

Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso*

Public Hearings and their Impact in the Decision-Making Process: the ADPF 54 as a Case-Study

Roberto Fragale Filho

Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de São João de Meriti (RJ). Email: roberto.fragale@gmail.com

Artigo recebido e aceito em outubro de 2015.

· Este texto foi originalmente apresentado no seminário temático “Instituições judiciais, política e moralidade na democracia” havido no 37º Encontro Anual da ANPOCS entre 23 e 27 de setembro de 2013. Embora o tempo decorrido sugerisse uma revisão e a incorporação dos comentários efetuados naquela ocasião, como não revistei a temática nesse intervalo, optei por submetê-lo à publicação nos exatos termos em que apresentado em 2013.

“(O) risco (é) de as pessoas se darem conta de que todos os espaços de participação são de mentira, de que audiência pública não serve para nada, e com isso se retirarem do debate.”¹

ALESSANDRA OROFINO

Resumo

Entre as diferentes controvérsias de forte apelo ético-moral que foram recentemente submetidas ao judiciário brasileiro, destaca-se a questão da antecipação de partos de fetos anencéfalos. Discutida nos autos da ação de descumprimento de preceito fundamental n. 54, ela propiciou a realização da terceira audiência pública do Supremo Tribunal Federal com 28 diferentes participantes oriundos de 25 entidades governamentais e da sociedade civil. O exame desse rol de participantes indica que uma ampla diversidade, incluindo organizações religiosas, profissionais, associações, além de algumas pessoas físicas, cujos depoimentos não traduziriam necessariamente um conhecimento “técnico”, mas estariam aptos a testemunhar uma vivência concreta relacionada com a circunstância em discussão. Entre a distribuição da ação e sua decisão, transcorreram quase oito anos, sendo certo que a audiência pública deu-se no meio desse percurso processual, ou seja, cerca de quatro anos após a distribuição. Quando de sua realização, na esteira de uma literatura jurídica que saúda a audiência pública como uma prática de abertura do judiciário ao debate público, além de um mecanismo de reforço democrático, ela foi saudada como mais uma etapa da construção de um crescente protagonismo dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, um olhar mais crítico não permite assumir esse argumento como um truísmo e requer um exame do real impacto da audiência pública no processo decisório da Corte. Esse exame pode ser agora efetuado graças à publicação em 30 de abril de 2013 de seu acórdão. Quase um ano depois de decidida pelo plenário e nove anos após sua distribuição, a publicação de seu resultado encerra seu percurso processual e possibilita

¹ “Nova York Chamando. Dois jovens são assediados para explicar o que ninguém entende”, *Revista Piauí*, n° 82, p. 12.

tomar tal debate como um estudo de caso englobando todas as etapas do processo decisório do STF. Assim sendo, pretende-se aqui recuperar o percurso processual da referida ação para se examinar, de forma contrastada, as discussões da audiência pública e as razões de decidir da Corte. Com isso, espera-se dimensionar o real impacto dessa prática no processo decisório e compreender seu significado para a relação da instituição judiciária com a democracia.

Palavras-chaves: Audiências públicas, Supremo Tribunal Federal, ADPF 54

Abstract

Prominent among various controversies with strong ethical and moral overtones recently referred to the Brazilian judiciary is the issue of early delivery of anencephalic fetuses. In the Allegation of a Breach in a Fundamental Precept (of the Constitution) nº 54, it led to the third public hearing of the Federal Supreme Court (STF), in which 28 participants from 25 agencies of government or civil society took part. Scrutiny of these indicates a wide diversity of participants, including religious and professional organizations, associations as well as persons, whose depositions did not necessarily reflect any “technical” knowledge, but bore witness to some living experience related to the question at issue. In the nearly eight years that passed between submission and determination of the action, the public hearing was held in the middle of this process, or roughly four years after its inception. A juridical literature has hailed the hearing not only as an opening up of judicial decision to public argument, strengthening democratic procedures, but as a further stage in the increasing protagonism of the courts, in particular of the STF. Acceptance of this as a truism, however, does not survive more critical scrutiny, which requires a study of the actual impact of the public hearing on the decision of the STF. Following the publication on 30 April 2013 of its reasoning, this is now possible. Nearly a year after its decision, and nine years after submission of the issue, publication of the outcome – bringing its judicial itinerary to a close – allows us to take the public debate as a case study covering all stages of the decision-making process of the STF. Our

task here will therefore be a reconstruction of this process, with the aim of showing the contrasts between arguments in the public hearing and the reasoning behind the decision of the court, in the hope of gauging more accurately the actual influence of the hearing in the decision-making process, and understanding its significance for the relationship of the judiciary to democracy.

Key-words: Public hearings, Brazilian Supreme Court, ADPF 54

Entre as diferentes controvérsias de forte apelo ético-moral que foram recentemente submetidas ao judiciário brasileiro, destaca-se a questão da antecipação de partos de fetos anencéfalos. Discutida nos autos da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54, ela foi assunto da terceira audiência pública do Supremo Tribunal Federal (STF) com 29 diferentes participantes oriundos de 22 entidades governamentais e da sociedade civil. O exame desse rol indica que a audiência foi caracterizada por uma ampla diversidade de representação incluindo organizações religiosas, corporações profissionais, associações, além de algumas pessoas físicas, cujos depoimentos não traduziriam necessariamente um conhecimento “técnico”, mas a vivência concreta da circunstância em discussão. Entre a distribuição da ação e a decisão, transcorreram quase oito anos, sendo que a audiência pública deu-se no meio desse percurso processual, cerca de quatro anos após a distribuição. No momento de sua realização, ela foi saudada pelo ministro Gilmar Mendes como uma prática de abertura do judiciário ao debate público, além de um mecanismo de reforço democrático, fortemente ancorado em um crescente protagonismo dos tribunais, em especial do STF. Entretanto, um olhar mais crítico não permite assumir esse argumento como um truísmo e requer um exame do real impacto da audiência pública no processo decisório da corte, o que pode ser agora realizado no âmbito da ADPF nº 54 graças à publicação, em 30 de abril de 2013, de seu acórdão. Quase um ano depois de decidida pelo plenário e nove anos após sua distribuição, a publicação de seu resultado encerra seu percurso processual e possibilita tomar tal debate como um estudo de caso englobando todas as etapas do processo decisório do STF. Nesse sentido, este texto encontra-se dividido em quatro etapas: na primeira, recupera-se a controvérsia proposta pela ADPF nº 54, para, na segunda, lançar-se um olhar específico sobre sua audiência pública. Na terceira, examina-se o acórdão em si para, na quarta e última etapa, articular-se uma análise acerca do impacto da audiência pública no processo decisório da Corte, buscando-se compreender seu significado para a relação da instituição judiciária com a democracia.

I. O Processo

Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) protocolou no STF a ADPF nº 54 sustentando que “a antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico não é aborto.” Em sua petição inicial, ela alegava que interpretação diversa, por um lado, criava riscos para o exercício profissional dos trabalhadores da saúde, porquanto sujeitos à perseguição penal, e, por outro lado, sujeitava as gestantes de fetos anencéfalos à tortura psicológica, em virtude da “convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo.”² Em outras palavras, o poder público, ao criar obstáculos à antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, estaria violando os preceitos constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde. Examinado em sede provisória, o pedido de liminar foi prontamente deferido para sobrestar “os processos e decisões não transitadas em julgado, (bem) como (para) também (reconhecer o) 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.”³

Naquele mesmo instante, Severina, filha de Dedé e Maria, esposa de Rosivaldo e mãe de Valmir, moradora de Chã Grande, no interior de Pernambuco, iniciava sua segunda gestação. Protagonista do documentário “Uma vida Severina”,⁴ de Eliane Brum e Débora Diniz, ela descreve junto com Rosivaldo o resultado do ultrassom que lhe fez descobrir a anencefalia de seu feto, ou seja, que ele não tinha a parte do crânio que lhe permitiria completar

² A íntegra da petição inicial encontra-se disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091#0%20-%20Peticao%20inicial>, acesso em: 05 ago. 2013.

³ Proferida em 1º de julho de 2004, a decisão de deferimento da medida liminar encontra-se disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339094#3%20-%20Decis%E3o%20-%201/7/2004%3A%20cautelar%20deferida>, acesso em: 05 ago. 2013.

⁴ O documentário encontra-se disponível na íntegra em: <http://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>, acesso em: 05 ago. 2013.

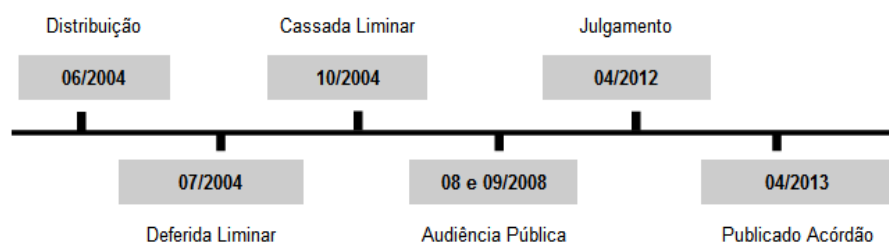
a formação da cabeça. Era como se ela tivesse sido torada, disse-lhes o médico. Provavelmente, enquanto tudo isso acontecia, ela ainda nada sabia dos debates judiciais em torno da ADPF nº 54 e da autorização provisória que lhe permitia interromper a gravidez. Quis o destino que ela se internasse para fazer a interrupção da gravidez no mesmo dia 20 de outubro de 2004 em que os ministros do STF apreciavam em plenário a liminar deferida pelo relator, ministro Marco Aurélio. Quis o destino que os ministros revogassem, por maioria de sete votos a quatro,⁵ a parte da liminar que possibilitava a interrupção terapêutica da gestação justamente antes que ela iniciasse o procedimento. Quis o destino que a notícia chegasse aos médicos antes mesmo de sua publicação no Diário Oficial. Quis o destino, enfim, que o procedimento não fosse realizado. E lá se foi Severina iniciar sua via-crúcis judicial em busca de uma autorização que só lhe chegaria três meses depois daquela tentativa frustrada e ao cabo de sete meses de gestação. Além da memória de uma gestação que resultaria necessariamente na morte do recém-nascido, restaram para Severina e Rosivaldo uma foto da criança morta e a certidão de óbito, sem que sequer tivesse havido o registro do nascimento. Quando a história deles foi por eles mesmos assistida em 17 de setembro de 2005, Rosivaldo terminou por dizer que qualquer pessoa, juiz ou não, sentiria algo diante daquelas imagens, bastando para tanto ser humano. Entretanto, nem o tempo da gestação de Severina nem tampouco o tempo cinematográfico correspondem ao tempo judicial e, em outubro de 2005, quando o documentário era finalmente exibido ao grande público, o STF havia tão somente reconhecido, em 28 de abril de 2005, a admissibilidade da ADPF e determinado o retorno dos autos ao ministro relator para examinar a pertinência da realização de audiência pública, consoante os termos do artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999.

⁵ Votaram pela revogação parcial da liminar os ministros Carlos Velloso, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, restando vencidos o ministro relator Marco Aurélio, bem como os ministros Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Cf. certidão de julgamento, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339116#23%20-%20Certid%E3o%20de%20julgamento%20-%2020/10/2004>, acesso em: 05 ago. 2013.

FIGURA I

ADPF 54

ITINERÁRIO PROCESSUAL



Entre a decisão sugerindo o exame de sua pertinência e a realização da audiência pública, o tempo judicial consumiu 1.216 dias, ou seja, cerca de três anos e quatro meses. Outros 1.303 dias seriam necessários para que o processo fosse finalmente julgado em 11 de abril de 2012. Na ocasião, Severina, que não mais teve filhos, fez-se presente no STF incarnando, nas palavras da documentarista Débora Diniz, “uma existência que a abstração da lei acredita poder ignorar.”⁶ Ela pode assim acompanhar a deliberação dos ministros declarando, por maioria de oito votos a dois,⁷ a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não corresponderia à conduta penalmente tipificada como aborto. Outros 383 dias seriam ainda necessários para que o acórdão fosse publicado. Com o trânsito em julgado em 08 de maio de 2013, dois dias mais tarde e 3.249 dias após sua distribuição, o processo seria finalmente encaminhado com baixa

⁶ “Uma história Severina. Como uma plantadora de brócolis analfabeta enfrentou o STF e conseguiu o direito (tardio) de abortar um anencéfalo”, *Estadão.com.br*, 07 abr. 2012, disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,uma-historia-severina,858398,0.htm>, acesso em: 05 ago. 2013.

⁷ O voto do ministro relator Marco Aurélio foi acompanhado integralmente pelos ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Rosa Weber, bem como pelos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, cujas sugestões de modulação foram rejeitadas. Os ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que votaram pela improcedência do pedido, restaram vencidos, sendo que o ministro Dias Toffoli declarou-se impedido. Cf. inteiro teor do acórdão, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334#108%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>, acesso em: 05 ago. 2013.

para o arquivo. Enfim, quase nove anos depois de seu início, o processo chegava ao fim.

II. A AUDIÊNCIA

As audiências públicas encontram-se referenciadas nas Leis nº 9.868/1999, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, e nº 9.882/1999, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conquanto suas redações não sejam exatamente idênticas,⁸ constata-se que as audiências públicas no âmbito do STF não pretendiam instaurar um contraditório entre as partes, mas dar voz a “pessoas com experiência e autoridade na matéria” controversa. Em outras palavras, elas possibilitariam subsidiar os ministros com argumentos técnicos, cuja importância escaparia ao tradicional exame puramente jurídico-dogmático. Essa necessidade no âmbito da controvérsia em torno da ADPF nº 54 já fora reconhecida pelo ministro relator antes mesmo do plenário revogar a medida liminar por ele concedida. Com efeito, em decisão de 28 de setembro de 2004, o ministro relator dizia ter “como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria,

⁸ O artigo 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 estabelece que “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.” Por sua vez, o artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999 estipula que, “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.”

ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno- Infantis de Campinas – CEMICAMP.”⁹

Não obstante a precoce manifestação favorável do ministro relator, 1.531 dias, ou seja, pouco mais de quatro anos desde a distribuição da ADPF, foram necessários para que ocorresse sua audiência pública, cuja realização foi desdobrada em quatro sessões nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 19 de setembro de 2008, antes mesmo que ela viesse a ser regulamentada pelo STF.¹⁰ Ela foi a terceira audiência pública a ser realizada pela Corte, tendo sido precedida pelas audiências sobre pesquisa com células-tronco embrionárias e sobre importação de pneus usados, cujas realizações deram-se no âmbito respectivo da ADI nº 3.510 e da ADPF nº 101 e ocorreram, também respectivamente, em 20 de abril de 2007 e 27 de junho de 2008. Ao longo das quatro sessões, foram ouvidas 29 pessoas, das quais 19 se pronunciaram em nome de associações e organizações não governamentais, organizações religiosas e corporações profissionais, três falaram na qualidade de representantes governamentais e sete como pessoas físicas, conforme sistematizado na tabela I.

⁹ Cf. despacho – audiência pública, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339109#18%20-%20Despacho%20-%2028/9/2004%3A%20audi%EAncia%20p%FAblica>, acesso em: 05 ago. 2013.

¹⁰ A regulamentação deu-se em fevereiro de 2009 por meio dos artigos 13, XVII e 21, XVII, do regimento interno do STF, que atribuem, respectivamente, competência ao seu presidente e ao ministro relator para sua convocação, e do artigo 154, que estabelece sua publicidade, além de fixar-lhe os procedimentos de realização. Essa regulamentação, que não eliminou o elevado grau de discricionariedade daquele que convoca a audiência pública, positivou as práticas até então adotadas (Ariede, 2011).

TABELA I
PARTICIPANTES DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

ENTIDADES		PARTICIPANTES
Organizações religiosas	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)	Padre Luiz Antônio Bento
	Igreja Universal do Reino de Deus (IURD)	Paulo Silveira Martins Leão Júnior
Associações e Organizações Não Governamentais	Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família	Bispo Carlos Macedo de Oliveira
	Católicas pelo Direito de Decidir	Rodolfo Acatauassú Nunes
	Associação Médico-Espírita do Brasil – AME	Maria José Fontelas Rosado Nunes
		Irvênia Luíza de Santis Prada
		Marlene Rossi Severino Nobre
	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia	Jorge Andalaft Neto
	Sociedade Brasileira de Medicina Fetal	Heverton Neves Pettersen
	Sociedade Brasileira de Genética Médica	Salmo Raskin
	Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil Sem Aborto	Lenise Aparecida Martins Garcia
	Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência	Thomaz Rafael Gollop
	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS	Débora Diniz
	Escola de Gente	Claudia Werneck
	Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF	Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi
	Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos	Lia Zanotta Machado
	Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos	Eleonora Menecucci de Oliveira
	Associação Brasileira de Psiquiatria	Talvane Marins de Moraes
Corporações profissionais	Conselho Federal de Medicina	Roberto Luiz D’Ávila
Representantes Governamentais	Ministério da Saúde	Ministro José Gomes Temporão
	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher	Jacqueline Pitanguy
	Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres	Ministra Nilcéia Freire
Pessoas Físicas		Deputado Federal José Aristodemo Pinotti
		Deputado Federal Luiz Bassuma
		Cinthia Macedo Specian
		Michele Gomes de Almeida
		Ailton Maranhão de Almeida
		Dernival da Silva Brandão
		Elizabeth Kipman Cerqueira

Não obstante o ministro relator ter indicado no relatório do acórdão que o processo fora saneado para “proporcionar a participação, em audiência pública, das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, incluindo as que tiveram indeferido o pedido de intervenção no processo como terceiro,”¹¹ nos dias que antecederam a realização da audiência pública foram apresentados novos pedidos de participação pelas entidades Associação Nacional Mulheres pela Vida, Confederação Nacional das Entidades de Família (CNEF), Federação Espírita Brasileira, Federação Nacional dos Enfermeiros (FNE), Movimento em Defesa da Vida de Porto Alegre, Pastoral da Criança e Suprema Ordem Universal da Santíssima Trindade, bem como pelo advogado Paulo Restiffe Neto na pretendida qualidade de curador do nascituro anencéfalo. Todos esses pedidos restaram indeferidos, seja por não se tratar de situação individualizada a exigir a intervenção de curador, seja em virtude de existência de representação diversa que já alcançaria a possível contribuição das entidades requerentes, seja ainda em função da proximidade do término dos trabalhos da audiência pública.

Em um único momento da audiência pública, fez-se presente o ministro Menezes Direito, que ressaltou não haver, em medicina, nem certezas nem diagnósticos absolutos, ainda mais na hipótese de diagnósticos por imagem. Na verdade, insistia ele, “na vida a única certeza são os valores éticos e morais, que se tornam permanentes com o existir,”¹² razão pela qual ele saudava a realização dos debates acreditando que eles permitiriam um melhor esclarecimento dos ministros na formação de suas convicções. Além de fazer presente na abertura dos trabalhos da audiência

¹¹ Cf. acórdão, fls. 19.

¹² Cf. notas taquigráficas da audiência pública, sessão de 28 de agosto de 2008, fls. 37, disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_di_a_28808.pdf, acesso em: 05 ago. 2013.

pública,¹³ o ministro Gilmar Mendes, à época presidente do STF, também compareceu na segunda e na terceira sessões, quando ressaltou a importância da interlocução com a comunidade científica e com a sociedade geral proporcionada pelas audiências públicas, bem como a grande segurança que elas proporcionavam ao tribunal para decidir temas difíceis ao possibilitar a construção de uma decisão informada,¹⁴ cuja elaboração dar-se-ia a partir das diferentes manifestações recenseadas, que estão sistematizadas na tabela II

¹³ Cf. notas taquigráficas da audiência pública, sessão de 26 de agosto de 2008, fls. 1-3, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_di_a_26808.pdf, acesso em: 05 ago. 2013.

¹⁴ Cf. nota 12 *supra*, fls. 67-68 e notas taquigráficas da audiência pública, sessão de 04 de setembro de 2008, fls. 2-3, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_di_a_4908.pdf, acesso em: 05 ago. 2013.

TABELA II
POSIÇÕES DOS PARTICIPANTES

ENTIDADES	FAVORÁVEIS AO PROCEDIMENTO	CONTRÁRIAS AO PROCEDIMENTO
Organizações religiosas	Igreja Universal do Reino de Deus (IURD)	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)
Associações e Organizações Não Governamentais	Católicas pelo Direito de Decidir	Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família
	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia	Associação Médico-Espírita do Brasil – AME
	Sociedade Brasileira de Medicina Fetal	Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil Sem Aborto
	Sociedade Brasileira de Genética Médica	Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF
	Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência	
	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS	
	Escola de Gente	
	Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos	
	Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos	
	Associação Brasileira de Psiquiatria	
Corporações profissionais	Conselho Federal de Medicina	
Representantes Governamentais	Ministério da Saúde	
	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher	
	Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres	
Pessoas Físicas	Deputado Federal José Aristodemo Pinotti	Deputado Federal Luiz Bassuma
	Michele Gomes de Almeida	Cinthia Macedo Specian
	Ailton Maranhão de Almeida	Dernival da Silva Brandão
		Elizabeth Kipman Cerqueira

Ora, conquanto tenha sido observada a participação das distintas correntes de opinião em relação à matéria controversa, cuja qualificação oscilava entre, de um lado, as semelhantes designações “interrupção terapêutica da gestação” ou “antecipação terapêutica do parto” e, de outro lado, a alegação de “aborto eugênico”, constata-se um desequilíbrio nas manifestações, uma vez que houve dezoito manifestações favoráveis contra apenas onze intervenções contrárias ao procedimento em questão. Em outras palavras, enquanto pouco mais de 3/5 das manifestações foram favoráveis, pouco menos de 2/5 opuseram-se ao procedimento objeto do litígio. Quando excluídas as manifestações efetuadas em nome de uma mesma entidade, o desequilíbrio é ainda mais intenso, pois 2/3 revelam-se favoráveis enquanto apenas 1/3 expressaria oposição ao procedimento. Essa desproporção torna ainda mais difícil a compreensão dos critérios utilizados pelo ministro relator para definir o rol de participantes da audiência pública.

Outro relevante aspecto da audiência diz respeito à sua publicidade, que teria sido ampliada por sua transmissão ao vivo pela TV Justiça. Posteriormente tornada obrigatória pelo artigo 154, V, do regimento interno do STF (que também exige sua difusão pela Rádio Justiça), a transmissão pela TV Justiça foi, na verdade, objeto de considerações ao longo da própria audiência. Com efeito, na segunda sessão da audiência, após o ministro Marco Aurélio sustentar que a TV Justiça teria aproximado o judiciário do povo, o advogado Luís Roberto Barroso sugere que ela tem uma valia extraordinária em decorrência da transparência e visibilidade que possibilitam o povo brasileiro testemunhar o trabalho da corte.¹⁵ Na terceira sessão, a transmissão da audiência pela TV Justiça foi saudada por Claudia Werneck, representante da Escola da Gente, em virtude da utilização de janela de intérprete da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), não sem efetuar uma crítica pela ausência de legendas.¹⁶ Finalmente, a

¹⁵ Cf. nota 12 *supra*, fls. 112.

¹⁶ Cf. nota 14 *supra*, fls. 27.

íntegra das três primeiras sessões da audiência pública foi disponibilizada no canal do STF na página do youtube.¹⁷

III. O ACÓRDÃO

Publicado um ano depois do julgamento e mais de quatro anos após a realização da audiência pública, o acórdão da ADPF nº 54 se alonga por 433 páginas e parece ser fortemente revelador do modo de funcionamento da corte: entre deliberação coletiva e recenseamento de posições individuais dos ministros, a corte parece optar pelo segundo modelo decisório. Com efeito, o texto assim parece sinalizar ao apresentar uma paginação que reinicia sua numeração a cada voto. Na verdade, até mesmo o relatório, cuja extensão ocupa as 30 primeiras folhas, encontra-se paginado de forma individualizada. Nele, está descrito o percurso processual realizado ao longo dos anos, com uma rica descrição da audiência pública. Em seguida, encontra-se o voto do ministro Marco Aurélio, que utilizou os argumentos lançados na audiência pública para expor “as balizas da anencefalia”,¹⁸ para atestar a impossibilidade de doação de órgãos de anencéfalos e para enfatizar os “direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo”¹⁹ Ao cabo, o ministro efetuou 27 referências diretas ao conteúdo da audiência pública, mobilizando essencialmente as manifestações favoráveis ao seu entendimento. Entretanto, essa mobilização não parece ter sido para possibilitar a construção de uma decisão informada, mas para confortar seu entendimento já expresso na liminar deferida em 2004, como indica sua manifestação após o voto. Nela, o ministro revela que colocou o processo intencionalmente na prateleira e dela só o retirou quando, após a corte ter assentado a possibilidade de realização

¹⁷ Cf. http://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47vGsw8_FF1gBWqzkSv7njE2, acesso em: 08 ago. 2013.

¹⁸ Cf. acórdão, fls. 51, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf>, acesso em: 08 ago. 2013.

¹⁹ Cf. nota 18 *supra*, fls. 60.

de pesquisas com células-tronco,²⁰ ter vislumbrado a “sensibilidade do Colegiado para enfrentar a matéria”.²¹ Apenas então foi retomado o processo, realizada sua audiência pública e, uma vez “aparelhado o processo”,²² trazido a julgamento.

Em seu voto, a ministra Rosa Weber faz um breve relato do processo, indicando que a audiência pública teria sido realizada “com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada, em especial a comunidade científica, delas (emergindo) pontos altamente controversos e posições éticas e religiosas antagônicas.”²³ A ministra indicou que assistira aos vídeos das quatro sessões da audiência e rememorou o caso de Marcela de Jesus, que fora intensamente debatido na própria audiência por conta da controvérsia em torno de seu diagnóstico (anencefalia ou meroencefalia?), além de ter esclarecido que ficara sensibilizada com a visita de Vitória de Cristo, uma criança levada por seus pais e acometida de acrania. No entanto, seu voto não traz qualquer referência consistente aos debates havidos na audiência pública, mas é estruturado em torno de três dimensões: uma epistemológica sobre o conceito de vida, outra histórica sobre o respeito à vontade do legislador (cujos conhecimentos tecnológicos não permitiriam, em 1940, a inclusão da anencefalia entre as excludentes do tipo penal) e uma última relacionada com a hermenêutica jurídica com foco na ponderação de valores em favor dos direitos da mulher e em detrimento daqueles do feto. Seu longo voto alude apenas uma vez e, ainda assim, de forma genérica às audiências para salientar que os testemunhos das mulheres que levaram a gestação de fetos anencéfalos até o fim informam que a decisão destas se deu em função de suas escolhas morais, o que, por certo, reafirma suas liberdades de escolha.

Os três votos subsequentes dos ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia foram todos favoráveis à procedência da ADPF, reconhecendo

²⁰ A realização de pesquisas com células-tronco foi objeto da ADI 3.510 cujo julgamento foi concluído pelo plenário em 28 e 29 de maio de 2008, após ter sido realizada audiência pública ocorreu em 20 de abril de 2007.

²¹ Cf. nota 18 *supra*, fls. 86.

²² Cf. nota 21 *supra*.

²³ Cf. nota 18 *supra*, fls. 92.

que a interrupção da gestação de feto anencéfalo não constituiria aborto e, portanto, não estaria enquadrada no tipo penal correspondente. Todos eles mencionaram os debates da audiência pública de forma marginal. O ministro Joaquim Barbosa utilizou como razões de decidir seu voto proferido no habeas corpus nº 84.025 e alude à audiência pública, em duas ocasiões, de forma genérica para salientar que os testemunhos ali produzidos confirmam que “a anencefalia ocasiona a morte do feto” e que seu diagnóstico encontra-se “acessível a todas as mulheres através da rede pública.”²⁴ O ministro Luiz Fux também não fez alusão direta ao conteúdo da audiência pública, mas tão somente rememorou os relatos efetuados pelo ministro Marco Aurélio, além de indicar ter recebido “uma série de comunicações escritas, e-mails e cartas,” chegando inclusive a transcrever uma delas, na qual o subscritor pedia-lhe que compreendesse a dor de sua mulher que assistira durante nove meses ao funeral de seu filho anencéfalo.²⁵ Enfim, a ministra Cármen Lúcia, fazendo eco aos precedentes votos, tece algumas considerações iniciais ao longo das quais faz uma breve menção à participação do deputado federal José Aristodemo Pinotti na audiência pública ressaltando ter sido ele seu médico pessoal.²⁶ Posteriormente, em seu voto escrito, ela cita trabalhos de Débora Diniz,²⁷ inclusive por fonte secundária,²⁸ sem nada articular com sua participação na audiência pública, quando foi ouvida como representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, entidade que foi qualificada pelo advogado Luís Roberto Barroso como coautora material da ADPF nº 54.²⁹ Extrai-se, assim, dos três votos uma utilização marginal da audiência pública, cujo conteúdo parece ser referenciado tão somente para legitimar em bloco suas conclusões.

No primeiro voto contrário à deliberação final do STF, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou a ausência de legislação autorizativa da prática questionada, sustentando “não (ser) lícito ao mais alto órgão judicante do País,

²⁴ Cf. nota 18 *supra*, fls. 147 e 152.

²⁵ Cf. nota 18 *supra*, fls. 154.

²⁶ Cf. nota 18 *supra*, fls. 175.

²⁷ Cf. nota 18 *supra*, fls. 188-189.

²⁸ Cf. nota 18 *supra*, fls. 212.

²⁹ Cf. nota 12, *supra*, fls. 110.

a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.”³⁰ O risco, consoante o seu raciocínio, consistiria no desenvolvimento de uma lógica casuística, autorizativa de outras interrupções terapêuticas da gestação, consoante a qual a anencefalia configuraria apenas uma primeira hipótese possível. Assim, para corroborar seu argumento, ele explicitamente recorreu aos debates da audiência pública, indicando, mediante a mobilização da intervenção nela efetuada pelo médico Rodolfo Acatuassú Nunes na qualidade de representante da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, que a anencefalia não é a única doença congênita letal e que “uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.”³¹ Como a palavra final estaria reservada ao legislador, é sintomático que seu voto termine por recuperar os dois projetos de lei em debate no Congresso Nacional, cujo conteúdo versaria justamente sobre retirar a tipicidade penal de abortos terapêuticos.³²

³⁰ Cf. nota 18 *supra*, fls. 245.

³¹ Cf. nota 30 *supra*, fls. 247-248.

³² O Projeto de Lei nº 4.403, apresentado em 10 de novembro de 2004 pela deputada Jandira Feghali (PCdoB/RJ), foi arquivado ao término de duas legislaturas (2006 e 2010) e desarquivado nas duas legislaturas subsequentes (2007 e 2011) e encontra-se aguardando parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde junho de 2005. Cf. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=269436>, acesso em: 09 ago. 2013. Por outro lado, o Projeto de Lei do Senado nº 50, apresentado em 17 de fevereiro de 2011 pelo Senador Mozarildo Cavalcanti (PTB/RR), após ser aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e antes de ser apreciado pela Comissão de Assuntos Sociais, foi encaminhado à Comissão Temporária de Reforma do Código Penal Brasileiro. O anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas indica, em seu artigo 128, III, não haver crime se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos (cf. <http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>, acesso em: 09 ago. 2013). Nem o PLS nº 50 nem tampouco a reforma do código penal foram até agora conclusivamente

Em seu voto, o ministro Ayres Britto reconstituiu três interpretações possíveis quanto aos fatos: (a) a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é crime, (b) não há crime na interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral” e (c) é aborto, sim, mas não configura prática penalmente cabível. Ao longo de sua análise, ele indica que os votos precedentes, excluído o do ministro Ricardo Lewandowski, sufragaram a segunda interpretação, ressaltando o impacto da gestação na mulher, consoante a lição do médico José Aristodemo Pinotti, citado por manifestação distinta daquela efetuada no âmbito da audiência pública. Em outras palavras, o ministro Ayres Britto repete a ministra Cármen Lúcia e cita um dos partícipes da audiência (curiosamente, aquele mesmo que fora o médico da ministra) por uma fala havida fora dela. Finalmente, ele acompanha o voto vencedor, cuja decodificação é assim por ele efetuada: “se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais.”³³

Conquanto o ministro Gilmar Mendes não faça citações diretas das participações havidas na audiência pública da ADPF nº 54,³⁴ ele extrai de seus debates, ainda que com prudência, algumas certezas técnicas, que “informariam” sua decisão: (a) morte encefálica e anencefalia são conceitos distintos, (b) o diagnóstico da anencefalia seria possível a partir do fim do primeiro trimestre de gravidez e com elevadíssimo grau de certeza, (c) a gravidez de um feto anencéfalo de maiores riscos, e (d) a anencefalia é uma doença letal, que leva à morte intrauterina ou poucas horas após o parto.³⁵ Ora, na medida em que essas circunstâncias evidenciariam a ocorrência de um grande abalo psíquico na gestante, haveria uma semelhança, “em sua estrutura lógico-funcional, ao aborto de feto resultante de estupro.”³⁶ Em

apreciadas pelo legislativo. Cf., respectivamente, http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165 e http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404, acesso em: 09 ago. 2013.

³³ Cf. nota 18 *supra*, fls. 260.

³⁴ Entretanto, de forma semelhante à ministra Cármen Lúcia, o ministro Gilmar Mendes recorre a texto da participante Débora Diniz para indicar que 94 dos 194 Estados-membros da ONU autorizam o aborto em caso de anencefalia. Cf. nota 33 *supra*, fls. 277 e 307.

³⁵ Cf. nota 33 *supra*, fls. 285-286.

³⁶ Cf. nota 33 *supra*, fls. 292.

outras palavras, o ministro afasta a alegação de atipicidade do fato ou ainda de ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto e, citando Nelson Hungria, assume que a melhor perspectiva para tratar da matéria consiste em “interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social.”³⁷ Nesse sentido, após reconhecer que a escolha da gestante deve ser devidamente informada, ele sugere que a corte recomende ao Ministério da Saúde que edite regramento específico quanto ao procedimento a ser adotado em casos de aborto de fetos anencéfalos. Verifica-se, portanto, que a audiência pública foi utilizada pelo ministro Gilmar Mendes não só para informar sua decisão como também para legitimar o procedimento da corte, como, aliás, ele mesmo sugere na primeira parte de seu voto, quando ele discorre sobre a “sociedade aberta de intérpretes da constituição.”³⁸

Há, no voto do ministro Celso de Mello, uma única referência à audiência pública, na qual ele indica que ela teria esclarecido que a gravidez de feto anencéfalo expõe a mulher “a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, *até mesmo*, de risco de morte.”³⁹ Essa constatação é efetuada após uma longa digressão sobre o alcance das questões de gênero e seu ingresso na agenda internacional, a partir das ações do movimento feminista. Ele prossegue com considerações sobre o marco inicial da vida e sua articulação com o princípio da dignidade humana, bem como com as pertinentes ponderações entre princípios para assegurar efetividade à agenda de gênero antes mencionada. Na busca dessa efetividade, emergiria o papel contramajoritário do judiciário para assegurar que grupos vulneráveis não sejam oprimidos pelos eventuais excessos da maioria. Nesse sentido, na medida em que o poder legislativo teria se mostrado ineficaz na questão da anencefalia, competiria ao judiciário assegurar sua proteção, possibilitando a realização da interrupção terapêutica

³⁷ Cf. nota 33 *supra*, fls. 293.

³⁸ A referência teórica mobilizada pelo ministro é a obra “Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição” de Peter Häberle, originalmente publicada em 1975 e cuja tradução, realizada pelo próprio ministro, seria publicada no Brasil em 1997.

³⁹ Cf. nota 18 *supra*, fls. 358.

de parto de feto anencefálico, “desde que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado.”⁴⁰

Na esteira dessa ressalva, que, no voto do ministro Gilmar Mendes, ganhava ares mais explícitos com a recomendação para que o Ministério da Saúde regulasse o procedimento, deu-se um rápido debate entre os ministros oscilando entre duas posições: (a) a pura e simples introdução do advérbio “comprovadamente” no dispositivo e (b) a adoção de recomendações específicas para a construção do diagnóstico médico. Esse debate, entretanto, foi interrompido para que o ministro Cezar Peluso proferisse o seu voto, que seria contrário à interrupção de gravidez de feto anencefalo. Com efeito, após esclarecer acerca das distinções existentes quanto à ideia de vida humana entre a ADPF nº 54 e a ADI nº 3.510 (que versava sobre pesquisas com células-tronco), ele se socorre da intervenção efetuada por Lenise Martins Garcia na audiência pública para estabelecer que o feto anencefalo é um ser dotado de vida e que, se assim não fosse, ele não morreria.⁴¹ Em seguida, socorrendo-se essencialmente das manifestações contrárias à interrupção havidas na audiência, ele extrai as seguintes informações: (a) a anencefalia não seria caso de morte encefálica, (b) a ausência de atividade e ondas cerebrais no anencefalo não é uma certeza, (c) o feto anencefalo possui encéfalo, (d) a anencefalia integra o processo contínuo e progressivo denominado vida e (e) a anencefalia não acarreta a necessidade de intervenção para salvar a vida alheia (como ocorre na morte encefálica e no aborto terapêutico). Ora, todas essas circunstâncias indicariam que o aborto na hipótese de anencefalia estaria ceifando uma vida, o que seria absolutamente vedado pela ordem jurídica. Não se trataria, portanto, de uma questão de liberdade religiosa ou autonomia individual, mas pura e simplesmente de uma “agressão ao valor constitucional da vida humana”⁴² O ministro prossegue, então, reconhecendo que o feto anencefalo seria sujeito de direito e, recorrendo aos debates da audiência pública, adverte para os riscos que a prática postulada pode

⁴⁰ Cf. nota 18 *supra*, fls. 365.

⁴¹ Cf. nota 18 *supra*, fls. 378.

⁴² Cf. nota 18 *supra*, fls. 385.

engendrar, ou seja, eugenia e eutanásia. Risco que, aliás, seria ampliado pelas incertezas existentes nos diagnósticos médicos. Em seguida, ele rebate o argumento de analogia com a tortura, pois esta só ocorreria se não houvesse vedação legal para a esquiva pretendida. Não se poderia, tampouco, confundir risco de vida com risco à saúde física, psíquica ou social da mãe, sendo certo que somente a primeira seria objeto de tutela específica em caso de aborto. Por fim, indica o ministro que a matéria é de competência exclusiva do Congresso Nacional e que não caberia ao STF agir como “legislador positivo”.

TABELA III
REFERÊNCIAS À AUDIÊNCIA PÚBLICA NO ACÓRDÃO DA ADPF 54

MINISTRO	REFERÊNCIA		
	EXPLÍCITA	MARGINAL	INEXISTENTE
Marco Aurélio			
Rosa Weber			
Joaquim Barbosa			
Luiz Fux			
Cármem Lúcia			
Ricardo Lewandowski			
Ayres Britto			
Gilmar Mendes			
Celso de Mello			
Cezar Peluso			

Como indica a tabela III,⁴³ o ministro Cezar Peluso foi o quarto a realizar referências explícitas à audiência pública na construção de seu voto. Entretanto, essas mobilizações do debate não foram efetuadas de forma semelhante. Enquanto os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski serviram-se essencialmente das opiniões que ratificavam seus votos e o ministro Gilmar Mendes pretendia extrair consensos que informavam sua decisão, o ministro Cezar Peluso estabeleceu verdadeiro contraditório, cujo resultado corroborava sua interpretação das circunstâncias examinadas no

⁴³ Para uma análise semelhante, pautada na adoção de referências explícitas à audiência pública no acórdão, porém com critérios diferentes, cf. Lima (2008), cujo estudo tomou por objeto a ADI nº 3.510 (pesquisas com células-tronco).

âmbito da ADPF nº 54. Nenhuma dessas perspectivas foi encampada nos demais votos, cujo resultado foi nas últimas páginas do acórdão. Nessa derradeira parte do acórdão, a corte deliberou então por não modular sua deliberação, acompanhando o voto do ministro relator Marco Aurélio “para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.”⁴⁴

IV. INTERPRETANDO A AUDIÊNCIA PÚBLICA

Entre a apreciação pelo plenário da liminar deferida pelo ministro Marco Aurélio e o exame de mérito da ADPF nº 54 houve uma intensa renovação na composição do STF em virtude da aposentadoria de cinco de seus componentes: ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Eros Grau. Entre os novos componentes, um deles, o ministro Menezes Direito, embora tenha comparecido em uma das sessões da audiência pública, não chegou a participar do exame de mérito, em virtude de seu falecimento. Por sua vez, o ministro Dias Toffoli, cuja indicação foi efetuada justamente para a vaga do falecido ministro, declarou-se impedido em função de sua participação no processo como advogado-geral da União. Portanto, participaram do julgamento de mérito seis ministros da primeira composição que apreciara a medida liminar e quatro novos ministros.

TABELA IV

MINISTROS PARTICIPANTES NA ADPF 54

MINISTRO	INSTANTES DE PARTICIPAÇÃO		
	LIMINAR	AUDIÊNCIA PÚBLICA	MÉRITO
Sepúlveda Pertence			
Carlos Velloso			
Celso de Mello	Manutenção		Procedente

⁴⁴ Cf. nota 18 *supra*, fls. 433.

Marco Aurélio	Manutenção		Procedente
Nelson Jobim			
Ellen Gracie			
Gilmar Mendes	Cassação		Procedente
Cezar Peluso	Cassação		Improcedente
Ayres Britto	Manutenção		Procedente
Joaquim Barbosa	Cassação		Procedente
Eros Grau			
Ricardo Lewandowski			
Cármem Lúcia			
Menezes Direito			
Dias Toffoli			
Luiz Fux			
Rosa Weber			

Como indica a tabela IV, três desses seis ministros votaram pela manutenção da liminar ao passo que os outros três opinaram por sua cassação. Quando contrastados com os votos de mérito, verifica-se concordância para quatro ministros (Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Brito votaram pela manutenção da liminar e pela procedência da ação, enquanto Cezar Peluso, que opinara pela cassação da liminar, votaria mais tarde pela improcedência da ação) e discordância para dois ministros (Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa), cujos votos em favor da cassação da liminar estão calcados essencialmente em questões processuais. Porquanto o acórdão relativo à admissibilidade da ação e ao exame da liminar não traz registros de manifestação do ministro Celso de Mello, tem-se que a análise contrastada de votos só é possível para os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Cezar Peluso. Essa análise evidencia que as conclusões de mérito já estão em grande parte antecipadas no exame da liminar, inclusive com reproduções literais das manifestações havidas na primeira ocasião. Pode-se concluir, assim, que a audiência pública, ainda que os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso tenham efetuado fartas transcrições de seu conteúdo, não teve impactos maiores em seu processo decisório. Ela parece ter servido essencialmente para

legitimar as opiniões prévias sinalizadas por ambos. Ora, considerando que a mobilização da audiência efetuada pelo ministro Ricardo Lewandowski sinaliza para a mesma busca de legitimidade e que as referências à audiência efetuadas pelos demais ministros participantes da deliberação de mérito foram essencialmente marginais, cumpre indagar, afinal, qual seria o papel da audiência pública no processo decisório?

Na literatura jurídico-dogmática, verifica-se a existência de dois tipos de produção acadêmica sobre as audiências públicas. De um lado, tem-se uma farta produção que se limita a reproduzir o texto legislativo, ainda que com uma redação mais amigável. Esse tipo de análise descomplicada ou esquematizada limita-se, essencialmente, a dizer que a convocação da audiência pública é uma prerrogativa do ministro relator, que também define quem possui voz legítima, ou seja, possui experiência e autoridade na matéria controversa, para dela participar (Lenza, 2013: 353⁴⁵). De outro lado, têm-se manuais mais robustos que deslocam o debate para a hermenêutica constitucional, distinguindo entre um modelo clássico e outro contemporâneo no que diz respeito à apuração de questões fáticas no controle de constitucionalidade.⁴⁶ Ora, na perspectiva clássica, a questão sequer possuiria pertinência e a previsão normativa de realização de audiência pública seria desnecessária, pois “o controle abstrato de constitucionalidade caracteriza-se pela análise jurídica da compatibilidade da lei ou do ato normativo com as normas constitucionais, independentemente das razões de edição da norma jurídica ou das consequências de sua aplicação” (Moraes, 2013 [2002], p. 2263). Calcada em uma contundente crítica ao modelo clássico, cuja “abordagem conferia, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir competência para dirimir a controvérsia constitucional,” a contemporânea hermenêutica constitucional não mais

⁴⁵ Embora ele apresente uma síntese descritiva da ADPF nº 54, Lenza (2013, p. 1542-1543) não elabora qualquer análise dos debates havidos em sua audiência pública.

⁴⁶ Para além dos manuais de direito, é importante sinalizar para a publicação do dossiê temático “*Amicus Curiae* e audiência pública na jurisdição constitucional” pela *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, em seu número 24 (outubro/dezembro, 2012), cujos artigos aprofundam esse mesmo debate.

negaria a “comunicação entre norma e fato”, que constitui condição da própria interpretação constitucional.” Na verdade, “até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os preceitos constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.” Nesse sentido, a audiência pública constituir-se-ia em um espaço privilegiado para o debate, servindo para “modernizar e racionalizar o processo constitucional brasileiro” (Mendes e Branco, 2013, p. 1137). Entretanto, não obstante esse esforço dogmático efetuado pelo ministro Gilmar Mendes, cujo voto reproduz trechos de seu manual,⁴⁷ o exame até aqui realizado indica que essa articulação entre lei e problema à luz do direito constitucional não alimentou, de forma consistente, o processo decisório da corte na ADPF nº 54.

Por sua vez, quando a ciência política se interessa pelas audiências públicas, sua análise parece voltar-se de forma privilegiada para as possibilidades de participação em processos regulatórios (Silva, 2012) bem como seu impacto na democracia (Horochovski e Clemente, 2012). Nesse sentido, ela não parece se interessar (ainda) pelas audiências públicas judiciais, que são constantemente referenciadas pelos ministros do STF como um importante instrumento de aproximação da corte com a sociedade civil, com forte impacto potencializador sobre o caráter democrático de sua legitimidade (Medina, Freire e Freire, 2013). Essa leitura é, contudo, fortemente criticada por Vestena (2010 e 2013), pois os falsos consensos e a pretensa participação que ela enseja não teriam capacidade de romper com as reais relações de poder que moldam o corpo social. Na verdade, diz ela, “mesmo que sejam discursivamente defendidas como democráticas, as audiências públicas judiciais não ultrapassam a barreira da reprodução do formalismo intrínseco à atuação dos tribunais; pelo contrário, reproduzem-no com uma roupagem mais sofisticada. Com esses mecanismos, fica assegurada a manutenção das formas de controle e reprodução ampliada do capitalismo, que alcançam altos níveis de legitimidade por meio de práticas que pretensamente democratizam

⁴⁷ Cf. nota 18 *supra*, fls. 272-273 e Mendes e Branco (2013, p. 1137).

as instituições através da participação” (2010, p. 105). Enfim, consoante restou por ela diagnosticado, “as audiências públicas jurisdicionais não significam democratização das estruturas do STF. As intervenções recebidas nesses eventos são absolutamente formais e, na maioria dos casos, desprezadas pelos ministros, que tampouco participam das audiências” (2010, p. 106). Em outras palavras, os ministros não produzem uma decisão informada ou integradora do pluralismo observado nas audiências, mas reproduzem o tradicional patchwork de citações ratificador de um discurso de autoridade. No fundo, como a audiência pública encontra-se descolada do processo deliberativo, ela não possui sentido instrutório, nem tampouco parece proporcionar à corte uma maior legitimidade. Em outras palavras, o processo decisório prescinde da realização da audiência, seja porque seu resultado já pode ser antecipado na análise das questões preliminares (na hipótese aqui examinada, no exame de admissibilidade e na apreciação da liminar pelo plenário), seja porque a decisão é por ela apenas marginalmente informada. Mas, então, qual seria o papel da audiência pública?

Embora sejam necessários outros estudos empíricos para corroborar tal hipótese, as circunstâncias observadas em relação à ADPF nº 54 parecem indicar que a audiência pública funciona como uma caixa de ressonância de questões moralmente sensíveis, fazendo com que certos debates alcancem grande público. Elas se constituem em um lócus de reverberação de discursos que falam muito mais para fora da corte do que para seu interior, seus membros ou seu processo decisório, ou seja, elas contribuem para pautar a agenda pública e possibilitam a elaboração de inputs para outros foros deliberativos. Nesse sentido é, aliás, extremamente interessante o trabalho de Pessoa (2012), cuja monografia toma por objeto o exame dos efeitos produzidos pelo STF como ator institucional a partir do processo decisório da ADPF nº 54. Com apoio em Rodriguez-Garavito (2011), ela elabora uma matriz que distingue quatro combinações possíveis de efeitos, como indica a tabela V.

TABELA V
EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

	EFEITOS DIRETOS	EFEITOS INDIRETOS
EFEITOS MATERIAIS	Desenho de política pública da forma ordenada na decisão	Formação de coalisões de ativistas para influenciar a questão em debate
EFEITOS SIMBÓLICOS	Definição e percepção do problema como violação de direitos	Transformação da opinião pública a respeito da urgência e gravidade do problema

Como efeito indireto da ADPF nº 54, ela sinaliza para a “organização conjunta das entidades para a audiência pública” (p. 89). Assim teria ocorrido em virtude das circunstâncias estabelecidas pelo ministro relator para suas participações no processo e, mais especificamente, na própria audiência pública. Com efeito, em virtude de “ter o ministro relator indeferido a juntada de memoriais, o restrito tempo de que elas dispunham em audiência seriam sua única chance de remeterem-se diretamente ao STF com os seus argumentos. Tornava-se, portanto, fundamental que houvesse uma articulação próxima entre as entidades, de forma a permitir que a maior parte dos argumentos principais fossem apresentados com a supressão de possíveis repetições. Esse alinhamento entre as entidades de classe foi efeito material indireto do julgamento da ADPF 54 pelo STF, mais especificamente da convocação de audiências públicas” (p. 52). No dizer de Pessoa (2012, p. 51-52), essa otimização de suas participações seria a melhor forma de aproveitamento do palco útil e necessário proporcionado pelo STF, que seria percebido pelos participantes da audiência pública como um espaço mais racional (atrelado exclusivamente à constituição e despido de considerações políticas, éticas, morais e religiosas) e essencialmente contramajoritário (ao servir de arena para a garantia do direito de escolha que não estava sendo

obtido em outros fóruns deliberativos). Ao cabo, a impressão de que a audiência pública teria proporcionado uma fala legítima para consumo interno da corte seria corroborada pela evidência apresentada pela autora de que nenhuma das três entidades por ela entrevistadas e cuja manifestação na audiência pública fora favorável à interrupção terapêutica do parto (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos, e Católicas pelo Direito de Decidir) “acompanhava a fase de implementação dos efeitos da decisão ou conhecia outra entidade que estivesse fazendo, muito porque entendiam ter a controvérsia a respeito do direito das mulheres de optar pela interrupção sido encerrada uma vez obtida a decisão de mérito do STF” (p. 87).

Entretanto, parece-me que essa percepção está equivocadamente na análise exclusiva das falas favoráveis e reduz o problema ao seu aspecto jurídico-formal, pois com a obtenção positiva da decisão nada mais restaria a fazer. Na verdade, a análise das demais manifestações evidenciaria que as falas governamentais buscam dar publicidade às suas ações públicas (a capacidade de atuação do SUS, no caso do Ministério da Saúde, e o reforço das políticas em prol das mulheres, no caso da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres), assim como as falas contrárias muito provavelmente não assumem a controvérsia como encerrada e servem de mobilização para outros espaços deliberativos. Dessa forma, as audiências públicas, que até podem, eventualmente, contribuir para uma nova hermenêutica constitucional, não são espaços colonizados pela técnica (como pareceria ser sugerido pela redação legislativa e pela norma regimental do STF), nem tampouco espaços de abertura democrática e construção de legitimidade das decisões da corte (como parecem desejar alguns ministros), mas elas se revelam como mais uma arena de discussão sobre disputas e controvérsias de forte apelo ético-moral. Naturalmente, porquanto elas estão inseridas em um processo judicial, que deságua necessariamente em uma decisão, elas se transformam em uma arena privilegiada em que seus participantes investem com grande afincio na expectativa de uma decisão favorável às suas posições. Nesse sentido, elas colaboram para o protagonismo dos tribunais nas democracias

contemporâneas, fenômeno que vem sendo comumente designado por judicialização da política (Tate e Vallinder, 1995). Polêmico e polissêmico, o conceito tornou-se, entretanto, uma espécie de *passé partout*, de justificativa *prêt-à-porter*, que simultaneamente descreve e explica o protagonismo dos tribunais. Por isso mesmo, ele não foi mobilizado para examinar a audiência pública da ADPF nº54, cuja análise foi aqui efetuada sob o prisma do estudo de caso. As circunstâncias nela observadas não podem ser, portanto, automaticamente estendidas para as outras onze audiências já realizadas.⁴⁸ Elas apenas possibilitam o desenho de uma hipótese – as audiências públicas funcionam como uma caixa de ressonância de questões moralmente sensíveis, fazendo com que os debates nelas travados ganhem o grande público, sem que isso tenha necessariamente qualquer influência sobre o processo decisório da corte –, que carece de maiores investigações empíricas para ser generalizada. O esforço, sem dúvida, vale a pena e, certamente, muito nos irá ensinar sobre as dinâmicas de funcionamento das democracias contemporâneas.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIEDE, Elouise Bueno (2011). **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: um estudo comparativo de sua prática, antes e após o advento da Emenda Regimental nº29, de 2009** (monografia). São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Escola de Formação. Disponível em:

⁴⁸ O rol completo das doze audiências públicas já realizadas inclui, em ordem cronológica, os seguintes temas: pesquisa com células-tronco embrionárias (20 abr. 2007), importação de pneus usados (27 jul. 2008), interrupção de gravidez de feto anencéfalo (26 e 28 ago. e 4 e 16 set. 2008), judicialização da saúde (27, 28 e 29 abr. e 4, 6 e 7 maio 2009), políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (3, 4 e 5 mar. 2010), lei seca e proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (7 e 14 maio 2012), proibição do uso de amianto (24 e 31 ago. 2012), novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil (18 e 25 fev. 2013), campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (6, 7 e 8 mar. 2013) queimadas em canaviais (22 abr. 2013), regime prisional (27 e 28 maio 2013) e financiamento de campanhas eleitorais (17 e 24 jun. 2013). Cf. <http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>, acesso em: 16 ago. 2013.

http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/188_Elouise%20Bueno%20Arie de.pdf, acesso em: 15 ago. 2013.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE, Augusto Junior (2012). “Democracia deliberativa e orçamento público: experiências de participação em Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Curitiba”, *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 43, p. 127-157. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v20n43/a07v20n43.pdf>, acesso em: 15 ago. 2013.

LENZA, Pedro (2013 [2000]). **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 17ª edição.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de (2008). **A audiência pública realizada na ADI 3510-0: a organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal** (monografia). São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Escola de Formação. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/125_rafael.pdf, acesso em: 15 ago. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso (2013). “Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade”, *Revista Consultor Jurídico*, edição de 4 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>, acesso em: 15 ago. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2013). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 8ª edição.

MORAES, Alexandre de (2013 [2002]). **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 9ª edição.

PESSOA, Lia Braga (2012). **O STF como ator de mudanças sociais relevantes: uma análise da ADPF 54** (monografia). São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, Escola de Formação. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/208_Lia%20Braga%20Pessoa.pdf, acesso em: 15 ago. 2013.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César (2011). "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669-1698. Disponível em: <http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf>, acesso em: 15 ago. 2013.

SILVA, Mariana Batista da (2012). "Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)", *Revista de Administração Pública*, v. 46, n. 4, p. 969-992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n4/a04v46n4.pdf>, acesso em: 15 ago. 2013.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (1995). **The global expansion of judicial power**. New York, EUA: New York University Press.

VESTENA, Carolina (2010). **Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro** (dissertação de mestrado). Rio de Janeiro: FGV, Mestrado Profissional em Poder Judiciário.

VESTENA, Carolina (2012). "Audiências públicas – Diagnóstico empírico sobre os limites da participação social", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 6, n. 24, outubro/novembro, p. 973-1020.