

## A PERMANENTE BUSCA POR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

## A CONSTANT SEARCH FOR DEMOCRATIC LEGITIMACY IN THE DECISIONS OF THE JUDICIARY

Renata Rodrigues de Castro Rocha<sup>1</sup>

Pierre Braz de Moraes<sup>2</sup>

### Resumo

O presente artigo tem a finalidade de expor a necessidade de uma permanente busca por legitimidade democrática nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em especial no âmbito do denominado ativismo judicial e levando-se em consideração a crescente judicialização de políticas públicas. O protagonismo do Judiciário, concebido a partir da nova jurisdição constitucional, não deve desprezar a participação efetiva (e cooperação) de indivíduos e da sociedade civil organizada no processo, sobretudo em demandas capazes de gerar grande repercussão, seja ela social, econômica, financeira, por exemplo. Expõe-se a necessidade de observância de teorias dialógicas, que estimulam diálogos institucionais entre os Poderes da república. São citadas, ainda, como exemplos de instrumentos de democratização do processo, a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas realizadas no âmbito de cortes Superiores.

**Palavras-chave:** Decisões. Legitimidade democrática. Poder Judiciário.

### Abstract:

This article aims to explain the need for a permanent search for democratic legitimacy in the decisions made by the Judiciary, in particular under the so-called *judicial activism* and taking into account the growing public policy judicialization. The protagonism of the Judiciary, conceived from the new constitutional jurisdiction, should not despise the effective participation (and cooperation) of individuals and civil society organizations in the process, especially in demands can generate great

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Ciência Florestal pela Universidade Federal de Viçosa – UFV, Minas Gerais. Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins - UFT. Professora do Programa Mestrado Interdisciplinar Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos -UFT. E-mail: renatarocha@uft.edu.br

<sup>2</sup> Advogado da União com atuação na Consultoria Jurídica da União no Estado do Tocantins. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual da Paraíba. Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE – Instituto para o Desenvolvimento Democrático – em parceria com a AVM Faculdades Integradas e com a Advocacia-Geral da União. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.



impact, be it social, economic, financial, for example. It exposes the need for observance of dialogical theories, which stimulate institutional dialogue between the powers of the republic. They are cited also as examples of process of democratization instruments, the role of *amicus curiae* and public hearings of the Higher courts.

**Keywords:** Decisions. Democratic legitimacy. Judiciary.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo aborda questionamentos acerca da legitimidade democrática de decisões do Poder Judiciário proferidas no âmbito do que se denomina de judicialização da política e/ou ativismo judicial. O fundamento democrático que se alega possuir o Judiciário, apesar de válido, não é o bastante para a integral democratização do processo.

De início, expõe-se o cenário jurídico-político em que está inserida a nova jurisdição constitucional, concebida a partir do *judicial review*<sup>3</sup> e do protagonismo do Poder Judiciário. Sem prejuízo do reconhecimento da louvável função que vem desempenhando o Poder Judiciário (na busca pela máxima efetividade das normas constitucionais), é necessário superar a inexistência de legitimidade democrática atribuída pelo voto popular aos seus membros, sobretudo em razão do papel contramajoritário dos órgãos do Judiciário. Para tal finalidade, impõe-se ainda fazer a diferenciação necessária entre democratizar a jurisdição constitucional e aceitar sempre como válida a opinião pública.

Em seguida, serão analisados exemplos de teorias e instrumentos existentes que podem ser capazes de proporcionar a participação efetiva da sociedade civil organizada no processo de tomada de decisões judiciais, a exemplo da audiência pública e do *amicus curiae*, ambos em consonância com teorias que estimulam diálogos institucionais.

Pretende-se, em síntese, debater acerca da necessidade de se buscar uma atuação democraticamente legitimada de juízes e Tribunais, sobretudo da Corte constitucional, em especial nas decisões capazes de gerar grande repercussão, seja ela financeira, econômica, social, cultural, entre outras.

<sup>3</sup> Em linhas básicas, o *judicial review* diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário revisar atos normativos dos demais poderes quando contrários à ordem constitucional vigente.

## 1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E ATIVISMO JUDICIAL – ASPECTOS PERTINENTES À COMPREENSÃO DO TEMA

Grandes transformações no mundo jurídico pós-segunda guerra deram origem ao que hoje se convencionou chamar de constitucionalismo contemporâneo, ou novo constitucionalismo (BARROSO, 2013). Dentre essas mudanças está o novo modo de se compreender a jurisdição constitucional, sobretudo a partir da concessão de força normativa à Constituição. A supremacia do Legislativo cede em face do crescente protagonismo do braço julgador do Estado<sup>4</sup>.

Nesse cenário, coube ao Poder Judiciário a tarefa de realizar o conteúdo constitucional<sup>5</sup>, concedendo-lhe a máxima efetividade possível. Advieram inúmeras consequências práticas dessa reconhecida evolução, a exemplo da superação da rígida e arcaica separação entre direito e política, que não mais se sustentava.

Essa nova *tarefa* da qual ficou encarregado o Poder Judiciário – sobretudo a Corte constitucional – veio acompanhada de novos poderes, que, por sua vez, possibilitaram àquele Poder figurar como protagonista, e não apenas como coadjuvante na busca pela implementação dos desejos da Constituição.

É nessa seara que se inserem temas como a judicialização de políticas públicas e o já conhecido termo *ativismo judicial*. O primeiro representa, em linhas básicas, uma situação de fato na qual o Poder Judiciário passa a deter uma maior parcela de participação na tomada de decisões acerca das políticas públicas nacionais, ainda que por via oblíqua – já que a atribuição de criar e executar as normas destinadas àquela finalidade são, como sabido, do Legislativo e do Executivo, no exercício de suas funções típicas.

O professor e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Barroso, elenca três grandes causas da chamada *judicialização* (BARROSO, 2009): a primeira vinculada à *redemocratização* do país, na medida em que o Judiciário deixou de ser um “departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis”. Outra causa indicada é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. A terceira, apontada pelo autor (BARROSO, 2009, p. 72), é o *constitucionalismo abrangente*, “que trouxe para a

<sup>4</sup> Exceto em alguns países que mantiveram a tradição da supremacia parlamentar, a exemplo da Inglaterra.

<sup>5</sup> Tarefa antes atribuída quase que exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária<sup>6</sup>.

O ativismo judicial, por sua vez, indica uma atuação proativa do Poder Judiciário ao interpretar e concretizar o sentido constitucional. Representa uma decorrência lógica do novo cenário acima citado, em que o próprio Judiciário *quer* para si a função de interferir em algumas decisões públicas e políticas da nação. Nas palavras de Barroso,

a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 73).

Não só o Judiciário objetiva ter uma atuação mais incisiva. Também o povo pretende trazer para si parte das decisões sobre os rumos do país<sup>7</sup>. O atual regime democrático de direito vigente no Brasil e sua Constituição democrática anseiam por uma maior participação da sociedade nas fases de tomada de decisões cruciais para a nação. Mesmo que se possa admitir a variação de seu conceito, a *democracia* ainda representa, em linhas básicas, a soberania popular; vontade do povo, ainda que em maioria.

Em países como o Brasil, o exercício da democracia só é viável de modo indireto (ainda que se admitam elementos da democracia direta). De qualquer modo, o certo é que todo cidadão tem o poder/direito de dizer quem ele pretende ver como seu representante, seja no parlamento ou no Executivo. Esse poder, conquistado com muito sacrifício ao longo de décadas<sup>8</sup>, não pode e nem deve ser subestimado.

---

<sup>6</sup> Em interessante passagem, afirma Barroso (2009) que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”.

<sup>7</sup> Exemplo dessa ativa atuação popular é a conhecida Lei da Ficha Limpa, lei complementar n° 135, de 2010, que teve origem numa iniciativa popular de lei (referida lei complementar alterou a LC n° 64/90, que trata de hipóteses de inexigibilidade).

<sup>8</sup> Algumas conquistas consideráveis vieram desde a era Vargas, como o voto extensivo às mulheres. Todavia, houve ao longo da república brasileira períodos escusos de cerceamento de liberdades e direitos políticos - lembremo-nos da ditadura Vargas e da ditadura militar, esta última encerrada há pouco anos atrás com a redemocratização. De todo modo, o atual sistema de participação política no direito brasileiro é o mais evoluído desde que o país se viu livre das amarras do colonialismo dos Séculos XVI a XIX.

Em verdade, ainda que haja falhas, a representatividade dos eleitos pelo povo não *deve ser desprezada*.

É justamente na ausência de representatividade atribuída através do voto que repousa parte das críticas sobre o ativismo judicial; sobre a atuação do Poder Judiciário em demandas relacionadas a políticas públicas – em especial quando envolve aspectos atinentes à formulação e à execução dessas políticas. Dito de outro modo, um dos pontos mais questionados em relação a essa moderna atuação do Judiciário diz respeito à alegada ausência de legitimidade democrática de parte de suas decisões, sobretudo aquelas que, a princípio, poderiam ser consideradas exorbitantes dos limites assegurados constitucionalmente àquele Poder.

A crítica democrática à atuação do Judiciário ganha relevo quando se está diante de decisões que envolvam recursos públicos, aquelas capazes de gerar uma repercussão financeira para a Administração Pública, sobretudo em áreas ligadas a direitos sociais satisfeitos mediante prestações positivas, a exemplo da saúde, educação, moradia, entre outros. A esse respeito:

Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos (BARROSO, 2015, p. 22).

Ingo Sarlet, em texto no qual trata sobre o direito social à saúde, assim discorre acerca da questão da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal no âmbito das decisões que repercutem no erário público – não necessariamente se posicionando a respeito:

(...) argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes (SARLET, 2007).

Importante ressaltar que a integral legitimidade democrática a ser alcançada, aqui defendida, não abrange tão somente as demandas que provoquem impactos financeiros (apesar de se reconhecer que nestes tipos de demandas essa legitimidade ganhar maior relevo). Envolve toda e qualquer decisão da Corte

constitucional que seja capaz de produzir repercussão de um modo geral, seja ela financeira, econômica, social, cultural, política, para citar alguns exemplos.

Outrossim, assegurar a legitimidade democrática no âmbito do Poder Judiciário não significa necessariamente que suas decisões devam corresponder à opinião pública. Há alguns debates em torno da necessidade ou não de se aceitar a opinião popular no momento de se proferir decisões de grande repercussão.

Segundo Barroso (BARROSO, 2013, p. 422-444),

Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. (...). A relação entre órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular – é, reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social.

Fazendo o contraponto, conclui:

Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro dos limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.

Ainda que se possa considerar de extrema importância em algumas situações a observância da opinião pública, certo é que ela, sozinha, não é capaz de atribuir a tão desejada legitimidade democrática às decisões da Corte Suprema. Isto porque, “como há vencedores e vencidos nessas contendas, não é possível agradar a todos nem muito menos aspirar à unanimidade” (BARROSO, 2013, p. 444).

Discute-se também até que ponto a chamada *opinião pública* representa a opinião da maioria, ou, ainda, uma posição livre e consciente, desprovida de interferências escusas. Nesse sentido,

a sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular. De parte disso, a opinião pública, manipulada ou não, sofre variações, por vezes abruptas, em curto espaço de tempo. Será preciso, assim, distinguir, com as dificuldades previsíveis, entre clamor público, paixões do momento e opinião sedimentada (BARROSO, 2013, p. 444).

Ressalte-se que não se está afirmando que inexiste qualquer suporte democrático na atuação do Judiciário. Não se pode negar que há sim uma espécie de autorização constitucional para a judicialização de políticas públicas e, ainda, para o próprio ativismo judicial – ainda que consideremos que essa *autorização* é extraída da nova hermenêutica constitucional.

A Constituição atribui ao Poder Judiciário parcela da função estatal que tem por objetivo garantir o efetivo cumprimento de suas normas. Outro argumento utilizado por quem defende a existência da legitimidade democrática reside no fato de que cabe ao Supremo Tribunal Federal proteger a Constituição contra atos tendentes a ferir os valores constitucionais, ainda que sejam eles praticados por aqueles que foram escolhidos pelo voto popular para formular e executar as políticas públicas. A esse respeito:

Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do direito (BARROSO, 2009).

Apesar de se admitir que os argumentos acima listados são plenamente válidos, não são eles suficientes para que consideremos efetiva a desejada legitimidade democrática, pelo menos em termos. Portanto, a integral e completa democratização das decisões das Cortes e dos juízes só é possível de ser assegurada se houver (maior) participação da sociedade no processo decisório.

A legitimidade democrática aqui defendida não abrange apenas a participação do cidadão comum de forma isolada, mas também, e principalmente, de entidades organizadas da sociedade, a exemplo das associações de classes, sindicatos, federações, confederações, organizações sociais, grupos políticos, religiosos, entre

outros. Engloba ainda a participação e diálogo com os demais Poderes do Estado – Legislativo e Executivo.

Deve-se atentar apenas para os interesses e os limites de participação de cada *legitimado* nesse processo de democratização da demanda, já que tão nociva quanto a ausência é a intervenção inoportuna, considerada aquela, por exemplo, sustentada por interesses escusos, capazes de tumultuar o andamento do processo ou mesmo inviabilizar o seu resultado prático.

Não se pode desprezar a contribuição que possa ser dada por diversos atores processuais. Pelo contrário, a atuação pertinente não só é capaz de fornecer subsídios ao julgador, como, ainda, de contribuir decisivamente no seu modo de compreender e decidir acerca de determinada matéria. Isto se deve ao fato de que os juízes e Tribunais, inegavelmente, sofrem influência de fatores externos<sup>9</sup>. A respeito dessa “interação com outros atores políticos e institucionais”, assim asseverou Barroso:

Como se vem enfatizando até aqui, decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos. Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural. Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Dentre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais. E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente a perspectiva de seu efetivo cumprimento (BARROSO, 2013, p. 434).

A democratização de decisões do Poder Judiciário ganha relevo também quando se discute acerca de sua correção ou (in)justiça. Isto porque sua legitimidade democrática estaria assegurada ainda que sua atuação se dê de forma *contramajoritária*<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> As influências devem ser sopesadas, separando-se as negativas daquelas capazes de contribuir com o julgado.

<sup>10</sup> O termo *contramajoritário* é utilizado para se referir aos atos do STF que vão de encontro às opções feitas pelo Executivo e pelo Legislativo no desempenho de suas funções, situação que ocorre, por exemplo, quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Congresso e de atos normativos do Executivo; contrariam, portanto, e em tese, as escolhas feitas pelos representantes do povo eleitos pela maioria.

Outrossim, é possível que o resultado de um julgado possa ser considerado desastroso por alguns. Contudo, é inegável que o *decisium* estará respaldado por um suporte legítimo, capaz de atribuir-lhe a pecha democrática que às vezes carece ao Judiciário. De qualquer modo, também é possível imaginar que a pretendida correção/justiça das decisões do Judiciário estará relacionada, de modo diretamente proporcional, a uma maior democratização do processo, ou seja, quanto maior a participação de atores, maior será a “correção” do julgado. Acho que podemos considerar essa afirmação uma presunção, ainda que relativa.

Expostas essas premissas básicas, questiona-se: de que modo seria possível assegurar a participação da sociedade na tomada de decisões no âmbito do Poder Judiciário e, desse modo, conduzir à desejada legitimidade democrática? Nas linhas seguintes serão citadas algumas medidas pertinentes para tal finalidade.

## 2 MEIOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Iniciamos este tópico citando a necessidade de que o Judiciário observe em seus julgados as teses defendidas pelas denominadas *teorias dialógicas*, ou diálogos institucionais. Não se pretende neste estudo abordar detidamente os diversos aspectos e categorização das teorias dos diálogos institucionais. Objetiva-se apenas indicá-las como um dos suportes teóricos para a frequente busca da legitimidade democrática aqui proposta.

De modo geral, aquelas teorias defendem uma alternativa institucional à supremacia exacerbada do Judiciário, com a maior colaboração entre os Poderes; almejam uma distribuição de poder entre o Judiciário (ao julgar a ação) e os demais Poderes – sobretudo o Legislativo. Nesse sentido:

As teorias dialógicas, se fossem aplicadas em nossa sociedade, significariam um compartilhamento de poder. Desta forma, ao proceder ao estudo de casos de decisões judiciais da Suprema Corte brasileira deve-se indagar se elas foram pautadas previamente por um tratamento deliberativo e se traduzem um compartilhamento de poder (CARVALHO e VIEIRA, 2009).

Os autores corroboram, assim, a tese defendida ao longo deste ensaio no sentido de ser preciso buscar caminhos explicitamente democráticos e interativos entre os Poderes da República.

Observar a essência de teorias dialógicas asseguraria, por exemplo, que decisões judiciais não fossem concebidas somente a partir de pré concepções de mundo do julgador, mas sim em conjunto com ideias e argumentos oriundos dos demais Poderes da república e colhidos no âmbito do próprio processo judicial – em especial naqueles casos em que o julgado possa afetar políticas públicas de outras esferas do Poder.

Os diálogos institucionais, portanto, pretendem estimular o chamado *constitucionalismo cooperativo*, mediante a proposta de debates no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal. Buscam evitar tensão entre os Poderes, equilibrar o *judicial review* e, ainda, introduzir o viés político nas discussões que precedem essa revisão judicial.

Saindo do âmbito do discurso teórico em direção a um viés prático (mas que pode ser considerado decorrência das teorias dos diálogos), indicamos como pertinente instrumento de democratização das decisões do Judiciário a figura do *amicus curiae*. Nos processos objetivos de controle de constitucionalidade não é possível a intervenção de terceiros. Todavia, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, admite o chamado *amigo da corte* ao esclarecer que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

O *amicus curiae* representa, em linhas básicas, a possibilidade de se admitir que um terceiro que não é parte no processo possa atuar/intervir representando interesses daqueles que não possuem legitimidade para figurar no processo em um dos polos, trazendo aos autos informações, subsídios, enfim, contribuindo com o debate, de modo a influir no resultado do julgamento. O *amicus curiae* possui o condão de conferir legitimidade social às decisões perante a Corte constitucional.

Com a recente aprovação do novo Código de Processo Civil passou a ser formalmente admitida a intervenção de pessoas naturais na qualidade de *amicus curiae*. Eis o teor do novo dispositivo<sup>11</sup>:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a

<sup>11</sup> Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), cuja vigência se iniciou em 18 de março de 2016 – 1 ano após publicação oficial (art. 1.045).



participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias da sua intimação.

§1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

### Segundo Scarpinnella Bueno,

trata-se de regra bastante ampla e adequada para ampliar a possibilidade de atuação de terceiros sob aquelas vestes e que merece ser interpretada levando em conta as conquistas da doutrina e da jurisprudência sobre o mesmo tema no âmbito do “direito processual coletivo” (BUENO, 2008, p. 646-655). A regra, ao admitir a pessoa física para atuar na qualidade de *amicus curiae*, merece aplausos. É providência que encontra eco em diversas “audiências públicas” que o Supremo Tribunal Federal vem realizando em sede de controle concentrado de constitucionalidade e que, rigorosamente, devem ser entendidas como casos de *amicus curiae* (BUENO, 2011).

A manifestação de terceiros nos processos perante o Supremo Tribunal Federal também é assegurada quando há repercussão geral da matéria constitucional versada no recurso extraordinário. Essa possibilidade já era prevista no antigo Código de Processo Civil. Com a edição do NCPD a redação do dispositivo foi mantida. Eis o teor da norma:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§4º. O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>.

Talvez o mais hábil instrumento de contribuição para o desenvolvimento da legitimidade democrática das decisões do Judiciário está materializado na *audiência pública*, medida capaz de criar ambientes de discussão e debate em torno da matéria a ser julgada, sobretudo na nossa Corte constitucional.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade das leis a possibilidade de convocação de audiência pública está prevista na Lei nº 9.868/99<sup>13</sup>, em seu art. 9º, §1º, que assim dispõe:

<sup>12</sup> Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015.



Art. 9º. (...)

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

A Lei nº 9.882/99<sup>14</sup> também autoriza, em idêntico sentido, a convocação de audiência pública:

Art. 6º (...)

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

Por sua vez, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a regulação da audiência pública foi tardia. No ano de 2006, com a edição da Lei nº 11.418/2006 (que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil), foi criado o instituto da repercussão geral, que representou uma espécie de filtro para a admissão do recurso extraordinário. De acordo com o art. 543-A, §1º daquela lei,

Art. 543-A. (...)

§1º. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

O novo Código de Processo Civil manteve a redação praticamente inalterada<sup>15</sup>. A existência de *questões relevantes que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*, por óbvio, pode ser capaz de exigir a realização de uma audiência pública. Ocorre que não havia a devida regulamentação desse instrumento no âmbito da Corte constitucional.

Só com a edição da emenda regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009, é que a audiência pública foi devidamente normatizada internamente no STF.

<sup>13</sup> Referida lei trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

<sup>14</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

<sup>15</sup> Lei 13.015/2015, Art. 1.035: O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Encontra-se prevista nos art. 13, XVII, art. 21, XVII, e art. 154, III, e parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF<sup>16</sup>.

Para se ter ideia da implantação tardia de tão importante instrumento de democratização dos julgados do Poder Judiciário (*in caso*, do Supremo Tribunal Federal), a primeira audiência pública realizada pela Corte só ocorreu no ano de 2007, no seio do debate em torno da ADI 3510, que discutia a constitucionalidade da lei de biossegurança. A audiência foi convocada pelo, à época, Ministro Ayres Britto<sup>17</sup>.

A audiência pública deve ser admitida no controle difuso de constitucionalidade sempre que a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal puder ultrapassar os interesses subjetivos do recurso extraordinário<sup>18</sup>. Isto ocorre de modo mais evidente, por exemplo, na existência da chamada repercussão geral por amostragem, quando há multiplicidade de recursos com fundamento na mesma controvérsia:

---

<sup>16</sup> Art. 13. São atribuições do Presidente:

(...)

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

Art. 21. São atribuições do Relator:

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

Art. 154. Serão públicas as audiências:

(...)

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência”.

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>

<sup>18</sup> Exemplo poderia ocorrer na hipótese (admitia por alguns e criticada por muitos) da transcendência dos motivos determinantes da decisão no controle difuso de constitucionalidade, situação na qual não só o dispositivo, mas também os fundamentos da decisão produziram coisa julgada e efeitos vinculantes.



Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso<sup>19</sup>.

Na hipótese acima, a decisão a ser produzida pelo Tribunal terá grande repercussão sobre inúmeros processos sobrestados, afetando, em geral, uma grande quantidade de jurisdicionados.

O novo Código de Processo Civil, de modo acertado, também trouxe a admissibilidade de convocação de audiência pública no julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”<sup>20</sup>. O novo CPCP também previu a possibilidade de se admitir audiência pública no chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas”, que ocorre quando houver, simultaneamente, “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”<sup>21</sup>.

Importantes decisões foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal após a realização de audiências públicas. São exemplos de julgados relevantes que foram produzidos após o debate democrático: discussão sobre a questão das células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), importação de pneus usados (ADPF 101/DF), interrupção da gestação de anencéfalos (ADPF 54/DF), política de ações afirmativas para fins de acesso ao ensino superior (ADPF 186/DF), entre outros.

Outro pertinente exemplo dessa realidade é encontrado no voto do Ministro Relator Gilmar Mendes ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 – AgR na SL 47/PE, em 2010, *verbis*:

<sup>19</sup> O dispositivo correspondente no antigo Código de Processo Civil é o artigo 543-B, que assim dispõe: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

<sup>20</sup> Lei 13.105, de 16 de março de 2015, art. 1.038, II.

<sup>21</sup> Lei 13.105, de 16 de março de 2015, art. 976 c/c art. 983, §1º.



Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as **experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde**, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

(...)

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência pública para ouvir os especialistas em matéria de saúde pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estado e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

A contribuição daquela audiência pública para a decisão final do STF no AgR na SL 47 pode ser vislumbrada na seguinte passagem do voto do Ministro:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

É necessário repetir que, ainda que não se concorde com um ou outro julgado acima citado (é impensável falar em unanimidade), não se pode negar a importância que os discursos em torno da matéria debatida possuem para o resultado final do entendimento e para a concessão do suporte democrático ao julgado.

Ainda a respeito da audiência pública como meio de se legitimar decisões judiciais – no caso, na seara da proteção ao meio ambiente:

O que é mais relevante destacar, considerando os objetivos específicos deste artigo, é a carência de legitimação democrática para a gestão e implementação das políticas públicas e das decisões em matéria ambiental no âmbito da jurisdição.

(...)

Neste contexto, é fundamental que o cidadão tenha oportunidade de participar, como sujeito ativo e protagonista das decisões ambientais, por intermédio das audiências públicas judiciais, contribuindo com o tratamento adequado das lides ambientais.

A convocação de audiências públicas no processo judicial deverá em todos os casos em que a participação popular seja relevante em razão do alto grau de litigiosidade e da quantidade de direitos fundamentais envolvidos e em rota de colisão. Como, por exemplo, nos casos de ocupações irregulares de áreas de Preservação Permanente, criações de parques, dentre outros.

A democratização do Acesso à Justiça Ambiental, com ampla participação popular, por intermédio de audiências públicas judiciais, é a melhor forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário na tutela do ambiente e também servirá como mecanismo estratégico de conscientização e educação ambiental. É com a cooperação de todos e com a inteligência coletiva que

será possível assegurar a proteção efetiva dos interesses e direitos fundamentais envolvidos direta ou indiretamente nos litígios ambientais, em especial a garantia plena da higidez ambiental para uma melhora contínua das condições de existência humana no planeta (STAFENN e BODNAR, 2010).

As ilustrações feitas acima representam parte de um esforço válido no sentido de se buscar, de modo incessante, a democratização dos debates no âmbito do Poder Judiciário, possibilitando, por consequência, que se atribua legitimidade às suas decisões.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da contemporânea atuação de juízes e Tribunais é possível colher pontos positivos, negativos, críticas, elogios, enfim; em verdade, toda mudança de paradigma origina uma nova discussão acerca das novas ideias postas a debate. Não se pode negar a imensa contribuição que o Poder Judiciário tem dado à estabilidade das instituições ao impedir abusos, assegurar direitos e garantias, impor o respeito à constituição, entre outras medidas louváveis.

Todavia, é imprescindível que sua atuação seja respaldada democraticamente. Grandes passos já foram dados nesse sentido, como se viu com a criação de institutos como a audiência pública e o *amicus curiae*. De todo modo, sempre tem que se estar diligente para a manutenção e avanço das conquistas, pois, como dito exaustivamente ao longo do texto, a legitimidade democrática dos atos do Judiciário só é possível de ser alcançada (ou mesmo mantida, como queira) com a constante participação e cooperação dos diversos atores processuais, seja oriundos da própria política ou da sociedade civil organizada.

Por fim, importa registrar que não se pretendeu aqui exaurir o tema. Pelo contrário, buscou-se apenas estimular o debate e a busca por mecanismos que, de modo geral, possa contribuir mais ainda com a garantia de que os anseios e valores constitucionais possam ser assegurados.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: < [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf) >. Acesso em: 09 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) >. Acesso em: 09 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: atualizado até junho de 2014. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Junho\\_2014\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf) >. Acesso em: 10 out. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil. Brasília: **Revista de informação legislativa**, ano 48 n. 190 abr./jun., 2011.

CARVALHO, Flávia Martins – VIEIRA, José Ribas – RÉES, Mônica Campos. **As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do supremo tribunal federal**. Revista internacional de direito e cidadania, n. 5, p. 81-92, out./2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

STAFENN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo. Audiência judicial participativa como instrumento de acesso à justiça ambiental: diálogo com Elio Fazzalari. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas.** Macapá, n. 2, p. 89-104, 2010.