

(IN)EFETIVIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E *AMICUS CURIAE* ENQUANTO MECANISMOS LEGITIMADORES DO *JUDICIAL REVIEW*: UMA ANÁLISE À PARTIR DA ADI 4439¹

Marina Rodrigues Goulart²

RESUMO

O *judicial review* constitui mecanismo de tutela dos direitos fundamentais e, por sê-lo, exerce função contramajoritária, em razão da qual desnuda a tensão instalada entre constitucionalismo e democracia, bem como, a celeuma que paira quanto a “última palavra” sobre o sentido da Constituição. Fia-se, então, no entendimento de que a atuação contramajoritária é consentânea a um Estado Constitucional, mas que, todavia, não se legitima em si mesma porquanto enseja balizas legitimadoras de cariz democrático. Diante desta premissa urge a necessidade de traçar um norte conciliatório entre constitucionalismo e democracia a partir de instrumentos que permitam a atuação sinérgica do poder Judiciário para com a sociedade civil, a fim de evitar o fomento de uma supremacia judicial ensimesmada. Parte-se então da seguinte problemática: o emprego das audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*, enquanto instrumentos deliberativos, de fato, importam numa decisão deferente às razões públicas aventadas no espaço de deliberação e, portanto, legitimadora do *judicial review* ou servem apenas a escamotear e justificar a supremacia judicial? Perseguindo a resposta, a presente pesquisa, de caráter exploratório, teórico e indutivo, fora erigida sobre a hipótese científica de que as audiências públicas e os *amici curiae* constituem instrumentos deliberativos aptos a viabilizarem “o diálogo com a cidadania”, vale dizer, a interlocução entre sociedade civil e STF no processo de interpretação constitucional, na medida em que são vetores das narrativas constitucionais espraiadas na sociedade civil. Não obstante, no curso da pesquisa, a hipótese de trabalho não se confirma na medida em que a análise empírica da ADI 4439 conduz à impermeabilidade constitucional. Isto é, em que pese os “diálogos com a cidadania” ostentarem o desiderato de permearem o sentido da interpretação constitucional, a prática demonstra que a forma como eles são instrumentalizados os tornam inócuos diante desse objetivo. Opera-se, pois, uma democracia deliberativa apenas no âmbito formal.

PALAVRAS-CHAVE: *judicial review*; audiências públicas; *amicus curiae*; constitucionalismo democrático.

1- INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, sob a égide do qual a presente pesquisa se desenvolve, decorre da confluência dos ideais de constitucionalismo e democracia (BARROSO, 2017). Em linhas gerais, o constitucionalismo apregoa a supremacia constitucional, em razão da qual todos

¹ Artigo apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Cândice Lisboa Alves

² Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: mrgoulart1@gmail.com

os atos normativos devem ser consentâneos à Constituição, e a democracia, por seu turno, se ancora no autogoverno popular e se fia, como regra, na vontade da maioria.

Ocorre que a Constituição cristaliza em seu cerne os direitos fundamentais, que se vocacionam a frear os arbítrios majoritários na medida em que são concebidos como trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2007). Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve capitanear em seu mister a defesa dos direitos fundamentais, donde exorta sua vocação contramajoritária.

Neste sentido, quando as normas editadas no bojo do processo político majoritário importam em prejuízo às minorias sociais – desprovidas de representatividade no espaço de deliberação política –, desafiando, por conseguinte, os direitos fundamentais positivados na Constituição, cabe ao STF, mediante o exercício da jurisdição constitucional, declarar a inconstitucionalidade daquele ato, reafirmando a ordem constitucional. O que ocorre, portanto, é, a título de *judicial review*, a invalidação de atos do poder político constituído segundo a regra majoritária, subjacente ao regime democrático, por um órgão destituído da chancela popular.

É neste meandro que se avulta o gargalo da jurisdição constitucional, a saber sua (i)legitimidade democrática. Isto porque se “do ponto de vista descritivo, democracia e cortes constitucionais têm caminhado juntas (...) do ponto de vista normativo, esse casamento enfrenta, como faceta da relação entre constitucionalismo e democracia, crises de legitimidade” (CAMPOS, 2016, p. 69).

Dito de outro modo, em que pese haver uma “força de atração recíproca” (NOVAIS, 2017, p. 80) entre constitucionalismo e democracia, a tensão entre tais instituições é inflamada pela operacionalização do *judicial review*.

Neste contexto, partindo-se da premissa de que o *judicial review* constitui mecanismo de tutela dos direitos fundamentais e, por conseguinte, das minorias sociais, mas que todavia não se legitima em si mesmo, ancora-se na hipótese de que a interlocução entre o poder Judiciário e a sociedade civil tem o condão de catalisar o processo de legitimação da jurisdição contramajoritária.

Nesta quadra, com vistas a instrumentalizar a interlocução pretendida, elege-se as investidas deliberativas teorizadas segundo a doutrina dos diálogos constitucionais como instrumentos legitimadores do *judicial review* enquanto mecanismos ínsitos ao constitucionalismo contemporâneo sob os auspícios da democracia secular. Para ser mais

preciso, a fim de examinar a procedência da hipótese de trabalho ora afeiçoada e, mais, sua aplicabilidade prática, avoca-se os diálogos com a cidadania que, conforme delineados por Capecchi Nunes, “ocorrerem sempre que uma instituição estatal, em sua atividade de interpretar a Constituição, leva em conta as argumentações que os diferentes atores sociais apresentam” (NUNES, 2017, p. 10).

As teorias dialógicas se verteriam, pois, a “estabelecer padrões teóricos e metodológicos no sentido de limitar a atuação das cortes constitucionais em favor da democracia e da participação popular na construção dos significados constitucionais” (CAMPOS, 2016, p. 89). Assim, a “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1978) restaria amortecida e a jurisdição constitucional, pela deferência aos atores sociais subjacentes à realidade constitucional, legitimada, haja vista que “não seria possível que um grupo com o monopólio de um dos poderes pudesse definir de maneira, definitiva, o sentido do texto constitucional” (BRANDÃO, 2012, p. 288).

Por todo o exposto, válida a reflexão do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos, para quem “o grande vilão não é o controle em si (...) que pode vir a ser legítimo nas hipóteses de insistente omissão ou impasse político-legislativo, e sim a ideia de supremacia judicial, de tribunais como senhores absolutos das constituições” (CAMPOS, 2016, p. 89).

Nesta perspectiva, foram elaborados “instrumentos pelos quais a sociedade civil teria a oportunidade de interagir com o Poder Judiciário e participar da construção dos sentidos do texto do Texto Constitucional” (NUNES, 2017, p. 6), notadamente as audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*.

Traduz-se, pois, que se acredita que as audiências públicas e os *amici curiae*, enquanto instrumentos potencialmente deliberativos, têm o condão de legitimarem o *judicial review*.

Sendo assim, o que se pretende no presente trabalho é, partindo-se de um expediente metodológico teórico e exploratório, no bojo de uma pesquisa indutiva, a partir da análise casuística de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade examinar se os instrumentos deliberativos empregados no processo constitucional brasileiro são efetivos no sentido de ofertar permeabilidade – abertura – às vozes da cidadania. Noutra dizer, o fim último desta pesquisa, é aferir se o emprego dos instrumentos deliberativos, de fato, importa numa decisão deferente às narrativas constitucionais oriundas da sociedade civil e, portanto, legitimadora do *judicial review* ou serve a escamotear e justificar a supremacia judicial.

2- CAMINHOS PARA A CONCILIAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO POPULAR E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Conforme introduzido, o constitucionalismo contemporâneo, vocacionado à supremacia constitucional, se insere no contexto democrático, o qual, por seu turno, se erige, sem o desprestígio de outros princípios, sobre os mantos da soberania popular e vontade da maioria. É justamente deste prisma principiológico que emerge a problemática da legitimidade democrática do *judicial review* enquanto atuação contramajoritária do Judiciário.

A análise aqui proposta se fia no entendimento de que a atuação contramajoritária, notadamente enviesada para tutelar os direitos fundamentais, é consentânea a um Estado Constitucional, mas que, todavia, não se legitima em si mesma, haja vista que enseja balizas legitimadoras de cariz democrático. Diante desta premissa urge a necessidade de traçar um norte conciliatório entre constitucionalismo e democracia a partir de instrumentos que permitam a atuação sinérgica do poder Judiciário para com a sociedade civil, a fim de evitar o fomento de uma supremacia judicial ensimesmada.

Neste contexto, exurgem teorias que, a despeito de inaugurarem caminhos de legitimação díspares, justificam sua caminhada num elemento legitimador comum: o povo. Estas teorias, pois, conferem ao povo status de sujeito constitucional (OSLEN; KOZICKI, 2018, p. 38). São elas, o constitucionalismo popular proposto por Larry Kramer e revisitado por Roberto Gargarella, e o constitucionalismo democrático idealizado por Robert Post e Reva Siegel.

Sendo assim, a noção de que a legitimação do *judicial review* perpassa pelo enfrentamento da supremacia judicial conduz ao questionamento, cristalizado na doutrina brasileira pela obra de Rodrigo Brandão, quanto “a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição” (BRANDÃO, 2012).

Nesta quadratura, cumpre adiantar a resposta forjada por cada uma das teorias ao questionamento apresentado. Para o constitucionalismo popular, a última palavra deve ser deslocada da esfera judicial para a esfera pública, de modo que cabe ao povo proferi-la. Noutra giro, para o constitucionalismo democrático o sentido da Constituição decorre do diálogo entre as instâncias democráticas, isto é, entre povo e Corte, inexistindo última palavra num sentido taxativo (OSLEN; KOZICKI, 2018, p. 39-40).

Superadas tais considerações, é de rigor atentar-se a alguns detalhes peculiares de cada teoria para subsidiar o trabalho aqui desenvolvido.

Em linhas gerais, o constitucionalismo popular, na perspectiva defendida por Larry Kramer, não rechaça o *judicial review*, desde que o mesmo se opere em deferência absoluta ao povo e que a este seja incumbida a última palavra acerca da contenda constitucional instalada. Afinal, conforme defende Kramer, só o povo pode declarar o significado verdadeiro da Constituição (KRAMER, 2011).

Conforme asseveram OSLEN e KOZICKI, numa releitura da obra de Kramer, o jurista “estaria preocupado com processos de deliberação constitucional a serem adotados pelos setores políticos (representativos ou diretos) da sociedade”, de modo que, “nessa versão do Constitucionalismo popular, Kramer se aproximou de uma democracia deliberativa” (2018, p. 45).

A essência do constitucionalismo popular, enfim, conforme delineado por Kramer, reside na preeminência da vontade popular, materializada na opinião pública, sobre o crivo decisório judicial e, em última análise, na prevalência dos órgãos chancelados pelo povo – Executivo e Legislativo – em detrimento do Judiciário destituído da tal chancela popular. Daí porque se aponta que à luz do constitucionalismo popular, “a última palavra sobre o sentido concreto da Constituição remanesce com o povo, concebido como unidade real e não como instância abstrata legitimadora do que resta decidido pela Corte” (BRANDÃO, 2012, p. 190).

Numa outra perspectiva, mas ainda na seara do constitucionalismo popular, Gargarella também defende que a interpretação última da Constituição cabe ao povo, na medida em que teme a interpretação elitista promovida pelo poder Judiciário (GARGARELLA, 2014).

Ocorre que Gargarella vai além e pontua que o “sistema institucional dominante, baseado na lógica de freios e contrapesos, não serve (na verdade obstaculiza) o desenvolvimento de uma prática apropriada de diálogo constitucional” (GARGARELLA, 2014).

Isto porque, segundo sua perspectiva, o arranjo institucional vigente obsta a inserção efetiva do povo no diálogo pretendido, na medida em que frustra o reenvio das decisões judiciais em que haja grave controvérsia sobre a interpretação constitucional aos órgãos constituídos pelo sufrágio (GARGARELLA, 1996, p. 174-177), o funcionamento de mecanismos institucionais que articulem a deliberação pública na tutela dos direitos fundamentais, como é o caso do *amicus curiae* e do fórum instituído pelas audiências públicas (GARGARELLA, 1996, p. 186).

Nesta toada, Gargarella vê com bons olhos a instituição de audiências públicas, por exemplo, mas acredita sua disfunção à estrutura institucional, razão pela qual defende a necessidade de reforma do sistema (GARGARELLA, 2014).

O constitucionalismo democrático, por seu turno, propõe uma reconciliação dialógica entre constitucionalismo e democracia, isto é, vale-se dos diálogos entre os intérpretes da Constituição, dentre eles, inegavelmente o povo, para definir o sentido constitucional.

No bojo do constitucionalismo democrático, portanto, não se intenta o deslocamento da tomada de decisão da esfera judicial para a esfera pública, conforme propõe o constitucionalismo popular, alvidra-se, em verdade, promover um diálogo entre tais instâncias, de modo que a solução decorra deste colóquio e não da preeminência de uma esfera sobre a outra.

Na linha do que preconiza Post e Siegel, a Constituição só angariará legitimidade quando o povo reconhecer nela o espelhamento de seus anseios e a base normativa para a concreção de suas demandas. Ou seja, o ponto nodal da legitimidade constitucional reside no reconhecimento (POST; SIEGEL, 2013, p. 33).

É inelutável, neste ponto, uma remissão à teoria da “luta por reconhecimento”, não em sua versão original propugnada por Axel Honneth³, mas na releitura proposta por Nancy Fraser, para quem, segundo Capecchi Nunes, “o problema do reconhecimento ganha relevância, para uma teoria da justiça, a partir do momento em que de um *status* pleno na comunidade política, resulta um padrão cultural excludente, para o qual os excluídos não contribuíram de maneira equânime” (NUNES, 2017, p. 74).

Sob este enfoque, Fraser propõe o conceito de “paridade participativa”, em conformidade com o qual “(...) a justiça requer arranjos sociais que permitam todos os membros (adultos) de uma sociedade interagir uns com os outros pares.” (FRASER, 2007, p.27)

Para que esta paridade se aperfeiçoe na prática jurisdicional é essencial que todos os grupos sociais acessem a Corte constitucional e, sobretudo, que suas narrativas acerca do sentido da Constituição tenham aptidão para permear o juízo decisório em uma deliberação

³ A teoria proposta no Axel Honneth, sustentada na teoria hegeliana do reconhecimento, enfoca a construção da identidade de maneira intersubjetiva, o que dificulta sua utilização aplicada ao funcionamento institucional, para tanto a releitura proposta por Nancy Fraser é mais funcional porquanto “busca identificar os problemas de reconhecimento como externamente manifestos e publicamente verificáveis” (NUNES, 2017, p. 74) e não segunda uma índole psicológica.

efetivamente democrática. Pois, não basta que os grupos acessem as Cortes se as suas razões não forem sequer consideradas, dito de outro modo, “se a Corte não escuta, ela não pode servir como caixa de ressonância” (NUNES, 2017, p. 78).

Nesta toada, a paridade participativa nos reconduz à legitimidade constitucional perquirida pelo constitucionalismo democrático, na medida em que este preconiza que, em sendo o povo “heterogêneo na suas formas de compreender a identidade nacional” (POST;SIEGEL, 2003, p. 33) é irremediável que irrompam no seio social “disputas em torno do significado da Constituição” (POST;SIEGEL, 2003, p. 33).

Nesta lógica, tais disputas devem ser absorvidas por um processo constitucional deliberativo cujos poros sorvam as narrativas constitucionais, “tidas como as diversas concepções em disputa acerca da Constituição” (NUNES, 2017, p.31), espargidas na sociedade. Neste sentido, “nega-se a existência de uma “única narrativa” homogênea e dominante que possa esgotar todos os sentidos da Constituição” (NUNES, 2017, p. 31).

Sob a áurea deste espírito democrático, pontuais e insubstituíveis as palavras de Capecchi Nunes, que podem (e devem) ser lidas pela ótica do Constitucionalismo democrático:

As constituições são o retrato de uma complexa relação com um passado de injustiças e a promessa de um futuro de redenção. **Entre esses dois pontos há uma narrativa que tem como protagonista o povo. É o povo que caminha de um deserto de opressão e exclusão em direção ao oásis em que ele fundará sua existência pública.** (...) Em meio a essa caminhada, a constituição reflete as diversas interpretações que uma comunidade pode ter de seus valores e de sua história, atuando como arena de disputas políticas plurais, fundadas na determinação dos sentidos da Constituição (...) Isto é, **a ordem constitucional fundada democraticamente precisa de poros para que seja permeada pelos diferentes influxos de povo que vão lhe dar legitimidade e manter o fundamento de validade** (NUNES, 2017, p. 32-34)
Grifos nossos

Neste ponto, à guisa de arremate, salienta-se que o constitucionalismo democrático não vaticina a deferência à vontade popular no sentido de batizar a vontade majoritária, “mas sim à posição jurídica (vinculada ao Direito como *nomos*⁴), defendida pelos movimentos sociais, que interpretam a Constituição atribuindo-lhe sentidos em função de sua experiência de vida, seus valores, suas tradições.” (OSLEN; KOZICKI, 2018, p. 50)

⁴ Segundo Robert Cover, o *nomos* expressa um conjunto no qual direito e narrativa são inseparáveis um do outro. Cada prescrição, cada regra, demanda sua localização no discurso para ser suprida de historicidade e destino, começo e fim, propósito. E, por sua vez, toda narrativa esboça uma dimensão prescritiva, uma moral. (COVER, Robert M. Narrative, violence, and the law: the essays of Robert Cover (editado por Marthe Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat). Michigan: The University of Michigan Press, 2004, p. 98-99).

Ora, somente quando o Supremo Tribunal Federal recepcionar as demandas nutridas pelo povo através de sua própria voz ele fará jus à insígnia de tribunal contramajoritário, pois será quando os direitos fundamentais, efetivamente, servirão às minorias sociais.

Diante do breve panorama teórico esposado e fulcrado nas premissas ora assentadas é que se desenvolverá a análise acerca dos instrumentos hábeis a viabilizar a conciliação entre constitucionalismo e democracia por intermédio da vazão das narrativas constitucionais, isto é, instrumentos orientados a permitir a interlocução entre a sociedade civil e o Supremo Tribunal Federal, dentre os quais aqui se abordará as audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*.

Adotar-se-á como referencial teórico basilar o constitucionalismo democrático por entendê-lo mais adequado à proposta deliberativa aqui defendida, sem, contudo, relegar as contribuições doutrinárias do constitucionalismo popular, que será, inevitavelmente, revisitado ao longo do presente.

Para proceder ao exame da efetividade destes instrumentos potencialmente deliberativos debruçar-se-á sobre uma ação do controle concentrado cujo trâmite perante o STF já fora ultimado e em cujo bojo houve o manejo das audiências públicas e atuação dos *amici curiae*, a ADI 4439, que será destrinchada oportunamente.

3- INSTRUMENTOS DELIBERATIVOS: AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E *AMICI CURIAE*

O constitucionalismo democrático, vocacionado a garantir uma interpretação constitucional obsequiosa ao pluralismo, se assenta, conforme retro esquadrinhado, no pressuposto de que a legitimidade da Constituição depende do reconhecimento do povo⁵ ao sentido a ela conferido (POST; SIEGEL, 2013, p. 33).

Deste modo, o sentido conferido à Constituição será assimilado pelo povo quando suas narrativas forem consideradas no processo constitucional, o que só é possível em um processo eminentemente deliberativo, vale dizer, que disponha de canais de acesso à jurisdição. Nas palavras de Conrado Hübner Mendes:

(...) Uma corte que abre seus canais institucionais para interlocutores, não demonstra apenas um compromisso epistêmico de produzir uma boa decisão, mas demonstra

⁵ Conforme adverte Nunes, “no âmbito das investigações acadêmicas, o lugar do povo na narrativa do que constitui o Brasil é especialmente relevante. Sobretudo quando o povo é entendido, para além de uma entidade abstrata e abrangente, como o mosaico dos diversos grupos tradicionalmente enfraquecidos nas relações de poder compostas por pessoas sujeitas à opressão e à dominação em sua existência pública e privada”

também respeito. Os interlocutores têm a chance de se fazer ouvidos e de realizar sua autonomia argumentativa diante da Corte. (MENDES, 2013, p. 116)

Nesta linha, a interlocução entre a sociedade civil e o STF é alinhavada por um processo deliberativo o qual é, segundo doutrina delineada por Mendes, conformado numa estrutura tripartite, pautada pelo encadeamento de três fases, quais sejam: fase pré-decisional, fase decisional e fase pós-decisional (MENDES, 2013, p. 105). Nesta linha, a decisão exarada pela Corte será tão mais deliberativa quanto maior o grau de perfazimento de cada uma das fases decisoriais.

A fase pré-decisional consiste no debate público sobre o caso *sub judice*, norteado pelo engajamento de atores políticos e movimentos sociais no deslindamento da controvérsia constitucional. Na fase decisional o engajamento é protagonizado pelos Ministros, que devem, levando em consideração as razões aventadas na fase antecedente, interagir entre si em busca da decisão mais adequada. Por fim, a fase pós-decisional culmina com a transmissão do *decisum* à sociedade.

Neste sentido, a fim de possibilitar que o processo constitucional fosse permeado pelas razões públicas e, portanto, assumisse feição deveras deliberativa, engendrou-se instrumentos, aptos a instituir canais dialógicos, pelos quais a sociedade civil poderia acessar o poder Judiciário e assumir o papel a ela reservado na fase pré-decisional do processo deliberativo.

Sendo assim, com o advento das Leis n. 9.868 e 9.882 ambas de 1999, institucionalizou-se dois instrumentos caros à deliberação: as audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*, através dos quais “certos agentes, tradicionalmente não legitimados para participar dos debates processuais sobre o controle de constitucionalidade, seriam ouvidos e considerados nas decisões tomadas pelo STF” (NUNES, 2017, p. 6).

Desta feita, considerando que a análise perquirida por este trabalho aloca-se no âmbito pré-decisional, cumpre esmiuçar alguns aspectos relevantes sobre as audiências públicas e sobre a atuação dos *amici curiae*.

3.1- As audiências públicas

As audiências públicas, em que pese manejadas no poder Executivo e Legislativo há largo tempo, no poder Judiciário constitui instituto novel, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico apenas em 10 de Novembro de 1999 por intermédio da Lei nº 9.868 e

inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal tão somente em 2007, 8 (oito) anos após sua previsão normativa, no bojo da ADI n. 3510/DF⁶⁷.

Nesta guisa, foi a Lei nº 9.868/1999, portanto, que fez irromper no ordenamento jurídico mecanismo de abertura hermenêutica à sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade, para o qual, como é cediço, há um rol minguaado de legitimados *ad causam* e, por conseguinte, avesso ao pluralismo democrático.

Neste sentido, por intermédio da referida lei as ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Declaratória de Constitucionalidade (ADC) passaram a dispor no seu aparato normativo do mecanismo das audiências públicas. Confira-se:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de **necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes** nos autos, **podará 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.**⁸ (Grifos nossos)

Pontua-se que o dispositivo normativo *supra* fora repisado na Lei nº 9.882 também de 1999, de modo que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), igualmente pertinente ao controle concentrado, passou a dispor do mesmo mecanismo:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º **Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos** que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, **fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.**⁹ (Grifos nossos)

⁶ A ADI 3.520 versava sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que previa a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

⁷ STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134

⁸ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 10 nov. 2018

⁹ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de Dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em: 10 nov. 2018

Note-se que, até então, a convocação das audiências públicas era faculdade exclusiva do Relator do processo, todavia, em 2009 fora editada a Emenda Regimental nº 22 que alterou o Regimento Interno do STF para regulamentar o funcionamento das audiências públicas.

Ao que interessa a presente análise, a principal alteração atine à divisão da competência de convocação das audiências entre Relator¹⁰ e Presidente do STF¹¹. Outrossim, nos termos regimentais, compete, exclusivamente e de forma irrecorrível, ao convocador – seja o Relator ou Presidente - eleger quem será auscultado na audiência pública¹².

Cumpre, ainda, avocar o procedimento que media o funcionamento da audiência pública, que está disposto no art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno do STF:

Art. 154. Serão públicas as audiências: (...) Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: i – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; ii – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; iii – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; iv – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; v – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; vi – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; vii – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

O que se depreende do arcabouço normativo ora visitado é que a audiência pública é capitaneada em sujeição à aguda discricionariedade do Ministro Relator ou, eventualmente, Presidente do STF (NUNES, 2017, p. 234; GODOY, 2016, P. 155). Por certo esta margem

¹⁰ Art. 21. São atribuições do Relator: (...) XVII – convocar audiências públicas para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> Acesso em: 11 nov. de 2018

¹¹ Art. 13. São atribuições do Presidente: (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no Tribunal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> Acesso em: 11 nov. de 2018

¹² Art. 13. São atribuições do Presidente: (...) XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas. (...) Art. 21. São atribuições do Relator: (...) XVIII - decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> Acesso em: 11 nov. de 2018

discricionária pode importar em diminuição da potencialidade democrática do instituto (NUNES, 2017, p. 234), o que será examinado ao longo do presente trabalho.

O fato é que, de todo modo, a colocação de instrumentos potencialmente deliberativos à disposição dos magistrados, ainda que carentes de aperfeiçoamento, em alguma medida, já representa um avanço deliberativo.

3.2- Intervenção dos *amici curiae*

O instituto do *amicus curiae* tem matriz estadunidense e se consolidou no Brasil, mormente por meio de paulatina construção jurisprudencial, que culminou na sua posterior positivação nas mesmas leis introdutoras das audiências públicas, a saber L. 9868/99 e 9.882/99.

A introjeção do referido instituto se deu de maneira gradual, sobretudo, por resvalar numa concepção assente da doutrina de que o controle de constitucionalidade por ser de natureza objetiva e, portanto, não carrear uma lide ostentaria uma estrutura oclusa e não permissiva da intervenção de terceiros (BINEMBOJM, 2011).

Tanto é assim que o caput do artigo 7º da Lei 9868/99, que regulamenta a ADI e ADC em termos processuais, dispõe *ipsis literis* que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

Conquanto tratar-se a intervenção dos *amici curiae* efetiva intervenção de terceiros a jurisprudência abriu-se paulatinamente à esta participação, considerando o condão deste instituto de democratizar o processo constitucional. E, justamente, inspirado por esta tendência democrática de abertura, a título ilustrativo, o STF admitiu a intervenção de terceiros aos moldes do *amicus curiae* em duas oportunidades pregressas ao advento das normas reguladoras do instituto, no bojo da ADI n. 691¹³, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, e da ADI n. 748¹⁴, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Sendo assim, as Leis 9868 e 9882 de 1999 “não propriamente inauguraram a aplicação do instituto, mas o consagraram, formalizando sua introdução no ordenamento pátrio” (PATRUS, 2013, p. 141) e, nesta senda, através da inovação legislativa excetuou-se a vedação genérica *retro* mencionada à intervenção de terceiros:

¹³ Ação distribuída em 20/02/1992. Acompanhamento processual disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1532482>> Acesso em: 11 nov. 2018

¹⁴ Ação distribuída em 23/06/1992. Acompanhamento processual disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540188>> Acesso em: 11 nov. 2018

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º **O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades**¹⁵. (Grifos nossos)

Nesta toada, socorre-se da definição delineada em sede da ADI 2321-MC/DF publicada em 2005:

A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por **objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte**, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (Grifos nossos)

Considerando o exposto, registra-se que a intervenção dos *amici curiae*, com vistas a consecução do fito de pluralizar o debate constitucional e de fomentar a profusão de intérpretes da Constituição, consubstancia-se através da colação de memoriais técnicos e opiniões jurídicas, bem como, conforme previsão do Regimento Interno do STF, de possível sustentação oral em plenário¹⁶.

Há de se considerar que, à semelhança do que ocorre com as audiências públicas, a intervenção dos *amici curiae* também estão sob o domínio de veras discricionário do ministro Relator.

Por fim, e antes de prosseguir na análise proposta, há de se ponderar que “o potencial de promover paridade participativa dos *amicus curiae* é limitado, ontologicamente, em comparação com as audiências públicas” (NUNES, 2017, p. 239), razão pela qual é preciso considerar no exame que será aqui traçado que “apesar de exercerem papéis similares na democratização da jurisdição constitucional, o peso e o impacto dos dois instrumentos são absolutamente díspares.” (NUNES, 2017, p. 240).

¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 10 nov. 2018

¹⁶ Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. (...) § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> Acesso em 11 nov. 2018

4- A ADI 4439: PARADIGMA DE ANÁLISE DA (IN)EFETIVIDADE DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4439 (ADI 4439) fora delineada sobre supositivo conflito instalado entre o ensino religioso e o princípio da laicidade estatal. A ação fora autuada e distribuída em 02 de Agosto de 2010 em decorrência da propositura efetuada pela então Procuradora Geral da República, cuja legitimidade *ad causam* está respaldada no art. 103, IV, CRFB/88¹⁷. Antecipa-se que em 27 de Setembro de 2017 o Tribunal, em julgamento presidido pela ministra Carmem Lúcia, por maioria, julgou improcedente a ADI em comento.

Na peça exordial que encetou o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal vindicou-se a interpretação conforme à Constituição do art. 33, *caput*, da Lei nº 9.394/96 e do art. 11, §1º do Acordo entre República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado pelo Presidente por intermédio do Decreto nº 7.107/2010 para, *ipsis literis*, “assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não confessional”.

Note-se que fora invocada a interpretação conforme à Constituição, enquanto técnica decisória¹⁸, considerando a abertura semântica dos dispositivos normativos impugnados e, por conseguinte, a plurissignificação interpretativa que deles podem decorrer. Confira-se o teor dos dispositivos ora discutidos:

Art. 33. O **ensino religioso**, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, **assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.**

Artigo 11 A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de **liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País**, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

¹⁷ Art. 103. **Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:** I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; **VI - o Procurador-Geral da República;** VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; X - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁸ Especifica-se tratar-se de técnica de decisão, pois, “o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2010. p. 302).

Da exegese dos dispositivos supratranscritos infere-se a possibilidade hermenêutica de dar concreção fática ao mandamento normativo por intermédio de três vias díspares, a saber: i) o ensino confessional; ii) ensino interconfessional e iii) ensino sobre a história das religiões, portanto, não confessional.

Em acurado estudo sobre a temática, delineou-se as seguintes referências conceituais e respectivo panorama acerca dos modelos educacionais, em termos religiosos, adotados no Brasil:

a) ensino confessional: o objetivo do ensino religioso é a promoção de uma ou mais confissões religiosas. O ensino religioso é clerical e, de preferência, ministrado por um dos representante de comunidades religiosas. É o caso de Acre, Bahia, Ceará e Rio de Janeiro;

b) ensino interconfessional: o objetivo do ensino religioso é a promoção de valores e práticas religiosas em um consenso sobreposto em torno de algumas religiões hegemônicas à sociedade brasileira. É passível de ser ministrado por representantes de comunidades religiosas ou por professores sem filiação religiosa declarada. É o caso de Alagoas, Amapá, Amazonas, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins;

c) ensino sobre a história das religiões [não confessional]: o objetivo do ensino religioso é instruir sobre a história das religiões, assumindo a religião como um fenômeno sociológico das culturas. O ensino religioso é secular, devendo ser ministrado por professores de sociologia, filosofia ou história; É o caso de São Paulo” (DINIZ; LIONÇO, 2010. p. 45-46).

Neste diapasão, percebe-se que a ADI 4439 estribava-se sobre o fito de expurgar do ordenamento jurídico qualquer interpretação do art. 33, *caput*, da Lei nº 9.394/96 e do art. 11, §1º do Acordo entre República Federativa do Brasil e a Santa Sé que desse azo à introjeção no ensino público do cariz de confessionalidade do ensino religioso, perseguindo, portanto, que fosse reputado constitucional tão somente o ensino religioso que se pautasse pela estrita não-confessionalidade.

Por isso, invocou-se o emprego da técnica da interpretação conforme à Constituição, vale dizer, para que se infirmasse as interpretações permissivas à confessionalidade, declarando-as inconstitucionais, e, concomitantemente, afirmando a interpretação que postula a não confessionalidade, compatibilizando as normas com a Constituição (BARROSO, 2010, p. 302).

Destarte, não é forçoso concluir que o que estava em disputa no bojo da ADI 4439 era, justamente, o conteúdo dos valores em xeque: princípio da laicidade estatal e o ensino religioso, supostamente, encampado pelo princípio da liberdade religiosa.

Neste ponto, cumpre advertir que não está circunscrito ao escopo da presente análise destrinchar o conteúdo valorativo dos referidos princípios, o que se pretende é aferir em que medida as “vozes da cidadania” permeiam a sua construção, perquirindo, portanto, a efetividade da democracia deliberativa.

Justifica-se este objetivo diante da premissa de que “a vocação dos textos constitucionais, em um regime democrático, é ampliar o número de pessoas capazes de se apropriar de seus significados” (NUNES, 2017, p. 3).

Ademais, é manifesto o impacto desta decisão na sociedade civil que, “por meio da atuação dos movimentos sociais e organizações civis, tem a função de se inserir nas disputas para atualizar os sentidos da Constituição e dar vida ao conteúdo dos direitos” (NUNES, 2017, p. 24).

Cônsua desta condição disruptiva da sociedade civil e, sobretudo, da sua legitimidade incontestada para exarar entendimentos sobre o contexto no qual está diretamente inserida, a Procuradoria Geral da República na sua peça inicial consignou entre os pedidos a realização da audiência pública, nos termos do art. 9º, § 1º, da L. 9.868/99, considerando, *in verbis*, “a complexidade da questão, a sua relevância social, bem como a natureza interdisciplinar do tema”.

Sendo assim, passa-se ao cerne do problema de pesquisa ora enfrentado: no bojo da ADI 4439 houve efetiva interlocução entre a Corte Constitucional e a sociedade civil? Isto é, o constitucionalismo democrático restou instrumentalizado pelos recursos deliberativos, a saber, audiências públicas e intervenção dos *amici curiae*?

5- AS VOZES DA CIDADANIA: O INFLUXO DAS RAZÕES APREGOADAS EM AUDIÊNCIA PÚBLICA E PELOS *AMICI CURIAE*

A democracia contemporânea se erige sobre “votos, direitos e razões” (BARROSO, 2015). É justamente enviesado por esta concepção que o ministro relator da ADI 4439, Luis Roberto Barroso, enceta a oitava das entidades convidadas ao debate em audiência pública.

Conforme leciona, a democracia ostenta três dimensões complementares e que, portanto, se validam mutuamente, a saber: i) dimensão representativa forjada pelo escrutínio popular e,

portanto, consubstanciada no *voto*; ii) dimensão substantiva, na qual estão alocados e, idealmente acautelados, os *direitos* fundamentais e iii) dimensão deliberativa que engendra a exposição de *razões* pelos cidadãos, nas quais deve (ou deveria) se pautar o processo decisório. (BARROSO, 2015).

É no bojo da democracia deliberativa que se insere os contornos do caso em apreço. Por óbvio focar a dimensão deliberativa não implica obliterar as demais, sob pena de aplacar a própria democracia.

Nesta toada, para os fins da presente pesquisa é de rigor atentar-se às razões apregoadas em audiência pública e, oportunamente, pelos *amici curiae*.

O objeto de estudo passará pela análise da audiência pública, ocorrida em 15 de Junho de 2015, atinente à ação em apreço, na qual as instituições instadas a se manifestarem¹⁹ edificaram suas opiniões, a rigor, sobre a análise dos princípios da laicidade, da liberdade religiosa e igualdade.

O que se depreende de detido exame das manifestações vertidas na audiência é que o discrimen entre posicionamentos antagônicos reside na interpretação conferida aos princípios e direitos enfrentados. Isto é, a intrincada relação entre Estado Laico e ensino religioso fora desnudada a partir de diferentes lugares de fala, os quais devem ser circunstancialmente considerados.

¹⁹ Conforme esclareceu o ministro relator, as instituições foram selecionadas, entre outros, pelos seguintes critérios: representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada; especialização técnica e expertise do expositor; garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos. Neste sentido, participaram ativamente da audiência pública as seguintes instituições: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE); Conselho Nacional dos Secretários de Educação (CONSED); Confederação Israelita do Brasil (CONIB); Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Convenção Batista Brasileira (CBB); Federação Espírita Brasileira (FEB); Federação das Associações Muçulmanas do Brasil (FAMBRAS); Convenção Geral da Assembleia de Deus no Brasil (CGADB)/ Conselho de Educação e Cultura da Convenção Geral da Assembleia de Deus no Brasil; Federação Nacional do Culto Afro-Brasileiro (FENACAB) e Federação de Umbanda e Candomblé de Brasília e Entorno; Convenção Nacional das Assembleias de Deus – Ministério de Madureira (CONAMAD); Liga Humanista Secular do Brasil; Sociedade Budista do Brasil; Centro de Raja Yoga Brahma Kumaris; Igreja Universal do Reino de Deus; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Ação Educativa, Assessoria, Pesquisa e Informação; Amicus DH – Grupo de Atividade de Cultura e Extensão da Faculdade de Direito da USP; Associação Inter-Religiosa de Educação e Cultura (ASSINTEC); Comissão Permanente de Combate às Discriminações e Preconceitos de Cor, Raça, Etnia, Religiões e Procedência Nacional; Conectas Direitos Humanos; Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso (FONAPER); Observatório da Laicidade na Educação; Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação (CNE); Comitê Nacional de Respeito à Diversidade Religiosa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (CNRDR); Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Teologia e Ciências da Religião (ANPTECRE); Advogados Brasileiros (IAB); Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil-Israel (ANAJUBI); Frente Parlamentar Mista Permanente em Defesa da Família; Arquidiocese do Rio de Janeiro; Câmara dos Deputados e Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ.

De antemão, esboça-se um panorama segundo o qual se registra que dos 31 (trinta e um) expositores que participaram da audiência, 23 (vinte e três) engajaram-se pela não confessionalidade e, portanto, defenderam a procedência da ação, ao passo que os outros 8 (oito) advogaram pela confessionalidade e, conseguinte, improcedência da ação. Convém assinalar que da totalidade de participantes, 12 (doze) representavam alguma denominação religiosa, dos quais 8 (oito) intervieram pela não confessionalidade do ensino.

Nesta senda, cabe evocar as razões apresentadas pelas instituições que perfilharam ora a não confessionalidade (com alguns nuances tendentes à abolição do ensino religioso), ora a confessionalidade do ensino religioso.

Sobre a perspectiva daqueles que coadunaram com a tese²⁰ veiculada pela Procuradoria Geral da República na petição inicial que deu azo ao julgamento da ADI 4439, a laicidade impõe o dever de neutralidade estatal, ao qual está atrelada a impossibilidade de patrocinar qualquer religião sob a rubrica do ensino confessional.

A confessionalidade, neste diapasão, redundaria irremediavelmente em discriminações, pois, em regra, beneficiaria as religiões hegemônicas em desfavor das crenças minoritárias – incluindo as descrenças. Seria, pois, o beneplácito estatal para a discriminação. Isto é, o Estado, por intermédio do espaço educacional – que deveria ser, por excelência, emancipador - seria emissor de uma mensagem de inclinação religiosa em detrimento dos credos preteridos na dinâmica confessional.

Nas palavras de Daniel Sarmiento, representante da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ – interventora no processo também enquanto *amicus curiae* -, sobre a base confessional “a escola pública que deveria ser um espaço de afirmação da igualdade se converte em um mecanismo de afirmação do *status quo* opressivo, que produz mais discriminação e gera mais intolerância.”²¹

²⁰ A tese desenvolvida pela Procuradora Geral da República que subscreveu a petição inicial da ADI 4439 é no sentido de que “a única forma de compatibilizar o caráter laico do Estado brasileiro com o ensino religioso nas escolas públicas é através da adoção do modelo não-confessional, em que o conteúdo programático da disciplina consiste em exposição das doutrinas, das práticas, da história e de dimensões sociais de diferentes religiões (...) sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>> Acesso em 23, jan, 2018.

²¹ Mídia audiovisual disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wqVYSEtA9Fo&t=1093s>> Acesso em 23 de janeiro de 2018.

Os defensores do ensino não confessional entenderam, de modo geral, que a laicidade irrestrita é inalcançável, haja vista a previsão constitucional de ensino religioso, todavia, o máximo de laicidade dentro desta perspectiva, já mitigada, é inarredável e somente se perfaz sobre as bases de um ensino secular, que analise os fenômenos religiosos sob a ótica da filosofia, sociologia, antropologia e história sem, portanto, introjetar uma confissão religiosa.

Neste viés, é emblemática a fala proferida pelo representante da Igreja Universal do Reino de Deus²² - notadamente um seguimento religioso -, que aduz que toda Constituição deve ser situada no tempo e que se o constituinte originário concebeu um ensino religioso confessional, deve-se, na sua concepção, adequar o texto à realidade atual e criar uma fórmula constitucional que acomode todas as formações religiosas e as não religiosas.

Outrossim, os defensores da não confessionalidade, sustentam ainda o entendimento de que a facultatividade prevista no texto constitucional não opera na realidade. Haveria, pois, uma facultatividade de direito acossada pela obrigatoriedade de fato²³. Sugere-se, então, que em prol da garantia de eletividade da disciplina, a matrícula não seja automática e, sobretudo, que seja ofertada dentro de um catálogo de disciplinas optativas, visto que, somente mediante um rol de opções reais, uma disciplina pode ser de veras facultativa. Onde inexistir estas alternativas o ensino religioso não deve prosperar sob pena de frustrar a previsão constitucional de não compulsoriedade e, como conseqüência disto, debilitar a liberdade religiosa, que inclui, o direito a divergir e/ou não ter religião.

Ora, se para os patrocinadores da tese da não confessionalidade a liberdade religiosa não é um princípio absoluto, devendo ser parametrizada pelos marcos da laicidade, para os partidários da confessionalidade, noutro giro, a laicidade é que não deve ser absoluta. Afinal, conforme argumentam, em que pese o Estado se pretender laico, a população brasileira é

²² Mídia audiovisual disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WnRV_Ru2Sp4> Acesso em 23 de janeiro de 2018.

²³ “Não facultativo porque ofertado de forma “transversal” nas séries iniciais do ensino fundamental (quando não chega a ser ofertado também na educação infantil e no ensino médio, como preveem algumas legislações estaduais), porque o comum é a matrícula automática dos estudantes na disciplina, sem que seja requerida a manifestação formal de matrícula por pais ou responsáveis; ou porque persistem constrangimentos à não frequência, não há oferta de outras disciplinas optativas no ensino fundamental no mesmo horário de oferta do ensino religioso e porque, em geral, contabiliza-se o ensino religioso na carga-horária mínima do ensino público.” In: Memoriais subscrito pelas Ação Educativa, Assessoria, Pesquisa e Informação; Campanha Nacional pelo Direito à Educação; CFEMEA - Centro Feminista de Estudos e Assessoria; CLADEM- Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher; Conectas Direitos Humanos; ECOS Comunicação em Sexualidade; Geledés – Instituto da Mulher Negra; OLÉ - Observatório da Laicidade na Educação; Plataforma Brasileira de Direitos Humanos (DhESCA Brasil). Disponível em: <http://www.cartaeducacao.com.br/wp-content/uploads/2017/10/memorial_ensino_religioso.pdf> Acesso em 23 de janeiro de 2018.

religiosa. Razão pela qual expurgar a confessionalidade implicaria conspurcar a liberdade de culto e a dignidade humana.

Inclusive, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) – atuante também na figura de *amicus curiae* – concebe que a laicidade estatal têm sido um pretexto para atacar o ensino religioso, que como tal, deve necessariamente se fiar no ensino dogmático de uma religião, ou seja, na confessionalidade. É neste sentido que o representante da instituição mencionada afirma que “o Brasil é um Estado laico, mas não é um Estado ateu, tanto é assim que o preâmbulo da Constituição Federal evoca a proteção de Deus”²⁴

Nesta linha, a CNBB rechaça a não confessionalidade também sob o argumento de que a não coincidência entre a confissão amparada pela escola pública e a crença íntima de um ou alguns alunos não deve obstaculizar o direito ao ensino confessional da maioria.

A única comunhão argumentativa entre os adeptos da não confessionalidade e da confessionalidade do ensino religioso é quanto a inescusável facultatividade do ensino. Ou seja, o ensino deveria ser, de fato, facultativo e não obrigatório.

Concernentemente às razões aduzidas pelos *amici curiae*²⁵, há de se destacar forte correspondência entre elas e os argumentos trazidos à baila pelas entidades presentes na audiência pública. Deste modo, a fim de se furtar de eventual tautologia repisando ideias já esboçadas, cumpre apresentar um panorama das suas razões, bem como inovações pontuais.

Em linhas gerais, extrai-se dos autos da ADI 4439, que das 21(vinte uma) instituições admitidas na condição de *amicus curiae*, 13 (treze) se obstinaram na defesa do ensino não confessional e, portanto, se posicionaram pela procedência da ação, e 8 (oito) atuaram

²⁴ Mídia audiovisual disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=od-dLovtA3A>> Acesso em 23 de janeiro de 2018.

²⁵ Instituições admitidas na condição de *amicus curiae*: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE); Associação Nacional de Educação Católica do Brasil (ANEC); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos; Centro Acadêmico XI de Agosto; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB); Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Conectas Direitos Humanos; ECOS – Comunicação em Sexualidade; Comitê Latino Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e Relatoria Nacional Para Direito Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – Plataforma DHESCA Brasil; Conselho de Ensino Religioso do Distrito Federal (CONER/DF); Conferência dos Religiosos do Brasil (CRB NACIONAL); . Defensoria Pública do estado da Bahia; Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso (FONAPER); Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro – GLMERJ; Liga Humanista Secular do Brasil – LIHS; União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro (UJUCARJ); Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul; União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP); . Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade Direito da Universidade do estado do Rio de Janeiro – CLÍNICA UERJ DIREITOS.

embebidas do ideal da confessionalidade e, por conseguinte, defenderam a improcedência da ação.

No quadrante dos defensores do ensino confessional, é pertinente destacar a atuação do político João Agripino de Vasconcelos Maia²⁶, na ocasião porta voz da Conferência dos Religiosos do Brasil, que outrora atuou enquanto legislador constituinte.

O ex deputado afirma que à época da constituinte instalou-se contenda acirrada quando da intenção de promulgação da Constituição “sobre a proteção de Deus”. Segundo narra, o tema foi levado à votação e, considerando, a vontade da maioria o manto divino foi mantido no preâmbulo constitucional. Nesta guisa, aduziu que a sociedade brasileira é majoritariamente cristã e o Estado Democrático de Direito pressupõe a obediência da minoria às decisões da maioria. Sendo assim, o legislador quando dispôs sobre o ensino religioso o teria feito em acatamento da vontade da maioria, que pretendia o ensino da religião e não sobre a história da religião.

Superada a apresentação do pretense diálogo cidadão, há de se fiar na compreensão de que as *razões* não podem minar os *direitos*, ao revés, somente se legitimam quando consonantes com os valores constitucionais, isto é, o sopesamento dos argumentos apresentados nos canais dialógicos deve ser balizado pelos direitos fundamentais.

Nesta toada, para além de investigar a conformidade das razões públicas para com o ordenamento constitucional, é imperioso aferir se, efetivamente, houve espaço para democracia deliberativa no seio da ADI em apreço. Este é o fim perseguido pelo capítulo subsequente.

6- A DECISÃO: UM PRODUTO DA DELIBERAÇÃO OU UM FRUTO DA SUPREMACIA JUDICIAL?

Retomando o constitucionalismo democrático apresentado no introito do presente trabalho, defende-se que o sentido da democracia encontra respaldo nos direitos fundamentais e não se estanca no voto, o que reconduz a lição de que aquela se erige sobre “votos, direitos e razões”. Sendo assim, conforme esposado nas linhas pregressas, torna-se insustentável o enrijecimento da tessitura hermenêutica e vital a abertura do sistema jurídico para vazão das razões públicas acerca da Constituição que promanam da sociedade civil.

²⁶ Mídia audiovisual disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aONS5Z3Jzpw&t=3089s>>. Acesso em 23 de janeiro de 2018

Neste espectro, a supremacia judicial enquanto “primazia de um tribunal constitucional (...) na interpretação final e vinculante das normas constitucionais” (BARROSO, 2010, p. 5) haveria de ser arredada para abrir espaço para a noção de democracia deliberativa lastreada numa legitimação discursiva, em cuja lógica, as decisões políticas devem ser precedidas por um debate público, livre e aberto (BARROSO, 2015).

Esta abertura ao debate, todavia, ainda é apenas deontológica na realidade nacional, já que os poucos elementos de democracia deliberativa são pontuais (no sentido de se referirem a assuntos específicos) e ainda não significativos (no sentido de não existir uma tradição cultural que coloque a deliberação popular como elemento para construção do direito).

Trata-se, pois, de uma abertura diminuta, que para se alargar e consolidar enseja esforços dialógicos contínuos e capazes de driblar a impermeabilidade constitucional, “fenômeno que impede que a construção dos sentidos do texto constitucional se dê com a participação popular da sociedade civil, por meio de sua própria voz” (NUNES, 2017, p. 9).

Neste diapasão, considerando que as audiências públicas e os pedidos de *amici curiae* se inserem na dinâmica dos “diálogos com a cidadania” e que estes se perfazem quando o STF, à frente da função interpretativa do texto constitucional, considera os argumentos suscitados pelos atores sociais (NUNES, 2017, p.10), para aferir se, *in casu*, os diálogos, de fato, permearam o juízo decisório faz-se necessário - cômico das razões apresentadas no item anterior - analisar a teia argumentativa tecida pelos ministros no julgamento da ação em análise.

Neste sentido, tem-se que o julgamento que, por 6 votos a 5, culminou na improcedência da ADI 4439 e, conseguinte, entendimento pela adequação do ensino confessional ao princípio da laicidade, gravitou em torno de duas teses principais.

A primeira tese foi capitaneada pelo ministro relator, Luis Roberto Barroso, que defendeu, que a previsão de ensino religioso na Constituição, por si só, constitui “cláusula constitucional de exceção” e que como tal deve ser “interpretada com o mínimo de restrição à ideia de laicidade” (BARROSO, 2017, p. 14). Neste sentido, o mínimo de restrição ao ideal laico pressuporia revestir o ensino do máximo de neutralidade possível, a qual só seria alcançável nas bases de um sistema não confessional de ensino.

A não confessionalidade, pois, haveria de ser o eixo de conciliação entre laicidade estatal e ensino religioso. A um porque, considerando que um “Estado laico não pode identificar-se formalmente com qualquer religião ou doutrina religiosa” (BARROSO, 2017, p.15), o ensino

não confessional resguardaria a separação formal entre Estado e Igreja. A dois, porque o ensino neutro escoltaria, de forma isonômica, além das confissões religiosas as posições não religiosas. A três, por fim, o ensino não confessional seria o único a tutelar a garantia de liberdade religiosa na medida em que não institucionalizaria um credo em detrimento dos demais, que ver-se-iam marginalizados.

Neste sentido, o ministro propõe que o ensino religioso seja ministrado pela via histórico-científica, isto é, que, ao invés, de introjetar os valores de uma determinada confissão religiosa, o ensino deveria socorrer-se da história, sociologia e afins, para transmitir aos educandos uma noção pluralista do fenômeno religioso e não da religião em si.

Barroso considerou explicitamente as razões públicas em seu voto e fez delas seu fundamento legítimo. Confira-se:

A corroborar a legitimidade desta interpretação constitucional, deve-se ressaltar que, em audiência pública realizada no âmbito desta ação direta, a grande maioria dos representantes de denominações religiosas, dos especialistas e das entidades da sociedade civil participantes defenderam a impossibilidade prática de conciliar os modelos confessional e interconfessional de ensino religioso confessional com a laicidade do Estado. Em síntese, **dos 31 participantes da audiência, 23 defenderam a procedência da ação**. Ainda, do total de participantes, 12 eram de entidades de caráter religioso (incluindo posições não religiosas), representativas da diversidade religiosa do país. Destes, 8 defenderam a procedência da ação. (BARROSO, 2017, p. 18, grifos no original)

Noutro giro, a tese adversa, aderida pela maioria, foi perfilhada pelo ministro Alexandre de Moraes, que sustentou, em linhas gerais, a impossibilidade de se imprimir ao ensino religioso uma tônica de neutralidade, uma vez que no ensino religioso, *ipsis literis*, “a neutralidade não existe, pois os ensinamentos e o aprendizado se baseiam, fundamentalmente, nos dogmas de fé, que não podem ser substituídos por narrativas gerais, meramente descritivas, neutras e contraditórias” (MORAES, 2017, p. 21).

Nesta linha, Moraes concebe a previsão de ensino religioso enquanto direito subjetivo individual dos educandos que não poderia ser frustrado pela não confessionalidade, que, na sua perspectiva, desvirtuaria a natureza religiosa do ensino, delineada pelo constituinte originário. Sentido em que pontuou pela impossibilidade de que a Corte “substitua a escolha legítima de que o legislados constituinte originário fez pelo ensino religioso de matéria facultativa pelo ensino de filosofia, história ou ciência das religiões” (MORAES, 2017, p. 21)

Moraes pondera que o Estado não deve impor a religião a ser ministrada, mas que a escola deve proceder ao ensino da religião voluntariamente manifestada pelos alunos. Contudo, ignora, que face ao pluralismo religioso, é inverossímil conjecturar uma escola em que haja

unidade de crença religiosa, por certo, na prática, será ministrada a confissão majoritária, o que afronta as confissões minoritárias.

Ademais, o ministro salientou que o ensino não confessional em nada acossa a laicidade, afirmando, de forma simplista, que “trata-se de aproveitar a estrutura física das escolas públicas para assegurar a livre disseminação das crenças e ideais de natureza religiosa” (MORAES, 2017, p. 11). Esta assertiva reducionista olvida a dimensão substantiva da laicidade, delineada com preciosismo por Daniel Sarmiento. Vejamos:

A laicidade do Estado levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além e envolve a **pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada**. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas - ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de particulares convicções religiosas ou metafísicas. **A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé - ainda que professados pela religião majoritária - pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.** (SARMENTO, 2005, p. 62, grifos nossos)

Sendo assim, a tese que, indubitavelmente, melhor coaduna com o princípio da laicidade e demonstra sinergia para com os argumentos das entidades sociais é a tese vencida. A referida tese se avulta harmoniosa com as vozes da cidadania porque introjeta as razões levadas à baila, ou seja, no crivo decisório o Ministro Barroso, expressamente, levou à sério os argumentos e, sobretudo, a *práxis* das instituições que os sustentaram, tendo sido o único a construir seu voto de maneira a denotar interlocução com as entidades ouvidas na audiência pública.

De mais a mais, compatível para com a laicidade na medida em que esta configura “um instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e direitos do conjunto de cidadãos” (BLANCARTE, 2008, p. 25) e por sê-lo impõe o dever de neutralidade estatal, ao qual está amalgamada a impossibilidade de patrocinar, direta ou indiretamente, qualquer religião, sob pena de subjugar as crenças minoritárias ao domínio ideológico majoritário (SARLET, 2017, p. 522) e, como seqüela, institucionalizar a tirania da maioria sobre a minoria.

Nesta toada, importante a ponderação de que “o Estado deve respeitar escolhas e orientações de vida não lhe sendo permitido usar (...) do seu poder simbólico para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os *outsiders*” (SARMENTO, 2005, p. 62).

Isto é, o Estado não pode mobilizar seu aparato simbólico, notadamente através das instituições de ensino, para retroalimentar a dinâmica de preterimento religioso que já acomete o seio social. Ao contrário, ao Estado cumpre o mister de equalizar o pluralismo e garantir a todos os cidadãos igual reconhecimento, o que só é possível quando o ensino não professa uma confissão religiosa, já que quando o faz transmite a perniciosa mensagem de que aquela vertente religiosa e seus respectivos asseclas exprimem, para o Estado, maior valor que os demais.

Não obstante, ao arrepio do conteúdo axiológico da laicidade e, sobretudo, das razões suscitadas no bojo da audiência pública, o STF decidiu pela constitucionalidade de um ensino confessional, isto é, vinculado a uma religião específica e, em regra, ministrado por um representante da comunidade religiosa.

Ora, no bojo de um Estado que se pretende democrático e se diz de direito, a “última palavra” deveria albergar o sentido que faça irromper na realidade o máximo de igualdade, considerando as vulnerabilidades exaradas pelas vozes da cidadania através dos canais de diálogo. Afinal, o STF não deve (ou, pelo menos, não deveria) atuar no sentido de cristalizar o *status quo*, mas de guarnecer a dimensão substantiva da democracia.

Ato contínuo, sob o pálio do Constitucionalismo democrático, o STF deve gozar de porosidade suficiente para absorver as narrativas acerca da Constituição e consistência hábil para não se desmantelar em meio a elas, preservando a unidade constitucional enviesada pelos direitos fundamentais.

Neste espeque, a análise empírica da ADI 4439 conduz à impermeabilidade constitucional. Ou seja, em que pese os “diálogos com a cidadania” ostentarem o desiderato de, precisamente, permearem o sentido da interpretação constitucional, a prática demonstra que a forma como ele são instrumentalizados os tornam inócuos diante desse objetivo.

O que se extrai da prática é que a abertura à sociedade não se aperfeiçoa na medida em que ocorre apenas formalmente. Acertada, neste ponto, a ponderação de que o STF não é um Tribunal dialógico, em verdade, é uma Corte que se vale de ferramentas dialógicas, que dissociadas da interlocução efetiva, redundam em um verdadeiro decisionismo judicial (GARGARELLA, 2014, p. 148-149)

No que tange à audiência pública, *prima facie*, há de se chamar atenção à atrofia participativa dos ministros, que, à luz do constitucionalismo democrático, deveriam se postar como interlocutores na discussão, mas não o fizeram. No caso em análise, o único presente foi

o ministro Relator, talvez por isso, também o único a efetivamente sopesar as razões externadas em audiência no seu crivo decisório.

É fato que todos os ministros enfrentaram os argumentos trazidos à baila em audiência pública, todavia, o que se infere é que não estabeleceram para com tais argumentos efetivo diálogo; as razões dos votos foram alinhavadas, aparentemente, a despeito, do compromisso de dar resposta às vozes da cidadania.²⁷

E, ora, “uma corte só poderia conseguir elaborar uma resposta genuinamente deliberativa, se tiver engajada em uma deliberação com seus interlocutores” (MENDES, 2013, p. 95). Todavia, não há diálogo onde monólogos sucedem-se indefinidamente. Assim foi a dinâmica (estática!) da audiência pública. Eis mais um indicativo, somado à impermeabilidade constitucional, de que, apesar da forma deliberativa, materialmente o instrumento em apreço volta-se a afirmação da supremacia judicial.

Conforme leciona Godoy, para que a abertura dialógica pretendida pela audiência pública logre êxito:

[...] é necessário que seus argumentos [das entidades civis] sejam levados em conta na hora da decisão, quer para compor o fundamento da decisão, quer para rejeitar os apontamentos realizados. **Se essa participação popular passa a ser utilizada apenas como mais um passo para legitimar formalmente a decisão a ser exarada, perde-se o sentido da abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, esvaziam-se as inovações normativas e transforma-se um desejável diálogo em mera retórica formal de oitiva e participação.** (GODOY, 2016, p. 160, *grifos nossos*)

Concernentemente à intervenção dos *amici curiae*, sua carga de influência se mostra ainda mais mitigada, pois, via de regra, a sustentação oral ocorre na sessão de julgamento, para a qual os ministros se apresentam com seus votos redigidos, isto é, com sua opinião formada. Os memoriais apresentados pelas instituições tampouco são considerados. E apesar da possibilidade subsidiária de pedir vista para alteração do teor do voto, na prática isto não se verificou, a não ser a fim de sofisticar a construção argumentativa já apresentada, mas não para modificar o sentido do voto. A propósito, Virgílio Afonso da Silva assinala esta conduta de redação antecipada dos votos como “fator antideliberativo da prática decisória no STF” (SILVA, 2013, p. 570).

O que se afigura neste ponto é a influência das “zonas de autarquia”, que servem de guarita à supremacia judicial porque conferem “aparência racional a decisões puramente

²⁷ A bem da verdade, como a maioria dos ministros não faz alusão expressa à audiência pública em seus votos, paira sobre este ponto a tênue nebulosidade entre um enfrentamento [dos argumentos] irremediável porque arraigados ao cerne da temática e um enfrentamento provocado pelas razões públicas.

arbitrárias” (RODRIGUEZ, 2013, p. 58). Conforme assevera Rodriguez, as decisões judiciais refletem a “opinião do juiz”, de modo que os argumentos legais e de autoridade são encadeados com objetivo de avalizar sua visão de mundo. Bom, se a visão de mundo do juiz prevalece, intransigentemente, sobre a *práxis* cidadã, que deveria ser incorporada no processo de tomada de decisão, subsiste a supremacia judicial.

Aliás, conforme alerta Gargarella, não se reputa como diálogo uma situação na qual os pretensos interlocutores não só não se consideram em posição de igualdade como também uma das partes – juízes e cortes – avoca posição de superioridade e dominação (GARGARELLA, 2014, p. 148).

Sendo assim, constata-se que, na contramão das vozes da cidadania e dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, decidiu por maioria, que o Estado laico comporta o ensino religioso confessional. Sem uma postura de deferência para com as razões públicas e/ou de acautelamento das minorias, cujos direitos muito provavelmente serão esgarçados em face desta decisão, o STF furtou-se, a um só tempo, do compromisso deliberativo e da sua função contramajoritária. Nesta toada, adverte Casara:

Não se pode esquecer que os direitos fundamentais, entendidos como direitos de todos, não são dados da natureza (...), mas uma construção a partir de lutas políticas. Por essa razão, por **sua natureza provisória e dependente da democracia, os direitos fundamentais estão sempre ameaçados. A cada vez que um direito fundamental é violado ou relativizado, caminha-se um passo rumo ao autoritarismo** (CASARA, 2017, p. 65, grifos nossos)

Por todo o exposto, o que se nota é um “descompasso entre as expectativas normativas sobre a atuação do STF e aquilo que os estudos empíricos têm revelado que é sua atuação real” (NUNES, 2017, p. 13), panorama que desdobra, no caso em apreço, numa decisão que se construiu à míngua de razões e direitos; um fruto da supremacia judicial involucrado pelo engodo da democracia deliberativa.

7- CONCLUSÃO

O clássico questionamento sobre quem detém a última palavra sobre o sentido da Constituição fora no curso do presente trabalho revisitado para compreender se deveria haver, de fato, uma palavra final que encerrasse o conteúdo constitucional. De modo que, analisando a questão proposta com a lente do Constitucionalismo democrático, se avulta deveras inviável patrocinar que um órgão deva monopolizar a interpretação da Constituição.

Entende-se, pois, que existem instrumentos dispostos no arcabouço jurídico brasileiro (vide audiências públicas e *amicus curiae*) aptos a viabilizar a interlocução entre Supremo Tribunal Federal e sociedade civil, a fim de permitir que o sentido constitucional decorra da deliberação pública e, por conseguinte, arrefecer a tensão entre Constitucionalismo e Democracia.

Por certo, considerando que o STF arroga uma função essencialmente contramajoritária no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais em face dos arbítrios majoritários, defender a deliberação pública não importa em sincronizar de modo estanque a decisão judicial à opinião pública – que pode redundar em violação dos direitos fundamentais que se pretende escudar –, mas em apostar numa atuação sinérgica entre Poder Judiciário e povo a fim de que a parcela social, historicamente preterida do processo político que subjaz as tomadas de decisões centrais, veja-se incluída na sistemática da interpretação constitucional para, enfim, conferir-lhe legitimidade.

Diante, pois, de uma Constituição vivente, para utilizar a expressão cunhada por Post e Siegel (2013, p. 31), que se imiscui na teia de relações sociais em constante modificação, a sua significação e ressignificação só serão legítimas quando permeadas pelas narrativas constitucionais promanadas do povo e não quando atadas a uma narrativa una prolatada pelo Judiciário.

Ocorre que, conforme se demonstrou, para que o Constitucionalismo democrático germine é indispensável solo fértil e poroso para recepcionar as razões públicas no terreno do processo constitucional. De nada vale a previsão normativa de instrumentos potencialmente deliberativos se o seu manejo opera apenas no plano formal e não tem o condão de entranhar a decisão exarada pelo Poder Judiciário.

Diante da análise das audiências públicas e intervenção dos *amici curiae* no bojo da ADI 4439, objeto explorado no presente, constatou-se justamente a referida disfunção. A deliberação pública capitaneada pelo emprego dos instrumentos deliberativos, é de caráter formal na medida em que as razões públicas não são efetivamente consideradas pelos ministros ao tecer seus votos.

Resta evidente, pois, que o processo constitucional brasileiro está, de fato, maculado pelo fenômeno da impermeabilidade constitucional, que impede que as narrativas

constitucionais, acomodadas no seio das razões públicas, permeiem o crivo decisório dos ministros do STF.

Em verdade, as razões públicas aventadas nos espaços que deveriam ser de deliberação pública sequer constituem ônus argumentativo, uma vez que não contrapostas pela maioria absoluta dos ministros. No caso concreto, aliás, só o ministro Relator alinhava seus argumentos em resposta às vozes da cidadania.

Concluiu-se, por fim, que as audiências públicas e a intervenção dos *amici curiae*, ao menos no caso concreto da ADI 4439, verteram-se à performar a deliberação em seu sentido formal, contudo, em latente desvinculação de um compromisso deliberativo essencialmente democrático, apenas avalizando a supremacia judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** In: UniCEUB. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2015, vol. 5, nº especial, p. 23-50.

_____, Luís Roberto. **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.** Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, fev./mai., 2010

_____, Luís Roberto. In: Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4439/DF – Distrito Federal.** Relator: Luis Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de Setembro de 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915> >. Acesso em: 15 Ago. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

_____, Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 26, 2011

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4439/DF – Distrito Federal.** Relator: Luis Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de Setembro de 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915> >. Acesso em: 15 Ago. 2018.

CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. **Audiências públicas e a legitimação do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.** Observatório da Jurisdição Constitucional,

ano 4, 2010/2011. Disponível em:

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/550>>.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis** – 2 ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DINIZ, Débora, LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa, **Laicidade e ensino religioso no Brasil**, Brasília: Letras Livres/ Editora UnB/Unesco Brasil, 2010.

FRASER, Nancy. **Feminist Politics in the Age of Recognition: a two-dimensional approach to Gender Justice**. *Studies in Social Justice*, v.1, n.1, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos**. In: *Por uma justiça dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de Doutorado Apresentada no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

_____, Miguel Gualano de. **As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?** In: *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais.*/ coord. Jorge Miranda [et al.]. Curitiba: Juruá, 2016, p. 143-161

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade**. Tradición de Paola Bergallo. Barcelona: Marcial Pons, 2011

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MORAES, Alexandre de. In: Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4439/DF** – Distrito Federal. Relator: Luis Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de Setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>>. Acesso em: 15 Ago. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OSLEN, Ana Carolina Lopes; KOZICK, Katya. **Limites e perspectivas do diálogo entre constitucionalismo popular e democrático e o Direito Internacional dos direitos humanos**. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 23 - n. 1 - 2018, p. 35-70.

PATRUS, Rafael Dilly. **O amicus curiae como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira.** Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 6, 2013, p. 124-149. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/861/611>> Acesso em 11 nov. 2018

POST, Robert C; SIEGEL, Reva. **Democratic Constitutionalism.** In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva (org.). *The Constitutionalism in 2020.* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 25-35

_____. **Constitucionalismo democrático: por uma reconciliación entre Constitución y pueblo.** Buenos Aires: Siglu Veintunino Editores, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 14 Ago. 2018.

SILVA, Virgilio Afonso da. **Deciding Without Deliberating.** *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, 3, 2013.