

PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA, PROCESSO DECISÓRIO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS NA CRISE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

DEMOCRATIC PARTICIPATION, DECISION MAKING PROCESS OF CONSTITUTIONAL JUSTICE AND EFFECTIVENESS OF RIGHTS IN THE CRISIS OF SOCIAL CONSTITUTIONALISM

DOI:

Arilson Garcia Gil

Doutorando em Direito pela UCLM - Espanha.

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP e pela UCLM - Espanha.

Procurador do Estado de São Paulo.

EMAIL: arilsongil@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2492-6230>

RESUMO: O tema deste artigo é a participação democrática no processo decisório da Justiça Constitucional, com recorte metodológico que define como objeto de estudo o papel dos instrumentos de participação para efetividade dos direitos diante da crise do constitucionalismo social. É analisada a racionalidade jurídica da Justiça Constitucional com seus métodos e instrumentos de legitimação para exercício de seu papel de construção do sentido normativo das Constituições, bem como na relação entre o poder econômico e o poder político na tomada de decisões referentes aos direitos sociais. Os objetivos do trabalho são a identificação dos fundamentos constitucionais para os instrumentos estudados, o exame da legislação infraconstitucional brasileira e a verificação da existência dos referidos instrumentos em outros sistemas constitucionais como o da Espanha ou, em caso negativo, a adequação de sua adoção. Pretende-se realizar uma análise crítica do tema por revisão bibliográfica dos marcos teóricos desenvolvidos no neoconstitucionalismo europeu e no novo constitucionalismo latino-americano. Referida análise indica, apesar das diferenças de contextos, um denominador comum entre os movimentos constitucionalistas europeu e latino-americano diante da crise do Estado Social: a necessidade de aumentar a participação democrática e o controle nas decisões de importância constitucional para garantir a efetividade dos direitos sociais. Conclui-se que as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae* são instrumentos de participação e deliberação dialógica de defesa da efetividade dos direitos sociais e de controle sobre os critérios e limites da racionalidade jurídica da Justiça Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; Estado Social; Justiça Constitucional; Participação Democrática.

ABSTRACT: The theme of this paper is the democratic participation in the decision making process of Constitutional Justice, with a methodological approach that defines as object of study the role of participation instruments for the effectiveness of rights in face of the crisis of social constitutionalism. The juridical rationality of Constitutional Justice is analyzed with its methods and instruments of legitimation for the exercise of its role in the construction of the normative meaning of the Constitutions, as well as in the relationship between economic power and political power in the decision-making process regarding social rights. The objectives of the work are to identify the constitutional foundations for the instruments studied, to examine the

Brazilian infra-constitutional legislation and to verify the existence of these instruments in other constitutional systems such as Spain's or, if not, the adequacy of their adoption. A critical analysis of the theme is intended through a bibliographical review of the theoretical frameworks developed in European neoconstitutionalism and in the new Latin American constitutionalism. This analysis indicates, despite the differences of contexts, a common denominator between the European and Latin American constitutionalist movements facing the crisis of the welfare state: the need to increase democratic participation and control over decisions of constitutional importance in order to guarantee the effectiveness of social rights. In conclusion, the Public Audiences and the *Amicus Curiae* institute are instruments of participation and dialogical deliberation in defense of the effectiveness of social rights and of control over the criteria and limits of the juridical rationality of Constitutional Justice.

KEY-WORDS: Crisis; Social State; Constitutional Justice; Democratic Participation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A (des)construção do paradigma do Estado Social e Democrático de Direito diante da crise do constitucionalismo social. 3 Participação democrática no processo decisório da Justiça Constitucional no neoconstitucionalismo europeu e no novo constitucionalismo latino-americano. 4 Conclusões. 5 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda a participação democrática perante a Justiça Constitucional como forma de legitimação e do processo de tomada de decisão em um Estado Democrático e Social de Direito.

O contexto de análise é a crise do constitucionalismo social e, por isso, é realizado um recorte metodológico que define como objeto de estudo a identificação de instrumentos de participação democrática e seu papel para a efetividade dos direitos sociais.

São objetos de estudo, ainda, a influência que a relação entre o poder econômico e o poder político podem ter na tomada de decisões referentes aos direitos sociais e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em casos de negativa de tais direitos. Questiona-se, ainda, a legitimidade da Justiça Constitucional para interferir em decisões tomadas por Poderes democraticamente eleitos.

O trabalho apresenta como justificativa o problema decorrente da (des)construção do paradigma do Estado Social e Democrático de Direito diante da crise do constitucionalismo social e a necessidade de criação e utilização de instrumentos de participação democrática que protejam e implementem os direitos.

A metodologia utilizada é a revisão de bibliografia para a análise crítica do tema com base nos marcos teóricos desenvolvidos no neoconstitucionalismo europeu e no

novo constitucionalismo latino-americano, o que poderá elucidar a possibilidade de diálogo e aplicação do trabalho em ambos os contextos do constitucionalismo.

Os objetivos do trabalho são: a) a identificação dos fundamentos constitucionais para os instrumentos de participação democrática no processo decisório da Justiça Constitucional; b) a análise da legislação infraconstitucional brasileira para identificação dos citados instrumentos de participação; e c) a verificação de sua existência em outros sistemas constitucionais como o da Espanha ou, em caso negativo, a adequação de sua adoção.

Importante esclarecer que a escolha do sistema constitucional da Espanha como representante do movimento do neoconstitucionalismo europeu justifica-se pois este artigo é resultado do desenvolvimento de trabalho apresentado como comunicação no “III Congresso hispano-brasileiro de Direito Constitucional”, realizado na Universidade Federal do Rio de Janeiro em novembro de 2022 e que contou com a participação de diversas universidades brasileiras e espanholas e cujo tema foi “Perspectivas comparadas entre a crise do constitucionalismo e da democracia na Espanha e no Brasil”.

A hipótese de trabalho é a possibilidade de utilização dos instrumentos de participação democrática e de deliberação dialógica como elementos de defesa da efetividade dos direitos sociais e de controle sobre os critérios e limites da racionalidade jurídica da Justiça Constitucional no processo de tomada de decisões. Confirmada a hipótese, tais instrumentos poderiam legitimar do processo de tomada de decisão pelo Poder Judiciário ainda que contra decisões políticas que afetem os direitos sociais tomadas por Poderes eleitos democraticamente.

2 A (DES)CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO DIANTE DA CRISE DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

No contexto jurídico que surgiu com o constitucionalismo houve a expansão em extensão e complexidade dos sistemas constitucionais sob um novo paradigma: o Estado Social e Democrático de Direito. Entre os fundamentos e objetivos desse paradigma, destaca-se a busca da realização dos direitos fundamentais e da justiça social com o reconhecimento de uma sociedade plural.

A Justiça Constitucional é cada vez mais chamada a decidir questões decorrentes desse novo paradigma constitucional. Entretanto, a aplicação da Constituição enfrenta como obstáculo a complexidade que esses casos trazem à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara e, especialmente quanto aos direitos sociais, diante de pressões do poder econômico pela redução de gastos públicos em prol de objetivos neoliberais.

A ausência de limites claros para o controle da racionalidade jurídica oferece inúmeras possibilidades de interpretação e permite o debate sobre a influência que o custo econômico pode ter sobre a construção do significado normativo Constituição em questões fundamentais para o Estado Social e Democrático de Direito.

Ao analisar o tema sobre o enfoque do mínimo existencial, Lilian Márcia Balmant Emerique e Sidney Guerra (2006, p. 387-388) descrevem que “um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo”, bem como obter “a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade ou interesse social ou econômico”.

Um exemplo da tensão entre expansão dos direitos sociais e seu custo econômico, bem como da ausência de critérios claros de controle da racionalidade jurídica, pode ser destacado dos direitos das pessoas com deficiência.

A Constituição Federal brasileira (1988) determina o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (artigo 208, III), bem como obriga o Estado a promover “programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas” especialmente quanto à

criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (artigo 227, §1º, II)

Vê-se, aqui, a fluidez das expressões atendimento educacional “preferencialmente” na rede regular de ensino, ainda que sua concretização possa ser

verificada pela determinação ao Estado para a criação de “programas de atendimento especializado” e para a “facilitação do acesso aos serviços coletivos”, tal como a educação, eliminando-se “todas as formas de discriminação”.

É certo que a expressão “preferencialmente” na rede regular de ensino não pode levar à conclusão de que qualquer dificuldade prática, incluídos aqui os custos econômicos envolvidos com estrutura e treinamento para a adaptação da rede regular de ensino para alunos com deficiência, poderiam justificar a transferência para redes de ensino especializado.

O único critério a determinar a exceção à preferência constitucional pela rede regular de ensino é a própria necessidade do aluno deficiente (e não os interesses econômicos da escola ou pessoais dos demais alunos, por exemplo).

Na prática, porém, seja no Brasil, seja em outros países como a Espanha, vê-se que referido critério nem sempre é adotado (BELDA, 2021, p. 2 e 16), o que configura uma forma de discriminação que o próprio texto constitucional busca eliminar.

De forma semelhante, porém mais abstrata e genérica, a Constituição Espanhola (1978) estabelece em sua política social e econômica o dever dos poderes públicos realizarem “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” ao se referir aos direitos e deveres fundamentais.

Enrique Belda (2016, p. 94), ao falar da dificuldade em se objetivar a interpretação sobre o que seja e qual a intensidade da deficiência de uma pessoa na Espanha escreve que “los poderes públicos usan criterios legales de carácter social, médico y asistencial para esa determinación, lo que aumenta la seguridad jurídica de las personas y el control por parte de los tribunales”, porém, destaca referido autor que “para el cumplimiento en general del contenido del art. 49, sus políticas quedan abiertas e indefinidas”.

Ainda em busca de uma regulamentação mais detalhada e mais protetiva às pessoas com deficiência, tanto Brasil como Espanha são signatários da “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

Destaca-se, no Brasil, que referida Convenção foi aprovada pelo Decreto

Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, após ser submetida ao procedimento previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição e, assim, tem status de Emenda Constitucional. Portanto, é um tratado que sequer pode ser denunciado, pois se trata de cláusula pétrea a norma constitucional sobre direitos individuais, nos termos do artigo 60, § 4º, IV da Constituição de 1988 (BALMANT EMERIQUE; GUERRA, 2008, p.24).

Assim, é esperado que o maior detalhamento da regulamentação dos direitos sociais das pessoas com deficiência traga maior segurança jurídica, porém, mesmo a referida Convenção “permite englobar, enunciada, toda la problemática, aunque no siempre particularice soluciones para los problemas de ejecución en los Estados” (BELDA, 2021, p. 10).

Nos exemplos citados acima vê-se que a construção do significado normativo da Constituição é objeto de racionalidade jurídica das decisões da Justiça Constitucional e, assim, deve observar os fundamentos e objetivos do Estado Social e Democrático de Direito. De fato, conforme lição de Willis Santiago Guerra Filho (2018, fls. 19), referido paradigma é um:

elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico. Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade

A dificuldade de se estabelecer critérios objetivos para controlar os limites de racionalidade da interpretação na Justiça Constitucional impõe risco à integridade e à coerência do sistema constitucional.

A atual linguagem das constituições possibilita uma maior abertura para interpretações da Justiça Constitucional e a ausência de claros limites à racionalidade jurídica pode gerar insegurança jurídica, por isso, coloca em debate a (des)construção do paradigma do Estado Social e Democrático de Direito via interpretação constitucional. Sobre o tema Díaz Revorio (2004, p. 35) defende a abertura relativa ou suficiente do sistema constitucional, porém, isso “no supone indiferentismo axiológico, ya que la norma suprema ‘deja claras sus preferencias’, señalando cuáles son los valores que dotan de legitimidad interna a un sistema democrático”.

Assim, a interpretação constitucional pode tanto ser uma via de desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito (quando respeitados os limites constitucionais), bem como ser uma via de desconstrução dos fundamentos e objetivos deste paradigma, quando realizada de forma incontrolada e arbitrária.

Aqui temos, como agravante, a crise do Estado Social em tensão com as tentativas de combater tal contexto na Europa e na América Latina (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2017).

Como descrito por Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2017, p. 488-490), nas últimas décadas do século XX (período que coincide com a elaboração das novas Constituições dos Estados da América Latina) o Estado Social entrou em crise especialmente por mudanças políticas, socioeconômicas e ideológicas que levaram à hegemonia do Estado Liberal e do movimento neoliberal: formação de blocos regionais, fim das ditaduras fascistas da alternativa comunista e enfraquecimento das razões do surgimento do Estado Social no pós-guerra. Surgem, assim, pressões que atingem diretamente os direitos sociais, como a política monetária de redução e imposição de teto aos gastos públicos como forma de combate à inflação.

Não se ignora que a implementação dos direitos sociais depende diretamente da questão econômica e dos meios para arcar com os custos de sua implementação, tal como descrito por Enrique Belda (2016, p. 95-96):

el resultado de gozar de esta protección a través de un principio de política social y económica ha supuesto que a lo largo de estos treinta últimos años, el legislador y en su ámbito de competencia, el gobierno, hayan elaborado centenares de normas que se plasman en acciones concretas a favor de los ciudadanos, y que directamente cumplen con la finalidad de la promoción de la salud. En definitiva, cuando ha existido respaldo económico, han podido universalizar la prestación sanitaria y la medicación en hospitales, incrementar la ayuda a la compra de medicamentos, extender a todos los ámbitos las campañas de protección, etc. Ello no podía ser garantizado ante la ciudadanía de forma inmediata, entregando una acción directa, como la que podamos tener al exigir el voto o garantías ante la detención. Las peculiaridades de la naturaleza de ese derecho y, cómo no, las circunstancias económicas mandan, pues, en su ubicación normativa y régimen de protección

Porém, o que se pretende evitar diante do contexto de crise do constitucionalismo social é que pressões pela redução de gastos públicos para fins estritamente econômicos sejam elementos de influência fortes o bastante para esvaziar

o conteúdo essencial dos direitos sociais e, conseqüentemente, levá-los à ineficácia.

Busca-se, ainda, evitar que o controle do poder político pelo poder econômico atinja a essência da democracia. Por isso, a partir de um constitucionalismo democrático é necessária “la reivindicación del papel histórico del Estado social y el uso de todas las herramientas a nuestro alcance para su preservación; esto es, establecer la relación directa entre Estado social y Estado constitucional como modelo en construcción” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2017, p. 491-493).

3 PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO PROCESSO DECISÓRIO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO EUROPEU E NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Como forma de combate à crise do constitucionalismo social surgiram movimentos Neoconstitucionalista na Europa e um Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Nos termos da lição de Maria Lúcia Barbosa e João Paulo Allain Teixeira (2017, p. 1120), o neoconstitucionalismo europeu apresenta as seguintes características: a) reconhecimento de um amplo catálogo de direitos fundamentais; b) afirmação da força normativa da Constituição; c) ampliação do poder jurisdicional sobre o poder legislativo; c) afirmação de técnicas ponderativas voltadas para a interpretação e aplicação do direito; d) afirmação do direito em uma dimensão principiológica.

Vê-se que o neoconstitucionalismo europeu deriva de denso embasamento teórico sobre a Hermenêutica Constitucional, especialmente em relação aos métodos de interpretação e ponderação de direitos constitucionais que inspiram a elaboração e aplicação das Constituições de muitos países latino-americanos. Porém, na experiência prática desses países verificou-se que, mesmo com aprovação de Constituições conforme as características do neoconstitucionalismo europeu, muitos são os desafios diante da complexidade social para a efetivação dos direitos, especialmente quando opostos às ideias neoliberais.

Como alternativa para a solução da questão, surge um Novo Constitucionalismo Latino-Americano, voltado para a especificidade do contexto social local e que propõe a criação de instrumentos de participação da sociedade, especialmente dos grupos antes

excluídos e vulneráveis (indígenas, mulheres, negros, pessoas com deficiência etc.), nos processos de criação, modificação e interpretação das Constituições, “o que o caracteriza por um forte elemento legitimador” (BARBOSA; ALLAIN TEIXEIRA, 2017, p. 1.125-1128).

Assim, para que a interpretação constitucional seja uma via de desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito são apresentados instrumentos de participação social no processo decisório da Justiça Constitucional, como formas de pressão pela observância dos critérios de controle de sua interpretação, bem como de diálogo entre a Justiça Constitucional e a sociedade para a tomada da decisão mais adequada. Em outras palavras, são instrumentos da legitimidade democrática da Justiça Constitucional na construção do sentido normativo da Constituição em busca da efetividade dos direitos diante da crise do constitucionalismo social.

A construção do sentido normativo da Constituição pode ser uma via de desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito desde que, além dos referidos critérios objetivos de controle da racionalidade jurídica, haja também legitimação no seu processo interpretativo. Como advertem Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2017, p. 494) “los retrocesos en derechos se producen cuando no se proporcionan instrumentos de control democrático sobre las decisiones de importancia constitucional” e continuam referidos autores ao tratar do modelo de Estado Social europeu e de seu atual momento de crise (2017, p. 501):

Solo los avances que planteen un retorno a los fundamentos democráticos del Estado podrán detener la erosión del Estado social. Se trata de aumentar la participación democrática en las decisiones y el control de Estado, mejorar los mecanismos que aseguren la plena normatividad de la Constitución, y garantizar la plena exigibilidad de los derechos sociales

Encontra-se, aqui, um denominador comum entre o neoconstitucionalismo europeu e o novo constitucionalismo latino-americano diante da crise do Estado Social: a necessidade de aumentar a participação democrática e o controle do Estado nas decisões de importância constitucional para garantir a efetividade dos direitos sociais.

Neste movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Social e Democrático de Direito, em muito promovido pelo conteúdo indeterminado das Constituições modernas (valores, princípios e direitos

fundamentais), Marcelo Figueiredo (2019, p. 399) adverte sobre o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo que pode colocar em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição e, assim, diminuir o processo de participação e soberania popular.

Maria Lúcia Barbosa e João Paulo Allain Teixeira (2017, p. 1121) afirmam que “o neoconstitucionalismo europeu, que delega ao Poder Judiciário a solução dos conflitos reduzindo os espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete/aplicador da constituição a tarefa de solucionar os conflitos sociais” e “há uma invasão de competências no tocante à controlabilidade das políticas públicas pelo poder judiciário independentemente das decisões majoritárias”.

É certo, porém, que também não se mostra compatível com o atual estágio do constitucionalismo uma visão formalista ou de retorno cego ao positivismo, sendo necessário conciliar as teses para melhor atendimento das finalidades constitucionais.

Gustavo Zagrebelsky, ao analisar a discricionariedade judicial em contraposição com a restrição ou impedimento político da interpretação da atividade judicial na Itália demonstra não ser esse último o caminho adequado para o equilíbrio (2006, p. 163).

Nos termos defendidos por Gustavo Zagrebelsky (2006, p. 251-252), vê-se que a abertura da Constituição deriva do conceito de Constituição material, da nova textura indeterminada das normas constitucionais, dentre outras causas legítimas. Ainda que haja, no atual momento, alguma preponderância do Judiciário sobre o Legislativo, não há, necessariamente, um ‘desplazamiento de poder’, mas sim uma condição imposta pela evolução histórica do constitucionalismo e pelas razões específicas de cada ordenamento (por exemplo, em caso de inércia ou omissão do Poder Legislativo).

Assim, em retorno às lições de Marcelo Figueiredo, vê-se que, ainda que interfira nas demais funções dos Poderes, não há no exercício da Justiça Constitucional uma invasão de competência desde que respeitados os limites da interpretação e da aplicação da Constituição (2016, p. 26).

Diante desse quadro, a legitimação da Justiça Constitucional pode ser resultado do procedimento que utiliza instrumentos de participação e de diálogo, o que pode qualificar a deliberação tomada como democrática e evitar a advertência sobre uma “substituição dos representantes do povo, por um poder que não possui legitimidade

democrática para o exercício da função política” (BARBOSA; ALLAIN TEIXEIRA, 2017, p. 1.122).

Para tanto, questiona-se: ainda que a legitimidade democrática da Justiça Constitucional esteja prevista em regra de competência para construir sentido normativo da Constituição, suas deliberações são resultado de um processo de legitimação democrática? Em outras palavras, como deve proceder a Justiça Constitucional para decidir democraticamente sobre o sentido normativo da Constituição? ¹

Neste ponto, o problema envolve os métodos de interpretações aplicados na racionalidade jurídica decisória, bem como a efetividade dos instrumentos de participação democrática no processo de controle de constitucionalidade como as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae*.

Em sede de controle de constitucionalidade as Audiências Públicas e o *Amicus Curiae* estão previstos na Lei nº 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade) e na Lei nº 9.882/1999 (Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental).

Nessas ações de controle concentrado de constitucionalidade, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (artigo 9º, §1º, Lei nº 9.868/1999).

São 35 casos em que foram realizadas Audiência Públicas no Supremo Tribunal Federal², sendo que, para o tema do presente artigo, merecem destaques:

a) Audiência pública nº 34, realizada no mês de agosto de 2021, sobre a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida – PNEE (Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020);

¹ As questões postas são, direta ou indiretamente, objetos de estudos como “Audiências Públicas e Ativismo: diálogo social no STF”, coordenado por Vanice Regina Lírio do Valle (2012); “Controle de Constitucionalidade pelo STF: Participação e Democratização por meio de Audiências Públicas e do *Amicus Curiae*”, de Jadson Correia de Oliveira (2015); e “Participação Social no Controle de Constitucionalidade: a Propositura de Ações Diretas, o Amicus Curiae e as Audiências Públicas”, de Aline Lisbôa (2013).

² Pesquisa realiza no *site* do Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>.

b) Audiência pública nº 16, realizada em maio de 2014, sobre a internação hospitalar com diferença de classe no Sistema Único de Saúde;

c) Audiência pública nº 14, realizada em novembro de 2013, sobre o Programa “Mais Médicos”;

d) Audiência pública nº 5, realizada em março de 2010, sobre Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior;

e) Audiência pública nº 4, realizada em maio de 2009, sobre Judicialização do direito à saúde;

Ainda, o relator poderá admitir a manifestação de órgãos e entidades como *Amicus Curiae* considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (artigo 7º, §2º, Lei nº 9.868/1999). Tais entidades têm a oportunidade de compartilhar seu conhecimento sobre o assunto, representando determinados pontos de vista.

Na Espanha³, a figura que mais se assemelha ao *Amicus Curiae* é o *Coadyuvante*, porém, FELIPE BAUER BRONSTRUP (2016, p. 197-198) analisa o tema no país e concluiu que é necessária a regulamentação específica do instituto para tornar mais legítimas e democráticas as decisões do Tribunal Constitucional:

o dispuesto en el art. 81.1 de la LOTC y las demás previsiones relacionadas con el coadyuvante actualmente existentes se muestran insuficientes para justificar la petición de ingreso de un tercero interesado en ejercer las funciones de un *Amicus Curiae* en demandas que se tramiten ante el TC. La adopción de una disposición específica en torno a la referida figura —que explicita los requisitos de legitimidad y los poderes procesales correspondientes— no solo reduciría la inseguridad jurídica de los postulantes en torno a su admisión en el proceso, sino que también contribuiría con su apertura —todavía restringido a un pequeño rol de legitimados— a distintos sectores de la sociedad, lo que tornaría más legítimas y democráticas las decisiones de un tribunal tan fundamental para un Estado de derecho

Acredita-se, portanto, que a aplicação dos referidos instrumentos de participação pode trazer importante contribuição ao objetivo de efetivação dos direitos em um contexto de crise do constitucionalismo social, ou seja, para a atuação da Justiça

³ Reitere-se, aqui, que a escolha do sistema constitucional da Espanha como representante do movimento do neoconstitucionalismo europeu é justificada pois este artigo é resultado do desenvolvimento de trabalho apresentado como comunicação no “III Congresso hispano-brasileiro de Direito Constitucional”, cujo tema foi “Perspectivas comparadas entre a crise do constitucionalismo e da democracia na Espanha e no Brasil”.

Constitucional em seu papel central na concretização e consolidação de direitos fundamentais com estrito respeito à democracia.

Como estudo de caso para demonstração dessa hipótese, analisa-se a Audiência pública nº 34, realizada no mês de agosto de 2021 no Supremo Tribunal Federal, sobre a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida – PNEE (Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020).

Trata-se audiência convocada pelo relator da ação, Ministro Dias Toffoli para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre:

i) a política pública prevista no Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que instituiu a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida – PNEE e ii) o impacto da norma, em geral e, especificamente, quanto a cada grupo de educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, altas habilidades ou superdotação, na implementação do ensino inclusivo, com o qual o Brasil encontra-se comprometido internacionalmente⁴

Foram admitidas as participações de especialistas e de representantes do poder público e da sociedade civil (p. ex., entidades representantes de pessoas com deficiência), com a finalidade de trazer ao Supremo Tribunal Federal conhecimento especializado com informações técnico-científicas e extrajurídicas acerca do tema de acordo com o modelo educação inclusiva previsto na Constituição Federal.

Houve 113 (cento e treze) pedidos de participação na audiência pública em questão, o que demonstra a importância do tema para a sociedade brasileira. Em razão do grande número de inscritos, optou-se por realizar a audiência em formato virtual (videoconferência) e dividir a reunião em três blocos que ocorreram durante dois dias.

Além da participação oral, aqueles que foram habilitados para participação puderam apresentar memoriais escritos a serem juntados nos autos da ação direta de inconstitucionalidade. Ainda, nas apresentações orais foi autorizado o uso de recursos audiovisuais com dados empíricos, dados quantitativos, gráficos, animações, vídeos e outros instrumentos pedagógicos.

Para maior publicidade, a audiência foi transmitida pela TV Justiça e pela Rádio

⁴ Todos os casos práticos citados podem ser encontrados em pesquisa sobre audiências públicas realizadas no site do Supremo Tribunal Federal:
<https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>.

Justiça.

A ação direta de inconstitucionalidade em questão foi extinta sem resolução do mérito por perda do objeto, uma vez que o Decreto nela impugnado (Decreto federal nº 10.520/2020) foi expressamente revogado pelo Decreto 11.370, de 1º de janeiro de 2023.

Vê-se que, apesar da extinção sem resolução do mérito da Ação, a pressão proveniente da participação social e da comunidade de especialistas gerou o efeito pretendido com a revogação da norma impugnada. Deve ser observado, também, que o dia de 1º de janeiro de 2023 foi o primeiro dia de um novo governo eleito, o que possibilitou o atendimento do pleito na via administrativa.

Por fim, também como casos de atuação prática efetiva dos instrumentos de participação democrática perante a Justiça Constitucional, pode-se citar os resultados favoráveis aos direitos sociais em ações já indicadas em que houve audiências públicas e atuação de *Amicus Curiae*: a) improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, que tinha como finalidade a declaração de inconstitucionalidade de Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior; b) improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5035, que visava à declaração de inconstitucionalidade do "Programa Mais Médicos"; c) o provimento do Recurso Extraordinário nº 186-RS, com fixação de tese em repercussão geral que declarou constitucional a regra que veda a internação hospitalar com diferença de classe no Sistema Único de Saúde.

4 CONCLUSÕES

O desenvolvimento da pesquisa demonstra que a crise do Estado Social coloca em risco a concretização de direitos. Mesmo com o detalhamento da regulamentação dos direitos sociais nas Constituições, nos Tratados Internacionais e em normas infraconstitucionais, há uma abertura para interpretações que podem levar à inefetividade dos direitos sociais, especialmente diante da tensão entre a expansão de tais direitos e seu custo econômico.

Por outro lado, o avanço da atuação da Justiça Constitucional para garantia dos direitos sociais pode, sob pretexto de resolver uma crise de efetividade de direitos, gerar

uma crise de legitimidade do Poder Judiciário pela invasão de competências de Poderes eleitos democraticamente.

No enfrentamento dessas crises, o trabalho demonstra que há um denominador comum entre o neoconstitucionalismo europeu e o novo constitucionalismo latino-americano: a necessidade de aumentar a participação democrática e o controle do Estado nas decisões de importância constitucional para garantir a efetividade dos direitos sociais.

No contexto do neoconstitucionalismo europeu, adotado o sistema constitucional da Espanha como seu representante para os fins a que se destina este trabalho, identifica-se a insuficiência da regulamentação da figura do *Coadjuvante* como instrumento de efetiva participação democrática perante o Tribunal Constitucional, especialmente pela ausência de definição do rol de seus legitimados ou de especificação dos atos processuais que pode exercer.

No contexto do novo constitucionalismo latino-americano, tomado o sistema constitucional do Brasil como seu representante, foram identificados como instrumentos de participação democrática e de deliberação dialógica as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae*.

Verificou-se que referidos instrumentos têm sido utilizados de forma recorrente pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle de constitucionalidade em que se discute o reconhecimento e a efetividade de direitos sociais tais como Educação, Direito de Pessoas com Deficiência e Saúde.

Confirma-se, portanto, a hipótese de trabalho, pela identificação de instrumentos de participação democrática de defesa da efetividade dos direitos sociais e de controle sobre os critérios e limites da racionalidade jurídica da Justiça Constitucional como forma de legitimar o processo de construção do sentido normativo das Constituições mesmo em sentido contrário a decisões tomadas por Poderes eleitos democraticamente.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALMANT EMERIQUE, Lilian; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 10, n. 90, p. 1–34, 2008. Disponível em: www.planalto.gov.br/revistajuridica. Acesso em: 4 set. 2022.

BARBOSA, Maria Lúcia; ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 2, 2017. DOI: 10.12957/dep.2017.23083. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23083>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. Las Lenguas de Signos españolas: su necesaria presencia en el debate social y doctrinal sobre la reforma de la Constitución española. **Revista de Derecho Político**, [S. l.], n. 96, p. 87–120, 2016. DOI: 10.5944/rdp.96.2016.17055. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17055>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique. Las personas con discapacidad en la reforma educativa: realidad jurídica frente a percepción social, y persistencia de los problemas de financiación. **Revista General de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, v. 35, p. 1–23, 2021. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424217. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL; Supremo Tribunal Federal. Página de pesquisa de audiências públicas já realizadas. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRONSTRUP, Felipe Bauer. El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 108, p. 181-199, 2016. Disponible en: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/54346>>. Accedido en: 12.04.2022.
DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. La “Constitución abierta” y su interpretación. Lima: Palestra, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo democracia e Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do Direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GUERRA, Sidney; BALMANT EMERIQUE, Lilian Márcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, [S. l.], v. VII, n. 9, p. 379–397, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>. Acesso em: 4 set. 2022.

LISBÔA, Aline. **Participação Social no controle de constitucionalidade: a propositura de Ações Diretas, o Amicus Curiae e as Audiências Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Controle de Constitucionalidade pelo STF: Participação e Democratização por meio das Audiências Públicas e do *Amicus Curiae***. Curitiba: Juruá, 2015.

VALE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Audiências Públicas e Ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Crisis del Estado Social en Europa: efectos en la generación del constitucionalismo social en América Latina. **Revista Justiça do Direito**, [S. l.], v. 31, n. 3, p. 485, 2017. DOI: 10.5335/rjd.v31i3.7630. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7630>. Acesso em: 29 ago. 2022.

ZAGREBELSKY, G. ¿Qué es ser juez constitucional?. **Revista da Universidad de La Sabana**, Chia, Colombia, ano 20, v. 15, p. 155-171, 2006.

Como citar:

GARCIA, Arilson Gil. Participação democrática, processo decisório da justiça constitucional e efetividade dos direitos na crise do constitucionalismo social. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 33, p. 1-17, ano 2023. DOI: (endereço do DOI desse artigo).

Originais recebido em: 01/12/2023.

Texto aprovado em: 22/12/2023.