como o sistema jurídico é alívio para o sistema social, a função do direito constitucional também o é para o sistema jurídico. Luhmann frisa que “o direito é, portanto, a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito”¹³⁹ o que significa que o outro direito e todo o resto se configura como seu entorno.

O direito constitucional, como núcleo normativo e ditador do sistema jurídico se autorreferencia no direito positivo. Pois a positividade é “a única possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo”.¹⁴⁰ No direito, a constituição funciona como fechamento operacional, ela fecha o sistema jurídico.¹⁴¹ Na política ela é o meio justificador para a função de tornar as decisões vinculantes para a sociedade.

Ao mesmo tempo que fecha o sistema jurídico a constituição representa abertura cognitiva, isso porque “ao mesmo tempo que em que representa a autodeterminação do direito, no sentido de sua autonomia, a Constituição também promove sua abertura, permitindo seu aprendizado, sua reciclagem”¹⁴²

¹³⁸ ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Aarringa. *La Teoría de Niklas Luhmann*. In: *Convergência*, México, n. 32. Mai./ago.2003, p. 278.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas Luhmann. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 15 dez. 2018.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas Luhmann. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 15 dez. 2018.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas Luhmann. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 15 dez. 2018.

¹⁴² ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644), p. 632.

Com a constituição o sistema jurídico estabelece requisitos para sua codificação lícito/ilícito, sendo assim, o direito constitucional funciona como “limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo [...] a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode aprender sem perder sua autonomia”¹⁴³ sendo a jurisdição constitucional o centro decisório da autodeterminação sistêmico-constitucional.

O poder decisório que cabe aos tribunais constitucionais como centro do sistema constitucional é necessário para a manutenção do próprio direito constitucional e, por sua vez, da positividade do direito (fechamento operacional).

3.5 Legitimação do direito na teoria sistêmica

A legitimação sistêmica aqui proposta consiste na observação sistêmico-funcional, tendo por base a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. No tópico anterior tratou-se da teoria da legitimação democrática, importante diretriz para se pensar no trabalho desenvolvido pelas Cortes e Tribunais Constitucionais.

O objetivo aqui é transcender essa análise das audiências públicas concentrada no viés da legitimidade democrática e acrescentar que a jurisdição constitucional aberta também pode ser lida através da perspectiva funcional sistêmica.

O tema da legitimação do direito é questão sensível na teoria jurídica, pois dependendo da função dada ao sistema jurídico ela pode se justificar interna ou externamente e, aqui reside, essencialmente, o ápice dos entraves entre a teoria luhmanniana e habermasiana.

Luhmann não propõe que a legitimação jurídica se encontra no alinhamento de suas decisões a princípios e valores, mas que ela só pode ser encontrada no interior do próprio sistema. Para Luhmann, a legitimidade do direito está no próprio direito, o que se coaduna com sua proposta descritiva do sistema jurídico em ser um sistema operacionalmente fechado. Contudo, o desafio do sociólogo é, justamente, conciliar um “mecanismo que permita atribuir legitimidade às decisões que estabelecem e validam o direito positivo sem que isso implique um confronto com a autorreferencialidade inerente aos demais subsistemas”.¹⁴⁴

Para Luhmann essa questão da legitimação se torna mais dificultosa por conta do isolamento do homem do sistema social, como já retratado neste trabalho. Também já fora pontuado que a atitude dele em afastar o homem do sistema social está em deixa-lo em um

¹⁴³ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 69.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

plano mais livre e independente. Isso significa dizer, também, que o direito tem a capacidade de se legitimar por si.

Enquanto expressão do processo de diferenciação social está a positivação. A positivação é o elemento motriz de institucionalização da mutabilidade do direito, que insere as decisões como ponto de validade.¹⁴⁵ Tendo este entendimento Luhmann propõe que a legitimação do direito está no procedimento, um procedimento organizado que tem por escopo obter a aceitação de decisões de conteúdo ainda não definido.

A esse respeito Tércio Sampaio Ferraz Júnior diz que “para fundar uma decisão, basta que se contorne a incerteza de qual decisão (materialmente falando) ocorrerá pela certeza de que uma decisão (formalmente falando) ocorrerá”.¹⁴⁶

Em razão da função do sistema jurídico, que consiste na estabilização contrafática das expectativas normativas, é que se defende uma legitimação pelo procedimento, tendo em vista que a intenção é preservar a autorreferencialidade do sistema.

O procedimento é entendido como um subsistema. O procedimento juridicamente organizado está posto, então, para “tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade – quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão”.¹⁴⁷ Para ele “trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos”.¹⁴⁸

Avaliando tais noções é que este estudo propõe o mecanismo da audiência pública jurisdicional como importante para o processo judicial e, por consequência, para a decisão oriunda dele, cuja função não se limita à captação das informações processuais. Sem querer afastar a complexidade da temática da legitimação, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho acrescentam que

O que se pretende indicar é que tal mecanismo permite a obtenção de uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, ou seja, permite obter a legitimação do sistema jurídico, sem que isso implique contradição à autorreferencialidade de tal sistema.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

¹⁴⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 172.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Cortês Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

¹⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Cortês Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 35.

A função desses sistemas de ação (procedimentos) é estabelecer a aceitabilidade de uma decisão, é como se o intuito fosse revestir essa decisão final de aceitação frente as frustrações das partes.

A indagação é: Há incompatibilidade entre a legitimação do direito e o caráter autorreferencial dos subsistemas sociais que compõem a sociedade moderna?

O desafio de Luhmann é responder à temática arguida acima, sendo que ele entende o sistema jurídico como fechado e autorreferencial. Se o sistema jurídico é fechado como poderia encontrar legitimidade no exterior do próprio sistema?

A legitimação sistêmica do sistema jurídico encontra respaldo na função por ele mesmo estabelecida. Utilizando de um conectivo lógico condicional, avalie-se a questão:

- I. Se o sistema é fechado, mas o fechamento não concebe isolamento, dado que o fechamento requer abertura cognitiva. Daí dizer que os sistemas sociais são fechados operacionalmente e abertos cognitivamente. Da mesma forma que o sistema não existe sem o ambiente, a autorreferencialidade não se concretiza sem a abertura;
- II. Se a abertura cognitiva justifica a irritação sistêmica e a irritação sistêmica é processo natural de convivência entre os sistemas sociais e pressuposto para atualização do direito;
- III. Se o contato entre os sistemas, desde que reservados a diferenciação interna, não significa, diretamente, corrupção sistêmica;

Então a abertura cognitiva ou ainda a capacidade do sistema jurídico em captar as expectativas cognitivas e manter contato acoplado com outros sistemas não significa que ele busca fundamentos externos para sua legitimação, mas sim, que ele próprio é capaz de transformar esses “elementos externos” – que na verdade são resultado das irritações recíprocas – em condicionantes normativas. O direito se legitima em si mesmo.

Acerca dessa temática Marcelo Neves pontua cinco princípios orientadores da legitimação segundo a concepção luhmanniana, que estão interconectados:

- (1) o agente tem de ser desonerado de sua autorrepresentação individual;
- (2) a fixação estatal de premissas de decisões não deve, nas relações sociais, conduzir a dificuldades de entendimento e comportamento, ela precisa, como argumento (de que não se poderia agir de outra forma), possuir validade por toda a parte e, como uma moeda, poder continuar sendo dada como justificativa para a ação;
- (3) a legitimação significa uma “reestruturação de expectativas”;
- (4) conforme tudo isso, então, a legitimidade deve ser definida como “consenso suposto” (institucionalização) sobre a vinculatoriedade de normas e decisões;
- (5) a legitimação pressupõe autorreferência

(autonomia e diferenciação) e, em conexão com isso, inclusão de toda a população no respectivo sistema funcional.¹⁴⁹

Em outras palavras, como tais princípios estão inter-relacionados, a autorreferência é o ponto fundamental justificador da legitimação, que com base nos procedimentos e por via das decisões encontra validade na regularidade.

Ainda sob a sabedoria de Marcelo Neves, essa regularidade, proveniente da reestabilização de expectativas, encontra legitimidade no fato de que os indivíduos possam sem dificuldades “justificar suas ações jurídicas e esperar dos outros reconhecimento ou reestruturação de expectativas e que, no caso de conflitos jurídico-positivamente regulados, as argumentações das partes afetadas se orientem por esses componentes”.¹⁵⁰

3.6 As audiências Públicas e a Legitimação sistêmica

O direito é sistema social fechado, mas cognitivamente aberto, que possui uma estrutura acoplada a outros sistemas e que estabelecem contatos com o ambiente.¹⁵¹ A proposta de entender as audiências públicas como mecanismo de contato entre o sistema e o ambiente se perfaz no contexto da abertura cognitiva.

Antes de mais nada, importante lembrar que a consideração da abertura cognitiva não é adversa e muito menos macula o fechamento operacional do sistema. A abertura cognitiva não interfere na unidade/identidade do sistema.

Analisar a abertura cognitiva da jurisdição constitucional é analisar, por consequência, a função política do poder judiciário. Como discutido acima, a jurisdição constitucional é subsistema complexo e altamente irritado por seu ambiente, principalmente por ser o subsistema do direito que executa a proteção da constituição.

Quando o STF realiza a sua função precípua de guardião da constituição ele assume uma posição de organização centralizadora do sistema jurídico e isso por meio do controle de constitucionalidade. Por ter esta função difícil face a complexificação do próprio sistema e da sociedade o tribunal constitucional sofre a irritação constante de outros sistemas: econômico, político, educacional, religioso.

¹⁴⁹NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica*: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 310.

¹⁵⁰ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica*: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 310.

¹⁵¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 167.

Mais à frente, no quarto capítulo, será feita uma análise de quais foram as temáticas mais difíceis de resolução no STF e quais sistemas mais participaram das audiências públicas, por hora basta assinalar que sistemas como o religioso e científico tiveram forte participação. A leitura feita por meio das análises deste trabalho é a de que tais sistemas, que mudam dependendo da temática, são sistemas que vivem em constante processo de irritação.

Bem pontua Luhmann quando diz que o ambiente é mais complexo que o sistema, isso porque mesmo que o sistema lide com uma certa carga de complexidade, ainda assim lá dentro essa complexidade é estabilizada congruentemente. Por outro lado, o ambiente, que opera de acordo com suas próprias condicionantes, é demasiadamente confuso para o sistema.

Para centralizar as condicionantes do sistema constitucional o STF observa seu contorno, sentindo as contrações do entorno, todavia, cada resposta é dada de acordo com independência da função jurisdicional. Daí depreende-se que a independência sistêmica é característica do referido Tribunal.

Não há como refletir a abertura cognitiva sem citar a estreita relação entre os sistemas jurídico e político. Tratar de uma relação tão sensível, em termos práticos, resulta em incursões históricas e conceituais que refletem desafios para o poder judiciário. É certo que a constituição fecha o sistema jurídico, estabelecendo o que é e o que não é direito para o mesmo; mas ela também situa o sistema político e o tema da separação de poderes, das limitações entre os Poderes é questão delicada.

Quando Luhmann concebe a teoria dos sistemas autorreferenciais e estabelece a função do sistema jurídico ele não o faz com o intuito de classificar o sistema jurídico como superior, agigantando, assim, o Poder judiciário. Contudo, é notório o quanto a teoria da separação de poderes tem ganhado contornos diferentes se comparada à pensada por Montesquieu. Os Estados têm adotado uma separação de poderes fundamentada no controle recíproco (*checks and balances*) frente a complexidade social.

De uma parte o sistema jurídico constrange o juiz a decidir com base em seu fechamento operacional (completude e unidade do ordenamento jurídico): isso reforça a imagem do judiciário como a “boca da lei”. De outra parte, contudo, dada a evidente hipersimplificação contida no dogma da completude do ordenamento do ordenamento, a proibição da denegação da justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infindável série de demandas do ambiente: isso revela que o judiciário é um inevitável intérprete, criador e construtor do direito.¹⁵²

¹⁵² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 35.

A abertura cognitiva do poder judiciário brasileiro encontra respaldo no *amicus curiae* e nas audiências públicas, principalmente, no contexto do processo decisório no Supremo Tribunal Federal, que cada vez mais se utiliza de tais mecanismos de participação para a legitimação de suas decisões.

Mas, muito mais do que servir como procedimento válido para a legitimação democrática, tais mecanismos, se vistos pela ótica da teoria dos sistemas servem para o enfrentamento do futuro, daquilo que ainda não está estabilizado normativamente.

Esta introdução de outros participantes na discussão serve como um intercâmbio processual, a inclusão de novos observadores sociais. A respeito desta reflexão leciona André Galvão:

[...] a ampliação da cognição por meio da inclusão de outro observador (um observador de segunda ordem) serve para suprir os pontos cegos do sistema jurídico (grifo nosso), alertá-lo para situações que permaneceriam ocultas sem essa observação e fazer com que ele busque, dentro dos limites de sua própria comunicação, uma solução mais adequada para o caso em análise.¹⁵³

O STF é o observador de primeira, enquanto que os demais sistemas, aqueles que tenham se acoplado à jurisdição constitucional, são os observadores de segunda ordem. Os pontos cegos do sistema jurídico precisam ser observados de forma válida e construtiva, não apenas na circunscrição do próprio direito, mas com a visão, especialmente, dos sujeitos protagonistas do caso em análise.

Em sede de controle de constitucionalidade concentrado os sujeitos protagonistas são todos os interessados na temática discutida, visto que a causa em questão não tem cunho subjetivo, mas abstrato. Vale ressaltar também que quando as expectativas cognitivas são apreciadas no âmbito processual a comunicação ali estabelecida é puramente baseada em critérios jurídicos, ou seja, ocorre ali uma filtragem jurídica. O direito introjeta as informações de acordo com a linguagem jurídica, dentro dos contornos de sua própria comunicação.

Diante de toda uma discussão quanto à legitimidade democrática do trabalho desenvolvido pela justiça constitucional, muitos tribunais constitucionais acabaram refletindo sobre a problemática e introduzindo mecanismos de participação no seu processo de decisão. Aqui no Brasil, tratar as questões sensíveis de grande repercussão social, que por vezes poderiam ser resolvidas no âmbito legislativo, também careciam de um processo decisório mais atento, com a inclusão de outros observadores.

¹⁵³ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644). p.638.

Os *amici curiae* e as audiências públicas, no contexto interno, são os mecanismos de participação disponíveis para possibilitar a comunicação do sistema jurídico com o sistema social. São, na verdade, pontes de comunicação¹⁵⁴ entre o direito e os demais sistemas.

A essa altura é perceptível que o sistema social e sua relação com a ciência jurídica estão totalmente atrelados às expectativas produzidas no ambiente e o papel do Direito é filtrá-las.

Mas como o Direito pode introduzir tais expectativas? Diante de tanta complexidade e contingência, impõe-se a necessidade de reduções, simplificações, abrandamentos - tanto no plano psíquico como no social - que tornem possível estruturar as expectativas, até mesmo quando se interprete erradamente a realidade.

Com a finalidade de encontrar um meio jurídico-formal de responder tal questionamento propõe-se o estudo das audiências públicas à luz das nuances da teoria sistêmica. Através delas complexidade e contingência podem ser administradas e corroborar para diminuir a insegurança que permeia a tensão entre a dimensão temporal e a dimensão social.

Quando a teoria de Luhmann é taxada de normativista e decisionista é importante relevar que todo aquele processo de autoprodução está relacionado às observações. Se o direito é um sistema observador, se os tribunais são instâncias observadoras eles não o fazem de modo isolado, até por que “o modo, portanto, de um observador entender o mundo não pode ser reduzido a uma compreensão solipsista das coisas.”¹⁵⁵

Já imaginou o quão arriscado seria se o STF decidisse ações sobre o direito à vida mantendo um olhar fixo no sistema jurídico, sem considerar que os outros sistemas também possuem expectativas que podem ser captadas juridicamente, corroborando, assim, para a manutenção do direito?

Na obra “Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann” o professor Ulisses Schwarz Viana propõe a terminologia “legitimação sistêmica” sem lhe fazer conceituações, mas que pode render algumas considerações pertinentes.

Ulisses Schwarz Viana entende que como a repercussão geral “as audiências públicas devem ser inseridas dentro de uma perspectiva funcional sistêmica, como mecanismo de redução dos riscos próprios produzidos pelo sistema parcial do direito”¹⁵⁶. Julgar por importante

¹⁵⁴ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644). p. 638.

¹⁵⁵ ANDRADE, Cláudia Castro de. A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela. Amargosa: Revista de Filosofia. v.6, n.2, dezembro/2012. Disponível em www.uKfrb.edu.br/griot Acesso em 12 ago. 2017. .

¹⁵⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.151.

a irritação provocada pelos outros sistemas e estabelecer pontos de contato jurídicos é imperioso para reduzir o risco da decisão.

Além das audiências públicas se voltarem para garantir legitimidade às decisões do poder judiciário e, assim, suprir a carência democrática lá instaurada acredita-se que elas possibilitam para além da legitimação democrática. Pela ótica de Almeida e Teixeira, visão também compartilhada por este trabalho, a abertura cognitiva proporcionada pelas audiências públicas têm por função ampliar a capacidade de observação por parte do sistema-jurídico constitucional¹⁵⁷.

A justificação das audiências públicas jurisdicionais enquanto mecanismo sistêmico se posiciona na autorreferencialidade do sistema, isso porque da sua realização não se está fundamentando a decisão judicial em elemento extra sistêmico, mas em elementos que compõem o próprio sistema.

Quanto ao acoplamento entre sistema jurídico e político as incorporações não ocorrem com base no código do sistema incorporador? O direito responde às irritações do sistema político juridicamente e, do mesmo modo, o sistema político responde às irritações do sistema jurídico politicamente.

Quando a jurisdição constitucional, no seu papel de centralizar o sistema constitucional, utiliza-se de audiências públicas para responder às irritações do sistema, ela o faz com base na própria linguagem do sistema constitucional, realizando aquela filtragem por meio do código conforme/não conforme, constitucional/não constitucional e, desse modo, alinhada às condicionantes do sistema.

Não se esqueça que a legitimidade sistêmica não poderá ser compreendida como consenso – afinal, consenso não é o foco da teoria os sistemas – o consenso entre os sistemas acabaria com todo o primado da diferenciação. A legitimação sistêmica “

As organizações sociais ouvidas na audiência pública são porta-vozes dos sistemas parciais irritados pela questão constitucional. Interessante que ao mesmo tempo que o sistema constitucional é irritado, os outros sistemas também o são por meio das decisões proferidas pelo STF.

As quatro audiências estudadas no próximo capítulo refletem essa irritação recíproca e, conseqüentemente, a necessidade de se ouvir os observadores de segunda ordem, ou seja, aqueles que serão afetados pela decisão constitucional. As audiências públicas são têm

¹⁵⁷ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v.19 n. 119, out.2017/jan.2018, p. 622-644. p. 638.

capacidade informativo-cognitiva, são captadoras das expectativas dos outros sistemas parciais, pois “será o funcionamento normal dos mecanismos internos de cada um desses sistemas que trarão para suas ações o reconhecimento social necessário”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ AMADO, Juan Antonio García. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 165-166.

4 ABERTURA COGNITIVA NO STF A PARTIR DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JURISDICIONAIS

Nos capítulos anteriores muito se falou sobre a natureza jurídica das audiências públicas jurisdicionais e de como elas tornam o processo, e, por conseguinte, os tribunais mais democráticos. Diante da função elementar dos tribunais em reduzir a complexidade do sistema jurídico elas conferem ao próprio sistema jurídico abertura para o ambiente ao seu redor.

Vale salientar que este trabalho, dentro da delimitação proposta, analisará 4 (quatro) audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, tendo por critério de escolha a intensidade do debate produzido em torno da temática, posto que foram – e continuam sendo – temas de extrema relevância social, política e econômica. Elas suscitaram “ um interessante debate sobre os potenciais do mecanismo para ampliar a legitimidade da atuação da corte e introduzir uma dimensão participativo-deliberativa no processo”.¹⁵⁹

As audiências propuseram um diálogo entre os sistemas parciais por meio da participação de diversos atores, que trouxeram várias perspectivas às ações. Logicamente, que existem diversos entraves observáveis quanto à regulamentação e procedimentos, conforme pontuados no primeiro capítulo deste trabalho.

Observe-se que a reflexão relacionada às virtudes das decisões expressas por muitas mentes não se articula exclusivamente a uma cogitação que associe múltiplos participantes a um incremento do índice democrático da escolha. Mais do que isso, aquilo que se investiga quando se tem em conta as características das crenças disseminadas, ou do pensamento de *mand minds*, é identificar um método que contribua para o acervo da decisão, numa perspectiva mais substantiva que procedimental.¹⁶⁰

A decisão judicial envolta por muitas mentes seria a mais acertada? Para a teoria sistêmica tal consideração pode ser substituída não pela quantidade de pessoas envolvidas, mas da agregação das expectativas cognitivas incorporadas ao sistema jurídico.

Durante toda a narrativa do estudo e, especialmente, durante o capítulo 3, muito se falou sobre a função das audiências públicas no processo de redução da complexidade do sistema jurídico. À primeira vista, pode até ser que se conclua que o objetivo máximo dela seja

¹⁵⁹ MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. *Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal*. Revista de Sociologia e Política, v. 25, n. 62, p. 131-156, jun. 2017. p. 132.

¹⁶⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 96.

neutralizar essa tão “conturbante” complexidade, entretanto, as audiências públicas, ao propor o diálogo social não serve como instrumento de alcance do consenso.

Nesse compasso de construção da legitimação sistêmica, de abertura do sistema jurídico em face de seu ambiente, é importante pensá-la como um mecanismo funcional para a administração da complexidade dos casos afetos à jurisdição constitucional, consequência da função própria dos Tribunais.

4.1 Audiências públicas e direitos fundamentais

Nem todos os temas discutidos nas audiências públicas promovidas pelo STF tratam diretamente da tutela de direitos fundamentais, todavia, assim como a jurisdição constitucional insurgiu com tal propósito, poder-se-ia acrescentar que as audiências públicas também compartilham de tal objetivo.

Nem todos os temas do controle de constitucionalidade das leis no STF têm a necessidade de passarem pelo crivo das audiências públicas, isso porque, embora o critério seja dimensionado pelo Ministro Relator, as relevâncias pública e social são requeridas.

As audiências públicas jurisdicionais são mecanismos que possibilitam a observação do sistema jurídico, é mecanismo de observação cognitiva “com a vistas a uma melhor canalização e absorção do risco do seu processo decisório face aos demais sistemas sociais, que, por seu turno, figuram na posição de afetados pela decisão”.¹⁶¹

Isso só é possível porque os sistemas sociais não se isolam, ao mesmo tempo em que observam a sociedade se observam e isso é sinônimo de evolução do sistema social e do próprio direito.¹⁶²

A abertura cognitiva do sistema jurídico encontra respaldo na Constituição e no primado da positividade do direito. A constituição ao mesmo tempo que fecha o sistema jurídico e o faz por meio dos estabelecimentos das cláusulas orientadoras do direito, gerando assim, a determinação jurídica, ela funciona como ponto de abertura do mesmo. Essa abertura pode ser constatada no texto constitucional através da indicação de cláusulas abertas, conceitos gerais e princípios.

¹⁶¹ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644), p. 625.

¹⁶² ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644), p. 625.

A mutabilidade e variação da constituição pode ser constada na abertura para revisão e modificação. Na constituição brasileira o constituinte previu essa possibilidade nos arts. 60 da CRFB/1988 e no art. 3º do ADCT, onde permitem a reforma constitucional e a revisão constitucional.

Em se tratando de direitos fundamentais há um artigo constitucional que pode ser exemplificado como cláusula de abertura. Tal referência está posto no art. 5º, §2º que diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A doutrina convencionou denominar este artigo como “cláusula de abertura dos direitos fundamentais”.

A cláusula de abertura dos direitos fundamentais não é novidade da Constituição de 1988, pois o artigo 78 da Constituição de 1891 já defendia a inserção de direitos e garantias não enumerados no texto constitucional, mas proveniente de princípios. O Constituinte de 1934 (art. 144) não excluiu a previsão. Contudo, a constituição de 1937 em seu art. 123 limitou a utilização da cláusula de abertura, restringindo os direitos e garantias aos limites do bem público, da segurança nacional e do Estado. As constituições de 1946 (art. 144) e 1967 (art. 150, §35) não seguiram com as limitações da constituição de 1937 e permaneceram com o estipulado nas constituições republicanas primeiras. A constituição de 1988 inovou no tocante a abertura para as normas de direito internacional.¹⁶³

A cláusula de abertura propõe uma abertura para o direito material ainda não formalizado. É capacidade de do sistema constitucional em reconhecer direitos fundamentais para além do Título II da CRFB/88, vem como de recepcionar direitos humanos provenientes de documentos internacionais. Tal abertura permite com que o sistema jurídico sempre se porte como observador dos direitos fundamentais.

Há de se falar também no recorrente reconhecimento de novos direitos, pois cada vez mais o rol de direitos vai senso ampliado, principalmente, em favor daqueles que outrora eram excluídos da proteção constitucional expressa. O reconhecimento de novos direitos “formam

¹⁶³ MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. *Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e Status Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Revista Direito e Democracia. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5837/5258>> Acesso em 15 dez.2018.

uma tentativa de resposta aos desafios universais de uma sociedade plural, globalizada e mundializada”.¹⁶⁴

O STF, como guardião da constituição e protetor, por consequência, dos direitos fundamentais, tem sido o responsável pela inclusão da grande maioria desses novos direitos, tendo em vista que muitos deles abrangem temáticas assombrosas para o poder legislativo. A grande parte desses novos direitos reconhecidos pelo STF foram objeto de audiências públicas, para citar alguns: o reconhecimento da união homoafetiva, a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, direito ao aborto, direito à manipulação genética de células-tronco, a judicialização da saúde, dentre outros.

Perceba que grande parte dos temas citados acima possuem temáticas delicadas, razão pela qual são determinantes para diversos subsistemas sociais e provocam o fenômeno da irritação recíproca entre eles.

Os quatro casos abaixo analisados foram escolhidos tendo por base os direitos fundamentais envolvendo o direito à vida e à saúde, temas controversos, talvez os mais emblemáticos discutidos até hoje pelo Supremo Tribunal Federal.

Como são temas de intensa relevância social acaba por ecoar em muitos outros sistemas, como o da saúde, o religioso, o científico e o econômico. Perguntas como “Quando a vida efetivamente começa? Quando a vida termina?” movimentam os subsistemas de uma forma muito intensa e acabam por intensificar a complexidade do sistema social, dado que os sistemas vivem em constante irritação. Nestes casos, apenas o direito tem a função de estabilizar tais expectativas, reduzindo a complexidade do sistema social, mesmo que a leitura do sistema jurídico não se coadune com a dos demais sistemas.

Vale destacar que quando o STF decide sobre o direito à vida ou saúde ele o faz na posição de centro do sistema jurídico, não significando que a sua resposta servira de paradigma para os demais sistemas, até porque cada sistema faz uma leitura própria. Todavia, uma coisa é certa, em relação aos demais sistemas, a decisão constitucional causará mais irritação nos subsistemas, visto ser essa relação uma relação circular-reflexiva.

Cada sistema tem uma visão acerca do marco inicial da vida, que, muitas vezes, se chocam. Para o direito, na sua tarefa de decidir, resolver casos concretos de tamanha controvérsia não é tarefa das mais fáceis, pois, nestes casos, o ordenamento jurídico não possui a resposta imediata, posto que ela emerge por caminhos morais e éticos.

¹⁶⁴ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 out. 2017/jan. 2018 (p. 622-644), p. 635.

Questões envolvendo o direito à vida costumam ser paradoxais, tendo em vista que:

Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um “amontoado de células” e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio.¹⁶⁵

Nas audiências públicas envolvendo o direito à vida esse paradoxo é fortemente visível. Além do mais é necessário que se dê oportunidade para todas as correntes de pensamento.

Quanto à questão da judicialização da saúde, ingênuo imaginar que tal temática apenas envolvem o sistema político e jurídico. Há de se observar, também, os interesses do sistema econômico na sua política de mercado. É tanto que foram inseridos como expositores representantes do setor econômico para refletir os impactos da decisão constitucional, especialmente, no que tange à aquisição de medicamentos e realização de tratamentos ainda não autorizados pelos órgãos reguladores.

Sendo assim, resta-nos aqui não analisar profundamente o direito fundamental discutido, ou seja, o conteúdo das intervenções, mas a abertura sistêmica construída em cada audiência pública, na relação sistema e ambiente.

4.2 Sistemas parciais da religião, da ciência e da economia

Até agora muito se falou sobre o acoplamento entre direito e política, todavia, ao analisar as audiências públicas, notadamente sobre o direito à vida, percebe-se que estes sistemas são postos como observadores de segunda ordem.

Como observadores de segunda ordem, eles são afetados (irritados) pela decisão constitucional, sendo-lhes oportunizado, por meio de mecanismo de abertura cognitiva, participação no processo decisório. A participação de especialistas e de organizações da sociedade civil de vertente religiosa e científica não depreende interferência das condicionantes desses sistemas no interior do sistema jurídico, mas trocas cognitivas recíprocas de acordo com a especificidade de cada um.

Posto isto, o sistema religioso participa da audiência pública por meio das igrejas, das associações e autoridades religiosas. Para isso, estes organismos utilizam do código binário imanente/transcendente, que tem por *médium* a fé e por função apresentar na comunicação a diferença entre o que é ou não observável.¹⁶⁶

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 44.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64.

A ciência, por sua vez, se orienta pelo código verdadeiro/falso, tem por *médium* a verdade e por função a construção e a obtenção do conhecimento. O sistema parcial da ciência tem por organização centralizadora as universidades, os centros de pesquisas e seus representantes.

No que tange ao sistema da economia, que também é um sistema constituinte de sentido, o código-diferença está no ter/não ter, tendo por função administrar o problema da escassez condicionado ao programa do preço.

4.3 ADI n. 3.510 – Uso terapêutico de células tronco embrionárias

O direito fundamental à vida é, sem dúvidas, o tema que mais divide opiniões na sociedade, como visto na explanação acima, não é à toa que foi a primeira vez em que o Tribunal se rendeu a buscar informações, argumentos, valores morais para a decisão em outros sistemas, já que o sistema jurídico, sozinho, não seria capaz de “responder à altura”.

A ADI 3.510 fora proposta pelo Procurador-Geral da República, à época o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em 30 de maio de 2005, tendo por alvo o art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) que permitia a utilização de células-tronco de embriões humanos para realização de pesquisas. Os embriões eram produto de material de fertilização *in vitro* não aproveitados.

O diploma legal em análise autorizava a utilização e trazia em seu bojo algumas vedações.

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 1997.¹⁶⁷

O pedido de inconstitucionalidade se baseou na tese da teoria concepcionista, de que o início da vida se daria na fecundação e de que a manipulação dos embriões significaria afronta

¹⁶⁷ BRASIL, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

à dignidade humana e aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição brasileira, nos ditames do art. 1º, III e 5º.

A petição inicial fora instruída com pareceres de cientistas que valoravam o embrião, e requereu a realização de audiência pública, indicando o rol de *experts* a serem ouvidos, o que se pode considerar peculiar.

Diz-se peculiaridade porque, até então, jamais o Supremo tribunal Federal havia se utilizado de tal instrumento, inaugurando a partir desta ação, e curiosamente não por provocação da Corte – em tese os beneficiários diretos dos elementos que se pudesse colher nas audiências –, mas por solicitação da parte.¹⁶⁸

A ação teve por Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, que designou as audiências públicas com base na Lei 9.868/99. Houveram também sete pedidos para ingresso como *amicus curiae*, sendo admitidos cinco deles, sem, contudo, ficar claro os critérios utilizados para justificar os deferimentos e indeferimentos.

Foram admitidos no processo como *amicus curiae* a Conectas Direitos Humanos, o Centro de Direito Humanos – CDH, o Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, o Instituto de Bioética, Direitos humanos e Gênero – ANIS e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. As entidades admitidas, segundo o Relator, são de forte representação social e contribuiriam para a legitimação da decisão.¹⁶⁹

A audiência foi realizada em 20 de abril de 2007 e teve como base procedimental as audiências legislativas conforme o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 58, §2], inciso II, CRFB/88), já que não havia regulamentação feita no Regimento Interno do STF.

A audiência ocorreu em dois turnos, sendo os especialistas divididos em dois grupos qualificados como “contrários” e “favoráveis” à temática central. Foram 23 especialistas divididos da seguinte forma: na manhã 07 (sete) especialistas a favor e 05 (cinco) contra; a tarde 06 (seis) especialistas contrários e 05 (cinco) a favor. Cada especialista teve 20 minutos para argumentar.

Os especialistas convocados foram a comunidade científica capaz de acrescentar informações que fogem do conhecimento da seara jurídica, como bem pontuou a Presidente do

¹⁶⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

¹⁶⁹ Segundo o Relator a entidades referidas são “Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN” (relatório p. 3-4). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADIN%20%203510>> Acesso em 15 out. 2018.

STF à época a Ministra Ellen Gracie “comunidade científica que vem trazer a este Tribunal o aporte do seu conhecimento, acumulado ao longo do tempo, sobre uma matéria tão difícil [...] o ato de julgar é, antes de mais nada, um grande ato de humildade intelectual”.¹⁷⁰

Somados aos *amici curiae* foram habilitados 17 especialistas, dentre membros da academia, professores, pesquisadores, coordenadores de centros médicos e outros profissionais com um conhecimento específico na matéria.¹⁷¹

Haviam especialistas com formação em medicina, antropologia, biologia. A maioria desenvolve trabalhos de pesquisa e leciona. A respeito dessa multiplicidade fala o Relator:

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 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.¹⁷²

Tal ênfase merece destaque por justificar o que fora desenvolvido no primeiro e terceiro capítulos deste trabalho, acerca do objetivo das audiências públicas jurisdicionais e da abertura cognitiva do sistema constitucional. Aqui o sistema constitucional abriu-se, principalmente, ao saber desenvolvido pelas pesquisas médicas, o que revela o tom puramente científico da discussão.

Ao objetivar um espaço plural e democrático muito precisa ser observado. O apreço pela cientificidade, pela oitiva de *experts*, fechou a discussão à sociedade, como pontua Vanice Regina Lírio do Valle et al.:

[...] a audiência pública em apreço, não revelou o objetivo democrático e deliberativo tão amplamente declarado por diversas vezes pelo Ministro Relator, na medida em que não se vislumbrou a oportunidade para a manifestação livre da sociedade, em face do critério fechado e das preferências reveladas na prática, não somente no que tange ao deferimento dos participantes, mas também, no que se refere ao conteúdo marcadamente científico das explicações.¹⁷³

¹⁷⁰ Notas Taquigráficas, p. 910.

¹⁷¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66.

¹⁷² Relatório, p. 10-11. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20AD I%20/%203510>>

¹⁷³ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66.

É indubitável que a ADI 3510 fora um divisor de águas na experiência do STF, posto que pela primeira vez foi convocada a oitiva de especialistas na matéria com o objetivo de reunir diversas visões sobre o tema discutido (o direito fundamental à vida). A finalidade de abrir o sistema jurídico a outros sistemas fora visível, mas não suficiente, pode-se assim constatar.

A oitiva de especialistas agregou à discussão um caráter simplista, voltado apenas para o campo da ciência, desprezando outros aportes, que exigiam uma maior atenção à questão moral e ética, embora esta última tenha sido levantada por alguns especialistas.

Ao analisar o teor da audiência pública da ADI 3510 Rafael Scavone Bellem de Lima reflete:

Tendo como parâmetro o caráter informativo da audiência pública, prescrito em lei, a decisão do Supremo Tribunal Federal seria tão mais esclarecida, quanto mais numerosos fossem os pontos de diálogo com as exposições dos especialistas que participaram do evento e maior fosse a consideração desses argumentos. O mesmo ocorreria com a sua representatividade, caso se partisse de uma concepção mais representativa do evento, como a defendida pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Ferreira Mendes. Valendo-se das alegorias construídas por esses dois Ministros, se o povo foi tirado da platéia e colocado no palco, ele, certamente, não protagonizou o espetáculo e, se a audiência pública fez do Supremo Tribunal Federal uma Casa do Povo, nela a voz do dono pouco foi ouvida.¹⁷⁴

Na mesma linha de pensamento, analisando os trâmites procedimentais, os critérios para habilitação e os habilitados finais, depreende-se que, assim como não foi estabelecido um diálogo expressivo que refletisse os anseios do povo, não houve, também, uma abertura sistêmica satisfatória.

A ADI teve o seguinte desfecho: A tese defendida foi declarada improcedente.

4.4 ADPF n. 54 - Interrupção de gravidez de fetos anencéfalos

A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos deságua no espinhoso tema do aborto, que durante toda a existência da humanidade dividiu opiniões. No Brasil, à época da discussão, tal condição não era considerada excludente de ilicitude. A petição inicial indicava a lesividade dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal brasileiro (Decreto –Lei n. 2.848/1940) frente aos preceitos da CRFB/88 (princípio da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia e saúde).

A ação contestava a aplicação dada por diversos juízes e tribunais no sentido de proibir a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencéfalos. Foi solicitada

¹⁷⁴ LIMA, Rafael Scavone Bellem de. *A Audiência Pública realizada na ADI 3510-0: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal*. 2008. 79f. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, p. 79.

interpretação conforme a Constituição para pronunciar a inconstitucionalidade da incidência dos dispositivos penais e o consequente reconhecimento à gestante do direito subjetivo de interrupção da gravidez (aborto).

A entidade sindical Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS ajuizou a ação em 17 de junho de 2004, que teve por Relator o Ministro Marco Aurélio.

O pedido de audiência pública foi feito pelo PGR, Dr. Cláudio Fonteles, indicando rol de professores a serem ouvidos. Embora o Ministro Relator confesse que a realização das audiências já estava reservada. As audiências ocorreram nos dias 26, 27 e 28 de agosto de 2008. O ato convocatório, datado de 31 de julho de 2008, tratou de forma enfática a necessidade de:

[...] ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito. Antes mesmo de a Procuradoria Geral da República vir a preconizar a realização, havia consignado, na decisão de 28 de setembro de 2004, a conveniência de implementá-las.

Solicitaram oportunidade para participar do processo como *amicus curiae* a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, o Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e a Associação de Desenvolvimento da Família, cuja oitiva foi concedida por meio de audiência pública.

Completando o rol foram convocados mais 09 (nove) entidades e 01 (um) especialista, somando, assim, 14 participantes. Foram eles: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católicas pelo Direito de Decidir; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.

O Ministério Público juntou documento requerendo a participação de 08 (oito) professores, sem especificação das respectivas áreas de atuação, sendo indeferido o pedido,

Se comparadas com as entidades habilitadas na ADI 3510 percebe-se que o rol e o caráter funcional das entidades foram ampliados, visto terem sido habilitadas entidades que não fazem parte do subsistema da ciência. Na ADI 3510 as habilitações se restringiram a dar voz aos especialistas e entidades científicas, a maioria deles médicos.

Na ADPF 54, por mais que tenha reconhecido um número menor de participantes, foi dada a abertura para ouvir um outro sistema possivelmente afetado, o subsistema da religião.

Foram designados 03 (três) dias de audiências, sendo que cada entidade ou especialista teve 15 (quinze) minutos para exposição, tendo como condição, também, a entrega de memoriais.

A ADI teve o seguinte desfecho: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

4.5 ADPF 442 - Descriminalização do aborto até a 12ª semana

A ADPF 442 tem como requerente o Partido Socialismo e Liberdade (PSol) e como Relatora a Ministra Rosa Weber. A petição inicial tem por tese a descriminalização do aborto, sustentando que não há fundamentos para o Código Penal de 1940 (arts. 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal) prever a criminalização. Segundo o arguente:

as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).¹⁷⁵

Diante do requerimento da ação, o mais ousado e complexo se comparado aos objetos das ações anteriores, posto que se defende a interrupção da gravidez até a 14ª semana de gestação. Por ter em mente que a temática e por consequência a decisão constitucional agitaria diversos subsistemas, a Ministra Relatora convocou audiência pública.

Além do mais, foram admitidos no processo 03 (três) *amicus curiae*, sendo eles o Partido Social Cristão (PSC), a União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP) e o Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF), o que já aciona o caráter relevante e complexo da matéria em tese.

Em 23 de março de 2018, a Ministra Relatora lançou o despacho convocatório de audiência pública, tendo por justificativa a natureza controversa da questão constitucional. Após três meses, em 04 de junho de 2018, foi publicada a relação de habilitados.

¹⁷⁵ Petição inicial. ADPF 442, p. 01.

Nela a Ministra Rosa Weber foi bem específica quanto ao número de inscrições recebidas e deferidas. Foram recebidos, via e-mail, no período de 02/04/2018 e 25/04/2018, 502 (quinhentos e dois) pedidos, sendo: I. 187 (cento e oitenta e sete) pedidos de habilitação como expositor na audiência, de pessoas físicas com potencial de autoridade e representatividade, de organizações não-governamentais, sociedades civis, sem finalidade lucrativa, e institutos específicos; II. 150 (cento e cinquenta) manifestações de pessoas físicas em apoio à inscrição de alguma pessoa com autoridade e reconhecimento na matéria¹⁷⁶; e III. pedidos de esclarecimentos sobre o procedimento e os critérios exigidos para inscrição e pedidos para participar como ouvinte.

Das duas já analisadas audiências esta fora a que mais ouviu entidades e especialistas, e a que amarrou os critérios para admissão dos inscritos como habilitados. Na relação de habilitados, antes de prosseguir com as indicações, a Ministra elencou os critérios utilizados para a habilitação, quais sejam: a) representatividade técnica, no espaço da área de conhecimento a que pertencem; b) atuação ou expertise especificamente na matéria e c) garantia da pluralidade e paridade da composição da audiência, abordagens argumentativas a serem defendidas.

De acordo com tais critérios foram deferidas 52 (cinquenta e duas) habilitações. Dessas habilitações contam-se com centros de pesquisas científicas, entidades religiosas, movimentos sociais e especialistas na matéria. O número de expositores, conforme a relação de habilitação, chegou a (sessenta) indicados. As audiências foram realizadas em 03 e 06 de agosto de 2018.

A matéria encontra pendente de decisão no S TF, não havendo uma data pré-estabelecida para seu desfecho.

4.6 STAs (Suspensões de Tutela Antecipada) 175 e 178 - Judicialização do direito à saúde

A referida audiência pública foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do

¹⁷⁶ Foram indicadas 6 (seis) pessoas – 1. Dra. Melania Maria Ramos de Amorim (Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira/Universidade Federal de Campina Grande/PB); 2. Médico Dr. Raphael Câmara Medeiros Parente (Universidade Federal do Rio de Janeiro (coordenador da residência médica em ginecologia na UFRJ)/Instituto Liberal de São Paulo); 3. Médica, mestra em saúde da família, e com residência médica em ginecologia e obstetrícia, Ana Teresa Derraik Barbosa, Diretora médica do Hospital da Mulher Heloneida Studart); 4. Médica sanitária Dra. Greice Maria de Souza Menezes (Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia (pesquisadora no MUSA/ISC/UFBA), e da enfermeira sanitária Dra. Emanuelle Freitas Góes, integrante do MUSA/ISC/UFBA); 5. Médico Ramoniê Miranda (Instituto Borborema, com residência médica em radiologia e diagnóstico, pelo Instituto Materno Infantil Alice Figueira. (ADPF 442, Relação de Habilitados, 2018, p. 2-3).

direito à saúde prescrito no art. 196 da Constituição Federal, especialmente, acerca da oferta de medicamentos e tratamento pelo Poder Público.

Segundo o Despacho de convocação, de 05 de março de 2009, a discussão da matéria se agigantou naquele Corte devido os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada, que objetivavam suspender as medidas cautelares determinantes do fornecimento de medicamentos, materiais e tratamentos pelo Sistema único de Saúde.

As prestações de saúde das ações que chegaram ao STF consistiam no 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, além de outros.

As motivações para a convocação estavam nas consequências emanadas das decisões judiciais, que consistiam em lesão à ordem, segurança, economia e saúde pública, além do iminente interesse público e repercussão geral.

O Ministro Relator pontuou cinco temáticas fulcrais para nortear as discussões, quais sejam: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; e 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.¹⁷⁷

As audiências ocorreram nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, em seis sessões, com a participação de 33 especialistas seguindo um padrão equitativo “de adequação e pertinência entre o representante-expositor e a temática delimitada para cada seção”.¹⁷⁸

A pauta estava organizada por seções, que contemplava, a seguinte ordem: 1º. O acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário, com 09 palestrantes; 2º Responsabilidade dos Entes da Federação e financiamento do SUS – com 09 palestrantes; 3º

¹⁷⁷ STF. *Despacho de Convocação de Audiência Pública*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf> Acesso em 10 fev. 2019.

¹⁷⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo*: Diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

Gestão do SUS – Legislação e Universalidade do Sistema – com 08 palestrantes; 4º Gestão do SUS e Universalidade do Sistema – com 08 palestrantes; 5º Registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS – 08 especialistas; 6º Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema – com 07 especialistas; 7º Assistência Farmacêutica do SUS – com 08 expositores.¹⁷⁹

Sendo assim, as audiências públicas convocadas tinham por óbice esclarecer as questões técnicas, científicas, políticas, administrativas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. A composição dos habilitados concorria entre representantes de órgãos públicos, representantes de empresas privadas e de organizações da sociedade civil.

Em relação à abertura cognitiva há que se observar o quanto o sistema da economia foi envolvido por toda essa discussão travada no STF. A decisão constitucional afetaria demasiadamente a dinâmica econômica de mercado, sendo este ponto bastante debatido naquela oportunidade. A judicialização é temática que expõe a saúde a interesses econômicos de indústrias, empresas privadas e profissionais liberais. A saúde é, em termos econômicos, um bem de mercado e, por sinal, altamente lucrativo.

A comercialização de medicamentos ainda estudados e a oferta de tratamentos experimentais foi o mais destacado pelas empresas privadas do ramo. Na exposição da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica, à época composta por 230 (duzentos e trinta) empresas fabricantes de medicamentos, Ciro Mortella enfatizou o posicionamento de tais empresas quanto ao fornecimento de medicamentos pelo SUS. Para a Federação não havia que se falar em não fornecimento, mas sim quais seriam os critérios para o fornecimento, sendo o registro na ANVISA o mais importante.

A comercialização de medicamentos não registrados seria concorrência desleal, pois:

É preciso dizer que no Brasil nenhuma empresa farmacêutica tem liberdade para fixar seus preços. Isso raramente é lembrado. A empresa, Senhor Presidente, precisa solicitar às autoridades regulatórias o preço do novo produto, o qual deverá obrigatoriamente ser mais baixo do que o preço vigente em nove países. A Câmara de Regulação de um mercado farmacêutico, que é órgão constituído por cinco Ministérios, é quem vai decidir se aceita ou não esse preço. Há casos em que as empresas discutem o preço com essa Câmara por mais de um ano e o perverso nisso, Senhor Presidente, é que nesse período em que o preço não está aprovado se um paciente entrar com uma ação judicial, requerendo esse produto, o Sistema deve comprar o produto fora do país e, obviamente, a um preço muitas vezes muito maior do que aquele que está sendo discutido [...] ¹⁸⁰

¹⁷⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84.

¹⁸⁰ STF. *Notas Taquigráficas*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Ciro_Mortella.pdf> Acesso em 10 mar. 2019.

Além do mais, os orçamentos do Poder Público, segundo as alegações trazidas, já estariam bastante comprometidos, sendo a judicialização da saúde um agravante. De um lado estariam os cidadãos, carentes por assistência, e do outro lado o Poder Público e a escassez dos recursos econômicos financeiros.

Perante a excessiva demanda de ações individuais requerendo os mais variados tipos de serviços de saúde a estipulação de critérios foi o objetivo traçado pelo STF. Ficou definido, conforme a STA n. 175 que o cidadão tem liberdade para ajuizar ações requerendo seus direitos, mas que o Poder Público não estaria obrigado a fornecer medicamentos e tratamentos ainda em processo de experimentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À teoria jurídica estão associados muitos desafios, especialmente, quanto à sua legitimação. Em relação a jurisdição constitucional muito se escreveu sobre a legitimação democrática das decisões ali tomadas, tendo em vista a sua função contramajoritária. Por conseguinte, muito é criticado o desempenho político das instâncias judiciárias, revelando-se agravo ao princípio da separação de poderes.

Estas são algumas das situações-problemas que compõem o sistema jurídico em meio à complexidade do mundo hodierno. Em tudo isso, o sistema jurídico permanece com sua função de estabilizar contrafaticamente as expectativas normativas, de trazer alívio o sistema social por meio da redução da complexidade social.

Ambiente e sistema são complexos, são estruturas independentes, porém sem existência separada. O ambiente depende do sistema para existir, sendo a recíproca verdadeira. Sendo os sistemas operacionalmente fechados, por conta do processo natural da *autopoiesis*, que é o que garante a autorreferencialidade do direito, como administrar a abertura cognitiva?

A teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann em meados do século XX foi a teoria base para desenvolvimento deste trabalho, sendo ela a utilizada para perseguir o problema aqui exposto. Como pode ser observado a proposta foi fazer uma análise das audiências públicas jurisdicionais realizadas no STF à luz da teoria sistêmica, pretendendo-se refletir sobre a abertura cognitiva.

Para isso, foi necessário dividir o trabalho em quatro capítulos. O primeiro versou sobre a origem, as características e o estado da arte das audiências públicas jurisdicionais no Brasil. As audiências públicas têm se revelado, ao lado de outros instrumentos participativos, como mecanismo relevante para o universo legislativo, executivo e judiciário. Embora exista uma maior utilização por parte dos poderes legislativo e executivo, tem crescido sua incidência no contexto judicial.

A experiência do Supremo Tribunal Federal conta de 2007 e de lá para cá foram realizadas 25 (vinte e cinco) audiências públicas. Algumas delas com maior repercussão, tendo em vista a exposição pública que teve. Em tese, as audiências públicas no âmbito judicial, respaldadas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 e no Regimento Interno do STF, não encontram vasão apenas naquela Corte. De forma sucinta e informativa foram apresentadas a reação dos Tribunais estaduais quanto à previsão desses instrumentos em seus regimentos, especialmente, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Dos 27 Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça analisados 13 fazem referência expressa a utilização das audiências públicas, embora apenas os Regimentos do TJ/BA e do TJ/RJ estabeleçam critérios mais claros quanto ao procedimento.

Em referência às APJ's realizadas no STF foi abordado os termos do Regimento Interno daquela casa, bem como a quantidade de audiências realizadas até o segundo semestre de 2018. Dessas 25 (vinte e cinco) audiências 03 (três) foram escolhidas para compor o estudo de caso deste trabalho, considerando-se a relevância e a afinidade das temáticas com a matérias dos direitos fundamentais e da interação entre os sistemas político e jurídico.

Antes mesmo de se analisar os casos destacados fez-se necessário apresentar a teoria dos sistemas, lançando-se mão de seus conceitos próprios. Sendo assim, se contextualizou a teoria da sociedade de Niklas Luhmann, que entende a sociedade como um sistema social composto por sistemas parciais, todos eles independentes e autorreferenciais. A autorreferencialidade dos sistemas conjuga-os como fechados, posto que o fechamento operacional dá unidade ao sistema.

Entretanto, ao mesmo tempo que se destacam por serem fechados, operantes cada um de acordo com seu código binário, também são abertos cognitivamente. A abertura cognitiva funciona como ampliação da competência observatória dos sistemas, pela inserção de um observador de segunda ordem, de forma a preencher os pontos obscuros do sistema jurídico. Ocorre, portanto, que o fenômeno da abertura cognitiva não ofusca a autorreferencialidade do sistema, visto que a comunicação se dará nos limites do sistema jurídico.

Tendo por base, toda a conceituação sistêmica e, especialmente, quanto ao entendimento da sociedade hipercomplexa como fruto do fenômeno da diferenciação funcional, as audiências públicas são analisadas como mecanismos de participação no processo judicial e que dão vasilha para a abertura cognitiva do Poder Judiciário, introduzindo, por sua vez, um outro observador.

É aqui que se introduziu o conceito de legitimação sistêmica para atribuir, nesse contexto, a ideia de Luhmann quanto ao problema da legitimação. Para Luhmann a legitimação do direito está nele mesmo, na sua capacidade autopoietica e se perfaz por meio de procedimentos (legitimação pelo procedimento).

Enquanto o terceiro capítulo se ocupou de traçar os delineamentos sobre legitimação democrática e apresentar a legitimação sistêmica, o quarto e último capítulo objetivou exemplificar, com a análise de casos práticos, a configuração da abertura cognitiva da jurisdição constitucional concentrada. Para isso, foram objetos de análise a ADI 3.510, a ADPF, a ADPF 442 as Suspensões de Tutela Antecipada 175 e 178.

O critério para escolha das referidas ações decorre da natureza dos direitos fundamentais objetos das mesmas: o direito à vida e à saúde. Nas audiências públicas referentes a essas ações os observadores de segunda ordem decorreram de vários subsistemas, cuja minuciosa análise dos habilitados permitiu se observar, quais sejam: o sistema político, religioso, da ciência e econômico.

Os sistemas religioso e científico foram os que mais participaram e irritaram o sistema jurídico no tocante às ações que discutiam o direito à vida. Quanto ao sistema político é aquele processo recorrente de irritação entre o direito e a política. Um tema como o direito à vida pode ser melhor discutido no âmbito do poder legislativo, embora se reconheça a função contramajoritária da jurisdição constitucional.

O sistema econômico por sua vez foi mais irritado quando do debate acerca da judicialização da saúde. Não apenas pelo fato de afetar toda uma política de mercado sustentáculo de empresas privadas e profissionais liberais, mas também pelo efeito da decisão constitucional na seara da economia pública.

Como já dito alhures, o objetivo não consistiu em aprofundar o direito fundamental à vida ou à saúde, tendo sido ele utilizado como pano de fundo para se enxergar com mais clareza como os processos de abertura cognitiva e irritação sistêmica se perfazem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. *(Re) Estabilização de expectativas normativas: observação sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2014. 112f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. *Constituição, complexidade e contingência: o desafio da tutela de direitos na sociedade contemporânea*. Brasília: Revista Jurídica da Presidência. v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018 (p. 622-644).

ANDRADE, Cláudia Castro de. *A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela*. Amargosa: Revista de Filosofia. v.6, n.2, dezembro/2012. Disponível em www.ufrb.edu.br/griot Acesso em 12 ago. 2012.

AMADO, Juan Antonio García. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. *La Teoría de Niklas Luhmann*. In: *Convergência*, México, n. 32. maio-ago.2003

BARBER, Benjamin. *The uncertainty of digital politics: democracy's uneasy relationship with information technology*. *Harvard International Review*. Vol. 23, I. Disponível em: <http://hir.harvard.edu/article/?a=999>. Acesso em 11 nov. 2018.

BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. *Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte*. Resolução n. 2/1987 Disponível em < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional> Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 jul. 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: Percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editores Arraes, 2014.

DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1997.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09.

GODOY, Dagoberto Lima. *Luhmann e o Direito como sistema de generalização congruente das expectativas comportamentais*. Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 4, n. 1, p. 74-107, jan./jul. 2008.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2. Cap. XI. p. XII. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf> Acesso em 18 mai. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa & DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. São Paulo: Lua Nova, n.36, 1995. "Três modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa". El ojo del Huracan 4, 14/15, 1993. Texto da apresentação de Habermas no seminário "Teoria da democracia", na Universidade de Valência, 15/10/1991.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HERZL, Ricardo Augusto. *A importância dos tribunais na aplicação e na interpretação do direito a partir do respeito ao sistema de precedentes judiciais*. Florianópolis: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. Revista Direito Público, n. 21, mai.-jun./2008.

LEITE, Glauco Salomão. *A "politização" da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD. Ano 3, Junho/2007.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. *A Audiência Pública realizada na ADI 3510-0: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal*. 2008. 79f. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo.

LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas*. Modelo teórico e discursos críticos. Belo Horizonte: Kriterion, vol.51, n.121, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Cortês Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. Trad. Javier Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas Luhmann. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 15 dez. 2018.

MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática?* In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

MARCONI, Marina de Andrade & LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARONA, M. C.; ROCHA, M. M. *Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Revista Sociologia e Política, v. 25, n. 62, p. 131-156, (jun.), 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. *Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e Status Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Revista Direito e Democracia. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5837/5258>> Acesso em 15 dez.2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo)*. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da participação política. Legislativa, administrativa e judicial*. Rio de Janeiro: renovar, 1992.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e sua obra. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. (p. 9-17).

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 47.

OLIVEIRA, Jadson Correia de Oliveira. *Controle de Constitucionalidade pelo STF: Participação e democratização por meio de audiências públicas e do amicus curiae*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

PEREIRA, Geailson Soares. *O Direito como sistema autopoietico*. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011.

QUEIROZ, R. P. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 2012. 290f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*. Sequência nº 28, junho/1994.

SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

SILVA, I. S. P.; SANTOS, M. G.; PAULINO, V. J. A. *Audiências Públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 3, n. 11, (jan. /mar.), 2015.

SILVA, Artur Stamford da. *10 Lições sobre Luhmann*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

STF. ADI 3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Acórdão não publicado, 2007. Disponível em < www.stf.jus.br > Acesso em 08 out. 2018.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Direito e Política na Teoria dos Sistemas*. In: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann*. Recife: Editora Universitária UFPE, Anais do Congresso Internacional em homenagem a Cláudio Souto, 2009. (p. 313-324).

UGARTE, Pedro Salazar. *Que participação para qual democracia?* In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Paulo. *Participação e Deliberação. Teoria Democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34 (pp. 93-106).

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Coord.). *Audiências Públicas e Ativismo: Diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constitucionalismo democrático: sobre como reside no poder a aptidão para limitar a si mesmo*. In. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010.