

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: O EXEMPLO DA ADPF 54

PUBLIC HEARINGS IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE ADPF'S 54 EXAMPLE

Margarida Maria Lacombe Camargo¹

RESUMO

No âmbito de um projeto maior sobre as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, este artigo explora o exemplo da audiência pública realizada no processo da ADPF 54, conhecida como “O Caso da Anencefalia”. Com base no que a lei diz, e a partir da forma de convocação e da realização dos trabalhos, o presente ensaio busca verificar o desenho institucional que a prática tem conferido às audiências públicas no Brasil. E com a análise crítica dos argumentos, perceber qual é o tipo de discurso que chega ao STF. Nesse aspecto ressalta-se a relação entre Direito e Ciência, bem como, Direito e Moral.

PALAVRAS-CHAVE: Audiências Públicas; Direito e Ciência; Direito e Moral

ABSTRACT

As part in a larger project about public hearings in the Brazilian Supreme Court, this paper explores the example of the public hearing performed in the ADPF's 54 lawsuit known as “The Anencephaly Case”. Based on what the law says, from the calling form and the execution of works, this paper tries to verify the institutional design that the practice has given to public hearings in Brazil. And with the critical analysis of arguments, realizes what kind of discourse arrives in Supreme Court. In this aspect, it rebounds, the relationship between Law and Science, as well as, Law and Moral.

KEYWORDS: Public Hearings; Law and Science; Law and Moral

¹ Pesquisadora da Fundação Casa de Rui Barbosa e Professora da UFRJ.
Obs. Esse trabalho contou a colaboração de Henrique Cunha Rangel, na condição de bolsista do PIBIC/CNPq/UFRJ, durante o ano de 2011.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo faz parte do projeto de pesquisa desenvolvido com apoio do CNPq, intitulado “As audiências públicas nas decisões do STF: repercussão e alcance”. Apesar do número cada vez maior de audiências públicas realizadas pelos poderes executivo e legislativo, bem como pelas agências reguladoras, comissões especiais, Conselho Nacional de Justiça etc, e talvez da pouca atenção que essa prática tenha merecido por parte dos pesquisadores, nossa preocupação no momento recai sobre o processo decisório do tribunal superior detentor do poder da “última palavra”.² Uma preocupação que nos leva a analisar as teses que adentram nesse tribunal por outros meios que não mediante a demonstração do interesse das partes e da manifestação do Ministério Público. Também não através do agentes de controle de constitucionalidade das leis em sua dimensão objetiva (art. 103 CF). São interesses que chegam ao tribunal por meio da *expertise*. Mas não está claro, no caso brasileiro, se com as audiências públicas o STF pretende obter maior adesão popular e com isso ampliar sua base de legitimidade ou se pretende buscar um outro tipo de conhecimento que não o jurídico, para julgar com mais propriedade. Nossa hipótese é a de que as audiências públicas do STF, a despeito do seu aparente viés democrático, de consulta popular, são mais utilizadas para efetuar uma consulta à comunidade científica.

Este trabalho assume então uma perspectiva prática e se concentra na experiência recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro. A análise recai particularmente sobre as

² A última palavra de um tribunal superior, em sua dimensão normativa, irradia-se por toda a ordem jurídica positiva. A propósito vale lembrar um pouco da teoria de Perelman quando mostra que “As decisões, suas motivações, contribuem na elaboração da ordem jurídica, uma vez que fornecem precedentes para decisões futuras. O sistema jurídico se constitui, na verdade, progressivamente, pois os precedentes possibilitam a aplicação da regras de justiça, que exige que se trate da mesma maneira situações essencialmente semelhantes. É bem verdade que esta regra não é nem unívoca nem constringente, pois o juiz está autorizado a mostrar que a nova situação não é essencialmente semelhante ao precedente; mas é suficiente apenas pretendê-lo, é preciso justificar tal ponto de vista. É por causa do papel inegável do precedente e da regra de justiça que a jurisprudência fornece material à doutrina; esta enquadrará numa estrutura conceitual as decisões judiciais que justificam as construções teóricas, fornecendo, por sua vez, argumentos que motivarão decisões futuras.”

Chaim Perelman, *Teoria Pura do Direito e Argumentação*. Texto traduzido do original francês por Ricardo R. Almeida, no âmbito da linha de pesquisa sobre Retórica e Teoria da Argumentação do PET-JUR da PUC-Rio, em 1993. Publicado em PERELMAN, Chaïm. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968.

peças arquivadas no site do STF, como petições iniciais, pareceres da PGR, despachos, sentenças (inteiro teor dos acórdãos) e notas taquigráficas das audiências públicas. A partir da identificação do perfil de participante de uma audiência pública, do tipo e da qualidade dos discursos apresentados, e da forma como o diálogo ocorre com vistas ao convencimento do julgador e o alcance da decisão, busca-se oferecer subsídios para um maior conhecimento da matéria e para o aperfeiçoamento dos desenhos institucionais.

Após considerações preliminares sobre o instituto do *amicus curiae*, que guarda semelhanças com a audiência pública, iniciamos o estudo da ADPF 54, que propõe a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro, de forma a se reconhecer a licitude do aborto terapêutico para os casos de gravidez de feto anencefálico. Para instruir esse julgamento, quatro anos após a propositura da ação foi realizada uma audiência pública e escutadas 29 pessoas, dentre autoridades e representantes de associações. A questão toca de perto o tema do aborto, quando o problema do direito à vida ganha acento.

2. OS AMICCI CURIAE E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: algumas considerações para a pesquisa

Um dos grandes desafios dos tribunais gira em torno da interpretação de questões morais, consideradas como aquelas que atingem um considerável nível de avaliação individual seja por parte de quem julga, seja por parte daqueles que o juiz procura representar ao decidir.³

Quando Kelsen estabelece os limites que caracterizam o direito como objeto de conhecimento, mostra a relação da moral com o direito como relativa e não absoluta.⁴

³ Levo em consideração aqui a chamada, por Alexy, “representação argumentativa”, própria dos tribunais que, ao decidirem, buscam adensar a racionalidade de suas decisões a ponto de obterem concordância dos que possam vir a ser atingidos direta ou indiretamente pela decisão. Nesse sentido ver ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, in: ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

Cf. Também CAMARGO, Margarida Maria Lacombe ; GAMA, F. . Representação Argumentativa: fator retórico cu mecanismo de legitimação da atuação do STF?. In: XIX Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010

⁴ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67 a 78; O Que é Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1 a 25.

Ainda que a norma jurídica encampe um valor, direito e moral não se confundem. A norma protege determinado bem, mas pode deixar de fazê-lo a qualquer momento, conforme expressão manifesta da vontade do legislador. Contudo, podemos dizer que não é apenas o legislador quem determina o que deve ou não deve ser protegido pelo Direito, ao editar a lei, mas também o juiz quando a interpreta. Ao decidir, o juiz anuncia qual o direito, ou o bem que a lei protege ou deixa de proteger. O legislador *aponta* para o que é devido e o o juiz *diz* o que efetivamente é devido. É ele que transforma o direito do mundo do *dever ser*, das normas, para a concretude do mundo do *ser*, ao ditar a sentença.

Nesse sentido, e dado o cada vez maior nível de conscientização democrática das sociedades contemporâneas, o Poder Judiciário torna-se mais visível e por isso cada vez mais responsável pelas decisões que toma. Notadamente porque lhe cabe a última palavra sobre o que diz o Direito.⁵ Assim pululam em toda parte formas variadas de diálogos do Judiciário com a sociedade, seja pelos meios de comunicação seja pelos canais propriamente institucionais. Nesse bojo vale destacar a ação dos *amici curiae* e a *expertise* dos participantes das audiências públicas.

As audiências públicas, como sabido, foram incorporadas ao nosso sistema pelas lei 9868 e 9882, ambas de 1999, momento em que o legislador brasileiro debruçou-se sobre a regulamentação do processo de controle da constitucionalidade das leis, face ao fenômeno de objetivação dos direitos fundamentais. E como decorrência de tal fenômeno, acentuado fica o poder normativo dos tribunais superiores. O grau de representatividade daí exigido leva, por sua vez, ao aumento da presença dos *amici curiae*. Num sentido amplo podemos chamar de *amicus curiae* os representantes de parcelas da sociedade, que se manifestam por meio de *briefs*, bem como as autoridades, os técnicos e os cientistas chamados a se pronunciar nas audiências públicas. Entendemos como “amigo da corte” aquele que sob a perspectiva substantiva do conhecimento colabora com a Corte no processo de tomada de decisão.⁶⁷

⁵ Nesse sentido conferir o trabalho de Rodrigo Brandão, *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

⁶ Tomamos como referência particularmente as experiências norte-americanas, para falar do *amicus curiae*, e brasileira, para o caso da audiência pública.

⁷ Nesse sentido verificar pesquisa feita por Damares Medina, publicada no livro *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

No Brasil a figura do *amicus curiae* aparece em 1999, com as Leis 9868 e 9882, que dispõem sobre o processo de controle da constitucionalidade das leis e, posteriormente, com a introdução do instituto da Repercussão Geral (Lei 11.418/06) e do procedimento para julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ (Lei 11.672/08). Passa-se a admitir a manifestação de terceiros, como pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Em função da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, nos termos da Lei 9868/99 e por força da interpretação sistemática, pode o Relator do processo admitir a presença do “*amicus curiae*”.^{8 9} Não raramente os convidados a participar das audiências públicas também têm sido chamados de *amici curiae*. *Lato sensu*, podemos dizer que o *amicus curiae* é todo aquele que, sem ser parte no processo, contribui para a decisão, com as informações e argumentos que traz.

Contudo, algumas semelhanças e distinções entre o instituto do *amicus curiae*, propriamente dito, e a audiência pública podem ser apontadas de pronto, ou numa primeira vista. Em comum, tanto um quanto outro não são afetados diretamente pela decisão, que reconhece o direito do caso concreto; mas como portadores de direito subjetivo¹⁰ em situações assemelhadas ou conexas. Tomo aqui como parâmetro o precedente judicial, cuja força normativa serve de direito objetivo. São, portanto, pessoas interessadas em maior ou menor grau.

⁸ A legislação brasileira trata normalmente da figura do *amicus curiae* como “manifestação de terceiros”, à exceção da Lei dos Juizados Especiais, que traz referência expressa: Resolução nº 390/2004 do Conselho de Justiça Federal (regula Juizados Especiais Federais), art. 23, “As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de *amicus curiae*, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.”

⁹ A doutrina brasileira trata do *amicus curiae* como portador de interesse jurídico relevante não correspondente ao das partes, com vistas a uma decisão justa, na visão de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, no texto “Natureza Jurídica da Intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade”; como defensor de interesse público institucional que transcende o interesse das partes, conforme Cássio Scarpinella Bueno em “Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático”; na defesa de um interesse de abrangência coletiva e social, nas palavras de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, em “Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”, citados por Damarens Medina, op. cit., p. 38, 39 e 40.

¹⁰ Nesse sentido podemos distinguir a “manifestação de terceiros” da “intervenção de terceiros”. A atuação do *amicus curiae* pode ser considerada como “manifestação de terceiro,” enquanto a “intervenção de terceiros” corresponde a “Quem pretender, no todo e em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”, conforme dispõe o artigo 56 do CPC.

O *amicus curiae*, por definição, dispõe de maior interesse, tal que se chega à Corte, nos termos da legislação vigente já citada. Na audiência, ao contrário, a demanda parte da Corte. Acolhe-se a uma convocação feita mediante ofício ou edital.¹¹

Nos EUA a prática do *amicus curiae* é mais antiga e comum, por razões variadas, a ponto de ter sido construída ao longo do tempo uma rede organizacional de entidades prontas a atuar como *amicus curiae*.¹² É o caso do *Business Groups and Trades Association*, que reúne associação de bancários, hospitais, seguradoras, manufaturas de automóveis, indústria de biotecnologia, indústria, de software etc; da *Medical and Dental Professional*, que reúne associação de profissionais da área médica e dentária; do *Religious Liberties Groups*, que reúne associações de religiões diversas; da *Property Rights/Environmental*; da *Consumer Public Interest Association* etc.¹³ No Brasil essa prática é mais pontual e menos articulada.

No estudo publicado pela American Bar Association, em 2004, são apontadas as seguintes funções do *amicus curiae* norte-americano: a) addressing policy issues; b) providing a more attractive advocate; c) supporting the grant of discretionary review; d) supplementing a party's brief; e) providing historical perspective; f) providing technical assistance; g) endorsing a party; h) seeking to correct, limit, publish, ou “de-publish” an opinion.¹⁴ A melhor forma de se definir o *amicus curiae* é a partir de sua prática. E nesse sentido o estudo de Damares Medina mostra que no caso brasileiro

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém no processo de tomada de decisão judicial, freqüentemente, em defesa dos interesses de grupos por ele representados, oferecendo informações acerca da questão jurídica controvertida, bem como novas alternativas interpretativas. O instrumento é utilizado, essencialmente, por entidades associativas, que oferecem memoriais com três tipos de informação: reforço a argumentações jurídicas já presentes no processo; elementos técnicos não legais ou dados sobre fatos, prognoses e indícios acerca das preferências políticas do grupo de interesses que representam.¹⁵

¹¹ CARVALHO, Flavia Martins de. *Audiências Públicas no STF: Uma alternativa democrática?* Dissertação de mestrado (2011). UFRJ.

¹² PAIVA, Cláudia. *O amicus curiae na suprema corte norte americana e no supremo tribunal federal: um estudo de direito comparado*. 2010. Dissertação de Mestrado. UFRJ.

¹³ “In many situations ... or her chance of being hired in an appeal”. *The Amicus Brief: how to be a good friend of the Court*. Reagan Wm. Simpson e Mary R. Vasaly. 2. ed. American Bar Association, 2004, p.18.

¹⁴ Cf. *The Amicus Brief: how to be a good friend of the Court*. Reagan Wm. Simpson e Mary R. Vasaly. 2. ed. American Bar Association, 2004, p.24.

¹⁵ Damares Medina, op. cit. p. 168

Diferente, entretanto, é o participante de uma audiência pública, que atende a um chamado da Corte. É um poder discricionário do presidente do tribunal ou do relator do caso quando entenderem necessário ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria. A lei prevê como atribuição do presidente do STF e do relator convocar audiência pública para “*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*”¹⁶. Essa prática é recente entre nós e até o momento foram realizadas apenas cinco audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, e uma a ser realizada nos próximos meses. Da experiência reunida poderá ser obtida a definição de um perfil adequado às audiências públicas, com detalhes capazes de serem incorporados à legislação existente. Ainda é tudo muito novo, e daí a importância de estudos empíricos sobre o tema, com vistas a mostrar como o tribunal tem se apropriado dessa prática e qual a melhor forma de organizá-la institucionalmente.¹⁷ Sob o aspecto político, não raramente apontado, pode-se justificar um aprimoramento de índole democrática; representativa. E sob o aspecto da informação técnica espera-se o aprimoramento da qualificação científica dos manifestantes.

Cabe indagar, ainda, quais os temas destinados à audiência pública. A prática recente do Supremo Tribunal Federal, protagonista deste processo, tem mostrado que questões de ordem puramente técnica, que não fogem ao âmbito da dogmática jurídica, encontram-se fora do escopo da audiência pública. Como exemplo problemas de ordem tributária, administrativa, de direito internacional público e privado, e de competência formal. Questões de foco político, como a demarcação das terras indígenas (Ação Popular 3388), a inconstitucionalidade da Lei da Anistia (ADPF 153) e a Lei da Ficha Limpa, por exemplo, não foram abertas à consulta pública. Por outro lado, questões relativas a políticas públicas¹⁸, questões que demandam conhecimento específico de outras áreas¹⁹ e questões de forte impacto moral²⁰ têm merecido a consulta popular.

¹⁶ Nesse sentido dispõem os artigos 13, XVII e 21, XVII do Regimento Interno do STF.

¹⁷ Ponto de vista interno e externo. Citar pesquisas anteriores do OJB, bem como a indicação dos desenhos institucionais.

¹⁸ Saúde (STA 36, 185, 211 e 278; SS 2361, 2944, 3345 e 3355) e Ação Afirmativa (RE 597.285-RS)

¹⁹ Importação de Pneus Usados (ADPF 101) e Lei Seca (ADIN 4103)

²⁰ O Caso dos Embriões (ADI 3510) e O Caso da Anencefalia (ADPF 54)

A título de exemplo, e como início de uma pesquisa maior, nosso estudo se concentrará, no momento, sobre a audiência pública relativa a ADPF 54, conhecida como o Caso da Anencefalia. A análise crítica que apresentaremos será construída sobre as seguintes variáveis: (a) a forma de escolha dos participantes; (b) expressões que durante os debates indiquem os objetivos e a finalidade que a Corte reconhece a uma audiência pública; (c) o perfil dos participantes: cientistas, agentes políticos e administrativos; representantes de associações civis etc; (d) as entidades representadas: universidades, governo, administração pública, partidos políticos, ONGs etc; (e) os tipos de discurso: moral, jurídico, pragmático, político, científico, filosófico ou religioso; (f) a dinâmica dos trabalhos: (f.1) regras que surgem na prática discursiva e orientam essa mesma prática; (f.2) a ocorrência do fenômeno da polarização²¹; (f.3) a simetria de forças entre teses e grupos que compõem a audiência; (f.4) a prática dialógico-argumentativa.²²

A organização dos trabalhos em uma audiência pública é dada por quem a preside, seja o relator do processo seja o presidente da Casa, nos moldes dispostos nos artigos 154 e 155 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, onde é exigido: 1- despacho convocatório amplamente divulgado; 2- fixação de prazo para os interessados habilitarem-se como *amicus curiae*; 3- seleção das pessoas a serem ouvidas; 4- divulgação da lista dos habilitados; 5- garantia do pluralismo (participação das diversas correntes de opinião); 6- determinação sobre a ordem dos trabalhos; 7- fixação do tempo de manifestação dos participantes, “limitar-se ao tema ou questão em debate”.²³ Cabe verificar ainda, e mais especificamente, 8- como é feita a organização dos participantes, se individualmente ou em grupos; 9- a definição da seqüência dos debates, em função do posicionamento a favor ou contra a tese defendida pelo autor da

²¹ Cass Sunstein aponta para o fenômeno da polarização nas decisões colegiadas, quando os membros de um grupo, envolvidos em um processo deliberativo, acabam assumindo uma posição mais extremada, alinhada com as tendências mais evidentes deste grupo, antes da deliberação. Cf. R. Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

²² Em linhas gerais podemos dizer que a interpretação da norma jurídica é resultado da argumentação. Seja nos órgãos colegiados seja nos órgãos singulares, a justificativa de uma decisão volta-se necessariamente para um determinado auditório, e espera-se que o esforço persuasivo do discurso garanta racionalidade suficiente para que a decisão seja considerada correta. Sustentamos que o diálogo com a sociedade contribui consideravelmente para esse processo. Contudo, ainda que a interpretação seja contextualizada, a lógica argumentativa é de caráter universal. Apesar de a capacidade e alcance dos argumentos estarem circunscritos a determinado campo de visão, a prática e a dinâmica próprias do discurso buscam a validade universal dos argumentos. Validade em termos de aceitabilidade racional.

²³ RISTF, art. 154, Parágrafo único, inciso IV.

ação; 10- a apresentação pública de filmes e gravações no momento da audiência, bem como o testemunho presencial; 11- a inclusão de um novo manifestante dentre os presentes na audiência; 12- a possibilidade de perguntas; 13- a concessão da palavra ao advogado; 14- a apresentação de considerações finais apresentadas pelo advogado, pelo Ministério Público e pela Advocacia Geral da União. O convite específico ou a chamada pública por edital seguem às necessidades sentidas por quem toma iniciativa de convocar a audiência pública, conforme o caso.

3. A AUDIÊNCIA PÚBLICA NA ADPF 54: análise crítica

Tomemos então aqui, como exemplo, a ADPF 54, conhecida como O Caso da Anencefalia. Em 01/07/04²⁴ o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, concedeu liminar proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS, reconhecendo a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico, sob a justificativa de que a proibição violaria a dignidade da pessoa humana.²⁵ Em seguida negou o pedido da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB para participar como *amicus curiae* no processo, sob o argumento de que a Lei 9882, que regulamenta a ADPF, não prevê tal hipótese. A partir desse momento verifica-se um significativo crescimento do número de solicitações de outras entidades contrárias à proposta da ADPF para participarem como *amicus curiae*, negadas todas com a mesma justificativa. A maioria de caráter religioso. Em 28/04/05 é enfrentada Questão de Ordem pelo Plenário do STF, para se discutir a adequação da ação e a legitimidade de quem a propôs. E na evolução dos debates o

²⁴ "(...) Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero a concretude maior da carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se-ão não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. Ao plenário para o crivo pertinente. (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>)

²⁵ O pedido de liminar fundamentava-se no fato de que o Judiciário brasileiro não se mostrava coerente em suas decisões, ora admitindo a interrupção da gravidez ora não. Esse desequilíbrio ensejou a suspensão, por força de medida liminar do STF, do andamento de processos e efeitos de decisões judiciais que tipificaram tal prática como crime.

Ministro Nelson Jobim sugere a realização de uma audiência pública. A esta altura a pressão decorrente da mobilização de setores da sociedade, liderada por grupos contrários à tese da ADPF, leva a uma polarização de forças que termina por desembocar na convocação de audiência pública, por parte do Relator da ação.

Em agosto e setembro de 2008, durante quatro dias é então realizada a primeira audiência pública no Judiciário brasileiro. No despacho convocatório o Relator deixa acentuada a necessidade de se ouvir profissionais não apenas sobre a questão de fundo, mas também sobre matéria especializada. Em despacho exarado no dia 31/7/08, conforme o acompanhamento processual, é dito que "(...)devem ocorrer audiências públicas para 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.”²⁶

As notas taquigráficas disponibilizadas pelo Supremo Tribunal Federal ajudam a identificar a intenção dos seus organizadores – relator e presidente da corte – com aquela audiência pública: ouvir a sociedade; obter um diálogo com a comunidade científica; manter interlocução com a sociedade em geral; dirimir dúvidas e controvérsias do ponto de vista científico, ético e religioso para proporcionar um convencimento suficiente da Corte e definir o real alcance da Constituição Federal de 1988, *com segurança*.²⁷ Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, “não há ainda um convencimento seguro a respeito da matéria”. A medida liminar por ele deferida anteriormente deu-se, segundo suas próprias palavras no campo precário e efêmero. Foi uma providência acauteladora, afastando a glosa – a penal – quanto à gestante que deliberasse interromper a gestação, presente feto anencéfalo, e também afastando-a quanto àqueles que a auxiliasse nesse mister”. Agora, diz ele, “sairemos muito mais munidos de elementos. Sem elementos, sem fatos, não há julgamento.”

Conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte, “também é uma atitude de humildade e modéstia do Tribunal que busca auscultar os mais diversos setores para ter uma decisão devidamente informada.” E por mais de uma vez a

²⁶<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=A P&recurso=0&tipoJulgamento=M>

²⁷ O problema da (in)segurança para o julgamento da matéria é indicada três vezes durante o correr dos trabalhos.

questão da busca de segurança para decidir é ressaltada.²⁸ Julgamento seguro, diz o Ministro Marco Aurélio, “é aquele que dispõe de várias ópticas sobre a matéria. E, em Colegiado, principalmente – e visa o Colegiado a segurança jurídica -, temos o somatório de forças distintas”. Essa práxis das audiências públicas, ressalta o Ministro Gilmar Mendes, “é um aprendizado que todos nós estamos a desenvolver, é algo salutar [...]. Passamos a ter muito mais segurança nas decisões”.

Tais passagens, destacadas nos termos exatos dos registros oficiais, nos permitem concluir que mais importante do que apurar os interesses dos movimentos sociais e religiosos é obter informação dos especialistas. No caso problemas relativos à precisão do diagnóstico e comprovação de possibilidade de sobrevivência dos fetos anencefálicos apresentam-se como pontos principais.

Da perspectiva propriamente jurídica, cuida-se de verificar se a interrupção da gravidez de feto anencéfalo enquadra-se ou não na hipótese do aborto, tipificado como crime no direito brasileiro. Nesse sentido, a distinção entre vida viável e vida inviável é determinante. Argumenta-se que o aborto é a interrupção de uma vida viável, enquanto a ausência de cérebro, ao impedir a sobrevivência após o parto, o desqualifica. O esforço de tipificar o ato conforme o prescrito em lei levou, no caso, à utilização de terminologia distinta: em lugar de aborto, passou-se a falar em interrupção da gravidez, destacada a hipótese da anencefalia.

A audiência pública foi convocada por força de despacho, e mediante ofício, onde encontram-se já arroladas as autoridades chamadas a se pronunciar. Dele constam não apenas as entidades que antes haviam solicitado a participação no processo como *amicus curiae*, mas outras convidadas. Neste rol encontramos associações de natureza científica, comunitária e religiosa como a Academia Fluminense de Medicina, o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, a Igreja Universal, a Associação Medico-Espírita do Brasil, o Movimento “Brasil sem aborto”, A Federação

²⁸ Vale ressaltar aqui o fato de o Ministro Eros Grau ter dispensado a realização de uma audiência pública na ADPF 153, sobre o alcance da Lei da Anistia, sob o argumento de que não tinha qualquer dúvida sobre a questão.

Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, e assim sucessivamente, num total de 22 entidades e 29 participantes efetivos.²⁹

Contudo, independente da natureza da associação ou do cargo ocupado, no caso das autoridades públicas parlamentares e do poder executivo, o importante é atentar para a qualidade do discurso, que pode ser conferida pela qualificação dos seus enunciadores. A maioria das associações se fez representar por pessoas com titulação acadêmica. 8 na área de Humanas, 18 na área biomédica, 1 na de exatas e 2 não identificados.³⁰ Significativo destaque foi dado à titulação acadêmica dos participantes. Mesmo as entidades religiosas e as associações da sociedade civil organizada fizeram-se representar por cientistas. O paradoxo surge quando verificamos que tanto os argumentos políticos quanto os religiosos procuram travestir-se de argumentos científicos de forma a ganhar isenção. Para adequarem-se à arena jurídica, talvez acredite-se que a neutralidade científica possa também neutralizar os interesses políticos, e a objetividade científica afastar o aspecto dogmático das religiões.³¹

Mas isso gera um problema maior, qual seja, a não distinção entre argumento científico e argumento jurídico. A ciência tem um compromisso distinto do direito, pois enquanto o cientista persegue o conhecimento objetivo e verdadeiro, ao jurista (consideradas aqui particularmente as autoridades judiciais) cabe identificar os valores ou bens protegidos em lei.

Por outro lado, a laicidade do Estado impede o aparecimento de argumentos religiosos, que não raramente por isso vêm camuflados de filosóficos e científico-experimentais. E por razões de ordem pública, o aspecto moral individual, que pode ser de origem religiosa, só pode vir à tona uma vez justificado como adequado e justo para toda a população. Isto é, só vale se sustentado em razões que fundamentem um discurso

²⁹ Pelo “acompanhamento processual” possível de ser feito pelo site do STF podemos perceber a variedade de representações no feito: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

³⁰ Dados obtidos da dissertação de mestrado de Flavia Martins de Carvalho. *Audiências Públicas no STF: Uma alternativa democrática?*, 2011, UFRJ.

³¹ Chamo de arena jurídica o ambiente no qual prevalece a dogmática jurídica. No qual prevalece a vontade da lei.

de igualdade, sem discriminações que fujam ao rol das preferências e convicções particulares.³²

Jeremy Waldron, ao escrever sobre a legitimidade dos juízes acentua que *Neither judges nor legislators are deciding what to do as individuals. When they deliberate and vote in their respective institutions, they are deciding what is to be done in the name of the whole society.*³³

O Judiciário também procura preservar sua independência política (e jurídica) ao limitar sua interlocução com a comunidade científica, vista como capaz de oferecer subsídios isentos de qualquer ideologia. Como assinalado, é recorrente nos registros das audiências públicas referência expressa à *expertise* dos participantes. Procura-se evitar posições valorativas que apontem num sentido ou noutro do julgamento, mas como se verifica é praticamente impossível que isso aconteça. Nota-se uma dificuldade por parte de quem preside uma audiência pública para manter a isenção daqueles que se pronunciam. Difícil, ou quase impossível, é querer que alguém traga uma contribuição para decidir, sem se posicionar num sentido ou no outro. Neutralidade não combina com decisão. A decisão fruto de deliberação sustenta-se nas melhores razões possíveis de serem apresentadas. Por isso há muito ruiu a máxima do juiz como mera “boca da lei”. Sabemos que a discricionariedade judicial se ampara, no fundo, em alguma visão de cunho valorativo, o que não significa dizer que se trata de uma decisão subjetiva, pois a partir do momento em que o juiz tem que trazer a público suas razões de decidir, ele se volta para um auditório racional capaz, de aceitar seus argumentos com razoáveis.³⁴ O auditório universal, apresentado por Perelman, mostra a pretensão de correção da razão prática. No caso a prática discursiva, que marca a intersubjetividade, deve ser capaz de garantir racionalidade (como sinônimo de razoabilidade) na fundamentação da decisão.³⁵

Contudo, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, principal lei que rege as audiências públicas, na parte que versa sobre o seu procedimento exige

³² Sobre Razões de Ordem Pública ver John Rawls em *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261 e segs.

E mais próximo da matéria ver Daniel Sarmiento, em *A Legalização do Aborto e Constituição*. >www.mundojuridico.adv.br<

³³ Jeremy Waldron, in *Judges as moral reasoners*, p. 5

³⁴ Nesse sentido é indispensável conhecer a idéia de auditório universal apresentada por Chaïm Perelman no *Tratado da Argumentação*.

³⁵ Vide Neil MacCormick em *Retórica e o Estado de Direito*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2008.

seja igual oportunidade às diversas correntes de pensamento e opinião: “Havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência pública, será garantida a participação das diversas correntes de opinião. (art. 154, parágrafo único, II, do RISTF). Com isso estabelece-se o contraditório.

E não é por outra razão que, mesmo procurando evitar o debate nas audiências públicas, seus condutores têm o cuidado de organizá-las de forma equitativa e em seqüência apropriada, em grupos de quem é favor e quem é contra. E também não raramente, ao final de cada pronunciamento o participante aponta no sentido de como a Corte “deve” decidir.

Diferente do *amicus curiae*, que age individualmente e apresenta suas idéias por escrito, em memorial, o ambiente da audiência pública gera pressões e constrangimentos. Nele prevalece a oralidade, e a presença do público, além dos outros participantes que sustentam teses contrárias, não raramente leva ao acirramento dos ânimos. É muito difícil manter-se isento diante de um debate sobre questões altamente controvertidas e que calam fundo nas convicções humanas. Nesse sentido a *performace* ganha espaço.

Na audiência pública relativa à ADPF 54, com a evolução dos debates notamos a formação de forte aliança entre o Relator, o advogado presente e o Ministério Público. Esta audiência pública, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais da Saúde contou com a presença marcante do seu advogado. Foi-lhe concedida a oportunidade de, junto com o membro do Ministério Público presente, formular perguntas para dirimir dúvidas. O advogado cumpriu o seu papel de fortalecer, sempre que possível, a defesa da tese que propunha e estrategicamente conduziu suas perguntas no sentido de ressaltar pontos fundamentais dos discursos apresentados na audiência, conforme o seu interesse. Não perdeu a oportunidade de provocar a confirmação de assertivas constantes dos discursos dos participantes, notadamente dos cientistas que concordavam com sua tese. Dos outros, com habilidade incitava a contradição. Sabemos que a boa pergunta conduz a resposta. Resposta essa que na maioria das vezes já se tem, mas que o discurso potencializa, principalmente em público.

Por fim há de se notar a ausência de consenso sobre os pontos principais. Seja sobre a identificação da anomalia seja sobre as condições do seu diagnóstico.

4. CONCLUSÃO

Considerando um projeto maior, que envolve o estudo de todas as audiências públicas realizadas pelo STF (total de seis, considerando a que está por vir) algumas conclusões parciais podem ser apresentadas a partir da análise crítica da audiência pública relativa à ADPF 54.

1- Em primeiro lugar, verificamos tratar-se de uma prática recente, com desenho institucional ainda não totalmente definido. Cada audiência assume perfil distinto, a depender da amplitude da convocação, da definição dos seus integrantes, e da estruturação e condução dos debates. São aspectos que respondem tanto pela sua representatividade quanto pela construção das teses.

2-Em lugar de se buscar um verdadeiro diálogo com a sociedade, de forma a contornar os problemas de legitimidade gerados pelo contramajoritarismo, as audiências públicas cingem-se à consulta técnica, a exemplo do que ocorreu no âmbito da ADPF 54, quando explicações sobre a precisão do diagnóstico, a caracterização da anomalia e as condições de sobrevida foram exploradas.

3-Tratando-se de consulta à comunidade científica, nota-se não ter havido o suficiente cuidado de aferir a qualificação acadêmica dos profissionais que constaram como representantes e nem das teses que apresentaram à Corte. Esse desvio deve-se, em boa medida, ao fato de não se ter claro o papel e a função de uma audiência pública: se político/representativo ou se técnico/científico. A definição dos profissionais participantes ficou a cargo das entidades que os mesmos representaram.

4- Mesmo que tenha se pretendido manter o aspecto valorativamente neutro das teses apresentadas, o *locus* e a finalidade do discurso jurídico, notadamente o decisório, levou à prática do contraditório.

5- Para a definição dos modelos das audiência pública deve-se levar em consideração a participação do advogado.

6- Mesmo se tratando de um conhecimento pretensamente objetivo e sem contradições, a ciência nem sempre demonstra um consenso capaz de conferir segurança

à decisão judicial. Ao menos em pontos sobre os quais não deveria haver dúvida, como, no caso, as condições de sobrevivência do feto anencefálico.

7- Por último, e talvez o mais importante, temos que este caso, ainda que não tenha havido o julgamento, mostra não haver submissão do Direito à ciência, por se tratarem de conhecimentos distintos.