

# A MANIFESTAÇÃO DAS ESFERAS PÚBLICAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE *STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS* ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira\*

Lívio Alves Araújo de Oliveira\*\*

Ricardo Tinoco de Góes\*\*\*

RECEBIDO EM:	22.6.2022
APROVADO EM:	24.8.2022

- \* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre, com distinção acadêmica, em Direito (2018) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário (2016) pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito (2014) pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Professor da Universidade Potiguar (UnP). E-mail: candremaciel@hotmail.com
- \*\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1991). Possui pós-graduação em Direito pela EAGU e UnB. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Coordenador da EAGU no RN. Membro da Comissão Nacional de Advocacia Pública da OAB. Membro da Academia Norte-Rio-Grandense de Letras. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte. E-mail: livioalvesoliveira@gmail.com
- \*\*\* Doutor em Filosofia do Direito (PUC-SP) e Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Professor Adjunto da UFRN (graduação, especialização e mestrado). Professor de Teoria Geral do Processo (Graduação em Direito). Professor da disciplina Lineamentos Filosóficos ao exercício do Direito, da Democracia e da Jurisdição (Mestrado em Direito da UFRN). Coordenador de Cursos para a Formação Continuada da ESMARN e Coordenador Adjunto do Programa de Especialização em Residência Judicial da ESMARN/UFRN. Professor da disciplina Teoria da Decisão Judicial do Programa de Residência Judicial (UFRN/ESMARN). Juiz de Direito, titular da Sexta Vara Cível da Comarca de Natal-RN. E-mail: ricardotinoco@tjrn.jus.br

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LÍVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

- **RESUMO:** Este artigo pretende analisar a figura das audiências públicas como manifestação democrática, a partir das teorias de Jürgen Habermas e de Peter Häberle. Optou-se por uma pesquisa exploratória, qualitativa e normativa, desenvolvida com o uso do método indutivo, emprego de revisão bibliográfica e análise documental. Compreendendo que as teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle são complementares entre si, através dos conceitos de *status activus processualis* e das esferas públicas, criando um possível aporte filosófico para formação democrática do direito. Vislumbra, então, que as referidas teorias podem ser aplicadas, no direito brasileiro, através do instituto *amicus curiae*. Entende que as audiências públicas, enquanto modalidade de intervenção dos *amicii curiae*, incrementam a legitimidade do discurso jurídico na construção das decisões judiciais. Portanto, as audiências públicas são um potencial canal comunicativo entre as esferas públicas e o poder judiciário, permitindo, em um campo especulativo, ganhos na legitimação da decisão no julgamento de casos difíceis.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Jürgen Habermas; Peter Häberle; *Status Activus Processualis*; *Amicus Curiae*; Audiências Públicas.

## THE PUBLIC SPHERE MANIFESTATION AS AN STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS FUNDAMENTAL RIGHT THROUGH THE PUBLIC HEARINGS

- **ABSTRACT:** This article intends to analyze the figure of public hearings as a democratic manifestation, based on the theories of Jürgen Habermas and Peter Häberle. In methodological terms, it is an exploratory, qualitative, and normative research, developed using the inductive method and employing bibliographic review and document analysis. It understands that the theories of Jürgen Habermas and Peter Häberle are complementary, through the concepts of *status activus processualis* and public spheres, creating a possible contribution to the democratic formation of law. It envisions that these theories can be applied, in Brazilian law, through the *amicus curiae* institute. It comprehends that public hearings, as a modality of intervention possible by the *amicii curiae*, increase the legitimacy of the legal discourse in the construction of judicial decisions. In the end, it concludes that public hearings are a potential communicative channel

between the public spheres and the judiciary, allowing, in a speculative field, gains in the legitimation of the difficult cases judgement.

- **KEYWORDS:** Jürgen Habermas. Peter Häberle. Status Activus Processualis. Amicus Curiae. Public Hearings.

## 1. Introdução

As audiências públicas consistem em um recurso comumente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade. No período entre 2007 a 2021 foram realizadas 35 (trinta e cinco) audiências sobre temas diversos<sup>1</sup>, as quais contemplaram a participação de entidades da sociedade civil, afetadas direta ou indiretamente pelo julgamento. De acordo com os arts. 13, inciso XVII<sup>2</sup>, e 21, inciso XVII<sup>3</sup>, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas são um instrumento empregado para esclarecer questões ou fatos que alcancem o interesse público, podendo ser ouvidas pessoas, especialistas e entidades que tenham pertinência com a temática em julgamento.

Nesse contexto, cabe ponderar acerca dos fundamentos jurídicos e filosóficos da audiência pública e, em especial, se é possível encontrar algum elo daquele instituto com potenciais ganhos de legitimidade na produção de decisões judiciais. Considerando a importância desse instituto, ante o seu notável emprego pelo Supremo Tribunal Federal, a presente pesquisa buscará promover, como objetivo geral, uma investigação filosófica, contrafática e normativa, com viés deontológico e especulativo da audiência pública enquanto ferramenta de manifestação democrática no âmbito do poder judiciário, tomando como ponto de partida a relação entre as audiências públicas e as teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle.

Como objetivos específicos, pretenderá compreender o papel do cidadão no pensamento de Habermas e Häberle, notadamente quanto ao exercício de uma legitimidade procedimental; identificar os aspectos jurídicos que orientam as intervenções de

1 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 19 set. 2022.

2 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.

3 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.

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LIVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

terceiros realizadas na modalidade de *amicus curiae*, enquanto gênero do qual a audiência pública é espécie; e, por fim, construir uma leitura democrática e procedimentalista do instituto em exame, a partir das teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle.

A pesquisa a ser desenvolvida será qualitativa, exploratória e normativa, com emprego do método indutivo e uso de análises bibliográfica e documental. Serão examinadas, em especial, as obras de Jürgen Habermas e Peter Häberle, bem como textos que tratem do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil, enquanto áreas afeitas a esta investigação. Também recorrerá à análise documental, com ênfase na legislação pertinente à da audiência pública e sua aplicação no direito brasileiro.

Em termos estruturais, o artigo será composto por três seções distintas. A primeira irá produzir um panorama geral sobre as teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle, explorando tanto a relação que possuem entre si quanto a sua potencial aplicação ao direito. A segunda etapa envolverá o estudo dogmático do *amicus curiae*, com o fito de entender a sua natureza jurídica, enquanto intervenção de terceiros, e qual papel desempenha no direito brasileiro. No terceiro e último tópico, serão correlacionados o instituto da audiência pública com os teóricos mencionados, no afã de repensar a legitimidade das decisões judiciais a partir do potencial emancipatório contido no viés procedimental.

## 2. A democracia deliberativa e a participação cidadã nas teorias de Habermas e de Häberle

Antes de ingressar no estudo da audiência pública enquanto instituto jurídico, é necessário assinalar a relação entre a sociedade civil e o poder administrativo do Estado. Essa conexão será realizada a partir das obras de Jürgen Habermas - enquanto teórico perfilhado a um projeto de democracia deliberativa radical - e Peter Häberle - responsável por um modelo aberto de hermenêutica constituicional. Cumpre advertir que esta seção somente citará os elementos principais de ambos os teóricos, não tendo como realizar qualquer aprofundamento para além dos elementos necessários à delimitação do objeto de estudo.

Na obra de Habermas (2020, p. 154-156), direito e moral são tratados de maneira co-original ou equiprimordial, havendo um claro equilíbrio entre ambos os institutos.<sup>4</sup>

4 Habermas (2020, p. 155-157) recorre a uma releitura da construção de Immanuel Kant, tendo como princípio diferenciar a não subordinação do direito à moral. Não obstante, assim como Kant prevê que o direito terá sua ação quando a moral falhar, Habermas (2020, p. 59-62) preconiza que o direito irá atuar quando o agir comunicativo e o mundo da vida não forem mais capazes de garantir a integração social.

Para o autor, a moral estará ligada às relações dialógicas que ocorrem no mundo da vida<sup>5</sup> e que retratam um saber cultural, ao passo que o direito estará vinculado ao poder administrativo do Estado e tem uma função de charneira – ora voltado ao mundo da vida e ora direcionado ao Estado (HABERMAS, 2020, p. 95-96). A justificativa para o referido movimento do direito reside na colonização que os sistemas<sup>6</sup> podem exercer no mundo da vida para fins de autopreservação, contaminando-o de modo que as ações comunicativas são substituídas pelo uso instrumental calcado nos códigos funcionais do poder e do dinheiro (REPA, 2008, p. 67).

Pela institucionalização jurídica, os subsistemas do poder e do dinheiro se engrenam e modificam os processos que operacionalizam o mundo da vida, deslocando as relações – antes orientadas para o consenso – para um eixo de patologias sociais (HABERMAS, 2000, p. 493-496). Isso esvazia o mundo da vida até o ponto em que a coordenação das ações humanas é substituída por uma violência estrutural. (HABERMAS, 2016b, p. 337). Em outros dizeres, o agir comunicativo, que deveria promover a integração da sociedade, será substituído por um agir estratégico e, conseqüentemente, a razão comunicativa cederá lugar para a razão instrumental.<sup>7</sup>

Com o fito de coibir a colonização do mundo da vida, Habermas (2000, p. 495) começa a pensar em soluções, especialmente como forma de controlar o capitalismo e permitir uma estrutura de proteção à racionalidade comunicativa e à distribuição de direitos ao cidadão – refutando, no processo, o modelo neoliberal. No afã de concretizar essa empreitada, o teórico promove uma reconstrução do ordenamento jurídico, situando sua gênese na autonomia política do cidadão. Esse aparato possibilita suprir a tensão que ocorre entre direitos humanos e soberania popular – o que significa, por

5 O mundo da vida serve, na obra de Habermas (2016b, p. 226-228), como pano de fundo para as relações comunicativas, as quais envolvem o agir comunicativo e têm como objetivo gerar um consenso dos participantes sobre uma ação que será realizada. Esse instituto é responsável pela integração social e é formado pela entrançadura entre cultura, relações sociais e personalidade. O papel do mundo da vida é servir como repositório argumentativo, pois é a partir dele que os atores sociais fundamentam suas pretensões e posicionamentos (HABERMAS, 2016b, p. 259-261).

6 Na visão de Habermas (1988, p. 5-10), os sistemas são fruto da própria evolução social e dividem-se em subsistemas: sociocultural, econômico, político e jurídico – o penúltimo usa do último para controlar os demais. Em essência, os sistemas coordenam as forças produtivas, a partir do conhecimento e da tecnologia. Por desenvolverem maior autonomia em relação ao mundo da vida, os sistemas chegam ao ponto de se separar do repositório argumentativo e promover sua reificação para atender grupos de interesse que operam no eixo sistêmico do poder e do dinheiro.

7 A diferença entre agir comunicativo e agir estratégico reside na finalidade utilizada para o emprego linguístico. Caso os atores sociais usem da linguagem como um mecanismo para coordenar seus planos de ações e vincular suas vontades, promovendo entre si um intercâmbio argumentativo que se dá com um juízo normativo daquilo que é dito – concordar ou não com o que é proposto –, tem-se o agir comunicativo. Em outro conspecto, a ação estratégica prima por uma linguagem consequencialista, pois o agente almeja, única e exclusivamente, seu próprio sucesso, vendo o outro como um obstáculo ou um meio para alcançar um ganho pessoal. Via de regra, as ações estratégicas são fundamentadas pelo sistema poder/dinheiro (HABERMAS, 2004, p. 118-126).

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LÍVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

via transversa, resolver a dicotomia entre as autonomias pública e privada<sup>8</sup>, a primeira situada na soberania popular – ou na liberdade dos antigos –, e a segunda nos direitos humanos – ou liberdade dos modernos (HABERMAS, 2020, p. 146-148).

Pelo recurso à autonomia política, Habermas reescreve as autonomias conflitantes em uma leitura conjunta de Rousseau e Kant, a partir da teoria do discurso. O ponto de partida habermasiano é que nenhuma das duas autonomias – privada e pública – são sustentáveis ante as demandas do Estado contemporâneo (HABERMAS, 2020, p. 148-149). Logo, o teórico defende uma relação de co-originalidade – ou equilíbrio – entre ambas, pois é a conjuntura da soberania popular e dos direitos humanos que atua como fator de legitimidade na construção – comunicativa – das leis (PEREIRA, 2018, p. 65).

Ao palmilhar o construto habermasiano de autonomia política, é perceptível que o teórico trata do cidadão como um parceiro do Estado, que atuará na condição de partícipe para a construção das normas jurídicas. Trata-se, neste prisma, de um modelo de autolegislação democrática que encontra conteúdo nos direitos humanos e forma na soberania popular, que recorre ao processo legislativo mediado pelo direito, o qual orientará a preservação da sistemática comunicativa (HABERMAS, 2002, p. 292-295).

Para efetivar esse construto, principalmente dentro de uma relação de complementariedade entre direito e moral, Habermas (2020, p. 156-157) institui o princípio do discurso de acordo com o qual somente são válidas as normas cujos destinatários podem dar seu consentimento, enquanto participantes de um procedimento discursivo. Trata-se de uma regra de argumentação que, ao ser projetada para o campo institucionalizado do direito, forma o princípio da democracia, cujo teor informa a racionalidade procedimental que possibilita o exercício da autonomia política, trazendo o cidadão como um parceiro do direito (HABERMAS, 2020, p. 159-160).

Neste entrementes, Habermas (2016a) confecciona uma nova abordagem, de cunho procedimental, para a legitimidade do direito, dentro de uma conexão com a política. O autor compreende que a legitimidade nasce da capacidade em reconhecer como correta, justa e adequada, a partir de elementos argumentativos, uma ordem política. No caso da teoria do direito, Habermas (2020) propõe uma rede comunicativa

<sup>8</sup> A grande problemática entre as autonomias mencionadas repousa no risco de sua exacerbação. A autonomia privada, com esteio nos direitos humanos e nas liberdades individuais, conduz a processos autoritários e de paternalismo estatal, de seu turno, a autonomia pública encontra supedâneo na soberania popular e, se projetada indevidamente, acarreta uma ditadura das massas (PEREIRA, 2018, p. 63-64).

baseada na circulação dessa esfera entre as públicas e o Estado. As esferas públicas têm, enquanto arena deliberativa, a função de absorver as questões e necessidades normativas do cidadão a partir da trivialidade das relações humanas e, dentro de um escalonamento discursivo, permitir que seja formada uma opinião pública procedimental que adentrará as comportas do Estado<sup>9</sup>.

Habermas (2020, p. 441-447) vislumbra um projeto que permite ao cidadão, dentro de sua auto-organização social, ser a fonte da legislação produzida pelo Estado, tendo como núcleo base a ação comunicativa. As respostas para as necessidades normativas do cidadão passam a ser construídas, de um lado, pela própria sociedade civil, e, por outro, pela interlocução ativa da cidadania procedimental com o Estado. Assim, o poder comunicativo da sociedade se converterá em poder administrativo do Estado.

Na faceta estrutural, as esferas públicas consistem em um fenômeno social que forma um espaço discursivo, no qual são estimulados os fluxos de comunicação e a formulação de opiniões. O termo esfera pública serve para designar uma metáfora arquitetônica que compreende todo espaço dialógico, que sirva como uma rede de sensores para questões sociais e permita a formação de uma opinião pública calcada na racionalidade comunicativa. Portanto, ao permitirem a tematização dos problemas, soluções e expectativas normativas, é efetivamente a esfera pública que faz a ponte entre a sociedade civil e o sistema político na formulação do direito legítimo (HABERMAS, 2020, p. 457-483).

Ecoando o pensamento de Habermas e adentrando na seara da interpretação constitucional, há de se trazer a figura do *status activus processualis*<sup>10</sup>, cunhada por Peter Häberle (2019, p. 82-86), que vislumbra um direito fundamental de participação do cidadão nos processos legislativos, de prestações e de interpretação do direito. Para

9 Originalmente, Habermas (2014, p. 94-97) estuda a esfera pública como um produto do capitalismo e que surge com a constituição política da sociedade civil, servindo para a circulação de ideias próprias da burguesia. O conceito inicial de Habermas (2020, p. 444-445) é resgatado na obra *Facticidade e Validade* como uma forma de coibir a contaminação sistêmica do mundo da vida, que é provocada pelo capitalismo a partir do poder e do dinheiro, e viabilizar um mecanismo de integração social baseado no agir comunicativo. A despeito de ser um conceito empregado pelo autor para tratar do diálogo entre o parlamento e a sociedade civil, essa ideia pode ser adotada como fundamento filosófico para compreensão das trocas comunicativas entre cidadãos e o poder judiciário (GÖES, 2013, p. 217-225).

10 Ao utilizar essa terminologia, Peter Häberle está adotando a classificação de Georg Jellinek para os direitos fundamentais. De acordo com Jellinek, os direitos fundamentais podem ter *status negativo*, criando esferas de proteção para as liberdades individuais; *status positivo*, criando o dever do Estado de concretizar o texto constitucional através da produção legislativa e implementação de políticas públicas; e *status ativo*, que imprime o direito do cidadão influenciar na composição do Estado, através do exercício da soberania popular materializada pelo sufrágio universal e demais instrumentos de participação cidadã (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 52-53).

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LIVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

o teórico, a hermenêutica procedimental passa, necessariamente, por um processo de pré-interpretação, realizado pelas esferas públicas plurais, o que requer uma abertura comunicativa do judiciário para a sociedade. O processo constitucional, pela visão habermasiana, tem como sujeito ativo a sociedade civil e precisa englobar todas as realidades públicas (HÄBERLE, 2002, p. 13-35).

Dessa maneira, Häberle (2013, p. 89-102) molda o direito enquanto um elemento procedimental para construção do bem comum, a partir de uma pré-interpretação do ordenamento jurídico frente às realidades emanadas das esferas públicas. Nesse sentido, a função última do modelo procedimental é maximizar a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A ideia do autor é formular uma democracia centrada no cidadão, de modo que seja projetada através do elemento procedimental, para além da democracia popular. Essa releitura imprime à soberania popular o direito de participar dos processos de interpretação judicial, pois a sociedade civil é, por excelência, a verdadeira destinatária das decisões judiciais.

Ao cotejar ambas as propostas teóricas, é factível identificar um pano de fundo filosófico para compreensão de como deverá operar a legitimidade do poder judiciário, tendo como esteio a interlocução ativa da sociedade civil com a jurisdição. Por isso, é necessário pensar em um desdobramento da soberania popular e da autonomia política para o devido processo legal, o que implica na necessidade de debater a existência de institutos que formem o canal entre a sociedade civil e o poder judiciário, a exemplo do *amicus curiae*, objeto da próxima seção.

### 3. Fundamentos do *amicus curiae* enquanto instituto processual

O *amicus curiae* é um instituto que começou a ser trabalhado na seara do direito constitucional brasileiro, a partir da década de 1990, com a criação das leis que disciplinam o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental - as quais, diga-se de passagem, sinalizaram para uma real abertura do processo constitucional (BUENO, 2012, p. 153).

As funções dos *amici curiae* são diversas e dependem bastante do pano de fundo jurídico da demanda em análise, pois podem desde prestar informações e ventilar assuntos específicos que fogem ao conhecimento técnico do julgador até permitir a manifestação dos destinatários da norma no âmbito do processo. A primeira modalidade

ocorre com a intervenção de órgãos públicos com o objetivo de incrementar a cognição do julgador, ao passo que, na segunda forma, haverá diálogo direto, do judiciário, com a sociedade civil – então objeto de estudo do presente exame.

O *amicus curiae* teve sua natureza jurídica como intervenção de terceiros definida pelo Código de Processo Civil. Sob a égide da codificação anterior, não era possível precisar qual a verdadeira natureza jurídica do *amicus curiae*, pois não havia qualquer consenso doutrinário ou jurisprudencial, o que reduzia o instituto à verdadeira intervenção amorfa. A compreensão era dividida, então, em três categorias classificatórias: os *amicii* eram ou uma assistência qualificada, ou sujeito processual responsável por prestar informações em juízo, ou um instituto que viabiliza a participação do cidadão nos processos judiciais (DEL PRÁ, 2011, p. 55-58).

A partir do Código de Processo Civil de 2015, os *amici curiae* passam a operar, na prática, como um verdadeiro sujeito processual, de natureza jurídica própria, consoante a autorização conferida para a prática dos atos processuais no âmbito do processo no qual a intervenção ocorre. Nisto, o *amicus curiae* se diferenciará dos demais terceiros que podem atuar no processo (BUENO, 2012, p. 395-396), nos termos do art. 138<sup>11</sup> daquela legislação. Para fins de esclarecimento, o *amicus curiae* pode se comportar de maneira semelhante – sem se confundir com a respectiva figura – à do perito, do assistente e do *custos legis* (PEREIRA, 2018, p. 117).

A aproximação com o *custos legis* ocorre quando há intervenção de um órgão público, como dito alhures, para corroborar a argumentação desempenhada e contribuir para a correta aplicação da legislação que detém pertinência com a função daquele ente – a exemplo do que ocorre com a Comissão de Valores Imobiliários – art. 31 da Lei n<sup>o</sup> 6.616/1978,<sup>12</sup> o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – art. 175 da

11 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 participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1<sup>o</sup> 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 § 3<sup>o</sup>. § 2<sup>o</sup> Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3<sup>o</sup> O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

12 Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. § 1<sup>o</sup> - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. § 2<sup>o</sup> - Se a comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior § 3<sup>o</sup> - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LIVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

Lei nº 9.279/1996<sup>13</sup> e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - art. 118 da Lei nº 12.529/2011<sup>14</sup> (PEREIRA, 2018, p. 117-118). Tem-se aqui a presença de um grau de *expertise* e de conhecimento técnico-jurídico sobre determinada área do direito, o que permite uma aplicação adequada da legislação ao caso concreto (BUENO, 2012, p. 399).

Na segunda aproximação, a intervenção do *amicus curiae* terá cariz de assistência, pois ambos os sujeitos processuais poderão ser afetados pela consequência da decisão judicial. O que diferencia um do outro é que o interesse do *amicus curiae* é institucional e pragmático, ao passo que o assistente possui interesse de uma vitória conjunta ao assistido. E, neste ponto, cabe destacar que o interesse institucional é materializado como um interesse jurídico, qualificado e transcendental e é o que justifica a legitimidade do *amicus curiae* para atuar em juízo (BUENO, 2012, p. 460-461).

Por outro lado, quando a atuação do *amicus curiae* é projetada na oferta de informações ao juízo vinculadas ao tema em análise ou na produção probatória específica, há uma aproximação com a figura do perito. Na prática, os *amici curiae* são como verdadeiros tradutores da realidade, pois irão aproximar, do poder judiciário, as expectativas normativas dos destinatários da decisão, mediante a apresentação da sua pré-interpretação. Comumente, essa manifestação ocorre em sede de audiência pública (PEREIRA, 2018, p. 119).

É, então, na abordagem acima que o *amicus curiae* se alinha com uma perspectiva dialógica que transfere a legitimidade do direito para o campo discursivo, em acordo com as ideias defendidas por Jürgen Habermas (PEREIRA, 2018, p. 86-88). Ainda que não tenha sido desenvolvida no exato sentido de pensar uma interlocução ativa entre a sociedade civil e o poder judiciário, a teoria de Habermas permite absorver uma série de visões que contribuem para repensar o papel da jurisdição frente ao Estado Democrático de Direito (GÓES, 2013, p. 158-160).

Somado ao breve excursão nas teorias de Jürgen Habermas e de Peter Häberle, é possível identificar um fundamento filosófico para o *amicus curiae*, o qual permitirá

partes não o fizeram. § 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes.

13 Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito. § 1º O prazo para resposta do réu titular do registro será de 60 (sessenta) dias. § 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

14 Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

o intercâmbio argumentativo entre a sociedade civil e o poder judiciário. Esse canal comunicativo, portanto, permite que as tematizações cristalizadas nas opiniões públicas adentrem o poder judiciário e sejam objetos de análise pelos julgadores (PEREIRA, 2018, p. 177-182). Na prática, o recurso ao *amicus curiae* amplia a legitimidade da decisão, enquanto construto procedimental, e permite ampliar, em termos materiais, a incidência da norma produzida pelo juízo, a qual terá o condão de maximizar os direitos sob análise. Isto significa que haverá uma coleta direta dos influxos comunicativos na medida em que o judiciário toma consciência das expectativas do cidadão e se coloca ao debate com os destinatários da decisão (PEREIRA, 2018, p. 122-123).

Em síntese, o *amicus curiae* é, na verdade, um amigo da Constituição, já que, enquanto canal comunicativo, permite a participação direta da sociedade civil no poder judiciário. Nesse sentido, é delineado um modelo de legitimidade procedimental que, quando direcionado ao Supremo Tribunal Federal, realça a própria função de guarda da Constituição, a qual poderá ser exercida tanto pela via do controle de constitucionalidade abstrato quanto pela via do controle de constitucionalidade concreto. Com a ciência da importância daquela figura processual, a análise deste estudo seguirá para compreender as audiências públicas enquanto modalidade de *amicus curiae* e seus reflexos jurídicos.

#### 4. A audiência pública como manifestação democrática do discurso jurídico

As audiências públicas são uma dentre as diversas modalidades que o *amicus curiae* pode assumir e sua previsão encontra assento na legislação do controle de constitucionalidade abstrato, mais precisamente no art. 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999<sup>15</sup> e 9º, § 1º da Lei nº 9.868/1999.<sup>16</sup> Se trabalhada em um viés procedimental, com esteio nas obras de Peter Häberle e Jürgen Habermas, a audiência pode ser vista como um canal

15 Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

16 Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LÍVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

comunicativo, que terá um viés instrutório, corroborando, a partir das perspectivas dos destinatários, o caldo de pré-interpretações disponibilizadas ao poder judiciário (PEREIRA, 2018, p. 108-109).

Para Habermas (2020, p. 516-524), o direito, para cumprir sua finalidade enquanto *médium* da integração social, precisa instituir procedimentos que orientem a legitimidade das normas jurídicas produzidas. Ainda, a aplicação do direito deverá ser amparada por procedimentos democráticos, institucionalizados pela legislação, que compensem a falibilidade e a incerteza das decisões, aproximando-as das exigências de um discurso racional. A ideia do teórico é que sejam produzidas decisões corretas – que sejam legítimas, ao encontrar um mínimo de aceitabilidade racional dos destinatários – e coerentes – que guardem pertinência com o ordenamento jurídico (HABERMAS, 2020, p. 301-304).

Ao pensar o *amicus curiae* enquanto canal comunicativo entre as esferas públicas e o poder judiciário, é possível compreender a figura processual como um desses procedimentos levantados por Habermas (PEREIRA, 2018, p. 122-124), afinal, o Estado Democrático de Direito, em sua configuração procedimental, demanda a participação integral de todos os interessados na deliberação pública, (GÓES, 2013, p. 217-220) que é exatamente o que ocorre nas audiências públicas.

Enquanto espécie de intervenção de terceiros, a audiência pública tem um caráter voltado à oralidade e à celeridade, pois permite, a partir da iniciativa do relator, o ingresso das entidades da sociedade civil no processo. Essa intervenção objetiva oferecer novos elementos técnicos, jurídicos, sociais, econômicos ou políticos que possam contribuir com a produção da decisão judicial, por intermédio da experiência, autoridade e representatividade que possuem em relação à matéria avaliada (LEAL, 2011, p. 231-232).

Ademais, as audiências públicas reforçam, para além da mera prestação de informações, o elemento fundamental de uma representatividade no âmbito processual, pois permitem a intervenção de determinadas esferas públicas, que ocupam mundos da vida e que independem de uma expertise puramente técnica, pois viverão, de fato, os efeitos da decisão (MIGLIAVACCA, 2019, p. 195-196). Essa noção de representatividade se enquadra, novamente, com a ideia das pré-interpretações pelas esferas públicas, pois agirão, verdadeiramente, como “parcerias do direito”, no sentido habermasiano, ao informar, em juízo, como é vivenciado o direito fundamental sob exame.

De outro orbe, em uma perspectiva processual, as audiências públicas formam uma situação ideal de fala,<sup>17</sup> na qual há uma paridade de armas e uma igualdade entre os intervenientes. Isso quer dizer que, naquele instante, todos que forem admitidos pelo relator terão igual oportunidade para se manifestar sobre o caso em análise pelo tribunal, oferecendo argumentos e interpretações que podem contribuir para o desfecho do julgado (PEREIRA, 2018. p. 110). Com isso, afirma-se que as audiências públicas, enquanto modalidade de *amicus curiae*, possibilitam a concretização das teorias de Peter Häberle e Jürgen Habermas no campo constitucional (BAHIA; MATOS, 2016, p. 182).

Ao serem devidamente levadas a sério - e aqui fala-se em uma perspectiva contráfática e normativa -, as audiências públicas podem ensejar a formação de precedentes judiciais mais legítimos. E levar a sério, neste caso, significa que o poder judiciário respeitará o devido processo legal e o contraditório substancial, enfrentando, de forma fundamentada, todos os argumentos apresentados, em sede de audiência pública. Afinal, as decisões produzidas pelos tribunais contemplam uma fundamentação jurídica, denominada de *ratio decidendi*,<sup>18</sup> que forma a tese jurídica que dará origem ao precedente judicial (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 455-456), podendo ser confirmada pela jurisprudência dos tribunais e até mesmo virar enunciado de súmula (PEREIRA, 2016, p. 668-669).

No sentido habermasiano, afora a questão de possibilitar o diálogo com as esferas públicas, as audiências públicas permitem concretizar a solução dada por aquele autor ao solipsismo do juiz Hércules. Habermas (2020, p. 290-293) propõe que o mítico juiz Hércules, concebido por Ronald Dworkin,<sup>19</sup> se abra ao debate com os destinatários da decisão e mitigue seu ônus argumentativo. Os diálogos que ocorrem por intermédio dessas esferas trazem uma excelente medida para que as perspectivas da comunidade - adotando a linguagem de Dworkin - sejam trazidas para o bojo do processo.

17 A situação ideal de fala é composta por uma série de pressupostos que Habermas (2012, p. 67-68) assinala como essenciais para a ocorrência da ação comunicativa, na qual haverá vitória do melhor argumento. Portanto, todos os falantes que podem contribuir para o debate devem ser incluídos, com iguais oportunidades de expressão. Ainda, os participantes devem evitar enganos, empregando uma comunicação livre de elementos externos ao discurso.

18 Em tradução livre: razão de decidir.

19 Dworkin (2002, p. 165-171) propõe uma metáfora com o juiz Hércules, enquanto juiz capaz de julgar por princípios, ao criar uma teoria de filosofia política para cada julgado. Para elaborar sua decisão, Dworkin (1999, p. 404-410) afirma que Hércules deverá analisar a história social e os princípios do direito para obter a melhor interpretação possível. Trata-se de uma atividade praticamente impossível para um juiz de carne e osso, ainda mais no contexto do direito brasileiro, de tal maneira que, somente ao dividir a argumentação jurídica com a própria sociedade, é que o poder judiciário produzirá decisões legítimas (GÓES, 2013, p. 252-253).

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LÍVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

Partindo do pressuposto de que a racionalidade comunicativa, no âmbito do processo judicial, se traduz na legitimidade da decisão e que esta, por seu turno, envolve tanto a existência de procedimentos dialógicos institucionalizados quanto da própria abertura do julgador, (PEREIRA, 2018, p. 180-181) as audiências públicas têm o condão de fomentar uma jurisdição verdadeiramente democrática, que respeita a autonomia política do cidadão. Esta é a proposta do presente *paper* ao recomendar uma leitura procedimental da audiência pública, na expectativa de que ela - assim como todo o eixo procedimental existente no direito brasileiro e encapado na norma fundamental da cooperação processual e na orientação do devido processo legal a um processo policêntrico<sup>20</sup> - receba a sua devida importância.

## 5. Conclusões

A presente pesquisa teve como objetivo estudar a audiência pública na perspectiva das teorias procedimentais de Jürgen Habermas e Peter Häberle. A partir da teoria de Habermas, foi possível verificar que a legitimidade do direito - visto pelo teórico como instrumento de potencial emancipatório - está imbricada em uma estrutura procedimental de diálogo entre as esferas públicas e o poder público. Ao trabalhar a complementariedade entre direito moral e tratar da autonomia política do cidadão, Habermas transforma a sociedade civil em um universo de parceiros potenciais do direito.

Com efeito, o teórico frankfurtiano considera, a partir do princípio do discurso, que somente serão válidas aquelas normas que contemplem a participação dos seus destinatários, fator que deve ser institucionalizado, pelo direito, a partir do princípio da democracia. A ideia de Habermas ao fazer essa relação com uma faceta política é buscar um mecanismo para coibir a colonização do mundo da vida, apostando no potencial emancipatório e de integração social de um direito procedimentalmente construído.

De outro orbe, Peter Häberle parte do *status activus processualis* para ventilar um direito fundamental de participação do cidadão, nas decisões estatais, dentro de uma hermenêutica procedimental. Para Häberle, os cidadãos, enquanto destinatários das decisões judiciais, promovem uma pré-interpretação, consoante sentirem, no seu

<sup>20</sup> O processo policêntrico é um conceito empregado por Dierle Nunes (2008, p. 212-230) a um modelo constitucional de processo que apregoa deveres dialógicos e participativos para a comunidade de trabalho processual, a qual é formada por julgador, partes e terceiros que cooperam com o próprio processo, nos termos de uma concepção procedimental do devido processo legal.

cotidiano, os efeitos daquilo que for decidido, baseado nisso, tem-se o modelo proposto pelo jurista alemão de democracia procedimental voltado para o cidadão, que terá o direito fundamental de participar dos processos de construção e interpretação do direito.

Ambas as teorias servem de aporte jusfilosófico para compreensão do *amicus curiae*, que será tratado enquanto um canal comunicativo institucionalizado pela legislação processual e que permite a intervenção da sociedade civil, a partir das esferas públicas pluralistas, nos processos judiciais. Valendo-se de uma linguagem habermasiana, trata-se de um instituto com potencial contracolonizador que tem a possibilidade de afastar intervenções de grupos de interesse que são pautados pelo poder e pelo dinheiro e não encontram assento, para suas pretensões, no agir comunicativo e no mundo da vida. Com isso, somente aquelas manifestações verdadeiramente assentadas na sistemática das esferas públicas devem ser levadas em conta pelo poder judiciário.

Enquanto gênero, o *amicus curiae* comporta diversas apresentações, já que o instituto se aproxima, a despeito de não se confundir, com outras figuras do processo civil, a exemplo do assistente, do perito e do *custo legis*. Dentre as formas de intervenção que o *amicus curiae* pode assumir, está a audiência pública, que possui vieses instrutórios - em especial quando da manifestação de especialistas - e representativos - pela participação de esferas públicas que não estão expressas no jogo político majoritário.

A compreensão das audiências públicas em uma perspectiva procedimental possibilita repensar a legitimidade do poder judiciário, visto que as decisões judiciais passam a ser construídas levando em consideração os influxos comunicativos que aportam diretamente das esferas públicas. Tem-se, na audiência pública, uma oportunidade para que a sociedade civil dialogue com o poder judiciário e demonstre as suas pré-interpretações, com seus fundamentos fáticos e jurídicos, e busque, em última análise, fazer com que sua voz e seus argumentos sejam ouvidos e analisados.

O emprego da audiência pública contempla um nítido ganho na construção dos precedentes judiciais, mitigando o ônus argumentativo do poder judiciário ao dividi-lo com a própria sociedade civil. Tem-se, com isso, o respeito à autonomia política do cidadão e a consolidação do modelo procedimental de jurisdição. Conclui-se, portanto, que, pelo potencial das audiências públicas e, a despeito da realidade do poder judiciário brasileiro ser muito mais próxima de um paternalismo solipsista, espera-se que um dia a jurisdição aprenda a convencer e ser convencida pela sociedade civil.

- CARLOS ANDRÉ MACIEL PINHEIRO PEREIRA
- LÍVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA
- RICARDO TINOCO DE GÓES

## REFERÊNCIAS

- BAHIA, A. G. M. F.; MATOS, A. M. A figura do “amicus curiae” como um instrumento de participação de minorias na jurisdição constitucional brasileira. In: BUSTAMENTE, T.; SAMPAIO, J. A. L.; SILVA, A. C.; MOREIRA, A. L. N. (org.) *Separação de poderes, democracia e constitucionalismo: Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. Volume I. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 179-193.
- BUENO, C. S. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DEL PRÁ, C. G. R. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GÓES, R. T. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HÄBERLE, P. *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Tradução Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019.
- HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución*. Tradução Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2013.
- HABERMAS, J. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, J. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HABERMAS, J. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020.
- HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. Tradução Thomas McCarthy. Cambridge: Polity, 1988.
- HABERMAS, J. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo: UNESP, 2014.
- HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, J. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2016a.

HABERMAS, J. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. Volume II. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

HABERMAS, J. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LEAL, M. C. H. Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de *amicus curiae* e de abertura da jurisdição constitucional - a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde. In: LEAL, R. G.; LEAL, M. C. H. (org.) *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-244.

MIGLIAVACCA, C. M. *Amicus curiae: melhor aproveitamento a partir das diferentes funções instrutória e representativa*. 2019. Tese (Doutorado Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo) - Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/9070>. Acesso em: 29 ago. 2022.

NUNES, D. J. C. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, C. A. M. P. *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, C. F. B. A fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, F. CUNHA, L. C.; ATAÍDE JÚNIOR, J. R. MACÊDO, L. B. (org.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 663-680.

REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, M. S.; TERRA, R. R. (org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55-72.