

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” - FADIR
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado Acadêmico em Direito

AMICI CURIAE E LEGITIMIDADE: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro

Uberlândia/MG
2018

Wagner Vinicius de Oliveira

AMICI CURIAE E LEGITIMIDADE: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Coorientador: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Banca examinadora: Prof.^a Dr.^a Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho

Banca examinadora: Prof. Dr. José Carlos Remotti Carbonell

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais

Linha de Pesquisa 1: Tutela Jurídica e Políticas Públicas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

O48a Oliveira, Wagner Vinicius de. 1984-
2018 *Amici curiae e legitimidade : sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro [recurso eletrônico]* / Wagner Vinicius de Oliveira. - 2018. 162 f. : il.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Coorientador: Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.962>
Inclui bibliografia.
Inclui ilustrações.

1. Direito. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Controle de constitucionalidade. I. Borges, Alexandre Walmott (Orient.). II. Fernandes, Bernardo Gonçalves Alfredo (Coorient.). III. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408

Wagner Vinicius de Oliveira

AMICI CURIAE E LEGITIMIDADE: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
UFU (Orientador)

Prof.^a Dr.^a Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho
UFU (Banca examinadora)

Prof. Dr. José Carlos Remotti Carbonell
UAB (Banca examinadora)

Uberlândia/MG, 22 de agosto de 2018.

AGRADECIMENTOS

Inaugura-se a seção de agradecimentos com um exercício retrospectivo no qual se recorda do processo de construção dos conhecimentos, ainda em aprimoramento, como resultado de uma formação consolidada numa realidade social emergente. Iniciado na Escola Estadual dos Palmares (1990), continuou na Escola Estadual Juscelino Kubitschek de Oliveira (1999), ambas em Ibirité/MG. Passou pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Barreiro (2011), chegou à Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2017).

Em primeiro lugar, agradece-se a todos(as) os(as) contribuintes que, com o esforço de seus tributos, permitiram o acesso ao ensino público gratuito e de qualidade. Especialmente à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pela concessão de bolsa de pesquisa que viabilizou o ingresso e a conclusão da Pós-Graduação *stricto sensu*, nível mestrado acadêmico em direito.

Ao Prof. Dr. Alexandre Borges Walmott por aceitar a orientação da pesquisa, ao Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (UFMG; PUC Minas) pela coorientação e oportunidade de assistir às aulas na disciplina *Temas de direito constitucional: cortes constitucionais no direito comparado I*, ministradas no Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado/doutorado) da UFMG, durante o primeiro semestre de 2018, bem como ao Prof. Dr. José Carlos Remotti Carbonell (Universitat Autònoma de Barcelona - UAB, Espanha) e a Prof.^a Dr.^a Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho (UFU), pela composição da banca examinadora (sessão de defesa). Ao Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky (UFU), pela composição da banca examinadora (sessão de qualificação).

Ao Prof. Dr. André Fabiano Voigt, do Instituto de História da UFU, pela oportunidade de assistir às aulas na disciplina *História, Hermenêutica e Estética*, ministradas no Programa de Pós-Graduação em História (mestrado/doutorado) da UFU, durante o segundo semestre de 2017. Ao Instituto de Filosofia da UFU, sobretudo ao Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades - NEFIH, na pessoa do Prof. Dr. Rubens Garcia Nunes Sobrinho e do Prof. Dr. Fernando Martins Mendonça, que permitiram a continuidade das inquietações filosóficas.

Ao Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (UFMG; PUC Minas) e ao Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira (UFOP; PUC Minas), pelas interlocuções em teoria do direito. Também ao Prof. Dr. Luiz Augusto Lima de Ávila (PUC Minas) e ao Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira (UFJF; PUC Minas), que desde a graduação em direito apoiaram os estudos. Em suma, a todas e todos, inclusive as pessoas não citadas nominalmente, meus sinceros agradecimentos.

DEDICATÓRIA

Para Maria da Conceição de Oliveira.

“O meu olhar é nítido como um girassol.
Tenho o costume de andar pelas estradas
Olhando para a direita e para a esquerda,
E de vez em quando olhando para trás...
E o que vejo a cada momento
É aquilo que nunca antes eu tinha visto,
E eu sei dar por isso muito bem...
Sei ter o pasmo essencial
Que tem uma criança se, ao nascer,
Reparasse que nascera deveras...
Sinto-me nascido a cada momento
Para a eterna novidade do Mundo...”
(PESSOA, 1958, p. 22).¹

¹ Trecho II do poema *O guardador de rebanhos*, de Alberto Caeiro (pseudônimo de Fernando Pessoa).

RESUMO

O presente relatório de pesquisa, apresentado sob a forma de dissertação, possui como problemática a legitimidade das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro realizado pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Concretamente consiste em investigar qual é o papel dessas instituições, enquanto *amici curiae* voluntários, nas fases pré-decisional (instrução) e decisional (deliberação) no controle concentrado de constitucionalidade. Para tanto, ressalta-se a necessidade de pesquisar mecanismos para incrementar as participações sociais na jurisdição constitucional e compreender se é possível que determinados agentes não participem do debate público. Para essa análise utilizou-se como referencial a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle (1997; 2013), segundo a qual a interpretação constitucional deve ser realizada de forma plural, isto é, pelo maior número possível de intérpretes, oficial e não oficial. Implica afirmar que a legitimidade democrática ultrapassa a mera observância dos limites formais. Isto posto, a pesquisa utilizou para sua contextualização teórica os materiais bibliográficos referentes as variáveis da participação social, do controle de constitucionalidade, dos *amici* e da laicidade. Logo após, procedeu-se a análise documental na arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF n. 54/DF e na ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 4.439/DF, como testagem empírica da hipótese de interpretação plural. Esse conjunto permite uma leitura teórica e empírica sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Os resultados obtidos pela análise dos dados sugerem que a realidade do controle de constitucionalidade brasileiro extrapola a dicotomia sociedade aberta ou fechada dos(as) intérpretes da constituição, uma vez que não há elementos seguros que permitam sustentar a existência de qualquer delas. Para sumariar os julgados analisados, à primeira vista, indicam uma interpretação aberta e plural, contudo, quando analisados amiúde percebe-se que as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade destinam-se ao cumprimento formal, à medida que o debate plural não produz a efetiva deliberação entre os(as) Ministros(as) do STF. Em conclusão, tem-se que acolher as participações sociais na jurisdição constitucional implode os sentidos tradicionais de democracia e de laicidade, por exemplo. Por isso, a sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição é apresenta como um ideal hermenêutico a ser construído cotidianamente, fato que não equivale a ignorar suas limitações e dificuldades.

Palavras-chave: *Amici curiae*. Controle concentrado de constitucionalidade. Hermenêutica constitucional. Laicidade. Participações sociais.

RESUMEN

El presente informe de investigación, presentado bajo la forma de disertación, tiene como problemática la legitimidad de las instituciones religiosas en el control concentrado de constitucionalidad brasileño hecho por el Supremo Tribunal Federal - STF. En concreto, consiste en investigar cuál es la función de esas instituciones, mientras amici curiae voluntarios, en las fases pre-decisorio (instrucción) y decisional (deliberación) en el control concentrado de constitucionalidad. Para ello, resaltamos la necesidad de investigar mecanismos para aumentar las participaciones sociales en la jurisdicción constitucional y comprender si es posible que determinados agentes no participen del debate público. Para este análisis utilizamos como referencial la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes de la constitución de Peter Häberle (1997; 2013), según la cual la interpretación constitucional debe realizarse de forma plural, es decir, por el mayor número posible de intérpretes, oficial y no oficial. Implica afirmar que la legitimidad democrática sobrepasa la mera observancia de los límites formales. Por eso, la investigación utilizó para su contextualización teórica los materiales bibliográficos referentes a las variables de la participación social, del control de constitucionalidad, de los amici y de la laicidad. En seguida, procedemos la análisis documental en la acción de incumplimiento del precepto fundamental - ADPF (en portugués) n. 54/DF y en la acción directa de inconstitucionalidad - ADI (en portugués) n. 4.439/DF, como prueba empírica de la hipótesis de interpretación plural. Este conjunto permite una lectura teórica y empírica sobre las participaciones de las instituciones religiosas en el control concentrado de constitucionalidad brasileño. Los resultados obtenidos por el análisis de los datos sugieren que la realidad del control de constitucionalidad brasileño extrae la dicotomía sociedad abierta o cerrada de los intérpretes de la constitución, ya que no hay elementos seguros que permitan sostener la existencia de cualquiera de ellas. Para resumir los juzgados examinados, a primera vista, indican una interpretación abierta y plural, sin embargo, cuando analizados más próximo percibimos que las participaciones de las instituciones religiosas en el control concentrado de constitucionalidad se destinan al cumplimiento formal, a medida que el debate plural no produce la efectiva deliberación entre los Ministros del STF. En conclusión, tenemos que acoger las participaciones sociales en la jurisdicción constitucional implosión de los sentidos tradicionales de democracia y de laicidad, por ejemplo. Por eso, la sociedad abierta de los intérpretes de la constitución es presentada como un ideal hermenéutico a ser construido cotidianamente, hecho que no equivale a ignorar sus limitaciones y dificultades.

Palabras clave: *Amici curiae. Control concentrado de constitucionalidad. Hermenéutica constitucional. Laicidad. Participaciones sociales.*

ABSTRACT

*This research report, presented in the form of the dissertation, has as problematic the legitimacy of religious institutions in the concentrated control of Brazilian constitutionality carried by the Federal Supreme Court - STF (in Portuguese). Specifically, consists in investigating is what the role these institutions, while voluntary *amici curiae*, in the pre-decisional and decisional phases in the concentrated control constitutionality. Therefore, we emphasize the need to research mechanisms to increase social participation in the constitutional jurisdiction and understand whether is possible for certain actors not to participate in the public deliberation. For this analysis we use as reference the theory of the open society of the interpreters of the constitution by Peter Häberle (1997; 2013), according to which the constitutional interpretation must be carried out in plural form, this is, as many interpreters as possible, official and unofficial. It follows that democratic legitimacy goes beyond mere observance of formal limits. This fact, we use for the theoretical contextualization of the research the bibliographic materials referring to the variables of social participation, of judicial review, of the *amici* and secularism. Soon after, we proceeded the documentary analysis of the argument of non-compliance of fundamental precept - ADPF (in Portuguese) n. 54/DF and of the direct action of unconstitutionality - ADI (in Portuguese) n. 4.439/DF, as empirical testing of the plural interpretation hypothesis. This set allows a theoretical and empirical reading on the participation of religious institutions in the concentrated control of Brazilian constitutionality. The results suggest that the reality of Brazilian constitutional control extrapolates the open or closed society dichotomy of the interpreters of the constitution, since there are no reliable elements to support the existence of any of them. To summarize, at first glance, indicate an open and plural interpretation, however, when analyzed in detail we realize that the participation of religious institutions in the concentrated control of constitutionality are destined to the formal fulfillment, insofar as the plural debate does not produce the effective deliberation between the judges of the STF. In conclusion, we have to receive the social participation in the constitutional jurisdiction extrapolates the traditional meanings of democracy and of secularity, for example. Therefore, the open society of the interpreters of the constitution presents itself as a hermeneutic ideal what is build daily, a fact that does not mean to ignore their limitations and difficulties.*

Keywords: *Amici curiae. Concentrated control of constitutionality. Constitutional hermeneutics. Secularism. Social participations.*

LISTA DE TABELAS

TABELA 01 - (In)deferimento das participações	109
TABELA 02 - Integrantes da audiência pública ADPF	116
TABELA 03 - <i>Amici curiae</i> admitidos	125
TABELA 04 - Memoriais dos <i>amici curiae</i>	126
TABELA 05 - Integrantes da audiência pública ADI	128

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AP - Ação Popular

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

Cf. - Confira

CFP - Conselho Federal de Psicologia

CNH - Carteira Nacional de Habilitação

CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito

CPC - Código de Processo Civil

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CVM - Comissão de Valores Mobiliários

Ed. - Edição

INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

RE - Recurso Extraordinário

RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 PRIMEIRAS PALAVRAS: uma aproximação	23
2 PLURALIDADE DE INTERPRETAÇÕES E DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS	31
2.1 Participação social: um direito humano e fundamental	37
2.2 Entre sociedades aberta e fechada e seus(as) possíveis intérpretes constitucionais	41
2.3 Às voltas com o constitucionalismo político: pontos e contrapontos	48
2.4 Se todos(as) estão potencialmente capacitados(as) a participar, por que nem todos(as) devem participar?	52
3 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS <i>AMICI CURIAE</i>	59
3.1 <i>Amici</i> : sentidos, alcances e análise crítica	65
3.2 Alcance dos <i>amici</i> segundo o Código de Processo Civil	74
3.3 Deliberações democráticas: diálogos entre os <i>amici</i> e o tribunal	79
3.4 Legitimidade de quem? Para quê?	85
4 REALIZAÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	93
4.1 Configurações mínimas do Estado laico: religiões, culturas (a)téistas e instituições religiosas	97
4.2 Decisões denegatórias de admissão dos <i>amici curiae</i> na arguição de descumprimento fundamental - ADPF n. 54/DF	106
4.3 Participação formal na ação direta de constitucionalidade - ADI n. 4.439/DF	122
4.4 Dilemas constitucionais entre pluralidades interpretativas e o dever de laicidade	134
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
REFERÊNCIAS	149

1 PRIMEIRAS PALAVRAS: uma aproximação

No modelo democrático de direito não é apenas possível, mas é também necessário que a sociedade civil participe dos debates públicos. Para fins de delimitação do terreno investigativo, dentro da seara do direito público destaca-se a jurisdição constitucional² e, de modo mais específico, a temática central a ser abordada será as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Já é correio apresentar a jurisdição constitucional como um dos principais mecanismos para a manutenção ou a ampliação de direitos e garantias fundamentais no Estado democrático de direito. Contudo, essa afirmação é contrastada com algumas objeções, dentre as quais, as reais possibilidades de inserção de novos(as) atores(as) nesse ambiente supostamente democrático.

O recorte epistemológico do objeto de pesquisa recai sobre a compreensão do papel das instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Ao (re)visitar criticamente a metodologia decisória adotada no controle de constitucionalidade tem-se o pluralismo na interpretação constitucional como premissa básica. Portanto, investiga-se a legitimidade das intervenções dos *amici*, notadamente das instituições religiosas, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Legitimidade pretende significar, segundo Bonavides (2011, p. 121), “[...] a legalidade acrescida de sua valoração”, na qual “[...] entram as crenças de determinada época, que prescindem à manifestação do consentimento e da obediência.” Ultrapassa, portanto, as ideias werberianas de carisma, tradição e legalidade ou racionalidade e perpassa pela abordagem de duas categorias fundamentais: a necessidade e a finalidade (BONAVIDES, 2011, p. 129).

Isto é, as participações de diversos(as) agentes sociais com interesse moral na análise da compatibilidade de determinada lei³ com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, realizada com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.⁴ Em

² A utilização desse termo genérico remete tanto ao controle difuso (em concreto), quanto ao controle concentrado (em abstrato) de fiscalização das leis e atos normativos em face da constituição federal.

³ Embora a abrangência do controle concentrado de constitucionalidade seja mais ampla e abarque as espécies normativas originárias do processo legislativo, contidas no art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, bem como os tratados internacionais, entre outros, este estudo ficará restrito a compatibilidade de determinada lei com a Constituição da República de 1988.

⁴ CRFB/88, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (BRASIL, 1988).

princípio, a hipótese que se estabelece para fins de investigação é considerar como legítimas as participações das instituições religiosas, enquanto espécie da participação social.

Objetivamente equivale a afirmar que as instituições religiosas devem usufruir das mesmas oportunidades que as instituições seculares de participação no processo decisório do controle de constitucionalidade, pois, também são destinatárias da norma constitucional.⁵ Ante a problematização apresentada coloca-se como ponto de partida que as intervenções dos *amici* conferem ou aumentam a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e se apresentam como uma possível resposta para superar (ainda que provisoriamente) o *deficit* democrático que paira sobre a jurisdição constitucional.

Deste modo, quanto maior for a abertura para intérpretes e interpretações não oficiais no controle de constitucionalidade sua legitimidade será majorada na mesma medida em que se aumentar a interpretação plural. Assim, a participação social é um elemento representativo de que a visão técnico-científica nem sempre deve se sobrepor ao povo,⁶ ora entendido como destinatário último das normas constitucionais.

A hipótese de trabalho será desenvolvida no sentido de potencialmente: (i) concretizar um direito humano e fundamental; (ii) reforçar o repertório argumentativo para a formação dos juízos de (in)constitucionalidade; (iii) majorar a fundamentação das decisões judiciais; por fim, (iv) fiscalizar o exercício do controle de constitucionalidade desenvolvido pelos(as) Ministros(as) do STF (controle social difuso).

Contudo, deve-se verificar empiricamente em que medida as participações das instituições religiosas impactam positivamente nas fases pré-decisional (instrução) e decisinal (deliberação) do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelos(as) Ministros(as) do STF e, via de consequência, se são capazes de atribuírem ou majorarem a legitimidade democrática da resposta judicial apresentada.

Esse estudo possui o propósito central de analisar as participações das instituições religiosas no controle de constitucionalidade brasileiro. Dessa forma, ao se perceber as nuances da matéria constitucional debatida deve-se encontrar alternativas para que as instituições religiosas e seculares participem do exame de constitucionalidade.

⁵ Registra-se que o texto normativo e a norma jurídica não se confundem, pois, esta é a interpretação (sentidos e alcances) que se extrai daquele.

⁶ Segundo Müller (1998, p. 56-68), existem pelo menos quatro concepções apresentadas para o termo povo. Tem-se a ideia de “povo ativo”; de “povo enquanto instância de atribuição” identificado como destinatário dos direitos e garantias fundamentais; de “povo ícone”, invocado para legitimar a ação estatal (poder-violência) em seu nome; e de povo “compreendido como conjunto dos cidadãos ativos e diferenciados da população total.” Nessa pesquisa, os sentidos que se atribuí ao termo coincidem com os dois primeiros, isto é, povo deve ser ao mesmo tempo “ativo” e “instância de atribuição”.

Isso não significa a obrigatoriedade incondicional dessa modalidade de participação em todos os procedimentos jurisdicionais,⁷ mas uma possibilidade plausível, cuja hipótese contrária deverá ser devidamente fundamentada. Em verdade, ser contrário(a) ou favorável as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro é uma perspectiva que diz menos do que deveria sobre o tema dissertado.

Um posicionamento compatível com as disposições democráticas é compreender, a partir do caso examinado, quais seriam as efetivas contribuições acrescentadas pelas participações sociais, religiosas ou seculares. Nesse sentido, as participações se apresentam como uma das formas de concretizar os objetivos, as promessas ou os compromissos públicos assumidos/garantidos pelo Estado democrático de direito.

Devido a inserção do elemento religioso a investigação deve enfrentar a suposta relação excludente entre a legitimidade e a laicidade no contexto da jurisdição constitucional brasileira. Ademais, apresenta-se como um campo ainda pouco explorado, fato que se apresenta como justificativa para realização desta pesquisa. Cuja necessidade reside também na investigação de mecanismos jurídicos capazes de incrementarem as participações sociais nas atividades típicas do Estado, além de compreender se é possível que determinados agentes sociais não participem do debate público.

Ao mesmo tempo, contribuir para oferecer fundamentos teóricos e empíricos para as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade procurando concretizar direitos humanos, tais como os positivados no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos,⁸ que não devem ser negligenciados. Vale dizer, a liberdade política traduzida como liberdade civil, individual e coletiva. Justifica-se, ainda, por ser um tema dotado de relevo jurídico e social sobre o qual se busca cooperar com possíveis contribuições para o enfrentamento de questões atuais como, por exemplo, a participação social e o dever estatal de laicidade.

No campo específico, os objetivos consistem em: (i) descrever as condições teóricas e normativas que demarcam a pluralidade de interpretações e de participação social no Estado democrático de direito, à luz da sociedade aberta dos intérpretes da constituição (HÄBERLE, 1997; 2013); (ii) articular os contornos de legitimidade da jurisdição constitucional e das instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, no controle concentrado de

⁷ Por isso, as considerações apresentadas não são inteiramente replicáveis as outras áreas do direito sem as devidas adaptações ou correções.

⁸ Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, art. 25, “a” (promulgado pelo Decreto n. 592/1992) (BRASIL, 1992).

constitucionalidade brasileiro; (iii) verificar a aplicabilidade destas ideias constitucionais a partir da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF n. 54/DF e da ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 4.439/DF, como testagem empírica da hipótese de trabalho, isto é, demonstrar com exemplos concretamente observáveis as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que ao final confirmem ou não a resposta provisória apresentada.

Para tanto, o conjunto metodológico a ser utilizado nesta pesquisa de vertente mista, teórica e aplicada, divide-se em duas fases: uma exploratória teórico-conceitual e a outra de análise de alguns dos julgados do STF coletados a partir de uma mostra qualitativa. A pesquisa lançará mão do método indutivo. Na primeira parte (teórica exploratória), a partir de uma contextualização geral da teoria, com base em outros(as) autores(as), para alicerçar a probabilidade (com elevado grau de generalização) da participação plural e aberta na interpretação constitucional.

Nessa fase, adota-se a linha crítico-metodológica como método de abordagem de investigação, segundo Dias e Gustin (2015, p. 21, grifos das autoras), tal vertente:

[...] supõe uma teoria crítica da realidade e sustenta duas teses de grande valor para o repensar da ciência do direito e de seus fundamentos: [...] na versão postulada pela **teoria do discurso** e pela **teoria argumentativa**. Essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados.

Já na segunda fase, a partir dos julgados que serão analisados, ADPF n. 54/DF e ADI n. 4.439/DF, pretende-se identificar o suposto posicionamento institucional do STF para a questão da laicidade⁹ conjugada com a participação social. Vale dizer, não se trata de dois casos isolados ou escolhidos a esmo, mas, uma mostra atual e efetiva que abrange a questão da abertura hermenêutica capaz de incluir agentes sociais e instituições religiosas e seculares.¹⁰ Isto porque, representam respectivamente a impossibilidade e a possibilidade das participações das instituições religiosas na modalidade de intervenção de terceiros,¹¹ *amicus curiae*, no

⁹ Com isso, não se ignora decisões anteriores que envolveram o tema da laicidade como é o caso da ADI n. 2.076/AC, no qual os(as) Ministros(as) do STF decidiram que o preâmbulo da Constituição da República de 1988 não constitui “norma central”, por isso, a expressão “sob a proteção de Deus”, constante na CRFB/88, “[...] não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual” (BRASIL, 2002, n.p.), contudo, nessa pesquisa opta-se por entrecortar os temas da laicidade e da participação social.

¹⁰ Na quinta edição da obra: *A Constituição e o Supremo*, a ADPF n. 54/DF é apresentada como única referência para ilustrar o art. 19, I, CRFB/88 e a “evolução jurisprudencial” do STF sobre laicidade (BRASIL, 2016, p. 1.370). Em sentido contrário, OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Entre a laicidade e a democracia: contrapondo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF. In: XIX Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO. Democracia participativa, Estado e laicidade: Psicologia Social e enfrentamentos em tempos de exceção, 2017, Uberlândia, MG. *Anais...* Uberlândia: ABRAPSO, 2017, p. 634-635.

¹¹ De fato, o *amicus curiae* foi inserido na modalidade de intervenção de terceiros por uma opção legislativa (Título III - Da intervenção de terceiros, Capítulo V, art. 138, Código de Processo Civil - CPC), tecnicamente não condiz com a experiência do controle de constitucionalidade brasileiro. Em sentido contrário, Menezes (2014, p. 14).

controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Por mostra qualitativa, segundo Creswell (2010, p. 26), entende-se como:

[...] um meio para explorar e para entender o significado que os indivíduos ou os grupos atribuem a um problema social ou humano. O processo de pesquisa envolve as questões e os procedimentos que emergem, os dados tipicamente coletados no ambiente do participante, a análise dos dados indubitavelmente construídas a partir das particularidades para os temas gerais e as interpretações feitas pelos pesquisadores acerca do significado dos dados.

Os procedimentos para desenvolver a sobredita metodologia incluem a revisão bibliográfica (livros, artigos em periódicos e revistas especializadas, dissertações, teses, sítios eletrônicos etc.) dos materiais produzidos em língua espanhola, francesa, inglesa e portuguesa, não necessariamente nessa ordem. Todas as citações, diretas e indiretas, a partir dos idiomas estrangeiros serão realizadas no corpo do texto, traduzidas livremente pelo autor e suprimidas as transcrições dos originais em nota de rodapé. Ainda para os autores clássicos, serão fornecidas informações adicionais para facilitar sua localização em eventual consulta.

Esse processo contará com a análise de alguns elementos comuns entre o direito e as ciências sociais e a filosofia política, uma vez que contribuem com o objetivo de proporcionar discussões crítico-reflexivas (diálogos pluri ou transdisciplinares), não apenas para endossar ou conformar as diretrizes preexistentes. Sobretudo, para buscar estabelecer “multidiálogos” (BADER, 2016, p. 163) com os(as) autores(as) que trabalharam ideias afins em temáticas, contextos e tempos distintos.

Assim como, a realização de um estudo interdisciplinar realizado entre alguns elementos pertencentes a teoria constitucional e ao direito processual sobre os quais se possa compreender e explicar as facetas da mesma situação problema analisada. Longe de representar a soma dos distintos saberes, ao contrário, busca-se manter o que há de comum após variados diálogos para que as ciências particulares cooperem com a tarefa de compreensão dos fenômenos humanos.

Na sequência, fornece-se o lastro empírico de testagem para confrontar a hipótese apresentada com o conjunto dos julgados coletados, sobretudo a partir das decisões denegatórias de intervenção das instituições religiosas, no caso da ADPF n. 54/DF, bem como do possível impacto dos argumentos e dos contra-argumentos apresentados, no caso da ADI n. 4.439/DF. Oportunidade na qual foram elaboradas cinco tabelas específicas para a adequada compreensão dos casos analisados (vide lista de tabelas supra).

Realizada a apresentação e o encaminhamento metodológico da pesquisa, passa-se, então, a descrever sua estrutura que será organizada em cinco capítulos sequenciais. O segundo capítulo, *Pluralidade de interpretações e de participações sociais*, coloca em movimento as

atuações societais nas atividades típicas do Estado, notadamente na função jurisdicional, com vistas a proporcionar um arcabouço teórico e normativo para fundamentar suas possibilidades de atuação. Perpassa pela demonstração das fontes primárias que permitem firmar que as participações sociais constituem relevantes promessas constitucionais (compromissos públicos) além de representarem condição de possibilidade para o próprio Estado democrático de direto.

Oportunidade em que se apresenta a teoria de base, sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle (1997; 2013), segundo a qual a interpretação constitucional deve ser realizada pelo maior número possível de intérpretes, oficial e não oficial, bem como sua antítese, sociedade fechada, segundo a qual ocorre o monopólio estatal da interpretação constitucional. Para avançar, sem desconsiderar esse empreendimento teórico, oferece-se argumentos para compreender quando determinadas participações podem ser validamente restrinvidas e, nem por isso, ser considerada uma sociedade fechada.

Ato contínuo, no terceiro capítulo, *Legitimidade da jurisdição constitucional e dos amici curiae*, apresenta-se como proposta para concretizar as participações sociais o instituto jurídico-político dos *amici*. Nesse momento, amplia-se o aspecto de abordagem para as condições de legitimidade tanto da jurisdição constitucional, quanto dos *amici* voluntários. Evidencia-se a literatura estrangeira existente mediante um sintético estudo de direito comparado acerca da legitimidade tanto dos *amici*, quanto da jurisdição constitucional. Interagindo com as especificidades nacionais sobre os temas basicamente a partir das reflexões de Medina (2010) e de Godoy (2012; 2015), respectivamente.

Já no quarto capítulo, *Realização das participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro*, tem-se a testagem da hipótese de legitimidade para as participações das instituições religiosas cujo desafio é operacionalizar as ideias de democracia participativa enquanto sistema de livre circulação das ideias. Os resultados obtidos sugerem a interpretação constitucional realizada de maneira aberta e plural, contudo, quando analisados amiúde percebe-se que as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade destinam-se ao cumprimento formal, à medida que o debate plural não produz a efetiva deliberação entre os(as) Ministros(as) do STF. Revelando limitações e deficiências por parte dos(as) agentes sociais e estatais, por fim, no quinto capítulo, serão apresentadas as considerações finais.

Logo, a principal contribuição dessa pesquisa reside na investigação e testagem de mecanismos jurídicos para operacionalizar as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Em última análise a legitimidade democrática decorre da capacidade de justificar a decisão adotada no caso analisado e, desse modo, pela abertura

hermenêutica tornar possível majorar a abrangência e a propriedade das respostas judiciais apresentadas. Com efeito, tal intento reclama ampliar o plano jurídico tradicional com a inserção de novos(as) agentes e espaços, ao mesmo tempo, propor interseções capazes de fundamentar o exercício compartilhado da interpretação constitucional para, ao final, (re)construir novas formas de juridicidade.

2 PLURALIDADE DE INTERPRETAÇÕES E DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

As primeiras linhas desse capítulo serão dedicadas à reunião de instrumentos teóricos, filosóficos e jurídicos, que sustentem a necessidade das participações sociais nas atividades típicas do Estado. Antes, porém, deve-se ter em mente que apenas com o advento do Estado democrático de direito é que se torna possível cogitar as participações do povo nos assuntos públicos. Por isso, o ponto de partida consiste em remeter aos clássicos da filosofia política e, a partir de então, fazer avançar as ferramentas teóricas e práticas para as possibilidades das participações sociais.

No século XVII o filósofo inglês John Locke, na obra “Segundo tratado do governo civil” (*The second treatise of government*), fornece suas justificações teóricas para a Revolução Gloriosa. Em meio as controvérsias político-religiosas da época a carta de direitos (*bill of rights*) de 1689 assegurou a supremacia do parlamento em relação à Coroa. Nesse prisma, o constitucionalismo inglês foi pioneiro na ideia da separação funcional dos poderes.

Contribui significativamente para o surgimento do Estado de direito (*rule of law*), basicamente fundado na ideia de que “o povo pode conhecer seus deveres e estar seguro com os limites do direito” (LOCKE, 1980, p. 182).¹² Segundo essa corrente contratualista, o consentimento do povo forma a sociedade política ou civil, que, por sua vez, fixa o soberano Poder Legislativo, o permanente Poder Executivo e a prerrogativa de a comunidade conservar para si parte dos direitos naturais de celebração de alianças, declaração de guerra e de paz, pelo Poder Federativo (LOCKE, 1980, p. 189-194).¹³

Já no século XVIII, com o Barão de Montesquieu na obra “O espírito das leis” (*De l'esprit des lois*), sabe-se que “somente o poder é capaz de frear o poder.” (MONTESQUIEU, 1995, p. 112).¹⁴ Com essa premissa, o autor sistematiza a clássica tripartição dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) do Estado moderno.

O germe do Estado de direito apresentado por Locke é aprimorado e desenvolvido por Montesquieu na teoria da separação dos poderes. Para este autor, a concentração de poder que paradoxalmente assegurou a perpetuação das monarquias por longos períodos e em diversos contextos tornou-se obsoleta e insustentável com o surgimento da modernidade. Nessa senda, a teoria política de Montesquieu, ao contrário de Maquiavel, deixa de se ocupar com a conquista

¹² Cf. *Chapter XI, sect. 137.*

¹³ Cf. *Chapter XII, sect. 143-148.*

¹⁴ Cf. *Livre XI, Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution. Chapitre IV, Continuation du même sujet.*

e a manutenção do poder e passa a analisar as condições de governabilidade, ou seja, o exercício do poder nas três espécies de governo (monarquia, república e despotismo).

Na verdade, a separação e a independência dos poderes impõe que um poder modere a atuação do outro, efetivamente não se trata apenas de uma questão de desempenhar diferentes funções dentro de um governo, mas, a moderação realizada por diferentes classes que compunham a sociedade da época (nobreza, aristocracia e popular). A organização política de uma república varia conforme o detentor do poder soberano, assim, poderá ser uma democracia ou uma aristocracia, a depender se todo o povo ou parte dele se apresenta como titular da soberania, respectivamente.

Montesquieu concebe a ideia de um governo limitado não apenas em virtude da lei, mas, também em razão dos outros poderes. Por outro lado, não considerava adequado que o povo delibere diretamente sobre negócios públicos, de outra sorte, seus representantes são mais adequados para isso. Igualmente é possível perceber a desconfiança em relação ao Judiciário. Pois, “dos três poderes que falamos o de julgar é de certo modo nulo” (MONTESQUIEU, 1995, p. 114),¹⁵ à medida que “juízes não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei.” (MONTESQUIEU, 1995, p. 116).¹⁶ Por certo, a figura do “juiz boca da lei” se trata de uma figura tão hipotética quanto a própria ideia de contrato social, enquanto momento histórico.

De acordo com a hipótese estabelecida no final do século XVIII pelo filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau, na obra “O contrato social” (*Du contrat social ou principes du droit politique*), parte-se da ideia de igualdade e de liberdade entre os contratantes do pacto social, surge a figura do cidadão soberano. Em última análise, a soberania popular, defendida pelo autor, é tributária ao “cidadão nascido de um Estado livre e membro da soberania com a influência que sua voz possa ter nos assuntos públicos [...]” (ROUSSEAU, 1963, p. 08).¹⁷

Percebe-se, então, que a legitimidade reside na submissão e na liberdade diante de leis que os cidadãos criaram para si mesmos, pois os criadores das leis são, ao mesmo tempo, seus destinatários.¹⁸ Segundo afirma, “Uma pessoa pública, que é assim formada pela união de todos os outros, República e cidadãos, como participantes da autoridade soberana e sujeitos às leis do Estado.” (ROUSSEAU, 1963, p. 18),¹⁹ nessa ordem de ideias, dos cidadãos surge a soberania popular que, por sua vez, revela a vontade geral para se chegar ao bem comum.

¹⁵ Cf. *Livre XI, Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution. Chapitre VI, De la constitution d'Angleterre*.

¹⁶ Vide nota de rodapé n. 15.

¹⁷ Cf. *Livre I. Chapitre 1.1 : Sujet de ce premier livre*.

¹⁸ O filósofo alemão Immanuel Kant foi responsável por retomar e desenvolver essa ideia no século XIX.

¹⁹ Cf. *Livre I. Chapitre 1.6 : Du pacte social*.

Como consequência, “A obediência à vontade geral”, diz Rousseau (1963, p. 20),²⁰ “é condição que constitui toda a máquina política e legitima os compromissos civis, sem os quais os pactos serão absurdos e tirânicos.” Desta forma, concentra-se na soberania exercida diretamente, pois, a vontade do povo não se representa. Rousseau, enquanto herdeiro da desconfiança em relação ao Judiciário, considerava os poderes Legislativo e Executivo, como o coração e o cérebro que movimentam o corpo político (ROUSSEAU, 1963, p. 73).²¹

Por outro lado, o clérigo francês Emmanuel Joseph Sieyès na obra “O que é o Terceiro Estado?” (*Qu'est-ce que le Tiers État?*), em meio a Revolução Francesa, desenvolveu a teoria do poder constituinte. Basicamente, o terceiro estado é o Estado nacional soberano que surge do movimento revolucionário francês (burguês) para contrapor a nobreza e o clero. Conforme sustenta “É impossível conceber uma associação legítima que não tenha como objetivo a segurança e a liberdade comuns, enfim a coisa pública.” (SIEYÈS, 2002, p. 73). Cabe ressaltar que diferente da soberania popular de Rousseau, em Sieyès, a soberania é inerente ao Estado-nacional.

Retornando ao sistema anglo-saxão, desta vez desenvolvido nos Estados Unidos da América, vale percorrer o debate, de igual monta, realizado por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, na obra “Os federalistas” (*The federalist*), no final do século XIX. Numa série de artigos em defesa da recente constituição, que buscava legitimar a forma de Estado federativo, resultado das lutas pela independência norte-americana em 1787. Ou seja, a principal inovação consistiu na elaboração de um documento escrito, de natureza jurídico-político, mediante acordo entre os treze Estados independentes formando a federação estadunidense (federalismo centrípeto).

A partir disso, suas contribuições são destinadas para a separação dos poderes, agora fixada pelo texto constitucional, o Legislativo bicameral, e, principalmente, a proposta de uma suprema corte para a interpretação final da constituição. Nesse ponto, os federalistas passam a ver com relativa desconfiança a regra majoritária dos governos de matriz popular, tanto é assim, que no artigo n. 78 - Uma visão adicional do departamento judicial em relação à distribuição de sua autoridade (*A further view of the judicial department, in relation to the distribution of its authority - May 28, 1788*)²² Hamilton prevê a possibilidade de “que a vontade da Suprema

²⁰ Cf. *Livre I. Chapitre 1.7 : Du souverain*.

²¹ Cf. *Livre III. Chapitre 3.11 : De la mort du corps politique*.

²² Na coletânea organizada por Weffort (2001, p. 274), com tradução de Cid Knipell Moreira, a partir da edição de 1961 de *The federalist papers*, Fifth Printing/Mentor Book/The New American Library Inc., o artigo n. 78 é apresentado como “Os juízes como guardiões da Constituição”. Cf. WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O federalista. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001 (Fundamentos n. 62).

Corte pode ser superior à do Legislativo e o poder de construir o direito de acordo com o espírito da constituição, especialmente suas decisões que não podem de maneira alguma ser revisada ou corrigida pelo corpo legislativo.” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 428-429).

Embora esta reconstrução tenha seguido certa ordem cronológica, não se supõe, nem de longe, que o desenvolvimento do constitucionalismo ocidental foi realizado de forma linear e progressiva no tempo. Ao contrário, buscou-se assentar algumas das bases teóricas para compreender, em profundidade, as pré-compreensões que a locução Estado democrático de direito, traz consigo. Isso porque, esse paradigma atualmente é entendido como a “[...] existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade.” (FERNANDES, 2014, p. 286), não há como construir respostas legítimas se a sociedade civil não puder participar ativamente de seus mecanismos decisórios.

Sob o mesmo ponto de vista Godoy (2012, p. 45) afirma que “[...] todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar dos processos de discussão e decisão em pé de igualdade.” Percebe-se, então, que para ser considerado democrático o Estado de direito necessita ser permeado pelas participações sociais. Contudo, “[...] o desafio é desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais [...]”, conforme escreveu Hübner Mendes (2011, p. 60).

Cumpre colocar em evidência algumas das referências teórico-conceituais contemporâneas numa explanação sobre as participações sociais. Segundo Kelsen (1962, p. 187), a categoria especial dos direitos políticos consiste na “participação dos sujeitos nas normas da legislação, ou seja, na criação de normas jurídicas gerais enquanto característica essencial do Estado democrático.” No entanto, para compreender a atual função a ser desempenhada pelas participações sociais é preciso avançar um pouco mais para construir a ideia de coparticipantes da democracia e romper com as reminiscências de sujeição ou da mera colaboração com o Estado e seus agentes oficiais.

Desse modo, a atuação da sociedade civil organizada não deve ser irrelevante para as práticas estatais, ao contrário, mediante as participações políticas dos indivíduos e de suas instituições civis construir decisões revestidas de legitimidade democrática, sobretudo na conquista e na manutenção dos direitos e garantias fundamentais. Talvez por isso, Bobbio (2008, p. 17) considera “[...] o direito como um produto não do indivíduo ou dos indivíduos, mas da sociedade no seu todo”. No entanto, não se ignora as dificuldades de aplicação prática que esta afirmação representa.

As raízes dessa discussão abrem divergências filosóficas sobre as questões de justiça nas sociedades hodiernas, fragmentadas e conflituosas. Sobre as quais Bobbio (2008, p. 37), apresenta como uma das respostas possíveis que “cabe a todos os cidadãos” formular os sentidos da justiça, porém, sabe-se que “os critérios de justiça são diversos e irredutíveis”, por vezes inconciliáveis entre si e, se cada indivíduo “[...] desobedece à lei porque a considera injusta, e por ser injusta é inválida, os governantes nada teriam a objetar e a segurança da vida civilizada no âmbito das leis seria totalmente destruída.”

Tal hipótese, a ser desenvolvida por uma abordagem hermenêutica, é seguramente mais ampla que as dimensões de legitimidade democrática aqui trabalhadas e possui a emancipação social como um processo histórico tendente a suplantar, ao menos em teoria, uma sociedade administrada. Cuja natureza problemática acompanha as ideias de Rancière (2014, p. 08), que considera desvantajoso ser um(a) telespectador(a), basicamente, porque “O espectador mantém-se diante de uma aparência ignorando o processo de produção dessa aparência ou a realidade por ela encoberta. Em segundo lugar, é o contrário de agir. O espectador fica imóvel em seu lugar, passivo.”

A alteração desse estado de coisas excludente não depende, necessariamente, das capacidades cognitivas individuais, pois, “[...] o saber não é um conjunto de conhecimentos, é uma posição.” (RANCIÈRE, 2014, p. 14). Para superar o suposto “espaço sagrado dos sábios”, deve-se inserir outros elementos aos constructos histórico, social e jurídico, pois, “A emancipação, por sua vez, começa quando se questiona a oposição entre olhar e agir, quando se comprehende que as evidências que assim estruturam as relações do dizer, do ver e do fazer pertencem à estrutura da dominação e da sujeição.” (RANCIÈRE, 2014, p. 17).

Em rigor, a liberdade dos(as) muitos(as) expectadores(as) não coincide com a dos(as) poucos(as) protagonistas. Há de se repensar sobre a “redistribuição dos lugares” (RANCIÈRE, 2014, p. 19) de atuação nas sociedades contemporâneas, ou melhor, pensar sobre “[...] o embaralhamento da fronteira entre os que agem e os que olham, entre indivíduos e membros de um corpo coletivo.” (RANCIÈRE, 2014, p. 23), por mais complexos que estes pontos se apresentem implica questionar os modelos social e jurídico que se pretende construir.

Essas orientações conduzem as discussões para a dimensão política do direito, não apenas sobre o texto positivo, enquanto produto legislativo “autossuficiente” da percepção das necessidades humanas e, nesse cenário, as aspirações são de progressiva e efetiva diminuição da distância entre representantes e representados(as). Mas, conforme já se disse, todas essas questões, sem dúvida, perpassam e ultrapassam a temática das participações sociais dentro do Estado democrático de direito.

Ao que tudo indica, o cerne desses argumentos faz parte da estratégia de formação das sociedades modernas, democráticas e pluralistas. Conforme escreveu Zagrebelsky (1995, p. 13), essas sociedades são “marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com diferentes interesses, ideologias e projetos, mas nenhum dos quais tem força suficiente para se tornar exclusivo ou dominante [...].” Das entrelinhas do fragmento transcrito depreende-se que o dissenso e, por consequência, o conflito sobre os variados pontos de vista passa a ser uma realidade constitutiva e inerradicável das atuais sociedades.

Pelas mesmas razões as participações sociais são imprescindíveis para as configurações básicas do Estado democrático de direito, contudo, essa afirmação é bastante ampla e, como tal, comporta outros desdobramentos, articulações e recortes. Para fornecer alguns posicionamentos ilustrativos, Muñoz (2009, p. 79) afirma que as participações impõem aos agentes estatais o duplo dever, tanto pela remoção de obstáculos ao exercício das liberdades e igualdade entre indivíduos e grupos, quanto para promover as condições para que essa integração seja cada vez mais real e eficaz.

Nas mesmas pegadas, Recaséns Siches (2009, p. 173), sustenta uma “influência decisiva” dos chamados “grupos de pressão”, formados por “[...] associações religiosas, sindicatos, coalizões de interesses financeiros, organizações industriais e mercantis, entidades estudantis etc.” Porém, cabe perguntar de que maneira e com qual finalidade os chamados grupos de pressão exercem essa influência nos agentes estatais.

Mas, para que essas ideias sejam compreendidas, na profundidade que o tema reclama, não basta cogitar os supostos benefícios, de outra sorte, para que as participações sociais sejam efetivas exige-se uma interdeterminação teórica e prática. Sabadell (2010, p. 78), por seu turno, alega que mediante a participação direta “[...] ocorrerá uma maior ‘adesão’ popular às metas políticas do Estado, aumentando assim o grau de obediência ao direito.”

Dentro dessas aspirações vale retornar ao princípio do constitucionalismo moderno, conforme já se disse, representou a limitação do exercício do poder, popular e estatal, mediante o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais. Disto destacar a tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia. Por um lado, a constituição passa a ser compreendida como o repositório desse legado cuja estruturação e conformação dos órgãos políticos e jurídicos seguem suas diretrizes, portanto, é sob a égide constitucional que se estruturam os Estados contemporâneos. Daí a necessidade de mecanismos para assegurar a supremacia constitucional, dentre os quais se destaca o controle de constitucionalidade.²³

²³ Este tema será desenvolvido no terceiro capítulo.

Para completar o outro polo de tensão, sublinha-se o direito à participação social, igualmente agasalhado no bojo de uma “constituição aberta”, caracterizada por valores difusos presentes no seio de uma sociedade democrática. Segundo escreveu Zagrebelsky (1995, p. 14), a abertura é um atributo que permite “[...] dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social, como a competição para assumir a direção política, ambas as condições de superveniência de uma sociedade pluralista e democrática.”

Dessa forma, o primeiro passo nessa empreitada consiste em verificar as possibilidades jurídicas, teóricas e fáticas, para a inserção das participações sociais nos espaços institucionais. Em sequência investigar as condições para inseri-las na atividade de interpretação constitucional, destacando os pontos e os contrapontos das possibilidades apresentadas.

2.1 Participação social: um direito humano e fundamental

Além das discussões apresentadas no tópico anterior, as modernas constituições escritas são influenciadas, direta ou indiretamente, pelos direitos humanos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Para os fins colimados nessa pesquisa, os direitos humanos devem ser compreendidos como o padrão mínimo de tratamento (*minimum standard*), potencialmente apto para regular o exercício do “poder estatal”. Dentro de uma análise normativa multinível o direito à participação encontra respaldo por instrumentos de direito internacional público.

Como forma de inserção do direito à participação na vida política e social no plano dos direitos humanos, registra-se sua positivação no art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), também presente no art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Especialmente no item “a”, art. 25 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), no qual se lê que todo(a) cidadão(ã), terão assegurados(as) o direito e a possibilidade, sem nenhuma forma de discriminação, “[...] de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;” (BRASIL, 1992).

Contudo, em geral, o âmbito de proteção nos sistemas regional e global dos direitos humanos está focalizado nos processos eleitorais, restando a forma direta de participação na agenda pública (*public affairs*) um tema pouco explorado. Cabe acrescentar que estes direitos humanos integram os parâmetros de aferição democrática. Nesse sentido, torna-se viável sustentar a participação social enquanto um direito humano, que não deve ser negligenciado.

No cenário do direito interno ou doméstico, regido pela CRFB/88, pode-se classificar a participação social como um direito fundamental. E, como tal, se faz presente por todo o Texto

Constitucional de 1988, cujas condições de possibilidade assume diversas nuances e configurações. Esse material teórico (filosófico, político e social) aparece positivado sob a forma axiológica, enquanto um dos valores supremos de uma “sociedade pluralista”, conforme afirmado no preâmbulo da Constituição da República de 1988.

Já no corpo textual (Títulos I ao IX), apresenta-se sob a forma de princípio fundamental mediante o “pluralismo político” (art. 1º, V) e pela soberania popular (art. 1º, parágrafo único); sob a forma de direito fundamental à informação (art. 5º, XXXIII), de direito de petição aos poderes públicos (art. 5º, XXXIV, “a” e “b”), de mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX, LXX, “b”), na propositura de ação popular (art. 5º, LXXIII); sob a forma de direitos sociais nas “negociações coletivas de trabalho” (art. 8º, VI), nos “colegiados dos órgãos públicos” para os “interesses profissionais ou previdenciários” (art. 10º) (BRASIL, 1988).

Pelo exercício do voto direto (art. 14, *caput*), mediante a realização de “plebiscito, referendo e iniciativa popular” (art. 14, I, II, III); na “criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos” (art. 17, *caput*); na “consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos”, quando da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (art. 18, § 4º); na “colaboração de interesse público” (art. 19, I); na “iniciativa popular no processo legislativo estadual” (art. 27, § 4º); pela “cooperação das associações representativas no planejamento municipal” (art. 29, XII); pelo “exame e apreciação” das contas municipais (art. 31, § 3º); sob a forma de administração pública, pela “participação do usuário na administração pública direta e indireta” (art. 37, § 3º) (BRASIL, 1988).

Mediante a participação em audiências públicas ou pela apresentação de “petições, reclamações, representações ou queixas” perante às comissões do Congresso Nacional (art. 58, § 2º, II e IV) e na propositura de leis (art. 61, *caput*); para “denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art. 74, § 2º); na composição do “Conselho da República” (art. 89, VII) (BRASIL, 1988).

Também no procedimento para “ingresso na carreira” da magistratura (art. 93, I), no Supremo Tribunal Federal (art. 101, *caput*), na deflagração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VII e IX), na composição do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII), do “Ministério Público” (art. 129, § 3º) e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, VI), na apresentação de “reclamações e denúncias” perante as “ouvidorias do Ministério Público” (art. 130-A, § 5º), da Advocacia-Geral da União (art. 131, § 1º) (BRASIL, 1988).

Continua com os “Procuradores dos Estados e do Distrito Federal” (art. 132); na responsabilidade pela segurança pública (art. 144, *caput*); na fiscalização da “empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias” (art. 173, § 1º); no planejamento e execução da “política agrícola” (art. 187); como finalidade do “sistema financeiro nacional” (art. 192, *caput*); bem como na seguridade social, pela “gestão quadripartite” da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII) (BRASIL, 1988).

No âmbito da saúde pública, mediante as “ações e serviços públicos de saúde” (art. 198, III), na “assistência social” (art. 204, II), na promoção e incentivo à educação (art. 205, *caput*); na “gestão democrática do ensino público” (art. 206, VI); sob a forma de cultura, tanto na formação (art. 216, *caput*), quanto na proteção do “patrimônio cultural brasileiro” (art. 216, § 1º) e no “controle social” no “Sistema Nacional de Cultura” (art. 216-A, § 1º, X) (BRASIL, 1988).

Na defesa e preservação do “ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, *caput*), nos “programas de assistência integral à saúde da criança” (art. 227, § 1º); no amparo as pessoas idosas (art. 230) e no “aproveitamento dos recursos hídricos [...] em terras indígenas” (art. 231, § 3º); sob a forma das questões indígenas, na defesa desses direitos e interesses (art. 232) (BRASIL, 1988).

Por fim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórios - ADCT/1988, constam expressamente as participações na “Comissão promoverá estudos, debates e avaliações sobre a evolução política, social, econômica e cultural do País” (art. 63, parágrafo único), no “Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza” (art. 79, parágrafo único) e nos “Fundos de Combate á (sic) Pobreza” nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios (art. 82, *caput*) (BRASIL, 1988).

Vale mencionar, que excetuado o preâmbulo e as disposições transitórias são pelo menos 39 (trinta e nove) artigos da Constituição da República de 1988 que contemplam as formas de participação social. Apresentado em termos porcentuais corresponde a 15,6% (quinze vírgula seis por cento) do total dos 250 (duzentos e cinquenta) artigos que compõem seu o corpo textual.

Conclui-se, portanto, que as participações sociais além de constituírem promessas constitucionais (ou compromissos públicos) representam condição de possibilidade para o próprio Estado democrático de direto. No entanto, deve-se levar em consideração que as participações em abstrato, sem exame de seu conteúdo, não são capazes de estabelecerem nenhuma unidade programática. Além disso, recaem dúvidas sobre as formas de seu exercício, bem como os limites desse direito.

Ao se acolher a opinião de Jucá (2007, p. 40, nota de rodapé n. 17), que considera a participação como um direito fundamental, em sentido amplo, extensivo inclusive as pessoas jurídicas, tem-se como consequência a irrevogabilidade e a aplicabilidade imediata (arts. 60, § 4º, IV e 5º, § 1º, CRFB/88, respectivamente). Assim, seria possível sustentar um direito subjetivo de participação. Essa solução, embora viável, revela-se de certo modo problemática justamente por anular ou no mínimo dificultar a adoção de critérios para o acolhimento ou não das participações sociais, por considerá-lo como um direito irrestrito.²⁴

Conforme visto acima, a participação na vida política é ao mesmo tempo um direito humano e fundamental, todavia, não quer significar a impossibilidade da adoção de critérios objetivos para justificadamente sustentar a impossibilidade momentânea de sua realização diante do caso concreto. O ponto a ser trabalhado, consiste na distinção entre a garantia e o efetivo exercício de um direito, uma vez que o texto positivo, ainda que de matriz constitucional, exige para sua concretização condutas, positivas e negativas, por parte dos agentes estatais e sociais.

Nesse sentido, não há como equiparar o direito à participação a mera colaboração com o Estado. Devido ao esgotamento do “estadocentrismo” (*statecentrism*), segundo Bellin (2008, p. 318), ou por outras palavras, pela necessidade de superação do modelo de direito “estadocêntrico”,²⁵ isto é, a centralidade depositada na figura do Estado que, por sua vez atribuí pouca ou nenhuma importância às interpretações realizadas fora do âmbito institucional dos tribunais ou simplesmente o modelo “juriscêntrico”, conforme Godoy (2015, p. 46).

De outra sorte, aponta-se para a necessidade de um direito em sintonia com as práticas sociais - nem submisso nem alheio às participações da sociedade civil - que seja capaz de articular valores e interesses humanos concretos. Registra-se, alfin, que as ideias de pluralidade e de participação social deverão seguir a partir do ponto específico da interpretação constitucional. Logo, as reflexões até agora apresentadas demarcam a essencialidade das participações sociais nas atividades típicas do Estado, enquanto um dos fatores de legitimidade democrática para o exercício do poder.

A tônica reside na capacidade de estabelecer diálogos entre as realidades jurídica e social ao mesmo tempo em que acrescenta ferramentas teóricas e práticas para um dos paradoxos enfrentados pela democracia brasileira, isto é, o fato que os espaços institucionais

²⁴ Para reforçar esses argumentos, cabe acrescentar que a autora sustenta o direito à participação política de modo indistinto, inclusive para os estrangeiros (JUCÁ, 2007, p. 54 e 101).

²⁵ Expressão utilizada por Melina Girardi Fachin na palestra “Diálogos constitucionais e(m) direitos humanos: nova espacialidade pública multinível transnacional”, proferida em 26/10/2017, durante o III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, em Curitiba/PR (UFMG/UFPR).

possuem cada vez menos espaço para o público. Para fazer avançar os debates, prossegue-se com as reflexões teóricas da sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição, apresentada no próximo tópico.

2.2 Entre sociedades aberta e fechada e seus(as) possíveis intérpretes constitucionais²⁶

Das páginas pretéritas restou consignada a ideia de que o modelo democrático de direito pressupõe, ao mesmo tempo em que se constitui, as participações sociais, não apenas como possibilidades abstratamente consideradas, nas construções teóricas ou em textos normativos, mas como realidade concreta a ser experimentada na prática constitucional brasileira. A par disso, a junção dos sentidos material e formal da constituição é o espectro que permite analisar as diversas facetas do fenômeno das participações sociais sob os aspectos jurídico, político, social etc.

Dentro das funções estatais típicas,²⁷ examina-se parcela das atividades desenvolvidas pelo Judiciário. Para delimitar o campo de análise, far-se-á um recorte específico sobre a jurisdição constitucional, isto é, volta-se a análise para o controle concentrado de constitucionalidade realizado pelos(as) Ministros(as) do STF. Para tanto, esta pesquisa utilizará majoritariamente as reflexões teóricas de Peter Häberle (1997; 2007; 2013), que desenvolveu uma espécie de “teoria da participação social”, no constitucionalismo estatal (ou doméstico) e no global (ou supranacional).²⁸

Conforme se sabe, Häberle foi professor titular de direito público e de filosofia do direito pela Universidade de Bayreuth (Alemanha). Sem dúvidas, um dos expoentes para a difusão da jurisdição constitucional e do Estado constitucional contemporâneos, “[...] principalmente na Europa oriental, Ásia e América Latina”, nesse último caso, a exemplo de países como o Peru, o México, a Argentina e o Brasil (MENDES, 2016, p. 32).

Os aportes teóricos terão por base a *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e*

²⁶ Parte das reflexões apresentadas nesse tópico foram trabalhadas de modo introdutório em: OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. A participação do *amicus curiae*, enquanto intervenção de terceiros típica, no controle concentrado de constitucionalidade. *Percurso Acadêmico Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro*. Dossiê: *Ratio Juris: Razão do Direito*. Belo Horizonte, v. 05, n. 09, jan./jun. 2015, p. 207-229.

²⁷ Segundo Rezende (2017, p. 94, nota de rodapé n. 105), “A escolha pelo termo ‘funções’ ao invés de ‘Poderes’ (art. 2º da Constituição) decorre primeiramente da compreensão de que ‘todo poder emana do povo’ sendo, portanto uno (parágrafo único do art. 1º da Constituição da República), ou seja, não partilhado. Ademais o termo ‘função’ ao invés de ‘Poder’ adere ao objetivo semântico capaz de induzir à cognição de origem e legitimidade de eventuais decisões aos seus destinatários.”

²⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

“procedimental” da constituição, bem como uma versão mais atualizada dessa teoria (HÄBERLE, 1997; 2013). Obra originalmente publicada no idioma alemão em 1975 (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten*), que representa um importante avanço em direção à uma interpretação concretista da constituição (SANTOS, 2016, p. 14).

Para Häberle (1997; 2013), as categorias classificatórias da hermenêutica constitucional são operacionalizadas pela sociedade dos(as) intérpretes em duas modalidades: fechada ou aberta. Decerto, não se tratar de uma versão da ideologia acadêmica baseada na equivocada ideia de uma única teoria válida, mas, realizar a defesa de um ponto de vista acerca das participações sociais nas atividades típicas estatais, a partir da explicação singular da realidade. Cuja opção deve vir acompanhada de argumentos para rustificar os argumentos, sob pena de incidir na utilização de um argumento de autoridade.

Haja vista que não há espaço legítimo para a interpretação constitucional realizada exclusivamente pelos(as) intérpretes oficiais (sociedade fechada), bem como a participação social nesses espaços institucionais não se restringem ao mero cumprimento protocolar e acrítico. Ao contrário, conforme visto nos tópicos anteriores, o modelo democrático vigente reclama que outras fontes componham o fluxo das interpretações constitucionais, Häberle (1997, p. 32) aponta como consequência direta a diminuição do “[...] livre arbítrio da interpretação judicial.”

Nesse sentido, caberia ainda pensar na provável redução do solipsismo judicial,²⁹ isto é, o espaço discricionário da interpretação judicial, supostamente infiscalizável pela sociedade civil. Vale destacar, que a citada teoria conta com o arrimo de uma sociedade pluralista livre e aberta, na qual todos(as) os(as) destinatários(as) da norma constitucional estão potencialmente capacitados(as) para a realização da interpretação do (con)texto, da história e da experiência constitucional.³⁰ Diante disso Häberle (1997, p. 13, grifos do autor; 2013, p. 64), sugere a tese central de sua teoria:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer em elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.

Percebe-se que “Não há interpretação da constituição sem os cidadãos ativos e os poderes públicos mencionados.” (HÄBERLE, 2013, p. 65-66), exemplo disso, é que “[...] a

²⁹ Cf. BARRETO, Ricardo Menna. Do leito de Procusto à discricionariedade judicial: as implicações do solipsismo filosófico para o direito e sua superação pela hermenêutica jurídica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 02, jul./dez. 2011, p. 445-470.

³⁰ Cabe registrar que se trata de uma condição ideal de difícil constatação no plano fático, especialmente na experiência constitucional brasileira conforme será visto no quarto capítulo.

norma não é uma decisão prévia, simples e acabada [...]. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significa um empobrecimento ou um altoengodo (*sic*).” (HÄBERLE, 1997, p. 30-34). Ademais, as participações sociais aliadas as atuações estatais representam, em um só tempo, um valor jurídico e político para que o processo coletivo de tomada de decisão seja ou se torne cada vez mais democrático (legítimo).

Nesse ponto de vista, torna-se necessária a conexão entre interpretação e pluralidade na jurisdição constitucional. A premissa trabalhada pelo autor, reside no fato de que “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencialmente e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.” (HÄBERLE, 1997, p. 43). Haja vista que, “A sociedade é livre e aberta na medida em que o círculo de intérpretes constitucionais se abre no sentido mais amplo.” (HÄBERLE, 2013, p. 80). Uma vez que Häberle (1997, p. 15; 2013, p. 64-65) articula social, jurídica e semanticamente o sentido de constituição aberta, ao assinalar que:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.

Todavia, pondera-se que embora a abertura interpretativa seja imprescindível não quer significar irrestrita ou desprovida de critérios objetivos, sob pena de “[...] ‘dissolver-se’ num grande número de interpretações e intérpretes.” (HÄBERLE, 1997, p. 29; 2013, p. 72). De fato, a multiplicidade de intérpretes, sobretudo os(as) não oficiais, redunda em diferentes conclusões, muitas das vezes contrárias e contraditórias entre si, por força das dificuldades ou variedades interpretativas para determinada matéria constitucional controvertida deve-se, portanto, adotar decisões que sejam capazes de justificação pública e racional.

Esta é uma objeção que, caso não seja trabalhada de forma adequada, provocará dificuldades de operacionalização para uma sociedade que se pretenda aberta em termos de interpretação constitucional. Basta pensar que a simples pluralidade de intérpretes e de interpretações poderá não ser suficiente para impedir que grupos hegemônicos (majoritários) imponham suas vontades em detrimento dos grupos não hegemônicos (minoritários) e, por isso, diminuir ou até mesmo subtrair-lhes direitos e garantias fundamentais.

Hegemonia, segundo escreveu Cárcova (1998, p. 158), pode ser entendida como o “[...] modo por meio do qual um determinado grupo social consegue apresentar como universais os seus próprios interesses particulares obtendo o consenso e assegurando o estabelecimento ou

a reprodução de sua situação historicamente dominante.” Essa distinção contribui para identificar algumas demandas que permanecem implícitas nas participações sociais, tais como a insuficiência da pluralidade numérica de agentes para assegurar o valor democrático da participação.

Apesar de necessária, a pluralidade, por si só, não comporta a complexidade que as participações sociais representam. Por exemplo, a interpretação realizada pela pluralidade de agentes estatais³¹ ou quando também presentes intérpretes sociais, sejam compostos por grupos tradicionalmente hegemônicos³² dentro dos seguimentos cultural, artístico, econômico, religioso, midiático, dentre outros, não representa o sentido de legitimidade democrática aventado. Segundo já se disse, tem de existir a pluralidade de intérpretes e de interpretações.

Cabe registrar que não deve haver produção plural que subtraia injustificadamente os direitos e as garantias fundamentais dos grupos não hegemônicos, situação em que ocorreria uma verdadeira disfunção “democrática”. Portanto, o arranjo associativo que compõe o panorama das mais várias contribuições interpretativas, deve ser capaz de distinguir, com nitidez, um modelo democrático de uma “tirania da maioria”. Daí a necessidade de contrabalancear a tese ora apresentada com a função contra majoritária desempenhada pelo Judiciário, com vistas a manter ou ampliar os direitos fundamentais dos grupos não hegemônicos.³³

Por hora, este argumento contribui para compreender que não há participação sem a efetiva inclusão do maior número de pessoas afetadas pela norma constitucional. Novamente, as respostas devem ser construídas pelas matrizes democráticas, pois, se deve realizar “[...] uma aproximação do direito científico-comparativo cultural, como um processo cultural de vários lados, no qual o compromisso e o pluralismo de ideias e interesses permanecem em primeiro plano.” (HÄBERLE, 2000, p. 88).

Oferece-se, ainda, outra resposta para a oposição apresentada. A constituição aberta enquanto espelho de uma herança cultural específica (HÄBERLE, 2000, p. 79), determina que “Todas as forças da comunidade política têm acesso potencial [...]” (HÄBERLE, 2013, p. 70), para oferecer suas razões a interpretação sobre determinada matéria que pretende

³¹ Cf. ADI n. 5.464/DF que conta com a participação de 27 (vinte e sete) *amici*, sendo 18 (dezoito) Estados-membros mais o Distrito Federal, entre outros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.464/DF. Relator Dias Toffoli. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 maio 2018).

³² Cf. ADI n. 4.628/DF que contou com a participação de 07 (sete) *amici*, além do Estado de São Paulo, associações da indústria, federações do comércio, Sindicato dos Locadores de Equipamentos, Máquinas e Ferramentas, entre outros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.628/DF. Relator Luiz Fux. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 set. 2014).

³³ Esse controverso argumento será desenvolvido no terceiro capítulo.

constitucional. Fala-se, portanto, na inclusão do direito humano e fundamental de participação na vida política, enquanto a mescla entre os direitos civis e políticos.

Equivale a dizer que “O grupo daqueles que participam da interpretação constitucional é também tão aberto, quanto aberto for, material e metodicamente, a interpretação constitucional. Pois, se trata da constituição como um processo público.” (HÄBERLE, 2013, p. 74-75). Desta forma, a crítica apresentada consiste na própria razão de ser da teoria da sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição e, por isso mesmo, precisa ser enfrentada mais como uma questão a ser explorada e provisoriamente preenchida, portanto, não se presta a justificar sua antítese, ou seja, a sociedade fechada na qual apenas agentes oficiais interpretam a constituição.

Segundo Häberle (2013, p. 75) não há como “[...] tratar as forças sociais e privadas como objetos. Tem que incorporá-las também ativamente como sujeitos.” Do contrário, aqueles(as) que estão ou permanecem excluídos(as), sub incluídos(as) ou incluídos(as) apenas do ponto de vista formal no processo interpretativo constitucional permanecem imersos(as), em igual medida, numa sociedade fechada. Talvez por estas razões, Häberle (2013, p. 78) abre divergência com o mote tradicional de soberania popular de Rousseau mencionado no tópico anterior, porque segundo afirma “A democracia dos cidadãos é mais realista do que a democracia popular”, porque a cidadania exige vínculos jurídicos e políticos mais ativos e estreitos do que o simples pertencimento popular.

O chamado “processo democrático de interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2013, p. 82), não pretende alcançar um resultado final no qual todos(as) os(as) intérpretes, oficiais e não oficiais, cheguem a um consenso massificador, por se tratar de uma hipótese contra fática e de compatibilidade no mínimo duvidosa com o Estado democrático de direito. De certo, conforme escreveu Häberle (2013, p. 85), “O consenso também resulta de conflitos e compromissos entre os participantes que defendem egoisticamente pontos de vista e interesses divergentes. O direito constitucional é, no momento, o direito do conflito e do compromisso ao mesmo tempo.”

A abertura às participações sociais, tanto na elaboração, quanto na interpretação e na aplicação do direito oferece, por consequência, a incorporação do dissenso, enquanto uma realidade insuprimível, porém, gerenciável dentro do paradigma democrático. Logo, “O processo político deve ser (permanecer) em princípio tão aberto quanto seja possível, também a interpretação constitucional ‘absurda’ deve ter a oportunidade de ser representada por alguém em algum momento.” (HÄBERLE, 2013, p. 87).

Em oposição as ideias até agora apresentadas, a outra categoria de classificação da hermenêutica constitucional se desenvolve numa sociedade fechada. Nessa sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição existe um corpo especializado de intérpretes formado por órgãos oficiais que, como regra, ouvem apenas sua própria voz. Vale repisar que mesmo nessa categoria pode existir pluralidade de agentes interpretativos, porém, ostentam o pertencimento ao Estado como um traço em comum.

Nessa (de)formação, a sociedade civil organizada é compreendida como uma abstração e colocada à margem da interpretação constitucional, esse posicionamento remete ao anacronismo da “comunidade dos desiguais” ou dos “lugares naturais”, ambos caracterizados pelo rompimento ou pela quebra do diálogo entre os(as) intérpretes. Representa, ao menos uma nuance, que os(as) cidadão(ãs) comuns permanecem apartados(as) da pretensão reivindicatória da gramática democrática, quer dizer, o substantivo democracia acompanhado do adjetivo deliberativa seguido do verbo participação (BOVERO, 2002).

De tal sorte, nas sociedades fechadas não há condições nem necessidade para que a interpretação constitucional seja realizada de forma eclética. Novamente segundo Rancière (2014, p. 15), existe uma “[...] distância embrutecedora, a distância transformada em abismo radical que só um especialista pode ‘preencher’”, ao enviar as raízes desse argumento, percebe-se que o suposto desconhecimento técnico é um dos fundamentos para a impossibilidade da participação social. Assim, parece ser possível cogitar a existência de órgãos e autoridades competentes que dispensam a necessidade de que todos(as) participem, de modo direto e contínuo, da interpretação constitucional.

Dentro dessas condições, ocorrem manifestações assemelhadas às sociedades fechadas geralmente caracterizadas por uma espécie de “descolamento social”, no qual o Judiciário tornou-se uma “elite apartada da sociedade”,³⁴ esse fenômeno aproxima-se do “governo dos juízes” retratado como juristocracia (*juristocracy*), que certamente não é democracia (HIRSCHL, 2010, p. 90). No Brasil, essa defasagem também é identificada por Oscar Vieira (2008, p. 445) como “supremocracia”, enquanto o fenômeno no qual ocorre a “[...] expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.”

À luz de uma sociedade fechada tem-se fortalecido ideias como intérpretes privilegiados(as) da constituição ou do “monopólio da última palavra”, cuja tarefa de interpretação constitucional é desenvolvida por instituições formalmente democráticas. Nesse

³⁴ Cf. ALMEIDA, Frederico Noronha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010. 329 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010.

sentido, as dimensões de legitimidade e de competência formal são mescladas, logo, basta possuir competência institucional para que o produto dessa atividade interpretativa seja revestido de “legitimidade”. Em resumo, é um argumento circular que corrobora a pretensão estatal de se tornar a única fonte produtiva da ordem normativa.

Nessa ordem de ideias, quando as decisões acerca das controvérsias constitucionais são determinadas exclusivamente por órgãos judiciais há um *deficit* democrático, ou seja, a prolação da decisão judicial ás avessas da sociedade civil. Não obstante sejam formalmente válidas, no atual paradigma democrático exige-se que as decisões judiciais sejam substanciais e possam ser expostas à crítica racional, características próprias do Estado democrático de direito. Por isso, conforme sustenta Fernandes (2010b, p. 33; 2014, p. 174), “[...] um direito que se presa democrático tem no povo o seu titular e sua fonte de soberania, e não em vontades particulares como queriam os juristas de outrora.”

As interlocuções entre o Estado e a sociedade civil organizada potencializa a ideia de pluralidade e colocam em xeque a exclusividade da interpretação constitucional. Muito embora tais decisões judiciais sejam válidas, possuem baixa densidade democrática, pois, nas sociedades fechadas ocorre uma redução (indevida) da interpretação ao espaço institucional. Nesse sentido, Borges e Vieira Fernandes (2010, p. 296), mencionam que “A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado - legislativo, executivo e judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade).” Dessa forma, a legitimidade democrática pretendida perpassa pela reunião dos(as) intérpretes constitucionais.

Objetivamente não é possível conceber uma constituição sem o elemento povo, de igual maneira, deve-se agregar as participações sociais na interpretação constitucional. Abre-se, portanto, espaços para horizontes normativos compartilháveis, fruto dos compromissos históricos, que constituem o Estado de direito, isto é, o exercício do poder submetido à disciplina jurídica que, por sua vez, leva em consideração as razões oferecidas pelas narrativas sociais.

Então, a sociedade aberta apresenta-se como uma das formas de associação cívica de coelaboração dos sentidos e alcances da constituição, que pressupõe a observância dos direitos humanos e fundamentais, representa, portanto, um dos caminhos possíveis e não a panaceia definitiva. Igualmente não se trata de uma teoria da decisão judicial, ou seja, uma teorização sobre como os(as) Ministros(as) do STF devem decidir, mas a perspectiva é atender, na máxima medida possível, a demanda por inclusão social (participação e reconhecimento) nos processos interpretativos, deliberativos e de tomada de decisão.

Por ser uma teoria epistemologicamente aberta, a sociedade aberta permite a conjugação com outras teorias de origens, épocas, áreas do conhecimento, dentre outras possibilidades. E, a proposta para o próximo tópico é apresentar os pontos e contrapontos com o constitucionalismo político.

2.3 Às voltas com o constitucionalismo político: pontos e contrapontos³⁵

Inicialmente a sugestão desse tópico era articular a contraposição à teoria apresentada no tópico antecedente, todavia, para além das necessárias críticas percebeu-se alguns pontos de contato com a teoria do constitucionalismo político. Antes, porém, cabe pontuar que ao repensar as questões constitucionais sob distintos ângulos proporciona-se novos horizontes interpretativos que congregue as dimensões sociais e o controle do exercício da função jurisdicional mediante participação dos(as) cidadãos(ãs) ou das instituições da sociedade civil organizada.

Por isso, a interpretação constitucional deve desempenhar uma função social, isto é, “A interpretação constitucional não tem lugar numa ilha. Não é um objeto em si mesmo. Pelo contrário, está disposta a servir a comunidade.” (DIAS, 2012, p. 71). E, como tal, deve ser capaz de desempenhar sua função dentro do debate público, aberto e plural, motivo pelo qual não se justifica a exclusão antecipada dos(as) intérpretes não oficiais, por mais “extravagantes” que possam parecer num primeiro momento, conforme visto acima.

Das reflexões anteriores restaram que a sociedade é plural e a constituição permanentemente aberta, portanto, a atividade interpretativa deve ser realizada na mesma tônica: plural e aberta. Nessa trilha, Cambi (2009, p. 111) sustenta a constituição aberta como um método concretista fundado na premissa do pluralismo jurídico, que opera “A interpretação constitucional como processo público, aberto e evolutivo que depende da maior comunicação entre o Estado e a sociedade.” (CAMBI, 2009, p. 373).

Com esse quadro teórico, o sentido democrático orienta não apenas a interpretação desenvolvida a partir de uma constituição aberta, mas também aponta para as práticas que as instituições que se pretendem democráticas devem prestigiar. A mudança cultural, com vistas à formação da sociedade aberta, requer um ambiente institucional e social que seja igualmente aberto e democrático, certamente envolve e ultrapassa as fronteiras da jurisdição constitucional.

³⁵ O nome deste subtítulo foi livremente inspirado no *II Colóquio de crítica hermenêutica do Direito: às voltas com o positivismo jurídico contemporâneo*, realizado em 29 e 30 de junho de 2017, no campus da UNISINOS em São Leopoldo/RS.

“Em decorrência”, conforme afirmam Cordeiro e Gomes (2016, p. 58), “o destinatário da norma é participante ativo no processo hermenêutico, não detendo o Estado-Juiz o monopólio da interpretação do ordenamento jurídico constitucional.”

Implica, conforme já se disse, romper as cercanias da centralidade estatal na interpretação do direito. Cujas dificuldades de justificação do sentido formalista de jurisdição constitucional recaem sobre os aspectos metodológicos, por outras palavras, um *deficit* de legitimidade democrática que deixa em aberto questões relevantes para a experiência constitucional brasileira.³⁶ De outro modo, uma “interpretação constitucional republicana” (COELHO, 2002, p. 168), produz o direito de modo reflexivo, no qual os(as) destinatários(as) são também seus(as) intérpretes.

Em certo sentido, essas discussões ressoam no embate entre o constitucionalismo legal (*legal constitutionalism*) e o constitucionalismo político (*political constitutionalism*),³⁷ que apresenta algumas contribuições para essa pesquisa. Esta primeira corrente teórica, baseia-se no “entrincheiramento dos direitos em um documento constitucional e sua interpretação e elaboração por uma suprema corte ou corte constitucional.” (BELLAMY, 2007, p. 15). Já a versão política do constitucionalismo representa uma corrente da atualidade que conecta o direito e a política, com todas as consequências, positivas e negativas, que isso acarreta.

Para Scott (2013, p. 2.173) são “[...] aqueles processos, atores e instituições que, formal ou informalmente, são reconhecidos pela constituição como partes legítimas para o exercício do poder constitucional.” Bellamy (2007, p. 07), por sua vez, entende que o constitucionalismo político “[...] aborda a tarefa de construir uma cultura pública democrática ao considerar todos os cidadãos como participantes iguais no esforço coletivo para enquadrar uma ordem social justa.”

Por isso, se atribui ao processo eleitoral democrático maior legitimidade e eficácia, em relação ao processo judicial, para resolver os desacordos sobre direitos (BELLAMY, 2007, p.

³⁶ A exemplo da prevalência do aspecto formal nas ações do controle de constitucionalidade concentrado. Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Brasília, 2014, p. 01-82; BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 138-164; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, 2016, p. 105-133; entre outros.

³⁷ Cf. BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. (Cambridge studies in Constitutional Law), especialmente o tópico 01 “Legal and political constitutionalism” do segundo capítulo “What is the new Commonwealth model and what is new about it?” (GARDBAUM, 2013, p. 21-25); entre outros.

04). Apesar dessa contrariedade *prima face*, guardadas as devidas proporções, parece possível realizar algumas aproximações teóricas com a sociedade aberta dos(as) intérpretes, mesmo porque “a atividade de direitos constitucionais, via atuação nos tribunais as vezes se justifica como um caminho alternativo de participação política.” (BELLAMY, 2007, p. 42). Muito embora, “a legitimidade do tribunal constitucional como o melhor guardião da constituição apresenta elementos duvidosos.” (BELLAMY, 2007, p. 163).

Ao discorrer sobre o direito constitucional e as “circunstâncias de justiça”, sugere que a tarefa do constitucionalismo consiste em “[...] oferecer-lhes procedimentos justos para trabalhar por meio de seus desentendimentos sobre justiça e, quando necessário, chegar a decisões coletivas que possam ser aplicadas de forma equitativa.” (BELLAMY, 2007, p. 20). Ao que tudo indica, coincide com a tarefa pretendida em uma sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição de tornar mais igualitária a interpretação constitucional, no entanto, não deve ser limitada à simples observância dos procedimentos formais.

Para Bellamy (2007, p. 28), os direitos e as garantias fundamentais são como uma espécie de “cheque contra majoritário que serve para proteger os direitos das minorias”, parece ser possível creditar na conta desse “cheque” o direito humano e fundamental à participação nas deliberações sobre a agenda pública. De toda sorte, para alterar as estruturas do exercício da jurisdição constitucional faz-se necessário incluir, na máxima medida possível, os(as) detentores(as) de direitos (*rights-bearers*) (BELLAMY, 2007, p. 92), nas deliberações sobre direitos fundamentais.

Todavia, o autor chama atenção para circunstâncias que são capazes de mitigar as possibilidades desse exercício, pois

[...] a necessidade de decidir questões constitucionais no contexto de um caso singular não significa que todas as partes interessadas estarão sempre perante o Tribunal, não obstante, as oportunidades de ações com múltiplas partes e um memorial de *amicus curiae* por nenhuma delas (BELLAMY, 2007, p. 31).

Embora os contextos jurídicos e sociais anglo-saxão e brasileiro sejam distintos, sobretudo quanto a atuação dos *amici*,³⁸ infere-se que o referido instituto jurídico-político possui, ao menos em tese, as funções de pluralizar os debates e equilibrar a relação de forças no exame das questões judiciais. Por certo, representa um dos instrumentos da participação social, mas não é possível reduzir apenas às intervenções dos *amici*.

Ainda que com o maior número de partícipes possíveis, de modo algum, tem-se a possibilidade de reproduzir as características de uma sociedade real, nem mesmo na idealizada

³⁸ Esse tema será aprofundado no terceiro capítulo.

sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição. Essa objeção é levantada e elaborada de forma consistente por Bellamy (2007, p. 167), que pondera “não existir garantias de que as tentativas artificiais de reproduzir um microcosmo da sociedade refletem o mesmo equilíbrio de opiniões que resultaria de todos os cidadãos com uma voz igual.”

Dessa forma, por mais que existam critérios objetivos para a seletividade das participações, haverá margem para a discricionariedade que termina por enviesar o debate, variando de acordo com as preferências pessoais tanto daqueles(as) que escolhem, quanto daqueles(as) que são escolhidos(as). Porém, os desafios para implementar as participações sociais são muitos e complexos, uma vez que nas sociedades contemporâneas, fragmentárias e conflituosas, pelas mesmas razões também não há garantias de que seja possível e efetivo o suposto “equilíbrio de opiniões”.

A par disso, Bellamy (2007, p. 214), considera que “O tamanho, o dinamismo e a diversidade das sociedades modernas tornam essas decisões tecnicamente problemáticas porque a atividade social é tão complexa, aberta e difícil de prever”, por vezes, dificulta quando não impedem a tomada de decisão coletiva. Em outros termos, a controversa atuação dos grupos de pressão, em detrimento do monopólio dos(as) intérpretes autorizado(as), provoca a “[...] abertura e transparência, acessibilidade e participação pública.” (BELLAMY, 2007, p. 232).

Entre os pontos e os contrapontos examinados, cabe refletir acerca do produto que se pretende extrair dessa aproximação teórica. Conquanto Häberle não defenda diretamente sobre um modelo adequado, se um sistema forte ou fraco, para o controle de constitucionalidade, infere-se que um sistema fraco (*weak system of judicial review*) será mais receptivo as críticas oferecidas, sem, contudo, comprometer as ideias apresentadas. Por sistema “fraco”, entre outras características, entende-se como a necessidade de que no controle de constitucionalidade realizado pelo tribunal estejam presentes as participações e os diálogos com outros atores estatais e sociais. Assim, se “enfraquece” a figura do órgão privilegiado para a interpretação e a decisão de questões constitucionais para “fortalecer” a resposta mais adequada.

Até agora, essas contribuições permitem afirmar a necessidade das participações sociais para que se possa compor as configurações do Estado democrático de direito e os efeitos que delas decorrem, tais como a legitimidade democrática do processo decisório, a transparência, o controle social difuso,³⁹ dentre outros pontos a partir da teoria da sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição. Entretanto, restam, ao final, compreender as razões

³⁹ Segundo afirma Moisés (2005b, p. 85), “[...] a democracia nasceu da desconfiança de que quem tem poder não é confiável, e de que os procedimentos habituais usados para mantê-lo precisam ser controlados para se evitar seu abuso.”

pelas quais nem toda participação deve ser admitida na atividade de interpretação constitucional e as possibilidades de tais decisões sejam justificadas.

2.4 Se todos(as) estão potencialmente capacitados(as) a participar, por que nem todos(as) devem participar?

A linha argumentativa sugerida pelo presente tópico destaca a ambivalência constitutiva entre complexidade e pluralidade, seguida da investigação sobre alguns dos limites para as participações sociais, isto porque, mesmo numa sociedade aberta nem todas as participações podem ser adequadas para a interpretação constitucional. Em certo sentido, busca-se desvelar o aspecto idealizado que o tema das participações sociais recebe, por certo, não se trata de reafirmar um espaço fechado para as participações da sociedade civil na jurisdição constitucional, mas, sublinhar a impossibilidade de que todos(as) participem.

Repise-se: não constitui objetivo estabelecer a antítese das participações sociais, mas uma tentativa de verificar as possibilidades de se chegar a uma resposta adequada sem considera-las obrigatórias. Sob pena de fundar “A grotesca caricatura de democracia resultante do periódico dilúvio de referendo [...]” (BOVERO, 2002, p. 157), conforme afirmado acima, a democracia é um substantivo que precisa ser preenchido de significado.

Dentre outras limitações para o exercício da soberania popular, situam-se as relações sociais complexas e conflituosas, as questões ligadas à extensão geográfica, as assimetrias regionais econômica e social, a incipiente cultura política brasileira⁴⁰ que depõem contrariamente ao exercício direto e permanente do povo nos processos de tomada de decisão. Estes são alguns dos fatos que permitem considerar pouco plausíveis, na atualidade, opiniões como as de Rousseau (1963, p. 78),⁴¹ que considerava “a ratificação de todas as leis diretamente pelo povo” a condição para sua validade.

Outra objeção que se apresenta é a pressuposição de uma vontade geral homogênea e racional, numa “concepção organicista de povo como massa” (BOVERO, 2002, p. 161). Além do mais, o filósofo do contrato social não propõe qualquer mecanismo para moderar a hipotética vontade geral (*volonté générale*), que ao pretexto de perseguir o bem comum pode, sem muitos esforços, se degenerar em “tirania da maioria”.

⁴⁰ Cf. MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia: bases sócio-políticas da legitimidade democrática*. São Paulo: Ática, 1995 (Ensaios n. 142).

⁴¹ Cf. *Livre III. Chapitre 3.15 : Des députés ou représentants*.

De certa forma, a figura da autoridade também impõe limites para as participações sociais. Gadamer (2015, p. 368 [§ 282]) fornece uma fundamentação filosófica para o “ponto de partida do problema hermenêutico” que repousa sobre a reabilitação da autoridade e da tradição,⁴² sua proposta hermenêutica compatibiliza elementos essenciais para a interpretação do direito,⁴³ como é o caso da autoridade, da tradição e da decisão. Assim, a autoridade competente passa a resolver as questões fundamentais apoiada na interpretação da tradição histórica e jurídica para fundamentar sua decisão.

No plano jurídico o STF é a instituição pública com competência formal estabelecida pelo Texto Constitucional vigente (art. 102, I, “a” e III, “a”, CRFB/88) e como tal possui autoridade e legitimidade funcional, para decidir as controvérsias constitucionais. Além da própria estrutura Judiciária, a experiência constitucional brasileira, por razões práticas, confere ao STF a exclusividade para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade (Tribunal competente) e posição privilegiada no controle difuso de constitucionalidade (órgão de cúpula), por isso, para alguns autores, o STF é considerado “o guardião” que detém a “última palavra” sobre a constituição.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, essa afirmação foi consubstanciada na ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 3.345/DF,⁴⁴ que em diversas oportunidades o relator, Ministro Celso de Mello, sustentou “[...] o monopólio da última palavra, pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de interpretação constitucional.” (BRASIL, 2005, n.p.).

Já, em competência originária, no mandado de segurança MS n. 26.603/DF,⁴⁵ esse entendimento foi novamente corroborado pelo mesmo relator, desta vez, no bojo das discussões sobre fidelidade partidária.⁴⁶ Nesse caso, foi afirmado que “[...] o modelo jurídico-político

⁴² Para um estudo detalhado consultar: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, v. 1 (Pensamento humano). Especialmente o item 2.1.2. Os preconceitos como condição de compreensão; a) A reabilitação de autoridade e tradição; b) O exemplo do clássico (GADAMER, 2015, p. 368-385 [§§ 282-295]).

⁴³ Conforme se sabe, em Gadamer interpretar é antes de tudo aplicar, portanto, não há diferenciação entre as instâncias da interpretação e da aplicação.

⁴⁴ Ação que impugnou a Resolução n. 21.702/2004 do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre as instruções sobre o número de Vereadores a eleger segundo a população de cada município e “[...] fixou o número de vereadores a eleger segundo a população de cada Município nas eleições de 2004.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.345/DF. Relator Celso de Mello. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 ago. 2005, n.p.).

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.603/DF. Relator Celso de Mello. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 out. 2007.

⁴⁶ Conforme destacado por Oscar Vieira (2008, p. 455, grifos do autor), “[...] a decisão dos tribunais (TSE e STF) criou uma nova categoria de perda de mandado parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas no artigo 55, da Constituição Federal, que, como o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu, constituem ‘*numerus clausus*’.”

vigente em nosso país conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” (BRASIL, 2007, n.p.).

Objetivamente os atos de compreensão e de decisão do direito estão vocacionados para a autoridade competente e, o atual estágio democrático e jurídico, se conforma com a impossibilidade de que todos(as) participarem da interpretação constitucional. A abertura para o dissenso, ao contrário de surgir uma “resposta melhor”, propicia as condições necessárias para que equívocos institucionais e supostamente constitucionais possam ocorrer.

Por outro lado, é falaciosa a afirmação de que todos(as) possuam as mesmas faculdades, ainda que em potência, para conhecer e realizar juízos acerca da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Porquanto, determinadas questões constitucionais trazem em seu bojo complexas controvérsias em direito econômico, eleitoral, internacional (público e privado), previdenciário, penal, tributário, entre outras áreas do direito.

Some-se a isto o fato de que nem todas as pessoas estão igualmente interessadas no desfecho das questões constitucionais. O atendimento aos interesses particulares constitui a autêntica motivação para a participação na construção do provimento jurisdicional, ainda que de forma indireta, em alguma medida, se faz presente mesmo nos processos coletivos, portanto, as participações sociais não permanecem alheias as motivações particulares.

Portanto, faz-se necessária a imposição de alguns filtros (limites) para o exercício de uma interpretação constitucional compartilhada ao invés de uma miríade de supostos(as) intérpretes da constituição. Assim, segundo a tradição constitucional ocidental existem dificuldades para se chegar a uma solução sobre questões relevantes e controversas sem a existência de pelo menos uma autoridade incumbida da “última palavra”, logo, a tomada de certos preceitos de antemão ou “preconceitos legítimos” (GADAMER, 2015, p. 360 [§ 275]) é capaz de impor limites à atividade interpretativa plural.

Por isso, em termos de controle concentrado de constitucionalidade, o único intérprete autorizado é o STF, que eventualmente até poderá contar com a colaboração de outros(as) agentes, estatais ou sociais, ao mesmo tempo que existem pretensos(as) auxiliares que estão validamente excluídos(as) desse debate por falta de capacidade técnica ou funcional. O ponto a ser desenvolvido é compreender por que alguns(mas) intérpretes poderiam ser autorizados(as) a participar e outros(as) não devem participar.

Várias são as razões que sustentam a distinção entre a possibilidade e a proibição das participações sociais: (i) existe notória insuficiência técnica jurídica, especialmente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade que envolvem questões especializadas; (ii) os

eventuais argumentos oferecidos são de pouca ou nenhuma efetividade para o deslinde da controvérsia constitucional; (iii) a prevalência das “razões auto-interessadas” (GODOY, 2011, p. 69; 2012, p. 208) enlaçam o Estado de direito por interesses pouco ou nada republicanos; (iv) o acolhimento de certos argumentos compromete outros pilares de sustentação do modelo democrático de direito.

Ao se colocar em relevo o conflito de interesses, vê-se que não há como ser juiz de sua causa própria, corresponde a expressão latina *nemo iudex in sua causa* (BELLAMY, 2007, p. 118), por isso os(as) intérpretes não oficiais que possuem, direta ou indiretamente, interesses na demanda de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo não devem participar do processo de interpretação constitucional, ainda que sejam destinatários(as) da norma constitucional. A desconstrução do “caráter imparcial” ou do “interesse institucional” nas participações sociais deve ter origem a partir dos lugares que antecedem aqueles(as) que se arvoram intérpretes constitucionais.

Para ilustrar e recolocar essa questão em outros termos, as razões acima elencadas encontram-se condensadas no dever de laicidade do Estado, conforme disposto no art. 19, I, CRFB/88, não deve nenhum ente da federação brasileira “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;” (BRASIL, 1988).

Tem-se, portanto, um exemplo de que ao acolher ou promover uma interpretação religiosa no Texto Constitucional, além de “manter relação de dependência” com determinada religião, vulnera as bases do Estado democrático de direito ao promover interesses particulares. Por isso, alguns(mas) intérpretes não devem participar do debate acerca da jurisdição constitucional brasileira.

Notadamente mais um contraponto que se coloca frente as ditas sociedades abertas é identificar, concretamente, quem seriam os(as) destinatários(as) da norma constitucional que compõem esse “auditório pressuposto” dos(as) intérpretes. A fragilidade dessa forma compartilhada de interpretação constitucional é visualizada nas dificuldades de identificar concretamente qual seria o público religioso que se arroga como destinatário da constituição. Seria o cristão? O muçulmano? O espírita? O ateu? Todos? Nenhum?

Enfim, por maiores que fossem as participações desses e de outros grupos sociais não se chegaria a uma resposta minimamente satisfatória. Por conseguinte, os argumentos de matrizes religiosas são parciais e como tal, não devem ser incorporados ao debate público. Diante dessa impossibilidade, a resposta apresenta por alguns autores é reservar as religiões ao

ambiente exclusivamente privado pela impossibilidade de que tais argumentos sejam utilizados para a suposta interpretação constitucional.

Basta pensar qual seria o interesse ou a utilidade pública de se manejear todo um repertório argumentativo (metajurídico) que não poderá ser utilizado para fundamentar uma decisão judicial? Ou melhor, qual seria o proveito do “multidiálogo” religioso (BADER, 2016, p. 163) que do ponto de vista processual, inevitavelmente, não fornece qualquer fundamento jurídico? Portanto, tais intérpretes não devem participar do debate constitucional.

Diversamente do que acontece com determinados conhecimentos técnicos de outras ciências, tais como as ciências naturais, biológicas, da tecnologia, dentre outras. A depender das especificidades da matéria constitucional debatida e da conveniência do(a) relator(a) do processo judicial poderão ser autorizados(as) ou convocados(as) a colaborarem com a interpretação da constituição.

Vale frisar que a constituição incorpora em seu texto positivo as tensões existentes entre as disputas sociais, daí a aparente contradição com o Texto Maior brasileiro que impõe o dever estatal de laicidade ao mesmo tempo em que permite “a colaboração de interesse público” (BRASIL, 1988). Destarte, não se trata de desconsiderar os saberes sociais, mas, diante da inaplicabilidade (prática e teórica) de uma análise supra pessoal por parte de argumentos religiosos, entende-se por acertada sua retirada dos debates públicos.

Conquanto, a jurisdição constitucional não seja exclusiva das instituições estatais (sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição), conforme as possibilidades de esclarecimentos técnicos e científicos, a abertura interpretativa é um evento contingente. Sempre dependente das circunstâncias da matéria examinada, que poderá ou não ocorrer, portanto, não constitui um elemento obrigatório de legitimidade democrática.

Distante de representar a blindagem da jurisdição constitucional, sob a forma de um conteúdo insindicável, ao contrário, traduzem a imposição de neutralidade estatal que, para além do agir egoístico religioso, se baseia no senso democrático. Ao contrário, ter-se-ia que agasalhar no interior das questões constitucionais, a desnecessária tensão representada pelas preferências religiosas individuais, que no contexto institucional revelam-se manifestamente nocivas ao interesse público primário.

A exemplo das instituições religiosas, outras instituições⁴⁷ podem igualmente representar a impossibilidade de que todos(as) participem das discussões acerca do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Justamente por serem, capazes de

⁴⁷ V.g. instituições representativas dos interesses financeiro, políticos partidários etc.

comprometerem a autonomia e a independência do Judiciário, em geral, e do STF, em particular. Por fim, as distorções provocadas por interesses particulares de grupos específicos numa suposta sociedade aberta, onde cada um(a) pensa possuir uma certa *expertise*, seria inviável ou demasiadamente oneroso concretizar o debate público plural idealizado por Häberle (1997; 2013).

Assim, demonstrados os alicérces teóricos da pesquisa, restam identificadas as tarefas de: (i) investigar mecanismos jurídicos que contemplem as participações sociais e os seus supostos benefícios para a jurisdição constitucional e (ii) verificar empiricamente as condições de possibilidades para sua realização no controle de constitucionalidade brasileiro. Objetivos a serem perseguidos nos capítulos terceiro e quarto, respectivamente.

3 LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS *AMICI CURIAE*

Na parte introdutória viu-se a colocação da situação problema representada pela indagação sobre o papel das instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Já no segundo capítulo, apresentou-se três hipóteses teóricas que podem assim ser resumidas: (i) sim, todos(as) podem participar da interpretação constitucional; (ii) não, nem todos(as) devem participar; (iii) alguns(mas) podem, mas outros(as) não devem participar.

Ultrapassadas as considerações iniciais sobre as participações sociais enquanto um fenômeno constitucional desenvolvido em vários momentos, resta a tarefa de investigar estratégias práticas para o emprego das participações sociais a partir e para além dos instrumentos normativos e teóricos apresentados. Conforme visto no segundo capítulo, as participações sociais possuem ampla aceitação teórica e inegável respaldo normativo, porém, carecem de metodologia capaz de concretizá-las.

Para determinar o lugar adequado (legítimo) para a jurisdição constitucional e da participação social, será necessário entrecruzar as áreas de análises e recortar o objeto de pesquisa a partir do controle concentrado de constitucionalidade, enquanto espécie do gênero jurisdição constitucional, e das intervenções dos *amici*, enquanto uma das espécies de participação social. O ponto em comum de análise será a investigação sobre as dimensões de legitimidade democrática para ambos os elementos com a utilização de materiais bibliográficos nacionais e estrangeiros, numa investigação abrangente, porém não exaustiva sobre os temas.

A ideia de participação social, permanentemente aberta, depende das interrelações entre os(as) agentes que atuam na esfera pública da informação e de decisão sobre as questões controvertidas de interesse coletivo. Todavia, as participações não existem em abstrato ou contidas dentro de um grupo restrito *a priori*, de outro modo, o entrecruzamento de intérpretes oficiais e não oficiais da constituição acentua a tonalidade do conflito preexistente nas sociedades contemporâneas, pois, os *amici* ao afirmarem ou infirmarem determinada tese conservam ou reformam as representações sociais pré-existentes.

Para tanto, sugere-se uma articulação a ser desenvolvida em quatro estágios. Num primeiro momento, explana-se sobre as controvérsias da legitimidade da jurisdição constitucional, colocando em debate alguns entendimentos como “o monopólio da última palavra”, a capacidade ou necessidade da jurisdição constitucional para implementar direitos e garantias fundamentais e as possibilidades de inserção das participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade mediante as intervenções dos *amici*. Ao se investigar as

discussões acerca da legitimidade democrática que permeiam a jurisdição constitucional pretende-se evitar que as intervenções realizadas no controle de constitucionalidade estejam fadadas ao mesmo fim.

No segundo momento, discute-se os sentidos, alcances e a análise crítica dos *amici*, bem com as dimensões de legitimidade democrática para a concretização da missão idealizada no primeiro capítulo. Serão realizados estudos comparativos entre os *amici* brasileiro (MEDINA, 2010) e estadunidense (MCLAUCHLAN, 2005). Em seguida, no terceiro momento, a partir da acepção de democracia deliberativa (GODOY, 2012; 2015) pretende-se fundamentar não apenas a possibilidade de inserção das participações sociais, mas, principalmente a necessidade e a viabilidade para o aperfeiçoamento do modelo democrático de direito brasileiro. Por fim, no quarto momento, realiza-se o confronto com as finalidades da legitimidade democrática pretendida.

O objetivo deste capítulo, consiste em demonstrar, com um pouco mais de detalhe, os argumentos e os contra-argumentos que demostram a desnecessidade do monopólio interpretativo estatal. Em que pese a notória centralidade que o Judiciário, em geral, e o STF, em particular, assumem sobre as questões relevantes na sociedade brasileira, as inserções sociais revelam-se como uma das condições de legitimidade democrática para os procedimentos de tomada de decisão (fases pré-decisional e decisional).

De partida, deve-se ter em mente que as práticas das instituições e dos agentes públicos, pautadas pela observância da constituição e pela legalidade, representam uma das garantias contra o arbítrio no exercício do “poder estatal”. Essas questões remetem as origens históricas e materiais do controle de constitucionalidade que surge para assegurar o primado da supremacia do texto constitucional, basicamente pela separação das competências formais.

Pois bem, a fiscalização da constitucionalidade das leis ou atos normativos é uma das consequências do constitucionalismo moderno, assentado nas ideias de tripartição de funções estatais e na forma federada do Estado, com fixação de distintas competências previamente definidas pela constituição. Em certa medida, derivam das revoluções burguesas europeias e norte americana, cujas origens remetem à preocupação com a higidez do sistema legal. O exame

de constitucionalidade desenvolveu-se nas modalidades política⁴⁸ e judicial, preventiva⁴⁹ e repressiva, respectivamente.

Na modalidade judicial, a jurisdição constitucional subdivide-se em difusa (concreta), representada pelo *judicial review*, e concentrada (abstrata), representada pelo controle concentrado de constitucionalidade. Decerto, vicejam profusas discussões acerca da legitimidade democrática tanto na modalidade judicial,⁵⁰ quanto na política,⁵¹ que não se encontram imune aos questionamentos. Tais digressões sobre as espécies de jurisdição constitucional são significativas à medida que “[...] o controle de constitucionalidade no Brasil é conhecido como misto [ou híbrido], porque exercido por qualquer juiz, na modalidade incidental, e pelo STF, em duas modalidades, incidental e concentrada.” (MEDINA, 2010, p. 29).

O debate sobre a modalidade judicial é tradicionalmente atribuído ao *case Marbury x Madison*,⁵² nos Estados Unidos da América, em 1803. Porém, foi posterior a essa experiência concreta que se desenvolveu, na constituição austríaca de 1920, a espécie de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, aquele realizado com exclusividade por um órgão de cúpula a partir de leis ou atos normativos abstratamente considerados. Nessas discussões não há como desconsiderar as contribuições de Kelsen (2007, p. 12, grifos do autor), ao formular os “[...] tribunais de direito público mais altos - a Corte Constitucional [*verfassungsgerichtshof*] e a Corte Administrativa [*verwaltungsgerichtshof*]”

Em princípio, essa espécie concentrada assegura a uniformidade das decisões judiciais além de ser “[...] um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o

⁴⁸ Essa modalidade é comumente atribuída ao controle de constitucionalidade francês realizado pelo Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*). Trata-se de uma espécie, bastante peculiar, que sofreu significativas alterações sobretudo após a reforma de 2008, com a questão prioritária de constitucionalidade - QPC (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*), todavia, não se adequa com precisão à modalidade de controle judicial. Sobre o tema, entre outros, conferir: FACCHINI NETO, Eugênio; SALDANHA, Leonardo Tricot. O controle de constitucionalidade na França: da impossibilidade ao entusiasmo. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 04, out./dez. 2017, p. 139-166; VIEIRA, Paulo Rodrigues. O controle de constitucionalidade na França. *Revista Informe Legislativo*, Brasília, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 309-324.

⁴⁹ Excepcionalmente tem-se a modalidade judicial preventiva, realizada por mandado de segurança, na qual se busca prever a inconstitucionalidade formal. Cabe ressaltar tratar-se da modalidade difusa de controle de constitucionalidade (análise do caso concreto), visto que os(as) Deputados(as) Federais ou Senadores(as) possuem direito líquido e certo ao devido processo legislativo ainda em curso.

⁵⁰ Cf. FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. *Law and Philosophy*, Netherland, v. 09, n. 04, p. 327-370, 1991; NOVECK, Scott M. Is judicial review compatible with democracy? *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal (CPLPEJ)*, New York, v. 06, 2008, p. 401-430.

⁵¹ Sobre o tema, entre outros, conferir: ROUSSEAU, Dominique. De quoi le Conseil Constitutionnel est-il le nom? *Jus Politicum : revue de droit politique*. Paris, n. 07, 2012, p. 01-13.

⁵² Cabem, no entanto, colocar dois contrapontos apresentados por Godoy (2015, p. 68): primeiro, já haviam decisões semelhantes em casos anteriores; segundo, o “[...] caso Marbury não instituiu e tampouco afirmou a suprema judicial.” Conforme afirma mais à frente, a conclusão extraída desse caso icônico é que a proteção da Constituição pelo Judiciário enquanto expressão da vontade popular (GODOY, 2015, p. 181).

exercício regular das funções estatais.” (KELSEN, 2007, p. 123-124). O controle concentrado surge com a promessa de suprir as imperfeições da espécie difusa, basicamente, porque caráter subjetivo desta, com efeito entre as partes, representa uma “[...] grande ameaça à autoridade da própria Constituição.” (KELSEN, 2007, p. 303). Além de supostamente atribuir maior coerência na aplicação do texto constitucional.

Nessa linha, Kelsen (2007, p. 19) entende que a espécie de controle concentrado surge para preservar a rigidez constitucional, pois, existe um “interesse na constitucionalidade” que realizar uma espécie de “[...] acabamento técnico-jurídico da idéia (*sic*) de Estado federativo.” (KELSEN, 2007, p. 46). Denota-se, portanto, que “[...] a corte constitucional austríaca nos moldes da constituição de 1920 -, é tudo menos uma ‘aristocracia de toga’.” (KELSEN, 2007, p. 291).

Embora prevaleça os aspectos formais, essa passagem sustenta uma legitimidade amparada na separação das funções exercida pela autoridade competente. Também encontra espaço nessas discussões o embate teórico acerca de quem deveria exercer a “guarda da constituição”, desenvolvido entre o decisionismo de Schmitt e o normativismo de Kelsen.⁵³ Em resumo, essa tarefa, para o primeiro autor, compete ao Chefe de Estado; ao passo que para o segundo, deveria ser exercida pela Corte Constitucional, nessa disputa teórica Kelsen logrou maior êxito.

Todavia, propõe-se acrescentar ao modelo kelseniano a inserção de outros(as) atores(as), tal qual sugerido por Bader (2016, p. 177), ao conceber a jurisdição constitucional como um instrumento para as discussões públicas, deve-se entender que “juízes constitucionais, na verdade, representam uma espécie dos guardiões, mas não o guardião da constituição.” (KURIS, 2003, p. 191). Então, para fazer avançar o campo de atuação e análise do controle de constitucionalidade, que conforme se sabe, no início era circunscrito a verificação do requisito formal de validade das leis, ou seja, apenas sua publicação.

Em última instância, a versão forte do controle concentrado de constitucionalidade (*strong constitutional review*), busca assegurar a higidez do ordenamento jurídico e a segurança jurídica. Dessa forma, o tribunal possui competência para retirar do ordenamento jurídico as leis ou atos normativos, bem como modificar seus efeitos (BADER, 2016, p. 161). Infere-se que a declaração de inconstitucionalidade se apresenta como uma das tarefas do Judiciário - de

⁵³ Sobre o tema, entre outros, conferir: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krung. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Direito e justiça). Especialmente o capítulo: *Quem deve ser o guardião da Constituição?* (KELSEN, 2007, p. 237-298); SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; VINX, Lars. *The guardian of the Constitution*: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University Pres, 2015.

natureza excepcional, independente e imparcial - na contenção dos abusos do exercício das funções Executiva, Legislativa e Judicial, aplicável quando não seja possível aplicar a técnica de interpretação conforme à Constituição.

Nesse conjunto de medidas judiciais, que deveriam ser exceção, ocorre inegável tensão com o modelo democrático de direito. Essa problemática recai sobre os espaços institucionais adequados para as deliberações sobre questões controvertidas que envolvem os direitos e as garantias fundamentais assegurados na constituição, tais deliberações devem ser realizadas originariamente nas casas legislativas⁵⁴ ou nos fóruns e tribunais? Hübner Mendes (2011, p. 174), complexifica ainda mais, ao questionar “Quem, como, quando e por que decide sobre direitos numa democracia constitucional?”⁵⁵

Noutros termos, representa a disputa entre a supremacia judicial ou parlamentar. Evidentemente, a supremacia somente deve ser atribuída à Constituição da República que deve ser rigorosamente observada no desempenho das funções Executiva, Legislativa e Judiciária, todas compromissadas com a realização do interesse público, em seu sentido primário. Uma aproximação colaborativa para a formação do juízo de inconstitucionalidade é oferecida pelo novo modelo comunitário (*new commonwealth model*), representado por países como o Canadá, a Nova Zelândia, o Reino Unido e a Austrália (GARDBAUM, 2013; HÜBNER MENDES, 2011, p. 377).

Apresenta-se como uma tentativa de superação da dicotomia existente entre a supremacia parlamentar e a judicial, representa uma espécie de terceira via entre o constitucionalismo político e legal, segundo Gardbaum (2013, p. 25) pela forma fraca de revisão judicial (*weak judicial review*). Deve-se ressaltar, no entanto, que embora a jurisdição constitucional seja relevante para a maior parte dos países ocidentais, devido a repartição com outros métodos para se declarar a inconstitucionalidade, a exemplo dos anunciados por Gardbaum, termina por ser moderada pela participação de outros atores.

Se, por um lado, a supremacia judicial ou melhor a supremacia dos(as) magistrados(as) possui a ausência de responsabilização eleitoral (*electoral accountability*) (GARDBAUM, 2013, p. 22, 53 e 84), por outro, a supremacia legislativa ou melhor a supremacia dos(as) parlamentares pressupõe uma alta qualidade na produção legiferante, hipótese nem sempre

⁵⁴ Conforme se sabe, no Brasil, a função legislativa típica é desenvolvida pelo Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmara dos Vereadores e Câmara Legislativa.

⁵⁵ Para aprofundar no tema consultar no primeiro capítulo o item: “5. Quem decide o que, como, quando e por que numa democracia?” (HÜBNER MENDES, 2011, p. 102-113); no segundo capítulo o item: “4. Quem, como, quando e por que decide sobre direitos numa democracia constitucional?” (HÜBNER MENDES, 2011, p. 212-213); no quarto capítulo o item: “4. Quem, como, quando e por que decide sobre direitos numa democracia constitucional?” (HÜBNER MENDES, 2011, p. 264-265).

constatada, ainda mais na experiência brasileira. De certo, em ambas as correntes há uma forte idealização e polarização que pouco contribui para os debates.

Conforme mencionado, a terceira via concebe “[...] um equilíbrio de poder mais democraticamente defendível entre tribunais e legislaturas.” (GARDBAUM, 2013, p. 74-75), pela realização de diálogos interinstitucionais. Efetivamente para se falar em diálogo a sociedade civil precisa estar ou permanecer atuante nos processos de interpretação e de tomada de decisão. O controle de constitucionalidade, enquanto última técnica para adequação de determinada lei ou ato normativo, precisa ser legitimamente exercido e não deve ser restrito ao exame das formalidades legais ou das prerrogativas estatais.

Embora tais características sejam relevantes, o interesse público não está no *locus* institucional, mas, nos agentes e procedimentos estatais e sociais sobre os quais se desenvolvem (ou deveriam) as atividades deliberativas. Ao se estabelecer uma “verdade última” sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo coincide com a problemática da demasiada autoridade depositada na figura daquele(a) que decide, seja parlamentar ou magistrado(a).

Disto decorre incongruências tais como o privilégio exclusivo da interpretação constitucional, consolidado no “monopólio da última palavra”, que se contrasta com as premissas de um exame público. Em termos de “última palavra”, Barbosa e Sepúlveda (2017, p. 1.357-1.362) estabelecem hipóteses concretas em que essa teoria não se sustenta, quer teórica, quer empiricamente. Pois, segundo afirmam, existem situações em que a decisão final: (i) compete ao STF; (ii) aos outros tribunais; (iii) a instância decisória de outro “poder”; (iv) ocorre a superação da decisão do STF; (v) não há palavra alguma. No mesmo sentido, Rodrigo Brandão (2011), Hübner Mendes (2011), Sarmento e Souza Neto (2013), entre outros, entendem pela inviabilidade dessa tese.

Ao se questionar sobre os fundamentos da jurisdição constitucional ou daquilo que se pretende construir a partir dela é capaz de identificar e de descontruir algumas visões idealizadas. Abboud (2012, p. 192) apresenta “[...] quatro funções principais a serem desempenhadas pela jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito”, quais sejam: a “limitação do Poder Público”, a “correção de equívocos e omissões do Poder Legislativo”, acrescente-se aqui do Executivo e do próprio Judiciário, a “proteção dos direitos fundamentais” e a “coerência e garantia da preservação [...] da própria Constituição Federal”.

O argumento mais recorrente para justificar a jurisdição constitucional e as decisões que daí decorrem, especialmente quanto à função contra majoritária desempenhada pelo Judiciário, consiste na manutenção ou ampliação dos direitos e das garantias fundamentais dos

grupos não hegemônicos. No entanto, quando se examina o contexto prevalente de aplicação de um controle vocacionado para a tutela de “interesses institucionais específicos” (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 01) ou a prevalência das “razões do Estado” (BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016, p. 138), que permitem a existência de um “Supremo RH” (OLIVEIRA, 2016, p. 124-128) ou que o STF atue como um verdadeiro “conselho de Estado” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 67).

Embora, no contexto da experiência brasileira, existam decisões específicas⁵⁶ em que se é possível afirmar a conquista de direitos dos grupos não hegemônicos, tipicamente contra majoritários, não se deve atribuir ao Judiciário essa função como principal. Mesmo porque a implementação destes direitos, mediante legislação específica, envolve custos eleitorais que geralmente os(as) parlamentares nem sempre estão dispostos(as) a arcarem com esse encargo. Mas, de fato, os processos e as tomadas de decisão política e jurídica são diferentes. “Em síntese,” segundo demonstra Cambi (2007, p. 12), “não há democracia, em sentido substancial, sem a efetivação dos direitos fundamentais.” Questão elementar é saber como eles são ou serão realizados.

Portanto, em que pese os argumentos contrários, a conclusão parcial alcançada é que a jurisdição constitucional pode se tornar “[...] um importante instrumento para enriquecer a deliberação pública sobre os direitos sociais.” (GODOY, 2012, p. 331) e fundamentais. Sendo possível vislumbrar as contribuições a serem oferecidas pelas participações sociais para minorarem as ilegitimidades que recaem sobre a jurisdição constitucional, em geral, e sobre o controle concentrado de constitucionalidade, em particular.

3.1 *Amici*: sentidos, alcances e análise crítica

Para assentar a desnecessidade do monopólio interpretativo estatal, especialmente para mitigar a suposta supremacia judicial, sem incidir na supremacia parlamentar, ao mesmo tempo em que se operacionaliza as ideias de uma sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição

⁵⁶ Numericamente tais decisões representam minoria, mesmo assim, vale mencionar a ADI n. 4.277/DF e a ADPF n. 132/DF, que asseguraram a possibilidade jurídica de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo biológico; a ADPF n. 186/DF, que considerou constitucional a lei de cotas para pessoas negras e indígenas em instituição pública de ensino superior; dentre outros exemplos possíveis. Aliás, Costa (2013, p. 252), sustenta que na ADI n. 3.510/DF, que versou sobre a possibilidade de pesquisas em células tronco embrionária, “[...] devido às audiências públicas e aos vários *amicus curiae* admitidos, muito mais que muitas votações de leis no Congresso Nacional.” Em oposição, Mariano (2009, p. 150) sustenta, com base na citada ação, que a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) é “um importante exemplo de como o parlamento brasileiro, ao exercer com eficácia a sua prerrogativa constitucional de legislar, pode concretizar os princípios e os direitos fundamentais da constituição [...]”.

tem-se um empreendimento a ser construído com as contribuições da sociedade civil organizada. É chegada a hora de investigar um dos mecanismos para incrementar as participações sociais na jurisdição constitucional, nesse sentido, opta-se pelo “instrumento jurídico”⁵⁷ e político dos *amicus curiae*.

Especificamente no que respeita a esse sujeito processual, o *amicus* pode ser compreendido, segundo definição apresentada por Medina (2010, p. 12), como:

[...] um terceiro que intervém em um processo, do qual não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

Conforme se sabe, existem pelo menos três categorias de *amicis*, a seguir apresentadas por Thaís de Oliveira (2013, p. 510), como “[...] aqueles que se apresentam em resposta a um requerimento do juiz, aqueles cuja participação decorre do exercício de poder de polícia, e aqueles que intervêm voluntariamente, em exercício a direito próprio de manifestação.” A despeito de a categoria fiscalizatória ou a “função ostensiva de policiamento” (COSTA, 2013, p. 259) dos *amicis* não corresponder precisamente as participações sociais, vale retratar suas dimensões de atuação e de legitimidade como forma de diferencia-los das outras duas categorias de *amicis* (requeridos e voluntários). Ademais, essas categorias não são estáticas e podem atuar concomitantemente em um mesmo processo judicial.

Para demonstrar as possibilidades jurídicas das participações “do exercício de poder de polícia” tais como a atuação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, dentre outras (OLIVEIRA, 2015, p. 224-225). No primeiro caso, a participação é franqueada pelo art. 31 da Lei n. 6.385/76,⁵⁸⁻⁵⁹ que determina a obrigatoriedade de intimação da CVM, para que realize a opção de prestar esclarecimentos e juntar parecer, nas ações judiciais que possuam por objeto as matérias de sua competência, estabelecida na sobredita Lei.

Quanto ao INPI, o art. 57 da Lei n. 9.279/96,⁶⁰ estabelece a intervenção no feito para as ações de nulidade de patente. Já o CADE, com fulcro no art. 5º da Lei n. 9.469/97,⁶¹

⁵⁷ A utilização dessa nomenclatura alude apenas as prerrogativas e restrições do sujeito processual em comento, insusceptível de se confundir com o marco processual instrumentalista. Sobre o tema, entre outros, conferir: FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. A teoria geral do processo e a teoria da Constituição no Estado democrático de direito. *Revista do Curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix*, Belo Horizonte, v. 01, 2003, p. 26-50.

⁵⁸ Incluído pela Lei n. 6.616/1978.

⁵⁹ Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

⁶⁰ Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

⁶¹ Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta;

independentemente de demonstrar interesse, poderá, na qualidade de assistente, esclarecer questões de fato e de direito mediante apresentação de memoriais e outros documentos. A parte final do citado dispositivo legal confere reflexos processuais (deslocamento de competência) quando da interposição de recursos. Além disso, o art. 118 da Lei n. 12.529/2011,⁶² assegura ao CADE a possibilidade de intervir, nas ações sobre a prevenção e repreensão às infrações contra a ordem econômica, mediante intimação obrigatória.

Cabe acrescentar, ainda, que o art. 49 da Lei n. 8.906/1994,⁶³ confere aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a legitimidade processual e extraprocessual para agir em face das infringências da sobredita Lei. Inclusive o parágrafo único do citado dispositivo assegura, as pessoas acima indicadas, na qualidade de assistente nos inquéritos e processos que envolvam as pessoas inscritas na OAB.

Os sentidos atribuídos a legitimidade, do ponto de vista técnico e processual, implicados com os dispositivos legais pertinentes permitem afirmar que a categoria fiscalizatória dos *amici* é diferenciada das demais categorias. Basicamente por duas razões, primeiro, pelas respectivas leis infraconstitucionais que conferem legitimidade formal e, segundo, pelas especificidades das matérias (valores mobiliários, propriedade industrial, economia e profissional) que atribuem competência técnica (*experts*) para a intervenção processual.

Ao que tudo indica, Godoy (2015, p. 174) considera que tais exigências são extensíveis à todas as categorias de *amici*, pois, essa função é reservada para os “[...] órgãos ou entidades de representação que exibam não apenas interesse, mas também conhecimento sobre a matéria objeto da ação.” De modo substantivo essa pesquisa se interessa pelas intervenções dos *amici*, convocadas ou voluntárias, especialmente as últimas, para atuarem na interpretação constitucional.

Diferentemente das primeiras atuações, estas duas não possuem o direito à participação assegurado pela legislação infraconstitucional,⁶⁴ conforme será visto no quarto capítulo. Essa constatação permite, por um lado, pensar no âmbito restrito de aplicação e principalmente de proteção do direito humano e fundamental à participação na condução dos assuntos públicos,

regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei n. 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei n. 9.081, de 19 de junho de 1995, e dá outras providências.

⁶² Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repreensão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

⁶³ Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

⁶⁴ Em verdade, a intimação da CVM, do INPI e do CADE constituem requisito de validade processual e as efetivas participações uma possibilidade prevista pelas respectivas legislações.

por outro lado, questionar se os *amici* protegem adequadamente a jusfundamentalidade desse direito.⁶⁵

Novamente constata-se a tensão existente entre a garantia e o efetivo exercício de um direito, ainda que positivado em os textos normativos (constituição, tratados internacionais e leis) reclamam condutas, positivas e negativas, para sua concretização. Na prática, para as categorias dos *amici* requeridos e voluntários tem-se apenas uma possibilidade remota de participação, sempre dependente do entendimento pessoal do(a) relator(a) do processo.

Vale ressaltar, que a abertura procedural sugerida, operacionalizada pelos *amici*, não significa a completa fragmentação do juízo de inconstitucionalidade realizado pelos(as) Ministros(as) do STF. Ao contrário, a fidelidade com o plano epistemológico permite, ainda que de forma incipiente, realizar o vetor deliberativo nos procedimentos de tomada de decisão, nas fases pré-decisional e decisional. “Contudo”, segundo anota Medina (2010, p. 15), existe “[...] uma lacuna na doutrina nacional no tocante à eficácia do ingresso do *amicus curiae* [...] e as possíveis consequências positivas e negativas de seu emprego.” E, essa pesquisa pretende contribuir para diminuir esse vazio (*gap*) constatado pela autora.

Ao se afirmar que “Cada *amicus curiae* admitido em um processo pode significar inúmeros processos a menos, o que também contribuirá para a administração da justiça.” (MEDINA, 2010, p. 28), coincide com tese apresentada de que a interpretação constitucional não deve ser ou permanecer reservada a um corpo específico (técnico e jurídico). Aliás, como se percebe da leitura do fragmento abaixo transcrito, não apenas ocorre a convergência de métodos para pluralizar a jurisdição constitucional, como também identidade de objetivos, que é o aumento da legitimidade democrática.

O acesso restrito e privilegiado à jurisdição constitucional conduz à adoção de vias de abertura procedural, com vistas a aproximar o STF e sua função precípua de guarda da Constituição da sociedade como um todo, em um esforço de legitimação substantiva de seu exercício jurisdicional (MEDINA, 2010, p. 41).

As discussões sobre a “dimensão procedural participativa” trazem como pressuposto uma jurisdição constitucional inclusiva e, permitem engatar as intervenções dos *amici* à teoria da sociedade aberta dos(as) intérpretes apresentada no segundo capítulo. E, por essa razão estabelecer diálogos frontais entre as participações sociais e a legitimidade democrática. Portanto, essas reflexões constituem um ferramental teórico, já que “A jurisdição constitucional deve buscar aproximar-se da sociedade, que é destinatária e intérprete última da

⁶⁵ Essas questões foram levantadas pelo Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky durante o exame de qualificação realizado em 20/03/2018, na Universidade Federal de Uberlândia/MG (vide nota de rodapé n. 152).

Constituição, oferecendo soluções alternativas para a inclusão de novos atores sociais, até então excluídos.” (MEDINA, 2010, p. 43).

No mesmo sentido, Oliveira (2013, p. 509), sustenta que os *amici* são “[...] uma via de acesso da sociedade à construção do provimento judicial.” Para Cambi (2009, p. 376, grifos do autor), é uma das formas de participação social que se encontra revestida das dimensões jurídica, política e cidadã, conforme manifestado pelo citado autor, trata-se da consequência do objetivo político da jurisdição constitucional. Além disso, “Decorre do pluralismo jurídico e é desdobramento do Estado Democrático de Direito. É manifestação de *cidadania processual*, porque permite a participação de seguimentos diferentes da sociedade na formação da decisão judicial.”

Medina (2010, p. 17) pontua os benefícios institucionais e sociais das intervenções dos *amici*. Aqueles são oferecidos quando as intervenções sociais colaboram para a “abertura procedural” e aumentam as “alternativas interpretativas” das questões constitucionais para o tribunal à medida que fornece subsídios para a efetiva deliberação entre os(as) Ministros(as). Já as vantagens sociais são quando promovem a inclusão dos(as) muitos(as) excluídos(as) da jurisdição constitucional, resultando, ao menos em tese, na legitimidade e na pluralidade. Tem-se, portanto, a legitimidade informacional das participações sociais submetida à conveniência e à oportunidade do(a) relator(a) do processo, pois, não existe decisão judicial sem autoridade competente.

No entanto, essas colaborações são colocadas a prova quando a legitimidade dos próprios *amici* é alvo de questionamentos. O argumento mais recorrente é que sua parcialidade provoca abalo em sua legitimidade, portanto, deixa de ser compreendido como uma forma de abertura democrática e passa a defender interesses e vantagens particulares. Quanto a isso, Medina (2010, p. 51) possui um posicionamento bastante incisivo, pois, “A defesa de que um suposto interesse público institucional ligar-se-ia ao perfil neutro e imparcial do *amicus* reflete uma visão idealizada.” Por seu turno, Oliveira (2013, p. 526), considera que “A expectativa da doutrina de que ele seja um mero colaborador é irreal e ingênua.”

Esta última autora alega que as intervenções nos procedimentos judiciais representam cada qual ao seu modo, “os mais diversos interesses presentes na sociedade”, por isso, suas participações são sempre parciais e não moralmente neutra. “Exigir-lhe imparcialidade seria exigir que desrespeitassem seus estatutos, suas missões, ou seja, seria uma violência contra sua própria existência.” (OLIVEIRA, 2013, p. 524). Para o atendimento dos interesses democráticos deve-se a partir das participações particulares construir decisões imparciais.

Compreende-se, portanto, que o “*amicus* parcial” (MEDINA, 2010, p. 54) realiza a interpretação constitucional de modo a atender sua parcialidade, simplesmente porque as hipóteses de “interesse institucional” (BUENO, 2012, p. 1.387-1.388) ou “dever de imparcialidade” (BUZINGNANI, 2011, p. 137), não são verificáveis. Logo, “[...] só pode cumprir seu mister se realmente sua atuação puder ser parcial. Somente dessa forma essas entidades efetivamente representam as ideias de um grupo social.” (OLIVEIRA, 2013, p. 527).

Assim, conclui-se que o *amicus* “não é uma figura imparcial” (COSTA, 2013, p. 262), mais do que isso, as pessoas e instituições poderiam apresentar suas “razões auto interessadas” (GODOY, 2011, p. 69; 2012, p. 208) perante o tribunal. Ressalte-se que isso não necessariamente implica anuir ou acolher os motivos apresentados, mas, de outra sorte, que tais argumentos devem compor o repertório de análise constitucional.

Nessa diretiva, os *amici* atuam na defesa dos “interesses do grupo por ele representado” e, ao mesmo tempo, em que o objetivo da jurisdição constitucional seja “[...] garantir que a ordem constitucional permaneça incólume a eventuais atos ofensivos de sua integridade.” (MEDINA, 2010, p. 56). Ao que tudo indica, essas ideias pressupõem as mesmas condições idealizadas pela teoria da sociedade aberta dos(as) intérpretes da Constituição, de difícil constatação prática. Em verdade, a partir de situações específicas “Os interesses subjetivos do *amicus* e o interesse social na preservação da ordem constitucional vigente podem coincidir.” (MEDINA, 2010, p. 57).

Dentro da experiência constitucional brasileira existe a necessidade de comprovação de representatividade adequada, entre outros requisitos, para a participação social na deflagração do controle de constitucionalidade. Cuja interpretação decorre do art. 103, IX, CRFB/88, previsto para a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional, que são considerados legitimados ativos “não universais” (FERNANDES, 2014, p. 1.139), uma vez que precisam comprovar a “pertinência temática”.

Há, inclusive, proposta de Emenda à Constituição para a ampliação do rol de legitimados ativos, mediante a inclusão das associações religiosas.⁶⁶ Sobre o tema, Pinho e Thibau (2017, p. 241-242), sustentam a desnecessidade de realização da Emenda para que as associações religiosas de âmbito nacional, a exemplo da CNBB, integrem o rol de legitimados ativos para a deflagração do processo objetivo de controle de constitucionalidade.

⁶⁶ Cf. proposta de Emenda Constitucional n. 99/2011, que dispõe sobre a capacidade postulatória das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal.

Para tanto, interpretam extensivamente as associações religiosas como entidade de classe de âmbito nacional. Inclusive, ponderam que a ausência de regulamentação da profissão de clérigo não deve representar empecilho, pois, “A disposição expressa trazida pela Emenda Constitucional teria apenas o condão de prevenir contestações.” Esse argumento demonstra a necessidade das participações da sociedade civil organizada no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro e, também para inserir, desde a origem, a ideia de atuação parcial.⁶⁷

Além disso, outro ponto a ser ressaltado é que a intervenção se apresenta como “uma forma relativamente barata de alcançar uma boa exposição na mídia”, uma vez que “O verdadeiro objetivo de um memorial de *amicus curiae* seria influenciar politicamente o julgamento, dando sinais de posições ideológicas a partir de qual lado do processo está sendo apoiado.” (MEDINA, 2010, p. 60-61). Sem falar na relativa informalidade com que esses documentos são elaborados, bem como outras formas de pressão não processuais como o envio de cartas, *e-mails*, abaixo-assinados etc.

Para demonstrar a amplitude do tema, Medina (2010, p. 66-77) realiza um estudo em direito comparado, no qual pontua a atuação dos *amici* na África do Sul, na Argentina, na Austrália, no Canadá, nos EUA, na Inglaterra e na Irlanda. Especificamente no caso do *amicus* norte americano, ressalta que foi a partir do final do século XIX, “[...] que se distanciou da amizade neutra e passou a ser uma advocacia interessada, que começaram a surgir os principais problemas enfrentados pela Suprema Corte, como o excessivo número de memoriais e o *lobby* judicial.” (MEDINA, 2010, p. 80).

No caso dos *amici* norte-americanos,⁶⁸ possuem a exigência de concordância da parte na qual expressa apoio, posteriormente essa autorização por escrito passou a ser exigida para todas as partes, excepcionalmente a Suprema Corte (*Supreme Court*) autoriza o recebimento dos memoriais sem o cumprimento desse requisito. Em virtude do caráter subjetivo da revisão judicial norte-americana (*judicial review*), entre outras peculiaridades, exige-se a indicação das fontes financiadoras. A autora destaca, ainda, como desvantagens o aumento do tempo para o julgamento e o maior desgaste público (MEDINA, 2010, p. 83), apesar disso, percebe-se que o principal indicador de legitimidade dos *amici*, no contexto estadunidense, é a transparência social.

⁶⁷ Esse tema será aprofundado no quarto capítulo.

⁶⁸ Sobre o tema, entre outros, consultar: GARCIA, Ruben J. A democratic theory of *amicus advocacy*. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 35, issue 02, n. 03, 2008, p. 315-358.

Um ponto de referência para o enfrentamento dessas questões é a constatação de que os “*amici* podem e têm algum efeito na Corte, mesmo que seja difícil de quantificar e verificar empiricamente.” (MCLAUCHLAN, 2005, p. 14). Essa ideia é suportada pelos dados analisados dos grupos de interesse e indivíduos que atuam junto aos(as) congressistas para fazer com que seus interesses cheguem até a Suprema Corte, por isso, no caso norte-americano, “o envolvimento do Congresso como *amici* pode ser visto como uma extensão da participação do grupo de interesse perante a Corte.” (MCLAUCHLAN, 2005, p. 50).

A vista disso, “Embora seja difícil de quantificar e demonstrar de forma conclusiva a extensão da sua influência no tribunal, parece que os *amici* podem e exercem algum impacto” no processo de tomada de decisão judicial (MCLAUCHLAN, 2005, p. 176). Contudo, Mclauchlan (2005, p. 199), insiste nas dificuldades de se mensurar os impactos nas decisões da Suprema Corte, principalmente diante das poucas evidências encontradas. Nesse ponto, os estudos empíricos revelam-se mais precisos em relação aos teóricos.

Com referência à Suprema Corte, as participações não são desinteressadas e prevalece a “política de portas abertas” (MEDINA, 2010, p. 94), ou seja, em regra, há o “livre acesso” para influenciar o processo decisório, muito embora não exista “consenso acerca da utilidade e da efetividade do *amicus curiae*”, na doutrina estadunidense (MEDINA, 2010, p. 109). Cabe registrar, conforme pondera Garcia (2008, p. 326-330), que existe um crescente movimento de resistência quanto a admissão dos *amici* na Corte de Apelação (*U. S. Courts of Appeals*), capitaneado por Richard Posner, seguido também pelo juiz Samuel Alito.

Já no sistema brasileiro vigora uma situação distinta para a atuação dos *amici* junto ao STF, demarcada por um amplo espaço suscetível às preferências, “dependerá da vontade e da livre discricionariedade” do(a) relator(a) do processo. Ao contrário, tem-se que o “[...] Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia [...]” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 151).

Pois, conforme destaca Medina (2010, p. 113), “Se não há de se falar em direito subjetivo ao acesso do amigo da corte à jurisdição constitucional, não há como falar em papel democratizador do *amicus*.” Na verdade, essa função somente poderá ser exercida se as intervenções dos *amici* forem consideradas analogamente aos direitos fundamentais de petição e de inafastabilidade do conhecimento por parte do Judiciário das lesões ou ameaças de direitos (art. 5º, XXXIV, “a” e XXXV, CRFB/88, respectivamente).

Nessa ótica, parece adequado compreender o caráter pluralista dos *amici* e, por consequência, reconhece-los como uma possibilidade para que a legitimidade democrática aconteça. De fato, “Pode-se dizer, sim, pluralização do debate, na medida em que outras luzes

poderão iluminar o processo de tomada de decisão judicial (MEDINA, 2010, p. 133). Com o fim de complementar os argumentos apresentados deve-se compreender a quem se destina as intervenções dos *amici*, numa leitura restritiva, seriam endereçadas ao tribunal competente, no entanto, tem-se que são destinadas primariamente ao tribunal e, secundariamente a sociedade como um todo.

Ao refletir sobre a legitimidade dos *amici* o primeiro passo é interpretá-la teleologicamente como “[...] uma forma de aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão judicial.” (MEDINA, 2010, p. 158). Cuja atuação ultrapassa a simples finalidade cooperativa de subsidiar elementos materiais para a decisão judicial, mas, de outra sorte, intervir pelo fortalecimento dos fundamentos, fáticos e jurídicos, e interpretações constitucionais para o processo de tomada de decisão judicial (fases pré-decisional e decisional), na mesma medida em que se busca concretizar o direito humano e fundamental à participação.

Não se trata de uma mudança terminológica, que se satisfaz pela substituição dos termos utilizados, mas de alterar a premissa com a qual se inaugura as análises da situação “concreta” subjacente. Cumpre, mais uma vez, destacar que “O interesse direto na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus*, haja vista que a função informacional que ele exerce pode contribuir para o aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão.” (MEDINA, 2010, p. 139).

Do contrário, caso se observe, em primeiro lugar, as características pessoais e sociais do(a) requerente provavelmente se chegará a conclusões equivocadas reduzindo as participações sociais ao mero jogo de questões subjetivas circunscrito as preferências individuais e discriminações arbitrárias. Porém, esse argumento não conduz ao extremo de que não se deva examinar as qualificações dos(as) pretensos(as) *amici*, mas, de fato, esse não deve ser o motivo determinante para o indeferimento do pedido, pois, se assim fosse chegar-se-ia ao extremo de excluir antecipadamente determinados seguimentos sociais, étnicos, religiosos etc.

Nessa mesma linha, é possível perceber que a legitimidade “Para justificar o seu ingresso - fazendo diferença e contribuindo para o aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão judicial -” segundo explica Medina (2010, p. 159), “o *amicus curiae* deve trazer argumentos e elementos relevantes que ainda não estejam no processo.” Por outras palavras, a legitimidade democrática é formada mais por questões de inclusão, procedural e material do que pelas características, pessoais ou institucionais, dos(as) *amici*.

Por isso, entende-se que num primeiro momento, perpassa pela quantidade numérica e pluralidade ideológica dos agentes envolvidos na interpretação constitucional. “Ora, democratizar significa ampliar as condições objetivas de acesso.” (MEDINA, 2010, p. 112),

compete aos agentes estatais e sociais criarem ou ampliarem o espaço procedural específico (petições, memoriais, sustentações orais, audiências públicas etc.), bem como os aspectos materiais (substantivos) ligados à estrutura argumentativa presentada.

Mesmo porque, eventual indeferimento do pedido, apesar de restringir e dificultar, não inviabilizam por completo o desempenho das participações sociais. Para retomar o ponto da informalidade nas participações Medina (2010, p. 195-196), exemplifica com “[...] a juntada de abaixo-assinados, cartas abertas de protesto, telegramas, entre outros. Esses dados demonstram uma postura aberta do Tribunal à manifestação da sociedade por intermédio dos cidadãos individualmente considerados.”

Outro ponto a ser ressaltado é a complementariedade entre as audiências públicas,⁶⁹ os *amici*⁷⁰ e as sustentações orais.⁷¹ Instrumentos pluralizantes do debate na jurisdição constitucional que atuam simultaneamente, conforme ressaltado por Medina (2010, p. 272) “[...] a audiência pública pode ser o *locus* para que o *amicus curiae* se manifeste em igualdade de condições com as demais partes do processo, sem que se comprometa o equilíbrio informacional.”

3.2 Alcance dos *amici* segundo o Código de Processo Civil

Apontadas as bases teóricas iniciais sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e dos *amici*, tem-se nessa típica modalidade de intervenção de terceiros, desde o advento da Lei n. 13.105/2015, Código de Processo Civil - CPC, uma promissora estratégia para democratizar a atividade jurisdicional. Além de conferir ou aumentar a legitimidade democrática mediante a inserção do maior número possível de *amici*, para esse fim, deve-se compreender, sua natureza jurídica, seus significados e seus contornos de atuação processual.

Devido a relativamente recente inovação legislativa, vale transcrever o enunciado normativo do art. 138 da citada Lei:

CAPÍTULO V DO AMICUS CURIAE

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

⁶⁹ Cf. arts. 13, XVII; 21, XVII; 154 e 155, todos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF.

⁷⁰ Cf. arts. 13, XVIII; 21, XVII; 323, § 3º, todos do RISTF.

⁷¹ Cf. art. 131, § 3º, RISTF.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2015).

Ao trabalhar os critérios legais presentados para a admissão de terceiros como *amicus* percebe-se que a “relevância, especificidade e repercussão social” elencadas são expressões demasiadamente amplas que terminam por não disciplinarem, de modo satisfatório, a matéria.⁷² Produzem um amplo espaço discricionário do(a) suprem(o) relator(a), que por vezes, não estabelece relação direta entre sua decisão - para acolher ou rejeitar a habilitação como *amicus* - com a questão debatida nos autos do processo. Discricionariedade ora entendida como margem de escolha antecedida de previsão legal hipótese distinta da arbitrariedade, escolha injustificada ou desamparada de critérios racionalmente aceitáveis.⁷³

É possível pensar que ao contrário das leis que surgem no ordenamento jurídico com presunção relativa (*iuris tantum*) de constitucionalidade, os *amicus* voluntários devem comprovar os critérios de representatividade e pertinência temática (legitimidade). Constatase, portanto, uma desproporcionalidade entre as relações de forças estatais e sociais, também existente entre as categorias de *amicus*, pois, conforme visto, tanto os fiscalizatórios, quanto os convocados não precisam comprovar o preenchimento desses requisitos. Repise-se que “O controle constitucional não [re]tira sua legitimidade da vontade direta da sociedade.” (COSTA, 2013, p. 251), por isso, é ilegítimo os(as) Ministros(as) do STF arrogarem para si o conhecimento exclusivo sobre os sentidos, os contextos e a trajetória constitucional brasileira.

Por certo, a expansividade das participações sociais provoca interlocuções entre o Estado e a sociedade civil organizada. E, ante a característica formal do Estado somada a complexidade da sociedade contemporânea tais participações precisam ser mediadas por instituições públicas e privadas capazes de operacionalizar as demandas dentro dos padrões aceitáveis pelo direito. Nas relações processuais, os sujeitos encontram-se submetidos a disposições específicas, a exemplo da boa-fé processual⁷⁴ e do dever de colaboração.⁷⁵

⁷² Sem exageros, seria possível realizar uma aproximação com a “lacuna ideológica” apresentada por Bobbio (1999, p. 140). Sobre o tema, consultar: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

⁷³ Segundo Aarnio (1991, p. 247), racionalidade em sentido amplo “refere-se tanto a forma lógica de raciocínio como ao discurso que justifica as premissas.”

⁷⁴ Cf. art. 5º, CPC. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé (BRASIL, 2015).

⁷⁵ Cf. art. 6º, CPC. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

Essas dentre outras garantias processuais estabelecem, de maneira dúbia e controversa,⁷⁶ expectativas de comportamento para que as relações não dependam exclusivamente dos atributos ou preferências morais dos sujeitos envolvidos. Ao passo que a paridade de oportunidades para as participações coloca em destaque a apropriação dos espaços públicos por determinados grupos hegemônicos (sociais ou estatais) evidenciam a construção incompleta do Estado democrático de direito.

Incluir juridicamente significa que os espaços públicos institucionais possam ser usufruídos pelos(as) diversos(as) seguimentos sociais. Uma resposta à altura do paradigma democrático de direito é aquela que coloca os espaços públicos como ambientes contínuos das disputas por visibilidades e reconhecimentos, porque, é impossível uma República onde o povo não participe ou uma democracia contrastada pelo “[...] máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de governo.” (BONAVIDES, 2001, p. 26).

O exercício democrático deve ser pautado pelo acesso à informação, pela participação política (em sentido amplo), pela influência no processo de tomada de decisão, dentre outras garantias fundamentais. No entanto, para ultrapassar os obstáculos apresentados deve-se compreender que apenas a participação não é suficiente, pois acrescentar outros saberes, que o repertório técnico-jurídico não domina, implica questionar o significado dos substantivos participação, sociedade e, principalmente, democracia.

Uma processualidade democrática pautada nas participações sociais é refletida em diferentes momentos e, não se confundem com os critérios de eficiência processual (quantitativo) ou com os de legitimidade (qualitativo). Para que as intervenções dos *amici* ocorram exige-se a prévia demonstração do interesse jurídico e da pertinência temática, aferível no caso concreto e, dessa forma abranger ou expandir os caminhos para uma decisão legitimamente adequada.

E, para repensar o modelo processual e recuperar as reflexões dos capítulos anteriores, no entender de Dias (2012, p. 56-57), “As pessoas e não as Cortes estão no centro do desenvolvimento constitucional. [...]. A jurisprudência constitucional, nesse sentido, atualiza a concretiza a Constituição a partir da prática constitucional desenvolvida por toda sociedade.” Assim, pela via institucional criar novos espaços públicos ou reforçar os existentes para que as

⁷⁶ Segundo Streck (2012, p. 10), acerca do “princípio” da cooperação, “[...] aqui, cabe a mais singela pergunta: e se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de ‘não cooperação’? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?”

decisões judiciais sejam passíveis de intervenções sociais e, assim deslocar o ponto de análise para os elementos agregados pelas participações sociais.

Ainda mais que no controle concentrado de constitucionalidade os procedimentos se realizam “em abstrato”, suposto que isso seja possível. Com as participações sociais se pretende inserir o aspecto material ou substantivo na ciência social a ser aplicada na realidade social concreta. Pois, busca-se extraír das múltiplas intervenções dos *amici* os dados materiais concretos submetidos aos procedimentos técnicos (formais) do órgão competente.

Diante disso, a temática dos *amici* adquire inegável atualidade que exige redesenhar seus contornos de atuação processual. Para demonstrar algumas das recentes possibilidades de participações dos *amici*, posterior ao advento do CPC, ilustra-se com a ação popular⁷⁷ AP n. 1011189-79/DF. Proposta por 23 (vinte e três) cidadãos(ãs), em 30/08/2017, questionando o art. 3º, *caput* e parágrafo único e o art. 4º, da Resolução n. 01/99,⁷⁸ do Conselho Federal de Psicologia - CFP, ato normativo que veda a “patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas” e o “tratamento e cura das homossexualidades.”

A particularidade dessa ação judicial capaz de justificar sua inserção no presente tópico ocorre em virtude da atuação dos seis *amici*,⁷⁹ todos voluntários e com diversas origens sociais e estatais. Porém, as participações restaram pouco expressivas, basicamente por dois motivos: (i) inexistência de referências direta das manifestações, contrárias ou favoráveis, na sentença prolatada, e (ii) devido ao julgamento antecipado do mérito com base no art. 355, I, CPC,⁸⁰ pois, “não houve a necessidade de produção de outras provas” (BRASIL, 2015).

Verifica-se, portanto, a ausência de impactos diretos, ao menos de forma expressa e direta, das participações nas fases pré-decisional e decisonal. Contudo, a referência ou a citação nas decisões judiciais (despachos, sentenças e acórdãos) não serve como único critério para mensurar o impacto das participações sociais e da legitimidade democrática. Embora o mérito

⁷⁷ Diferentemente das ações de controle de constitucionalidade, conforme se sabe, a ação popular consiste num dos instrumentos para o exercício da soberania popular, positivado no art. 5º, LXXIII, CRFB/88. “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” (BRASIL, 1988).

⁷⁸ Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual.

⁷⁹ Quais sejam: 01. Defensoria Pública da União - PDU; 02. Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADVS; 03. Aliança Nacional LGBTI; 04. Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT; 05. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; 06. Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE (BRASIL, 2017).

⁸⁰ Cf. art. 355, CPC. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas (BRASIL, 2015).

da decisão judicial⁸¹ seja discutível e, passível de modificação pela interposição de recurso de apelação, conforme já se disse, o foco dessa abordagem recai sobre a amplitude da atuação dos *amici*.

Na linha do exemplo anterior, desta vez em sede de controle difuso de constitucionalidade, ilustra-se as possibilidades para as intervenções dos *amici* voluntários. No recurso extraordinário RE n. 859.376/PR, ainda pendente de julgamento, no qual se questiona a constitucionalidade da Resolução n. 192/2006⁸² do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, ato normativo que impede a utilização de qualquer “[...] vestuário/acessório que cubra parte do rosto ou da cabeça na foto utilizada para o cadastro ou a renovação da [Carteira Nacional de Habilitação] CNH.” (BRASIL, 2017, n.p.), por consequência, estabelece a proibição do uso de hábito religioso,⁸³ que por sua vez, viola o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, CRFB/88).

Embora a Ação Civil Pública originária⁸⁴ foi ajuizada a partir da representação de uma integrante do Instituto das Irmãs de Santa Marcelina, ligado à religião católica, junto ao Ministério Público Federal, o recurso extraordinário conta com pedido de admissão da União Nacional das Entidades Islâmicas e do Instituto Latino-Americano de Estudos Islâmicos - ILAEI, na qualidade de *amici* voluntários. Esses dois exemplos brevemente apresentados cumprem tão somente o objetivo de demonstrar os novos contornos e a versatilidade dos *amici* voluntários, especialmente das instituições religiosas.

Assim, embora os *amici* sejam parciais, encontram-se inseridos no exercício da participação social e da pluralidade interpretativa, não necessariamente no direito subjetivo de participação. E, tal qual Medina (2010, p. 278), “Conclui-se que o ingresso do *amicus curiae* contribui positivamente para o aumento das alternativas interpretativas do processo de tomada de decisões, promovendo a abertura procedural e a pluralização da jurisdição constitucional.” Razão pela qual, se sugere para a interpretação plural e aberta para que “o STF desça do pedestal e se aproxime da sociedade” (FERNANDES, 2014, p. 1.144).

⁸¹ O mérito decidido se refere à interpretação da Resolução n. 01/99, CFP, no sentido de adequá-la aos direitos fundamentais de liberdade de expressão da atividade intelectual e científica, bem como o livre exercício profissional (art. 5º, IX, XII, CRFB/88). Além de assegurar o desenvolvimento do patrimônio cultural brasileiro na modalidade criações científicas (art. 216, III, CRFB/88) pelos(as) psicólogos(as) ao “promoverem estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, pertinente à (re)orientação sexual”, nos tratamentos da homossexualidade egodistônica (BRASIL, 2017, n.p.). Registra-se que a manifestação da ANAJURE aponta para o mesmo sentido da decisão prolatada.

⁸² Especificamente, o anexo IV, “Instruções para o Preenchimento dos Dados Variáveis da CNH”, item 01, letra “e” da sobredita Resolução.

⁸³ Vestimenta tradicional e de utilização obrigatória para as freiras católicas composta pelo vestido e véu.

⁸⁴ Distribuída perante a 2ª Vara Federal da Subseção de Cascavel/PR, autos do processo n. 5009191-49.2012.404.7005/PR.

Para argumentar criticamente com as ideias apresentadas ressalta-se que os grupos religiosos, ou quaisquer outros grupos de pressão, se passassem a “fazer parte do tribunal” seria, sem dúvida, uma relação problemática. É certo que os *amici* devem apresentar suas opiniões, sem, contudo, pretenderem se tornarem uma espécie de “instância recursal” atuando como se fossem um “supratribunal constitucional”. Outrossim, participar, não é a mesma coisa que ser Juiz(a), Desembargador(a) ou Ministro(a), bem como a legitimidade do exercício da Constituição, não está vinculada ao poder ou ao grupo de poder.

Grosso modo, as teorias sobre os *amici* são contra-fáticas e, não raro tornam-se idealizadas, deduzidas de premissas com pouca plausibilidade na experiência concreta da jurisdição constitucional brasileira. Em sede de conclusão parcial, é possível afirmar que o aspecto inclusivo da interpretação constitucional, mediante as intervenções dos *amici*, além de aprimorarem os procedimentos jurisdicionais oferecem algumas das pré-condições para construir a legitimidade democrática pretendida.

3.3 Deliberações democráticas: diálogos entre os *amici* e o tribunal

Para articular os tópicos antecedentes, a partir das controvérsias teóricas sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, busca-se formular respostas (temporárias) capazes de contribuírem para a reflexão sobre o tema. Ao se seguir a proposta de Bovero (2002), tem-se a exigência de um complemento para a desambiguação do substantivo democracia, assim, se procura canalizar o adjetivo participativo dentro das formas e procedimentos previstos para as deliberações democráticas.

Noutras palavras, uma pretensa “justificativa democrática” para a decisão judicial poderá oferecer respostas contrárias as ideias elementares de democracia, a exemplo da observância aos direitos e garantias fundamentais, o respeito aos grupos não hegemônicos, ao devido processo legal, entre outros. Para tanto, inicia-se com as proposições teóricas de Hübner Mendes (2011) seguida da proposta de Godoy (2012; 2015) de democracia deliberativa e diálogos interinstitucionais.

A tensão entre a democracia e o constitucionalismo também é traduzível na disputa entre o parlamento e o tribunal, respectivamente. Guardadas as devidas proporções, o Legislativo e o Judiciário disputam por uma supremacia que somente deve ser atribuída à Constituição em seu sentido material e formal, entre texto e contexto histórico, enfim, na materialização dos compromissos públicos assumidos perante o povo, este não deve ser colocado de lado.

Por certo, as discussões acerca da soberania popular (democracia) e da imposição de limites materiais e formais (constitucionalismo) para seu exercício são anteriores e mais amplas que as análises desenvolvidas sobre a disputa contemporânea por supremacia parlamentar ou judicial. E trazem consigo uma dicotomia aparente entre democracia e constitucionalismo, pois, sem democracia não há constituição e vice-versa. Contudo, existe, no mínimo, uma relação conflituosa e instável.

Hübner Mendes (2011, p. 49), ao considerar as “instituições falíveis” e as controvérsias sobre a interpretação dos direitos fundamentais, coloca essa questão da seguinte maneira: “qual delas deveria ter o ‘direito de errar por último’[?]” Na verdade, qualquer das respostas (Congresso Nacional ou STF, no caso brasileiro) não são capazes, *per se*, de criarem ambientes ou práticas que se comuniquem frontalmente para a expansão dos direitos e das garantias fundamentais.

Nesse contexto, ao analisar o papel do Judiciário dentro de uma democracia, considera-se que “Uma decisão não é democrática em razão de um elemento isolado.” (HÜBNER MENDES, 2011, p. 110). Adicionalmente, cabe ressaltar que, “Só é democracia a democracia *par le peuple* ‘através’ do povo, ou melhor, através das regras que permitem e favorecem a participação dos cidadãos no processo decisório político.” (BOVERO, 2002, p. 44, grifos do autor). Por certo, as questões democráticas não devem ser analisadas apenas pelo ângulo do procedimento ou da substância, mas da junção de ambos os elementos.

Essa querela teórica produz argumentos e críticas convincentes para ambos os lados, cujas dimensões são relevantes sobretudo em países que possuem tradição de um controle de constitucionalidade forte (*strong judicial review*), como é o caso do Brasil, por exemplo. Um argumento a ser acrescentado é que o tribunal ao anular uma lei com base em sua inconstitucionalidade estaria realizando sua atribuição constitucional de interpretar o direito e não se sobrepondo as demais funções.

As críticas ao Judiciário, por sua vez, recaem sobre afirmações como a maior capacidade de análise e propriedade argumentativa dos(as) magistrados(as), são suposições que carecem de comprovação empírica. Também a pressuposição de que a decisão judicial é sempre mais acertada do que a lei declarada nula, consideram antecipadamente que a atividade legiferante encontra-se suscetível às barganhas políticas ou, por outras palavras, creditam uma “pureza moral” tanto na atividade jurisdicional, quanto na decisão judicial.

Não se deve, no entanto, desconsiderar que os parlamentos espelham majoritariamente as opções populares, por um lado, e que “juízes carecem de legitimidade democrática” (GODOY, 2012, p. 290), por outro lado. Da mesma forma que a regra majoritária constitui, em

princípio, um instrumento operativo democrático, contudo, não se prestam a justificar antecipadamente o impedimento ou a subtração de direitos e garantias fundamentais dos grupos não hegemônicos.

De igual maneira, nessa ótica, não parece possível que um órgão de baixa densidade social e democrática - como é o caso dos tribunais não eleitos pelo voto popular - capte sozinho os ideais democráticos à revelia dos(as) representantes submetidos ao crivo eleitoral e do próprio povo. Por outro lado, “A mera eleição pelo voto popular não assegura uma atuação efetivamente representativa e, portanto, legítima [...] por parte das instâncias majoritárias.” (MELLO, 2017, p. 404).

Sob pena de amesquinar o debate, deve-se considerar que existem hipóteses em que “instâncias majoritárias podem não ser representativas” da vontade popular e outras nas quais a “instância contramajoritária pode ser representativa”. A esse respeito Mello (2017) demonstra as possibilidades de que o STF atue tanto de forma contramajoritária, quanto majoritária.⁸⁵ O produto do confronto desses argumentos e contra-argumentos permite constatar o aspecto bastante idealizado tanto do “juiz Hércules” de Dworkin, quanto da “assembleia política” de Waldron, por exemplo. Definitivamente o “paternalismo político”⁸⁶ é uma hipótese que não se coaduna com o paradigma democrático de direito.

Mas, por certo, o direito exige uma decisão. E, a estrutura constitucional brasileira atribui ao STF a autoridade para dirimir as controvérsias sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos em face da Constituição da República de 1988. “Ainda que as decisões judiciais sejam absolutamente necessárias”, afirma Godoy (2015, p. 233), “elas devem ser compreendidas como mais uma voz, mais um elemento, na definição das normas constitucionais, e não a única ou a última palavra sobre elas.”

Consequentemente, a supremacia judicial e a “última palavra” contrapõem os deveres democrático e republicano de igualdade e de liberdade. Do mesmo modo, não decorrem da supremacia normativa da Constituição ou de uma tradição histórica,⁸⁷ tampouco da “guarda da constituição”⁸⁸ ou pela “opção institucional da Constituição”, positivada no art. 102, CRFB/88 (GODOY, 2015, p. 233-235). De igual monta sublinhar que “Quanto mais a Constituição se

⁸⁵ Sobre o tema consultar: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017, p. 402-423.

⁸⁶ Para Hübner Mendes (2011, p. 449), o citado substantivo consiste na “[...] supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participar das decisões coletivas.”

⁸⁷ Conforme Godoy (2015, p. 22), deve-se “superar o sofisma de que a supremacia judicial decorre de uma tradição histórica.”

⁸⁸ Segundo Godoy (2015, p. 87): “Guardar a Constituição não significa, portanto, ter a última palavra sobre seu significado.”

torna objeto de interpretação exclusiva, final e vinculante das cortes, mais a política democrática abandona o terreno da Constituição.” (GODOY, 2015, p. 43).

Existem outras opções apresentadas no contexto norte-americano, acrescenta Hübner Mendes (2011, p. 350), na ideia de um “constitucionalismo dialógico” ou de um “constitucionalismo popular mediado” desenvolvido por Barry Friedman que pretende a inserção de outros “poderes” como a vontade popular e a opinião pública nas discussões acerca da constitucionalidade das leis.⁸⁹ Nesse aspecto, existem algumas questões críticas precisam ser levantadas.

O tribunal, precisa negociar com outras instâncias, estatais e sociais, sempre em conformidade com o direito e com a Constituição. Desde que observados os procedimentos e os fundamentos do direito a decisão judicial apresentada pode contrariar validamente a opinião popular, sendo que a existência daqueles(as) que controvertem a decisão reforça o fato de que o direito, nem sempre, precisa gerar o consenso. Desse ponto em diante, serão trabalhadas as contribuições adicionadas pelas teorias: (i) da democracia deliberativa e (ii) dos diálogos interinstitucionais.

Para trazer à tona a proposta de democracia deliberativa,⁹⁰ Godoy (2012, p. 72-73), retoma a concepção de Estado moderno, sobretudo posterior a Rousseau, no qual “[...] o povo, soberano, ao se autolegislar (*sic*), cria e funda a Constituição [...]”, que contempla desde a formação orgânica estatal até o catálogo dos direitos e das garantias fundamentais. O argumento principal a ser abordado consiste em considerar o povo como um “partícipe necessário” (GODOY, 2015, p. 231) do “processo coletivo e público de discussão” (GODOY, 2012, p. 370).

Esse “órgão primário do poder” (BONAVIDES, 2005, p. 04), que tradicionalmente foi colocado às margens das decisões que envolvem a vida coletiva precisa ser trazido à colação. Com o propósito de recuperar esse ponto, a premissa é que as “[...] decisões judiciais e políticas que versem sobre direitos moralmente justificados tenham maior legitimidade democrática, é necessário que o povo participe dessas decisões.” (GODOY, 2015, p. 15).

Em sentido amplo, equivale a “concepção de uma política democrática, segundo a qual, as decisões e as políticas são justificadas por um processo de discussão entre os cidadãos livres e iguais e seus representantes” (GUTMANN; THOMPSON, 2002, p. 194). Nesses

⁸⁹ Sobre o tema, conferir: FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Farrar: New York, 2009.

⁹⁰ Formulada a partir das reflexões teóricas de John Rawls, de Jürgen Habermas, de Carlos Santiago Nino e de Roberto Gargarella.

termos, haverá uma “democracia participativa” quando o povo “[...] de forma livre e consciente, toma parte nas decisões políticas do Estado.” (JUCÁ, 2007, p. 51) ou uma “democracia deliberativa” quando se incluir “[...] os cidadãos no processo de tomada de decisões.” (GODOY, 2012, p. 120).

Ademais, a proposta de democracia deliberativa inicia-se com o debate na “esfera pública”, enquanto fator de legitimidade do direito (GODOY, 2012, p. 185) e resulta no “consenso provisório” (GODOY, 2012, p. 229). Um processo construído com as participações sociais, com todas as dificuldades que acarretam, ao mesmo tempo em que se satisfaz uma exigência do próprio modelo de Estado democrático de direito realiza um direito humano e fundamental, cujo aperfeiçoamento das participações será capaz de produzir o controle social ou “*accountability social*” (GODOY, 2012, p. 235), que de maneira difusa impõe restrições externas ao exercício da jurisdição.

A ausência desses mecanismos, entre outros fatores, proporciona as condições adequadas para que distorções aconteçam, a exemplo do chavão de que “a Constituição é o que os tribunais dizem que é”, segundo afirmou Hart (1994, p. 155), igual equívoco constatado no “giro decpcionista” kelseniano, segundo afirma Fernandes (2010b, p. 38).

Dentro da “concepção deliberativa de democracia” apresentada por Godoy (2015, p. 168), cumpre os objetivos epistêmico e finalístico. Naquele ao representar condição para que os diálogos entre as instituições aconteçam, tais diálogos podem ocorrer pela: (i) estrutura normativa, que exige participações externas de outras instituições, públicas ou privadas ou (ii) por intermédio da postura institucional. Como finalidade, a democracia deliberativa pretende a legitimidade democrática pela participação popular dentro dos espaços institucionais.

Portanto, segundo Godoy (2015, p. 168), “[...] a partir desse pressuposto, a interação dialógica entre as instituições tem um potencial epistêmico de alcançar melhores respostas e ao mesmo tempo estabelecer um parâmetro para avaliar a legitimidade de suas decisões.” Os esforços dos diálogos “[...] buscam conciliar a democracia majoritária e a interpretação contramajoritária constitucional.” (REZENDE, 2017, p. 18).

Tal proposta encontra-se sujeita as dificuldades, sobretudo pela atividade deliberativa, interna e externa,⁹¹ que ora se apresenta limitada (incompleta), ora inexistente evidenciando assim, a ausência de racionalidade decisória do STF, em grande parte atribuída ao modelo procedural de deliberação *seriatim*. Isto é, padrão no qual “[...] há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos ‘em

⁹¹ Conforme será visto no quarto capítulo.

série', um após o outro." (FREITAS; STEINMETZ, 2014, p. 233), haja vista que "[...] não há uma opinião da Corte e nem tampouco uma uniformidade das decisões individuais entre si." (GODOY, 2015, p. 209).

Não obstante, a contribuição que a teoria dos diálogos interinstitucionais pretende acrescentar em fornecer respostas provisórias para conciliar a jurisdição constitucional com a separação dos "poderes", sabe-se que a clássica versão dessa teoria consiste num dos principais argumentos na tentativa para deslegitimar a atuação da jurisdição constitucional. Todavia, a proposta de Godoy (2015, p. 240) consiste na "interação entre os Poderes, instituições e povo".

Ao lado disso, parece ser possível acrescentar o entendimento de Hübner Mendes (2011, p. 277) sobre diálogo, ou seja, o "[...] signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica." Uma vez que os procedimentos dialógico e inclusivo entre as instituições (públicas e privadas) e as pessoas (naturais e jurídicas), não devem estar apoiados em nenhuma concepção particular de "vida boa" ou "verdade moral" tanto como ponto de partida, quanto como ponto de chegada.

Godoy (2015, p. 242) acrescenta que a participação social nesses diálogos acerca da interpretação e da aplicação da constituição, passa "pela realização de audiências públicas e da admissão de *amici curiae*." No entanto, "Cabe a ele [relator(a)] possibilitar que mais vozes sejam ouvidas, sobretudo aquelas que têm poucas possibilidades de se fazerem audíveis." (GODOY, 2015, p. 242), em alguma medida, essa sugestão tem sido acolhida na atuação do STF embora com algumas dificuldades, conforme será visto no quarto capítulo.

Desse ponto em diante, percebe-se que as possibilidades de atuação são determinadas pela excessiva carga decisória atribuída ao(à) relator(a) do processo, responsável por traçar os contornos decisórios da jurisdição constitucional brasileira. Além disto, Godoy (2015, p. 202) observa que os(as) Ministros(as) do STF "[...] fazem mais referências expressas às razões e aos argumentos apresentados nas audiências públicas [...]" em relação aos argumentos dos *amici*.

A partir da democracia deliberativa, enquanto instrumento teórico, busca-se orientar as condutas (positivas e negativas) das instituições, públicas e privadas, e de seus agentes para construir as dimensões de legitimidade. Colabora, portanto, para "[...] promover o debate democrático, incluir possíveis minorias alijadas do debate, incrementar e descontinar argumentos, mas não para impor verticalmente a toda a sociedade a interpretação constitucional que alguns poucos juízes entendem como correta." (GODOY, 2015, p. 98).

Em resumo, a inserção das participações sociais no espaço público institucional somente tem razão de ser, para "[...] fazer com que as instituições dialoguem entre si e também com o povo [...]" (GODOY, 2015, p. 168). Conforme já se disse no segundo capítulo, isso não

decorre apenas da possibilidade das participações sociais, mas, principalmente de que são viáveis para o aperfeiçoamento do modelo democrático de direito. Assim, a democracia deliberativa e os diálogos interinstitucionais, juntam-se as outras sugestões como caminhos para se atingir a legitimidade democrática, mas, podem fazer parte tanto do problema, quanto da solução. Por certo, são sugestões críveis e não panaceia definitiva para as controvérsias constitucionais.

3.4 Legitimidade de quem? Para quê?

Nesse momento, serão desenvolvidas as reflexões iniciais sobre o tipo de participação social que se pretende legítima dentro do Estado democrático de direito brasileiro. Para colocar em evidência o pluralismo externo à jurisdição constitucional, ou seja, diretamente ligado ao número de agentes sociais envolvidos, porém, não se resume à mera contagem quantitativa. No campo da participação social, conforme já visto no tópico 3.1 do presente capítulo, não há atuação ideologicamente neutra, do mesmo modo que não há, se é que já houve, “teoria pura”.

Para majorar as capacidades do debate público e, por consequência, a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional deve-se incluir, na máxima medida possível, as participações sociais de forma eclética e democrática. Ora, se a democracia não impõe, necessariamente, uma visão individual de “vida boa” parece adequado que múltiplas visões componham o repertório de interpretação constitucional. Para início dos trabalhos, nesse tópico serão recuperadas as controvérsias sobre as dimensões de legitimidade para oferecer respostas à questão da legitimidade dos *amici* e, por consequência, de suas intervenções no controle de constitucionalidade.

Essa contenda teórica desenvolve-se no contexto norte-americano, no qual Waldron (1999, p. 23), ao recusar o controle judicial das leis, defende que “A legislação é estruturada de um modo que representam (ou afirmam representar) os desacordos mais sérios e substanciais que existem na sociedade e da forma como esta deve ser organizada”. Equivale a dizer que as respostas para os desacordos são compostas de forma mais adequada pelo produto da atividade legiferante, no qual os(as) eleitores(as) estão representados segundo as regras democráticas.

Ao passo que no processo deliberativo dos tribunais os fundamentos são corporificados sob a forma de argumentos que aparecem em um julgamento escrito (WALDRON, 1999, p. 26), nessa modalidade, não se encontra necessariamente a manifestação da vontade do eleitorado. Mesmo porque, às vezes, faz-se necessário que o tribunal até contrarie a “opinião popular”, outras vezes confirme, mas, por certo, que não a ignore.

Sabe-se que um dos atuais critérios de validade para o direito é sua compatibilidade com a constituição e, na visão de Waldron (1999, p. 53), a legitimidade democrática deve ser considerada como um valor político alcançado mediante as razões práticas numa assembleia política. A deliberação legislativa, pressupõe a existência de “[...] um lugar onde as pessoas se reúnem, que são diferentes umas das outras - nos seus antecedentes, experiências e crenças - e muitas vezes se opõem às outras - em suas opiniões sobre política, justiça social e direitos.” (WALDRON, 1999, p. 72).

As relações se adensam quando “Temos de relacionar os princípios democráticos com a complexa textura do direito.” (WALDRON, 1999, p. 86), que dependem das circunstâncias particulares de cada caso, da valoração interpretativa, entre outras características. Cabe ressaltar que não há confusão entre representação e substituição no modelo democrático, pois os “Legisladores são um corpo diverso do povo, desenhado por diferentes grupos em uma sociedade multicultural e heterogênea.” (WALDRON, 1999, p. 123). Uma multiplicidade de visões inserida em um órgão institucional específico.

Com essas considerações e inspirado nas ideias de John Rawls, Waldron (1999, p. 152) afirma que numa “[...] sociedade bem ordenada não pode ser esperada para ser uma sociedade de consenso religioso ou filosófico.” O dissenso ou “desacordos razoáveis” (WALDRON, 1999, p. 268), passam a ser ao mesmo tempo inerentes e constitutivos das sociedades contemporâneas. Esse autor sugere ainda que “O direito de participação popular em todos os aspectos da governança democrática é um direito no qual está profundamente conectado com os valores da autonomia e da responsabilidade celebrados com outras liberdades.” (WALDRON, 1999, p. 213).

Trata-se, porém, de uma presunção abstrata que não deixa consignada, de forma objetiva, os limites para as participações, mas, ao certo, “A relação entre democracia e sua condição de legitimidade pode ser representada como uma relação entre direitos.” (WALDRON, 1999, p. 284). Para essa afirmação pode-se objetar se a legitimidade estaria circunscrita às cercanias da democracia representativa e se apenas o processo eleitoral seria suficiente para tanto.

Ao rebater a tese de compatibilidade entre a democracia e o *judicial review* questiona a legitimidade tanto do tribunal, quanto de seus procedimentos que passam ao largo da responsabilização eleitoral (*electoral accountability*) (WALDRON, 1999, p. 309). De toda sorte, os objetivos de pesquisa delineados no primeiro capítulo não permitem aprofundar, em um nível mais detalhado, esse argumento.

Tampouco restringir o problema da legitimidade democrática apenas ao local de deliberação (tribunal ou parlamento) sobre os direitos e garantias fundamentais. Contudo, nesse particular, não há como negar que tanto a composição do tribunal, quanto sua atuação ocorrem de maneira pouco democrática. No entanto, a despeito dessas “dificuldades contra majoritárias” (HÜBNER MENDES, 2011, p. 68), ocorrem possibilidades para aumentar a legitimidade da jurisdição constitucional à medida que incluir, na maior medida possível, os(as) potencialmente afetados(as) pela norma constitucional.

“Incluir”, escreveu Alves (2013, p. 45), “significa, em um sentido amplo, dar abertura para todas as possibilidades em um discurso marcado por dissensos morais significativos.” Portanto, nas sociedades hipercomplexas as demandas por inclusão e reconhecimento são potencializadas, mas, para que possam ser minimamente atendidas é preciso dessacralizar a atividade jurisdicional como um todo, ao contrário de menosprezar sua contribuição, significa compreendê-la a partir e para além de suas “virtudes” e dificuldades.

Em igual medida, se exige avaliação crítico-reflexiva da inserção das participações sociais na jurisdição constitucional, para que se possa identificar a relação direta entre o crescimento da “fiscalização e controles sociais” e a maior “necessidade de o poder público demonstrar que seus atos são legítimos.” (CAMBI, 2009, p. 144). Incorporar os conhecimentos sociais na interpretação constitucional é atribuir potencial emancipatório as dimensões políticas e sociais da jurisdição constitucional. Mesmo porque “A legitimidade, por sua vez, perpassa pela noção de participação política em sentido estrito e participação na vida real dos direitos.” (ALVES, 2013, p. 45).

Não se trata de investigar a legitimidade democrática apenas do ponto de vista jurídico-formal, mas de conhecer as reais possibilidades de tornar os espaços públicos institucionais em zonas de livre circulação de ideias, desta forma, “O reforço à democracia se faz a partir da oportunidade de participação do cidadão.” (ALVES, 2013, p. 50). O sentido que se atribuí ao substantivo democracia corresponde a uma espécie de território conflituoso e instável que não cabe ser idealizado como algo uno e homogêneo. Porque o dissenso é o que está no “cerne da política” (RANCIÈRE, 2014, p. 59) e também a substância a partir da qual se permite construir a democracia (GODOY, 2012, p. 340; 2015, p. 106).

Para que a jurisdição constitucional possa, de fato, ser legítima além de incluir as participações sociais deve-se efetivar a isonomia processual e fazer valer os compromissos significativos para que as “portas dos tribunais”, sobretudo o constitucional, permaneçam abertas para as pessoas e as instituições afetadas ou interessadas pela decisão judicial a ser

prolatada. Vale frisar que isso não equivale a cerrar os olhos para as dificuldades de realização prática da proposta inclusiva de jurisdição constitucional.⁹²

De modo objetivo, é compreender que as decisões judiciais necessitam da justificação no direito e do envolvimento social. Trata-se, portanto, de uma atuação institucional compatível com o “[...] compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.” (CITTADINO, 2002, p. 136). Para ofertar ao tema das participações sociais além de uma elaboração teórico-abstrata (necessária, porém, insuficiente) deve-se caminhar no campo da prática, pois, legitimidade democrática representa mais que do que participar, exige-se das instituições, públicas e privadas, bem como de seus agentes um alto nível democrático.⁹³

Transitar nos espaços institucionais, em alguma medida, significa preencher democraticamente o vácuo de participação política dos extratos sociais não hegemônicos. Ao mesmo tempo, consciente de que não há “interesse institucional” plenamente isento ou desacompanhado de outros interesses, haja vista que os sujeitos sempre falam a partir do espaço no qual estão inseridos. Nessa abordagem, inserem-se os *amici curiae* não apenas no nível informativo da interpretação constitucional, mas com as visões concretas daqueles(as) afetados(as) pelas decisões judiciais.

Questão central que se coloca é estabelecer os critérios para classificar um conhecimento como válido ou não para o deslinde das controvérsias constitucionais. Pois, diverso do que acontece com os *amici* fiscalizatórios, cuja legitimidade decorre da especialização e da obrigação ou permissão legal, as participações voluntárias são determinadas, dentre outros critérios, pela “relevância, especificidade e repercussão”. Talvez por isso, a aguda diferenciação entre os mecanismos de participação social (especialistas e voluntários), pretenda justamente silenciar o dissenso existente na sociedade.

A par disso, a legitimidade democrática se desenvolve a partir do lugar de fala e de ação das pessoas concretas, que trazem à tona não apenas decisões judiciais substantivas e com maior aderência à realidade social, também revelam as tensões existentes no repertório teórico-jurídico. Para sair do pré-estabelecido (sociedade fechada dos(as) intérpretes constitucionais), as intervenções dos *amici* devem ser avaliadas como condição para que outros feixes conceituais sobre os regimes de verdades, em termos constitucionais, possam aparecer.

⁹² Conforme Araújo (2009, p. 172), verifica-se uma postura “centralista” em relação ao STF, ao mesmo tempo em que um “[...] estreitamento da participação dos estados-membros no exercício da jurisdição constitucional federal.” Ou seja, existem dificuldades até mesmo em relação as unidades da federação para acessar o Tribunal quem dirá, então, da sociedade civil.

⁹³ Segundo Dahl (2006, p. 03), consiste no “processo pelo qual cidadãos comuns exercem um nível relativamente alto de controle sobre os líderes.” No Brasil, Moisés (2008, p. 12), indica que “[...] além do direito de escolher governantes, os eleitores podem fiscalizar e exercer controle sobre a atuação deles.”

Não se trata de simplesmente acrescentar os componentes sociais que corroborem os posicionamentos individuais do(a) relator(a), doutra sorte, tornar a interpretação plural e aberta e o processo de tomada de decisão coletivo. Nessa perspectiva, as participações sociais potencialmente tornam as práticas constitucionais mais transparentes e inclusivas, capazes de refletirem o desenho valorativo de sociedade democrática que se pretende construir.

Ao inserir o sentido material da constituição, pela comunicação direta entre os *amici* e as autoridades estatais na determinação dos sentidos e alcances constitucionais, evidencia-se as contradições sociais e jurídicas existentes. Portanto, semelhante à ilegitimidade da sociedade fechada dos(as) intérpretes é possível vislumbrar que as participações sociais desprovidas de substância ou incapazes de reconfigurarem a experiência constitucional também abrem “fissuras” no Estado democrático de direito.

Legitimidade democrática, consequentemente, perpassa pelo processo de deliberação compartilhada entre a sociedade civil organizada e o Estado e, as críticas endereçadas à sociedade fechada dos(as) intérpretes da Constituição tornam transparente o exercício de uma jurisdição constitucional que não delibera suficientemente, apenas apresenta um somatório de decisões individuais. De outro lado, o projeto de compartilhamento contribui para a compreensão dos problemas relacionados às intervenções dos *amici* e fornece justificativas para a desconcentração interpretativa, por isso, coloca-se em xeque a suposta exclusividade interpretativa que não decorre do art. 102, I, “a”, CRFB/88, muito menos da interpretação sistemática do Texto Maior.

Logo, para que as participações sociais e, por sequência, as decisões judiciais sejam legítimas exige-se prévia e efetiva contribuição dos(as) agentes, estatais e sociais, envolvidos(as). E, o controle concentrado de constitucionalidade torna-se fecundo à medida que congrega diversas (re)leituras sobre a constituição e, ao contrário, torna-se limitado quando ocorre a diminuição injustificada dessa diversidade. O ponto a ser explorado é que a atividade interpretativa desenvolvida no controle de constitucionalidade, realizado com exclusividade pelos(as) Ministros(as) do STF, não deve ser uma função exclusiva dos órgãos estatais.

Minimamente respondida à questão sobre a legitimidade dos *amici*, passa-se, então, ao segundo questionamento acerca da finalidade, contida na segunda parte do subtítulo do presente tópico. Das páginas passadas restou consignado o entendimento de que a pluralidade de interpretações, a possibilidade de participações e a decisão imparcial constituem indicativos para a legitimidade democrática pretendida. Nesse sentido, quando se questiona acerca dos objetivos, percebe-se que “[...] o processo decisório existente, concentrado nas mãos de uma

elite, teve que ser substituído por um processo mais aberto de reflexão coletiva.” (GARGARELLA, 2000, p. 01).

O modelo tradicional de tomada de decisões cede espaço para que diversos grupos auto interessados intervenham, de acordo com suas preferências, sobre a (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Segundo Gargarella (2000, p. 105-106), “[...] a ideia de avaliar a opinião de todos aqueles potencialmente afetados parece combinar com algumas das intuições mais básicas sobre a justiça.” Por isso, não parece inteiramente objetável a inclusão da maior quantidade possível de participações sociais na jurisdição constitucional. Contudo, o contraste na conciliação dos interesses, ao que tudo indica, conduz Gargarella (2000, p. 121) a questionar o porquê de se esperar “decisões razoáveis e imparciais do ‘confronto de atores interessados?’”

Antes, porém, deve-se perguntar acerca das condições fáticas e jurídicas para que o debate público e a estrutura deliberativa produzam os resultados mais adequados a partir das atuais opções constitucionais. Deliberar é antes de tudo, a arte de realizar escolha de uma entre outras opções possíveis, mediante cálculos racionais, isto é, passível de reconstrução intersubjetiva, de verificação e de controle externo. Nesse sentido, o pressuposto para as deliberações interpretativas assenta na pluralidade, contudo, esbarra na seguinte indagação: “Quais instrumentos disponíveis para forçar uma mudança na opinião judicial?” (GARGARELLA, 2000, p. 116).

Pela própria colocação desse questionamento instiga a necessidade de refletir sobre a pluralidade dos(as) agentes interpretativos. Bem por isso, Gargarella (2000, p. 116), sugere um contínuo “processo de diálogo democrático” (*process of democratic dialogue*) realizado com diferentes grupos. Por consequência, o objetivo moderno de distribuir igualitariamente as oportunidades entre as pessoas de uma comunidade política “[...] leva em consideração os pontos de vista de todos estes potencialmente afetados pelas decisões democráticas.” (GARGARELLA, 2000, p. 116).

Capta-se, portanto, uma possível resposta quando se considera a finalidade de promoção do bem de todos(as), pautado pelas participações no debate público acerca da (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, sabidamente um dos objetivos da República (art. 3º, IV, CRFB/88). De todas as reflexões apresentadas até agora extraem-se duas conclusões: *(i)* a participação social é insubstituível e, *(ii)* o resultado das participações dos “*amici parciais*” deve atender aos interesses comuns. Mas, existem limitações fáticas para que todos(as) os(as) destinatários(as) das normas jurídicas apropriem-se diretamente do direito à participação.

Portanto, para que essas participações sociais sejam exequíveis devem ser mediadas por instituições da sociedade civil organizada. Para demonstrar que não se trata da tradicional hipótese de exclusão antecipada das pessoas concretas dos processos de tomada de decisão, ao contrário, tem-se na mediação institucional uma possível resposta capaz de realizar as participações sociais. Além disso, a adoção dessa medida se justifica em face da “opacidade do direito” (CÁRCOVA, 1988).

Trata-se de um fenômeno que dificulta, quando não impede, o entendimento e a compreensão do direito e se desenvolve nas formas interna (endógena) e externa (exógena). As reflexões do autor aprofundam nas causas e consequências da segunda modalidade, pois, “[...] a mensagem da ordem jurídica estatal não chega - materialmente - a periferia da estrutura social.” (CÁRCOVA, 1998, p. 14). Essas contribuições tornam-se significativas à medida que colocam a prova “[...] o papel e a ‘disponibilidade’ do direito por parte dos cidadãos” (CÁRCOVA, 1998, p. 54).

Conforme visto no segundo capítulo, uma das consequências diretas de uma sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição é reforçar a “exclusão da conversação social” (CÁRCOVA, 1998, p. 56). De tal modo, quanto maior for o entrelaçamento do “manto da opacidade”, explica Cárcova (1998, p. 93), “[...] menores serão as possibilidades de as pessoas compreenderem o direito que as rege.” Assim, ao se considerar “[...] que nem todos podem compreender o discurso do direito e dele se apropriar. Para muitos, hoje talvez para a maioria, o direito é um discurso opaco, crítico e com isso distante e indisponível.” (CÁRCOVA, 1998, p. 59), aperfeiçoa-se um círculo de exclusão das participações sociais de toda e qualquer interpretação do direito especialmente da interpretação constitucional.

Para fazer avançar a proposta das participações sociais é crucial oferecer soluções, ainda que provisórias, para admitir o maior número possível de intérpretes constitucionais. O problema é como fazê-lo, se o direito ainda se apresenta (ou é apresentado) de forma opaca? Diante dessa indagação surgem pelo menos duas opções: (i) reforçar e ampliar os espaços da autoridade e da tradição de uma sociedade fechada dos(as) intérpretes; (ii) prosseguir na investigação de métodos capazes de solidificar as práticas inclusivas.

Desenvolve-se a segunda opção a partir da proposta dos *amici* voluntários apresentado no tópico 3.1 do presente capítulo, embora consciente das dificuldades que a acompanham. De certo modo, a insuficiência das visões tradicionais impulsiona “[...] novos atores que gerariam um espaço capaz de legitimar formas normativas extra-estatais (*sic*) [...]. Constitui a dinâmica de um espaço público aberto e democrático.” (CÁRCOVA, 1998, p. 100).

São formas de representação para as participações sociais, que, por sua vez, impactam, positiva ou negativamente, a jurisdição constitucional. Ao que tudo indica, encampar os ideais de uma sociedade aberta significa comprometer-se com as participações sociais, operacionalizadas pelas intervenções dos *amici* voluntários, que por sua vez, está em conformidade com a legitimidade democrática pretendida.

Essa abertura constitucional acarreta desafios e dificuldades, tais como compartilhar interpretações e conhecimentos com diversos(as) intérpretes, que igualmente se pretendem legítimos(as) dentro das sociedades hipercomplexas. Certo de que as limitações à algumas participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade somente se justificam quando concretamente fundadas nos resultados nocivos para o Estado democrático de direito.

Compete retornar à problemática central para compreender o papel das instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Em princípio, assim como as instituições seculares, é desempenhar as funções de concretizar o direito humano e fundamental à participação na vida política, de pluralizar a interpretação constitucional, de tornar a sociedade mais aberta e de reduzir a opacidade do direito.

No entanto, conjugar os conhecimentos específicos das instituições religiosas em cooperação com o interesse público, implica repensar concepções fundantes do paradigma democrático de direito tais como a laicidade, a participação social, a legitimidade democrática e a interpretação constitucional. Sob pena de representar uma espécie de “moralismo ingênuo” absolutamente ineficaz em meio à “babel dos discursos políticos” (BOVERO, 2002, p. 10).

Assim, reitera-se a proposta das reflexões de Häberle (1997; 2013), como ferramental teórico para aumentar (ou inserir) a legitimidade democrática no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Mas, a dúvida que se coloca é compreender se seria possível confirmar essas expectativas teóricas na experiência constitucional brasileira, essa pergunta reclama uma testagem empírica, a ser desenvolvida no quarto capítulo.

4 REALIZAÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

No presente capítulo procura-se redimensionar os motivos para a existência de uma sociedade fechada em termos de interpretação constitucional, dentre os quais se destaca a laicidade. Assim, passa-se a examinar até que ponto as intervenções das instituições religiosas no controle de constitucionalidade brasileiro concretizam a participação social, sem, contudo, comprometer as configurações mínimas do dever estatal de laicidade.

Viu-se até agora a necessidade das participações sociais na jurisdição constitucional, numa abordagem teórica-conceitual, em sequência, foram abordadas as dimensões de legitimidade tanto da jurisdição, quanto das participações sociais, especificamente falou-se acerca das possibilidades dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. De agora em diante o objetivo será verificar a realização das participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, ou seja, em que medida essas intervenções sociais impactam na decisão dos(as) Ministros(as) do STF.

Ao se levantar as publicações existentes sobre jurisdição constitucional percebe-se que, majoritariamente, os trabalhos privilegiaram a investigação teórica (FREEMAN, 1991; HÄBERLE, 1997 e 2013; NOVECK, 2008; VIEIRA, 1989; entre outros), com destacadas exceções,⁹⁴ observa-se um vácuo de pesquisas empíricas ou aplicadas sobre o tema. Por isso, surge a necessidade de verificar empiricamente como os significados tradicionais de laicidade, de cidadania, de liberdade, de igualdade, de direitos humanos e fundamentais, de pluralismo, dentre outros, estão organizados na “prática institucional do Tribunal”.

Esta pesquisa busca colaborar para diminuir ou preencher parcialmente essa lacuna identificada. Em que pese a necessidade de investigações teórico-bibliográficas, os resultados obtidos por esse método de pesquisa revelam-se insuficientes para alcançar os propósitos traçados no primeiro capítulo, portanto, prossegue-se na vertente aplicada. Até agora, foram consignados basicamente dois entendimentos na perspectiva do Estado democrático de direito: (i) a fundamentalidade das participações sociais e (ii) a legitimidade democrática construída, também, pelas intervenções substantivas dos *amici*.

⁹⁴ Sobre o tema, entre outros, consultar: BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília, 2014, p. 01-82; GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.* 2015. 266 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná - UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil.* *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, 2016, p. 105-133.

A retomada do pensamento teórico que fundamenta a participação plural e, a consequente legitimidade democrática, será debatida a partir da ADPF n. 54/DF e da ADI n. 4.439/DF,⁹⁵ busca-se fundamentar na experiência constitucional brasileira o acolhimento ou a rejeição da legitimidade das participações das instituições religiosas, enquanto espécie da participação social. Para constatar como o problema da colidência existente entre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade e o dever estatal de laicidade pode ser “respondido”. Eis a tensão que se coloca em destaque neste capítulo.

Para sustentar esta opção metodológica e realizar a interconexão da jurisdição constitucional, dos *amici curiae* e das instituições religiosas vale acrescentar que as “conotações religiosas”, os “valores morais” e o “conteúdo social”, não são traduzíveis pelos clássicos métodos de interpretação jurídica. Por isso, conforme ressalta Medina (2010, p. 119-120), diferentemente de ignorar essas e outras “dimensões metajurídicas” que estão presentes no exame da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo com a constituição, “[...] convém ao juiz [Tribunal] escutar o que a sociedade, em suas mais diversas manifestações, sente a respeito da norma que lhe toca como intérprete da Constituição, uma vez que é destinatário último da mesma.”

Devido a sua atualidade, o tema é recorrente em estudos nacionais e estrangeiros. Fundamenta-se com um exemplo icônico que ilustra as tensões existentes entre a laicidade e as visões sobre a democracia. Em meados de 2004, a “Assembleia Nacional da França” (*Assemblée Nationale*) aprovou a “Lei da Laicidade”, que proíbe a utilização de “[...] símbolos ostensivos (como véus islâmicos, quipás, solidéus judaicos e grandes crucifixos) nas escolas, hospitais e edifícios da administração pública.” (CAMBI, 2009, p. 69). A sobredita lei surge para supostamente assegurar o “caráter laico” da educação pública.

Contudo, dentro do norte interpretativo de “restrições dos direitos humanos” o principal objetivo consiste em subtrair ou denegar “[...] direitos aos imigrantes principalmente os de origem muçulmana.” (CAMBI, 2009, p. 69). Nesse mesmo sentido, Sarmento (2016, p.

⁹⁵ Parte das reflexões apresentadas nos tópicos 4.2 e 4.3 foram trabalhadas de modo introdutório em: OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A formação da *endoxa* na jurisdição constitucional brasileira: uma teoria, duas interpretações e dois casos práticos. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa. et al. (Org.). *A insanidade do mesmo: ética e hermenêutica a céu aberto*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 89-105; OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A legitimidade dos *amici curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF. In: CABRAL, Rafael Lamera Giesta; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Novos Direitos: Direito, Estado e Constituição*. São Carlos: CPOI/UFSCar, 2018, p. 144-158 (Novos Direitos, 08); OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Entre a laicidade e a democracia: contrapondo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF. In: XIX Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO. *Democracia participativa, Estado e laicidade: Psicologia Social e enfrentamentos em tempos de exceção*, 2017, Uberlândia, MG. *Anais...* Uberlândia: ABRAPSO, 2017, p. 634-635.

268, grifos do autor), alerta para os equívocos provocados pela proibição do uso dos trajes típicos da religião muçulmana (*burkha*), devido a essa distorção, sustenta que:

A laicidade impõe neutralidade do *Estado* em matéria de religião, mas não legitima a interdição de manifestações religiosas das *pessoas* nos espaços públicos. O princípio da laicidade deve ser compreendido como uma garantia constitucional da liberdade de religião, que visa a protegê-la e a robustecê-la, e não como uma força oposta, que a debilita.

Nesse cenário, resta a conclusão de que tanto em “países islâmicos tradicionalistas”, quanto na França, as mulheres não possuem liberdade, pois, estão obrigadas ou proibidas de utilizarem o véu (BOVERO, 2002, p. 74). Tais questões se tornam ainda mais agudas ao considerar que essas discussões foram submetidas ao controle de constitucionalidade francês e, ao final, o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*)⁹⁶ considerou a restrição legislativa em conformidade com a constituição francesa.

Essa decisão foi objeto de contundentes críticas de Dominique Rousseau (2012, p. 01), ao considerar que “[...] o Conselho Constitucional tem por função proteger os direitos e as liberdades garantidas pela Constituição;” e não subtraí-los arbitrariamente. Portanto, o citado autor afirma que o “Conselho Constitucional, enquanto guardião das liberdades públicas, é algo insustentável e impensável.” (ROUSSEAU, 2012, p. 03).

Nesse sentido, a invisibilidade de determinadas religiões termina por desempenhar a função de laicismo. Conforme se sabe, significa oposição às religiões e, nesse contexto, o que está “[...] por detrás do laicismo, há o interesse ideológico de reprimir as camadas mais baixas da população.” (CAMBI, 2009, p. 70). Então, seria possível cogitar que nem sempre a consideração e o atendimento de determinadas aspirações de origem religiosa são contrárias ao modelo democrático de direito.

Para explorar outra perspectiva para este assunto Barroso (2003, p. 106-107) considera a contribuição da “doutrina social da Igreja Católica”, para o reconhecimento dos direitos políticos, individuais e coletivos, numa “[...] conjugação de pré-condições econômicas e sociais bem definidas atinentes a necessidades básicas de alimentação, saúde, instrução e rendimentos mínimos.”

Há que se objetar, todavia, a contradição em relação a laicidade apresentada por Santos (2001, p. 316), como condição de possibilidade para a modernidade, pois, “[...] enquanto Estado secular, assente num princípio de separação entre a igreja e o Estado, criava uma cultura pública específica, o secularismo, que a prazo tornaria a identidade religiosa obsoleta.” Porém,

⁹⁶ Embora o Conselho Constitucional exerça jurisdição constitucional, na França não há como falar num órgão tipicamente jurisdicional (vide nota de rodapé n. 48).

conforme já se disse, as participações das instituições religiosas estão inseridas nas participações sociais e, ambos os elementos “[...] constituem uma caixa de Pandora de que podem jorrar tanto energias destrutivas, como energias construtivas.” (SANTOS, 2001, p. 319).

Isso, contudo, é uma dificuldade que deve ser debatida e contornada pelo Estado democrático de direito, que não deve vetar as participações sociais, sob pena de fazer com que a laicidade seja reduzida a um *slogam* vazio utilizado para interditar as participações da sociedade civil organizada, ou seja, a manutenção ou a criação de uma sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição.

De certo, o ato de decidir pressupõe a exposição de argumentos e de contra-argumentos realizada em momentos anteriores (fase pré-decisional) e, em princípio, uma decisão democrática é aquela composta pelo maior número possível de agentes envolvidos e também pela capacidade de levar em consideração distintos pontos de vista. Contudo, as assimetrias entre os agentes, não necessariamente entre o conteúdo das narrativas, deve ser objeto de constante preocupação dos(as) magistrados(as), em geral, e dos(as) Ministros(as) do STF, em particular.

Assim, conforme ressaltado no terceiro capítulo, as atuações dos *amici* espontâneas ou requisitadas pelo(a) relator(a) do processo atuariam como um mecanismo para mitigar ou corrigir eventuais distorções. A problemática relação provocada pela disparidade de força (econômicas e de oportunidades) existente nos níveis societais, em larga medida, são também reproduzidos nas instituições religiosas. Essas relações fáticas preexistentes não devem confirmar ou retroalimentar as relações processuais orientadas para a formação ou confirmação de uma sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição.

Ao inverso, a partir dessas relações trazer à tona o valor diferenciado que o conflito possui dentro da democracia enquanto incorporação da diversidade étnico-religiosa (BADER, 2007, p. 190). Portanto, não se trata de instrumentalizar as experiências sociais para simplesmente colaborar com “os(as) onze sábios(as) supremos(as)”, pois, quando se insere outras partes na estrutura jurídica, altera-se também as configurações sociais.

Pela utilização coletiva desse espaço público institucional almeja-se redistribuir os caminhos para que as reivindicações e sobretudo para que as decisões judiciais, sejam uma experiência dissensual ligada ao exercício da crítica. Logo, a pretensão de validade entre as disputas interpretativas sobre as realidades da constituição, em seu sentido material e formal, faz com que o tribunal seja capaz de se comunicar com as diferentes normatividades seculares e religiosas.

Antes, porém, cumpre delimitar o cenário de estudo. Esse capítulo será estruturado em quatro tópicos que objetivam, respectivamente: (i) traçar as configurações mínimas para o dever estatal de laicidade no sentido de possibilitar a igualdade e a liberdade entre as instituições seculares e religiosas; (ii) a partir dos dados documentais da ADPF n. 54/DF, verificar as possibilidades de uma suposta sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição, especialmente pela análise das decisões denegatórias de admissão dos *amici* voluntários de matriz religiosa; (iii) a partir dos dados documentais da ADI n. 4.439/DF, verificar as possibilidades de uma suposta sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição, contrastada com as participações formais; e, por fim, (iv) a par dos posicionamentos levantados acerca da interpretação constitucional analisar alguns dos dilemas existentes entre as pluralidades interpretativas e o dever estatal de laicidade.

4.1 Configurações mínimas do Estado laico: religiões, culturas (a)teístas e instituições religiosas

A voz ativa dos(as) cidadãos(ãs) religiosos(as) não é capaz de subtrair a laicidade do Estado. Para analisar criticamente essa afirmação e as particularidades que o dever estatal de laicidade representa dentro do paradigma democrático de direito, sem perder de vista sua relação com as participações sociais lança-se mão de algumas reflexões iniciais. A seguir, desenvolve-se algumas nuances sobre as religiões, as culturas (a)teístas e as instituições religiosas para repensar as possibilidades de uma sociedade aberta dos(as) intérpretes constitucionais em suas especificidades.

Por certo, não se trata da defesa deste ou daquele ponto de vista religioso, tampouco uma análise criteriosa das raízes da religiosidade na sociedade brasileira, mas, de desenhar as configurações mínimas para um Estado que se pretende, ao mesmo tempo, laico e democrático. Vale, mais uma vez reforçar a tese central. Conforme já se disse, no primeiro capítulo, ser contrário(a) ou favorável as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro é dizer menos do que deveria.

Dessa feita, serão desenvolvidos três pontos específicos sobre as configurações mínimas do Estado laico: (i) a existência de um profundo desacordo acerca das questões religiosas; (ii) passando pelo direito à manifestação (ou não discriminação) das culturas (a)teístas e, por fim, (iii) as participações das instituições religiosas na construção do Estado democrático de direito.

Apresentado o itinerário, inicia-se como diria Waldron (1999, p. 01), que se discorda não apenas da existência de Deus e do significado da vida, mas há profundos desacordos que constituem a gênese desses temas. A proposta do presente tópico não passa pela sobreposição de perspectivas religiosas com a produção de um consenso universalizante de chegada. Sobre as religiões, as visões são múltiplas e complexas, contrárias e contraditórias entre si e, a partir de profundos desacordos religiosos e democráticos traduzir a diversidade na contemporaneidade.

No lado ocidental do mundo ainda persiste relativa desconfiança em relação ao papel que as religiões desempenham na sociedade. Pois, é sabido que “A religião é o ópio do povo!” Segundo Marx (2010, p. 145, grifos do autor) “A miséria *religiosa* constitui ao mesmo tempo a *expressão* da miséria real e o protesto contra a miséria real. A religião é o suspiro da criatura oprimida, o ânimo de um mundo sem coração, assim como o espírito de estados de coisas embrutecidos.” Gramsci (1978, p. 14), ao considerar que “[...] a religião é um elemento do senso comum desagregado” atualiza esses pensamentos com fidelidade ao seu plano teórico.

Assim, a fé religiosa é uma espécie de ideologia na qual o mundo concreto deve se adequar aos seus preceitos e, possui como traço característico a pretensão de universalidade que cada denominação religiosa arroga para si. A exemplo do termo *catolicus* que significa universal. Em certo sentido, as religiões monoteístas trazem consigo alguma intolerância, pois, se somente há um Deus verdadeiro, todos os outros são falsos, disto decorre parcela significativa dos desacordos religiosos.

Noutro sentido, a religião pode ser concebida como uma manifestação, individual e social, própria dos seres humanos. Uma espécie de saber que não se baseia em evidências empíricas, mas na crença de seus(suas) seguidores(as) baseada no dogma da transcendência. Interessa, para fins do recorte proposto, compreendê-las como uma subdivisão, dentro da cultura humana, operada pela tradição. Da mesma forma que o ateísmo, enquanto negação da crença supra terrena, traz consigo a pressuposição de que alguma crença é devida, aquilo que Gadamer (2015, p. 435 [§ 337]) chamou de pré-compreensão.

Assim, manifestar um credo religioso, em alguma medida, significa comprometer-se com premissas particulares e contingentes, que derivam de escolhas arbitrárias (concepção de “vida boa”), orientadas por preferências individuais de determinada crença ou descrença, em determinado tempo e espaço territorial. Para Dworkin (2013, p. 108), “[...] religião significa uma crença em alguma forma de Deus” e divide o grupo dos religiosos entre teístas e ateístas (DWORKIN, 2013, p. 31) e desta forma, Dworkin (2006, p. 67) estende a liberdade religiosa para ambos os grupos.

O aspecto social das religiões adquire importância prática para esta pesquisa, mormente quando “As religiões dominantes, representadas pelas igrejas estabelecidas, estão firmemente alinhadas com os padrões culturais e as instituições sociais.” (ROCHFORD JR., 2007, p. 257). Pautados pelas reflexões de John H. Garvey e Frederick Schauer, Branco e Mendes (2012, p. 933) elencam as características da religião, basicamente “[...] um sistema de crenças em um ser divino, em que se professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração.”

A despeito da classificação apresentada, nesta pesquisa divide-se as religiões entre sistemas de crença e de descrença (deísta e ateísta, respectivamente) que, por sua vez, se subdividem em hegemônicos e não hegemônicos. Mas, por certo, ambos professam alguma forma de “verdade” e de superioridade moral em relação aos demais.

Dentro desse quadro geral, as religiões são compostas por sistemas de crença, hegemônicos ou não, como é o caso do cristianismo (catolicismo e protestantismo), do judaísmo, do islamismo, do hinduísmo, do budismo, do xintoísmo, do umbandismo, do espiritismo, do satanismo, dentre outros exemplos possíveis. E, por sistemas de descrença, geralmente não hegemônicos, como é o caso do ateísmo, do materialismo, do agnosticismo, do naturalismo, entre outras possibilidades.

O emprego dessas categorias justifica-se para fins de composição da diversidade religiosa pretendida, uma vez que permite incluir distintos sistemas de pensamentos reunidos sob o signo de religião. Disso decorre a possibilidade para se garantir acesso das religiosidades na esfera pública “[...] mesmo para os ateus, para que possam exercer o seu direito de optar por não crer.” (PINHO; THIBAU, 2017, p. 238). Portanto, do ponto de vista individual a fé, formada pelas culturas teológica e ateológica, é uma manifestação inviolável do indivíduo, ao passo que sua dimensão social ou coletiva compõe o “extrato social”.

Religião, para os fins dessa pesquisa, “[...] deve ser compreendida de maneira ampla, não tradicional” (ROSA, 2018, p. 02).⁹⁷ As implicações práticas dessa interpretação, conforme demonstra o citado autor, permitem incluir “[...] atores areligiosos (não porque ateus necessariamente sejam religiosos) mas porque o sentido constitucional da regra deve incluí-los, sob pena de produção de um debate truncado e parcial.” (ROSA, 2018, p. 40).

⁹⁷ Agradecimento especial para o colega Leonardo Gomes Penteado Rosa que gentilmente enviou, em junho de 2018, cópia de sua tese de doutorado defendida em 04/04/2018, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Cf. ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *Secularismo e liberdade de religião*. 2018. 246 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, Faculdade de Direito, São Paulo, 2018.

O segundo ponto a ser trabalhado é assegurar o direito à manifestação (ou não discriminação) dessas culturas (a)teístas. Conforme se sabe, o próprio Rousseau (1963, p. 109),⁹⁸ não apartou, por completo, esse tema de sua filosofia política, inclusive a própria ideia de uma “religião civil” possui desdobramentos nas sociedades contemporâneas.⁹⁹ Essa aproximação não subscreve, de modo algum, a confusão entre Estado e religião, segundo Rousseau (1963, p. 109),¹⁰⁰ pois a religião nunca fundou Estado algum e, “[...] a lei cristã é fundamentalmente mais prejudicial do que útil para a constituição do Estado.”

Desde o final século XVIII, o filósofo e matemático francês, Marquês de Condorcet se posicionava radicalmente contrário à religião nos assuntos públicos. Pois, “Quando as leis, como no Oriente, estão relacionadas à religião, o direito de interpretá-las torna-se um dos mais fortes apoios à tirania sacerdotal.” (CONDORCET, 1970, p. 98).¹⁰¹ Em outra passagem, sustenta que a religião possui livre trânsito na vida privada, “[...] mas não exercem nenhuma influência, nem sobre o governo nem sobre as leis.” (CONDORCET, 1970, p. 100).¹⁰²

Ademais, pode-se atribuir ao iluminista francês posição bastante refratária em relação a religião. Essa afirmação é textualmente confirmada, pelo fato de que “[...] a hipocrisia religiosa exige para seus dogmas uma adoração sincera [...]” (CONDORCET, 1970, p. 131),¹⁰³ porquanto Condorcet (1970, p. 164)¹⁰⁴ sustentava que a “indiferença pelas religiões” coincide com os direitos naturais.

Tais ideais foram importantes para fundamentar a separação orgânica entre o Estado moderno e as religiões e, de certa forma, permanecem válidos até hoje, pois, acrescentaram a secularização na sociedade civil e o dever de laicidade estatal. Essas discussões aparecem no debate sobre os modelos hermenêuticos antigo e moderno, pois “A nova ciência [hermenêutica] a serviço da antiga igreja. É evidente que uma tal relação não poderia durar e pode-se muito bem imaginar o que teria de acontecer caso as próprias premissas da igreja fossem questionadas.” (GADAMER, 2015, p. 55 [§ 25]).

Portanto, a hermenêutica não é mais compreendida como a expressão do significado determinado pelo sagrado ou pela tradução de seu mensageiro, o deus grego Hermes, como nos tempos de outrora. A virada paradigmática, linguística e hermenêutica, ocorrida a partir do final

⁹⁸ Cf. *Livre IV. Chapitre 4.8 : De la religion civile*.

⁹⁹ Segundo Taylor (2011, p. 47), resulta nos “direitos humanos, na igualdade e não discriminação e na democracia.”

¹⁰⁰ Vide nota de rodapé n. 98.

¹⁰¹ Cf. *Cinquième époque. Progrès des sciences depuis leur division jusqu'à leur décadence*.

¹⁰² Vide nota de rodapé n. 101.

¹⁰³ Cf. *Huitième époque. Depuis l'invention de l'imprimerie jusqu'au temps où les sciences et la philosophie secouèrent le joug de l'autorité*.

¹⁰⁴ Cf. *Neuvième époque. Depuis Descartes jusqu'à la formation de la République française*.

do século XVIII, momento no qual “[...] já não há diferença entre a interpretação de escritos sagrados e escritos profanos, havendo portanto (*sic*) só uma hermenêutica [...]” (GADAMER, 2015, p. 245 [§ 181]), que orienta a arte da interpretação ou compreensão para outros rumos.

Na dita modernidade descabe, portanto, o exemplo da hermenêutica bíblica, pois “[...] sua literalidade possui sentido unívoco [...]” (GADAMER, 2015, p. 242 [§ 178]). As diferenças também são perceptíveis no método interpretativo, uma vez que “Ao contrário do que ocorre na sentença do juiz, a pregação não é uma complementação produtiva do texto que interpreta.” (GADAMER, 2015, p. 433-434 [§ 336]).

Em contraponto, alguns aspectos religiosos podem ser depositados nas lembranças de um passado recente; ilustrado, segundo Russell (2002, p. 06), pela “versão hegeliana de deus da razão”. Recentemente o “pensamento teológico em que se busca a revelação do justo dentro das escrituras da lei” (BOURDIEU, 1986, p. 07), é outro exemplo de que a suma santidade judicial (*judicial sacrosanctity*), na expressão de Fisher (1988, p. 229), designa a existência de um espaço judicial infiscalizável.

Contemporaneamente, Dworkin (2006, p. 57), descreve dois modelos de relacionamento entre a religião e a política, uma nação religiosa tolerante (*tolerant religious nation*) ou uma nação secular tolerante (*tolerant secular nation*), “ambos os modelos refletem princípios de moralidade contrários”. Segundo complementa, tal distinção possui implicações na “controvérsia contemporânea sobre qual papel a religião deve desempenhar na vida pública.” (DWORKIN, 2006, p. 60).

Dentro dessa relação dicotômica, o desafio é realizar “acomodações específicas” entre as visões religiosas, que sejam capazes, cada qual ao seu tempo e modo, de promoverem “[...] o bem público de ser livre para formular e professar a própria fé.” (ROSA, 2018, p. 85). Objetivo que representa a vedação da imposição de elementos religiosos específicos pela política estatal, não necessariamente a participação política das pessoas religiosas, do contrário estabelece-se relações desiguais que consistem em “[...] negar a alguns, e não a outros, o exercício sincero dos direitos previstos no compromisso de independência ética.” (ROSA, 2018, p. 120). Portanto, qualquer que seja o modelo de tolerância adotado descabem posturas sectárias.

Já é lugar comum falar sobre o radicalismo religioso, mas pouco se registra sobre os excessos dos secularistas individualistas agressivos (*aggressive individualist secularists*), para Bader (2011, p. 22) essas condutas “[...] reduzem a religião à ‘crença individual privatizada e subjetivada’, negligenciando ou lutando contra as práticas religiosas coletivas ao ignorarem as salvaguardas constitucionais de liberdades religiosas externas e coletivas.” Nesse prisma, as

posições refratárias às participações sociais podem adquirir uma “roupagem laica” e, de modo arbitrário, decretar a nulidade política das instituições ou dos indivíduos religiosos.

“Todavia, a laicidade da política não significa o alheamento da religião. No debate político, as vozes religiosas não podem ser caladas.” (ALVES JÚNIOR, 2007, p. 64). Com vistas a avançar na construção da sociedade aberta deve-se redesenhar os contornos da laicidade, isto é, conciliar os sentidos de participação social e de laicidade, para tornar possível as ideias de justificação pública e de não discriminação.

Reapresentada a questão em outros termos, no atual estágio jurídico a laicidade se aproxima mais da ideia de neutralidade estatal - no sentido de tolerância das manifestações religiosas, individuais e coletivas, privadas e públicas etc. - do que da ideia de uma rígida separação. Laico, portanto, apresenta como características o antidiogmatismo e a heterodoxia (enquanto tolerância ao diferente), ou seja, fundado no dissenso e no pluralismo (BOVERO, 2002, p. 46).

Para que essa equação funcione e corrobore a hipótese inicialmente apresentada, o ponto de início é a alteração das categorias pré-estabelecidas para romper com a tradição de baixa densidade social (democrática) da jurisdição constitucional brasileira. No exercício da função pública jurisdicional, conforme demonstra Rosa (2018, p. 61), perceber que para a construção do Estado democrático de direito as

[...] liberdades civis precisam ser compreendidas institucionalmente, isto é, que a interação entre o estado e a sociedade, notadamente a religião, não pode ser vista simplesmente a partir de regras ou doutrinas gerais, mas sim por meio de arranjos e organizações que protegem o exercício das liberdades.

O terceiro e último ponto a ser analisado nesse tópico será a participação das instituições religiosas. Para que a sociedade civil possa participar do controle concentrado de constitucionalidade deve fazer parte do processo de deflagração, fazer parte da interpretação constitucional, fazer parte da “relação processual” na qualidade de *amicus curiae*, fazer parte da audiência pública, fazer parte da sustentação oral, ou seja, exercer ativamente a participação e a influência (fase pré-decisional).

Além disso, colaborar para o processo de tomada de decisão (fase decisional), oportunidade na qual terá os argumentos apresentados enfrentados, desde que sejam decisivos para o deslinde da controvérsia constitucional e, ao cabo, fazer parte do acórdão mediante decisão judicial devidamente fundamentada. As questões de fundo representadas pelas configurações mínimas do Estado laico, em última análise, formam o conjunto de garantias para que as instituições religiosas intervenham na esfera pública sem comprometer seu caráter

público, tampouco violar o direito fundamental à liberdade de consciência e de (des)crença, positivado no art. 5º, VI, CRFB/88.

De todo modo, se os(as) destinatários(as) da norma constitucional são religiosos(as), podem, em igualdade de condições, colaborar para a sua construção. Num ambiente verdadeiramente democrático existe espaço suficiente para as visões religiosas e profanas, pois, as opiniões teístas e ateístas merecem igual consideração no debate acerca do interesse público primário.

Sem dúvidas, há contribuições a serem oferecidas pelas instituições religiosas para o aperfeiçoamento do modelo democrático brasileiro. Dentro dessa proposta, Santos (2010, p. 163) sustenta uma “[...] militância e a sua acção (*sic*) em saber religioso combinado com vários saberes laicos, incluindo o saber científico.” Assim, é possível perceber, ao menos um indício, de que as religiões ou culturas (a)teológicas podem contribuir para o debate público, cuja heterogeneidade nas interpretações constitucionais inclui não apenas questões de crenças, mas também de descrenças.

No que concerne a atuação das instituições Moisés (2008, p. 15) expõe que, conjuntamente com os “[...] procedimentos são vistos, portanto, como meios de realização de princípios e valores adotados pela sociedade como parte do processo político.” Longe de substituírem as participações diretas das pessoas concretas, as instituições potencializam e complementam suas ações à medida que dispõem de mais tempo e recursos (materiais e financeiros), além disso, apresentam como característica em comum o elemento povo. Paradoxalmente, ao perseguirem seus interesses singulares (direitos civis) as instituições religiosas, cada qual ao seu tempo e modo, terminam por realizar o interesse coletivo (direitos políticos) de participação social nas atividades estatais.

Por outro lado, não se pretende que a soma das partes forme o todo, ao contrário, reside por detrás desta complexa relação a necessidade de projetar valores constitucionais plurais. As instituições religiosas possuem singularidades próprias, por isso, em certo sentido, são irrepresentáveis, pois, não se trata de colaborar com a missão estatal, mas, de realizar em conjunto a abertura da interpretação constitucional. Vale dizer que diferentes perspectivas operam diferentes resultados para construir o interesse concreto e identificável na colocação de determinadas questões constitucionais, cujas possibilidades avançam conforme as perspectivas sociais, éticas, culturais, religiosas, jurídicas etc.

Ao que tudo indica, suprimir a palavra e a ação política das instituições religiosas, visto que não possuem lugar no “mundo” secular, reverbera ecos de uma sociedade fechada. Por isso, Bader (2007, p. 129) ao argumentar sobre as possibilidades de associação entre os

elementos religioso e político, entende que pode ser “[...] colorido pelos vários regimes de governo religioso em Estados democráticos liberais.”

De forma aproximativa, alterando o que tem de ser alterado, essa afirmação segue a mesma linha argumentativa utilizada, entre outros exemplos possíveis, na ADI n. 3.660/MS,¹⁰⁵ por intermédio da decisão monocrática do relator, Ministro Gilmar Mendes, ao afirmar que a admissão de *amicus curiae*, “[...] confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.” (BRASIL, 2006, n.p.).

Mais à frente, idênticas considerações foram consignadas na ADPF n. 54/DF (BRASIL, 2012, p. 275), conforme será visto no tópico 4.2 do presente capítulo. Correspondências à parte, entende-se que a efetiva coloração é fornecida pelo conjunto das participações sociais, religiosas ou seculares. Todavia, se os *amicis* realmente fornecem um colorido diferenciado e, isso parece não haver dúvidas, porque, então, que os acórdãos saem em “preto e branco”? Para adiantar uma possível resposta, deve-se ao fato de que a abertura à sociedade civil ocorre apenas do ponto de vista formal, por isso, a decisão judicial apresenta-se opaca, conforme sugerido por Cárcova (1998).

A configuração de um Estado laico é uma das garantias para que as pessoas, individual ou coletivamente consideradas, carreguem consigo suas (des)crenças e, tenham a possibilidade de as manifestarem nos espaços públicos institucionais. Uma mescla de direitos civis e políticos, individuais e coletivos, religiosos e seculares dentro do Estado de direito. Ao empregar tais ideias dentro do contexto da jurisdição constitucional brasileira deve-se considerar que as instituições religiosas não formam um grupo homogêneo, por isso, não basta a simples cognição sincrética do ponto de vista multi-religioso, como também não se trata da extensão dos dogmas religiosos para o debate público, a proposta é viabilizar a interpretação plural com a inserção das instituições religiosas.

Invariavelmente o processo de consignar os discursos religiosos na “esfera pública política” (HABERMAS, 1997a, p. 340) resulta numa desecularização. Nesse específico particular, Habermas (2011, p. 24) argui que “[...] as comunidades religiosas desempenham um papel vital na sociedade civil e na esfera pública, a política deliberativa é tanto um produto do uso público da razão por parte dos cidadãos religiosos como a dos cidadãos não religiosos.” Sugere-se, portanto, que as participações sociais aumentam a legitimidade democrática da

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.660/MS. Relator Gilmar Mendes. Decisão monocrática. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 ago. 2006.

jurisdição constitucional mormente para a construção do sentido referencial da laicidade nas sociedades pós-seculares (*post-secular society*) (HABERMAS, 2006, p. 04).

A aparente oposição entre o dever estatal de laicidade e as participações sociais será atenuada pelas operações discursivas das instituições seculares e religiosas dentro dos procedimentos realizados no controle concentrado de constitucionalidade. A intercompreensão das questões constitucionais mediante os pontos de vista da sociedade civil organizada e dos órgãos oficiais, potencialmente formam discursos legítimos que emergem de uma sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição.

Dentro dessa articulação dinâmica formada por várias vozes inserem-se as organizações religiosas¹⁰⁶ e seculares e os órgãos estatais. Retorna-se a ideia de parcialidade que cada instituição religiosa, constituída sob a forma jurídica de associação¹⁰⁷ ou de fundação,¹⁰⁸ ambas privadas, representa nesse panorama. E, a partir desse pressuposto, a laicidade, de *per si*, se revela um argumento insuficiente para impedir as participações sociais. Certamente, existem limitações fáticas (número expressivo de agentes ou um seguimento religioso suficientemente representado), bem como as especificidades da matéria debatida capazes de fazer com que nem todos(as) possam participar de determinada questões.

Assim, nem todo processo do controle concentrado de constitucionalidade admite a participação das instituições religiosas e, nem por isso, se conjectura uma sociedade fechada ou uma decisão ilegítima. E isso deve ser levado em consideração. Ao contrário, é a presença ou a ausência de fundamentos, fáticos e jurídicos, a observância dos direitos e das garantias fundamentais, entre outros elementos que fornece o tom para que uma decisão judicial seja válida ou arbitrária, legítima ou ilegítima, respectivamente.

Ao que tudo indica, nesse sentido Häberle (2013, p. 66) corrobora a possibilidade de interpretação conjunta entre o tribunal e as “comunidades religiosas”, desde que somadas ao inafastável dever de neutralidade estatal, ou seja, a vedação de preferências infundadas. Laico, portanto, é o Estado que reconhece o direito humano e fundamental das pessoas, individuais e coletivas, manifestarem suas convicções religiosa, inclusive nas diversas instâncias da esfera pública. Contudo, perde esse atributo quando se curva para determinadas vontades religiosas

¹⁰⁶ Conforme a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil, art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: [...] IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003) (BRASIL, 2003).

¹⁰⁷ Código Civil, art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos (BRASIL, 2003).

¹⁰⁸ Código Civil, art. 62, parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (BRASIL, 2003).

particulares, ainda que hegemônicas, ou ainda prefere/pretere arbitrariamente determinada congregação religiosa.

Portanto, em termos de laicidade, o foco recai sobre a neutralidade e a tolerância. É preciso conservar as clássicas conquistas da laicidade, como a separação orgânica entre o Estado e as religiões, ao mesmo tempo, fazer avançar a ideia de neutralidade compatível com as participações das instituições religiosas na esfera pública. “De fato, o ponto de neutralidade do Estado é precisamente evitar favorecer ou desfavorecer não apenas posições religiosas, mas qualquer posição básica, religiosa ou não-religiosa.” (TAYLOR, 2011, p. 37).

Aliás, participar da vida política constitui ao mesmo tempo possibilidade e necessidade cujo, “[...] interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus* [...]” (MEDINA, 2010, p. 276-277). E, a partir da situação específica descortinar, por um lado, os impeditivos para a diversidade das participações sociais e, por outro lado, as práticas estatais anti deliberativas realizadas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

4.2 Decisões denegatórias de admissão dos *amici curiae* na arguição de descumprimento fundamental - ADPF n. 54/DF

O ponto de análise desse tópico recai sobre o contexto específico das participações das instituições religiosas, enquanto *amici*, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Propõe-se realizar um diálogo frontal entre as participações sociais no controle concentrado e o dever estatal de laicidade estabelecido a partir da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF n. 54/DF.

Para justificar essa opção metodológica, o citado julgado representa qualitativamente o dever de laicidade como fundamento para as decisões denegatórias de admissão dos *amici* voluntários de origem religiosa em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Essa decisão será submetida ao método de abordagem indutivo para verificar as possibilidades de uma suposta sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição.

Dessa maneira, a análise colocará em segundo plano o mérito propriamente dito da decisão judicial, para destacar as participações sociais e seus possíveis impactos, positivos e negativos, no controle de constitucionalidade brasileiro. Para tanto, far-se-á a divisão em três momentos: (i) uma abordagem sobre as principais características dessa espécie de controle concentrado; (ii) a explanação sobre as especificidades do julgado analisado; (iii) e, por fim, realizar uma análise à luz das discussões realizadas nos capítulos anteriores.

De início, cabe registrar segundo Alves Júnior (2007, p. 71) anotou, que “O objeto da ADPF é a norma ou ato do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, não necessariamente genérico ou abstrato, que viole preceito constitucional fundamental, ainda que editado antes da Constituição de 1988.” O principal objetivo da arguição é “[...] evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (BRASIL, 1999), nos termos do art. 1º, *caput*, Lei n. 9.882/1999.¹⁰⁹

Igualmente incumbe a esta modalidade de “controle abstrato *sui generis*” (MEDINA, 2010, p. 31) verificar, de modo abrangente, a constitucionalidade de “[...] lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição,” (BRASIL, 1999), segundo art. 1º, parágrafo único, I da referida Lei. As ações que versem sobre tais demandas possuem caráter residual, isto é, nos termos do art. 4º, § 1º da mesma Lei, “Não será admitida arguição (*sic*) de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (BRASIL, 1999).

No que concerne as possibilidades jurídicas para a participação de terceiros os §§ 1º e 2º, art. 6º, da Lei em comento, faculta ao(a) relator(a), caso entenda necessário, “[...] 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.” (BRASIL, 1999).

Já o parágrafo segundo, delimita a atuação para aqueles(as) que por hipótese passem a intervir no processo judicial, condicionando a “sustentação oral” e a “juntada de memoriais” a critério do(a) relator(a) (BRASIL, 1999). Isso, confirma o amplo espaço discricionário para a condução da fase instrutória ou pré-decisional, determinando quem e de qual maneira participa dos processos de ADPF.

Quanto aos resultados da arguição, a decisão judicial fixará as “[...] condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.” (BRASIL, 1999), conforme art. 10º, *caput*. Oportuno repassar seu aspecto “[...] irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.” (BRASIL, 1999), segundo dispõe o art. 12, *caput*. Vale registrar a existência de propostas, constitucional¹¹⁰ e infraconstitucional,¹¹¹ para democratizar a propositura da ADPF, atualmente ambas se encontram em tramitação junto à Câmara dos Deputados.

¹⁰⁹ Cf. BRASIL. Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição (*sic*) de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: *Diário Oficial da União*, 06 de dezembro de 1999.

¹¹⁰ Cf. proposta de Emenda à Constituição n. 99/2011 (vide nota de rodapé n. 66).

¹¹¹ Cf. projeto de Lei n. 6.543/2006, altera a Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, para legitimar, para a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público, e dá outras providências.

Segundo Mendes (2011, p. 44-71), foram contabilizadas 214 (duzentas e quatorze) ações entre o período de 2000 até 2010, número que corresponde ao ajuizamento de cerca de duas ações por mês.¹¹² Essa cifra é considerada expressiva quando analisada em conjunto com o caráter residual da ADPF, conforme destacado acima. Ao analisar quantitativamente esse dado numérico percebe-se que:

[...] 110 ações não foram conhecidas, número que representa mais da metade das ações ajuizadas. Deve-se considerar, ainda, que grande parte das ações em tramitação no Tribunal ainda não teve a sua admissibilidade analisada. E das ADPFs admitidas, apenas 7 tiveram o seu mérito julgado (MENDES, 2011, p. 71).

Embora os estudos normativos e descritivos sejam relevantes para a formação de um quadro geral dessa modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, revelam-se, todavia, insuficientes para compreender as questões da participação social e da laicidade. Assim, nesse segundo momento, o exame prossegue a partir de um ponto específico, ou seja, serão demonstradas as especificidades da ADPF n. 54/DF, para a compreensão das questões acima elencadas.

A arguente, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, propôs a ação judicial em 17/06/2004, postulando a possibilidade de realização da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, sem a configuração da conduta típica do crime de aborto (provocado pela gestante ou com seu consentimento, art. 124; ou sua forma qualificada, art. 126, ambos do Decreto-Lei n. 2.848/1940 - Código Penal), mediante a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, sem redução do texto legal.

Durante o trâmite processual foi concedida medida cautelar para determinar “[...] o sobrerestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado [...]” (BRASIL, 2012, p. 15), bem como o reconhecimento do direito subjetivo das gestantes que assim o desejarem, sem a necessidade de interpelação judicial ou qualquer autorização específica, realizar a intervenção médica. Por maioria dos votos dos(as) Ministros(as) do STF, foi referendada a primeira parte (sobrerestamento dos processos) e revogada a segunda parte da liminar concedida.

O caso em tela, contou ainda com questão de ordem para determinar a adequação da via processual eleita pela arguente; sustentação oral; audiência pública e 02 (dois) agravos regimentais. A íntegra dos autos do processo é formada por 111 (cento e onze) peças processuais, que resultaram num acórdão de 433 (quatrocentas e trinta e três) páginas.¹¹³ Dentre as quais, 111 (cento e onze) peças produzidas, aproximadamente 80 (oitenta) estão

¹¹² Precisamente 1,7833... ação ajuizada por mês.

¹¹³ Todas as citações foram extraídas do inteiro teor do acórdão da ADPF n. 54/DF, disponível no sítio eletrônico do STF.

relacionadas, direta ou indiretamente, com as participações sociais. Apresentados em termos porcentuais, esse dado corresponde à 72,07% (setenta e dois vírgula sete por cento) do número total de peças processuais.

Como desfecho, por maioria dos(as) Ministros(as) do STF, coube “[...] declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.” (BRASIL, 2012, p. 01, 69, 253, 266, 430, 433). Eis o material para a análise. Todavia, para a adequada compreensão faz-se necessário acrescentar explicações adicionais aos dados apresentados.

Não obstante, o posicionamento de Mendes (2011, p. 111), segundo o qual “Na ADPF 54 (Relator Ministro Marco Aurélio) suscitou-se a recepção das normas constantes dos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do CP (aborto de feto anencefálico) em face da Constituição de 1988.” Tratar-se de uma típica interpretação ampliativa dos direitos fundamentais das gestantes, circunstância que não prejudica ou desmente a primeira afirmação realizada.

Em contrapartida, o aspecto estruturante que se busca enfatizar será a afirmação realizada por Alves Júnior (2007, p. 68), de que essa ação “[...] admitiu o ingresso de várias entidades como *amici curiae* (‘amigos da Corte’)”. Essa afirmação é inteiramente invalidada à medida que o estudo dos registros documentais, extraídos dos autos do processo, revelaram exatamente o contrário. No entanto, a publicação do artigo científico¹¹⁴ ocorreu em momento anterior a prolação da decisão judicial bem como a publicação do acórdão, hipótese que certamente comprometeu a sobredita afirmação.

A propósito, requerimentos não faltaram. Conforme se detalha na tabela 01 infra, vê-se a existência de 20 (vinte) requerimentos para participarem do processo judicial, sob as formas de habilitação como *amicus curiae*, de oitiva em audiência pública e de manifestações diversas.

Tabela 01 - (In)deferimento das participações

n.	Nome ou denominação	Requerimento	Decisão monocrática
01	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB	<i>Amicus curiae</i>	Pedido indeferido “2. O pedido não se enquadrar no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre

¹¹⁴ Cf. ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O direito fundamental do feto anencefálico: uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, *Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região*, Brasília, v. 19, n. 10, out. 2007, p. 59-80. Referente a palestra proferida no evento Sexta Jurídica, organizado pela Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado Piauí, ocorrido em Teresina/PI, em 27/09/2007.

			<p>a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também o processo objetivo - ação direta de constitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia a admissão de terceiros não implica o (<i>sic</i>) reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação da via recursal.” (BRASIL, 2012, n.p.).</p>
02	Católicas pelo Direito de Decidir	<i>Amicus curiae</i>	<p>Pedido indeferido</p> <p>“2. Valho-me do que tive oportunidade de consignar relativamente a pleito da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil:” (BRASIL, 2012, n.p.).</p>
03	Associação Nacional Pró-vida e Pró-família	<i>Amicus curiae</i>	<p>Pedido indeferido</p> <p>Praticamente cópia da primeira decisão apresentada (item 01).</p>
04	Associação de Desenvolvimento da Família	<i>Amicus curiae</i>	<p>Pedido indeferido</p> <p>Praticamente cópia da primeira decisão apresentada (item 01).</p> <p>Obs. 01: interposto agravo regimental, em resposta, foi transcrita o mesmo trecho no item 01. Assim, decidiu: “3. Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante.” (BRASIL, 2012, n.p.).</p> <p>Obs. 02: noutra oportunidade, “requereu a extinção, sem julgamento de mérito, [...] Sucessivamente, pleiteia seja julgado improcedente o pedido formulado [...].”</p> <p>Diante desses pedidos sobreveio a seguinte decisão: “2. A requerente não participa da relação processual. O pedido formulado nesse sentido foi indeferido.” (BRASIL, 2012, n.p.).</p>

05	Mariana Selmi Castelli	Petição de requerimento	Petição devolvida Requereu que seja reconsiderada a decisão na qual deferiu a medida acauteladora, “2. A par de a requerente não integrar a relação processual, tem-se ainda que a peça apresentada está sem assinatura.” (BRASIL, 2012, n.p.).
06	Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos – ADVOCACI	Petição de exposição	Petição devolvida “A ADVOCACI - Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos discorre sobre o mérito do processo acima mencionado. Registro que a peticionária não figura como parte no referido processo. 2. Ante o quadro, proceda-se à devolução da peça à expositora.” (BRASIL, 2012, n.p.).
07	Associação Médico-Espírita do Brasil – AME	<i>Amicus curiae e Audiência pública</i>	Primeiro pedido indeferido “2. Tal como ocorrido em outros pedidos, não vislumbro conveniência maior na participação do requerente na relação processual.” (BRASIL, 2012, n.p.). Segundo pedido deferido Obs.: participação da audiência ocorrida no dia 26/08/2008.
08	Deputado Federal Luiz Bassuma ¹¹⁵ (PT/BA) Obs.: mediante pedido do Deputado Federal Pastor Ferreira ¹¹⁶ (PTB/RJ)	Audiência pública	Pedido deferido “3. Defiro a inserção do deputado Luiz Bassuma, para a finalidade aludida, na audiência do dia 28 de agosto de 2008.” (BRASIL, 2012, n.p.).
09	Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida - Brasil Sem Aborto	Audiência pública	Pedido deferido Obs.: participação da audiência ocorrida no dia 28/08/2008.

¹¹⁵ Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida - Contra o Aborto.

¹¹⁶ Presidente da Convenção Nacional das Assembleias de Deus.

10	Conectas Direitos Humanos	<i>Amicus curiae</i> e audiência pública	Primeiro pedido indeferido “Na espécie, não cabe acolher o pleito veiculado. O interesse da entidade é idêntico ao de tantas outras que atuam na área dos direitos humanos, não se podendo cogitar de domínio técnico suficiente a assentar-se a possibilidade de suplementação de elementos além daqueles buscados com as audiências já designadas.
11	Centro de Direitos Humanos		3. Indefiro os pedidos formulados e, ante essa óptica, determino sejam devolvidos às requerentes as peças apresentadas e os documentos que as acompanham.” (BRASIL, 2012, n.p.). Segundo pedido deferido. Obs.: decisão parcialmente reconsiderada em 02/09/2008, para deferir a participação em audiência pública. Mantido o indeferimento quanto a admissão dos <i>amici</i> .
12	Confederação Nacional das Entidades de Família – CNEF	<i>Amicus curiae</i> e audiência pública	Ambos os pedidos indeferidos “Quanto ao pleito de participação na audiência pública, há de manter-se a organicidade. O rol das entidades foi veiculado em 31 de julho de 2008, não se podendo proceder a abertura a ponto de permitir que um número indeterminado de interessados se pronuncie.” (BRASIL, 2012, n.p.).
13	Paulo Restiffe Neto	Curador do nascituro	Pedido indeferido “2. Descabe, no caso, a admissão de curador do nascituro. O processo em curso é objetivo, não se cuidando de situações individualizadas.” (BRASIL, 2012, n.p.). Obs.: interposto agravo regimental em 12/09/2008, “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, desproveu o recurso de agravo.” (BRASIL, 2012, n.p.).
14	Procurador Geral da República – PGR	Pedido de reconsideração em parte da	Pedido parcialmente deferido

		decisão que indeferiu a oitiva de especialistas em audiência pública ¹¹⁷	Obs.: exceto para Rodolfo Acatauassú Nunes porque já havia pleiteado em nome da Associação Nacional Pró-vida e Pró-família.
15	Suprema Ordem Universal da Santíssima Trindade	Audiência pública	Pedido indeferido Requeriu a oitiva em audiência pública de Inri Cristo. “Na espécie, não cabe acolher o pleito veiculado. O interesse da requerente é idêntico a tantos outros, não se podendo cogitar de domínio técnico, científico ou religioso suficiente a assentar-se a possibilidade de suplementação de elementos além daqueles buscados com a audiência designada.” (BRASIL, 2012, n.p.).
16	Federação Espírita Brasileira	Audiência pública	Pedido não analisado Obs.: o pedido de participação na audiência pública foi protocolizado em 09/09/2008.
17	Federação Nacional dos Enfermeiros – FNE	Audiência pública	Pedido não analisado
18	Pastoral da Criança	Audiência pública	Pedido indeferido “3. Avizinha-se o encerramento da audiência pública, tendo ficado desdobrada em quatro sessões. Já houve a participação dos mais diversos seguimentos da sociedade.” (BRASIL, 2012, n.p.).
19	Movimento em Defesa da Vida de Porto Alegre	Audiência pública	Pedido indeferido (item 18)
20	Associação Nacional Mulheres pela Vida	Audiência pública	Pedido indeferido (item 18)

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Desse espaço amostral é possível extrair pelo menos quatro constatações básicas:

¹¹⁷ Quais sejam: Cinthia Macedo Specian, Rodolfo Acatauassú Nunes, Dernival da Silva Bradão e Elizabeth Kipman Cerqueira.

- a) A maioria dos requerentes são de origem social, ou seja, 18 (dezoito) ou 90% (noventa por cento) dos requerimentos;¹¹⁸
- b) Dentro dos 18 (dezoito) requerentes sociais, quase metade requereram admissão como *amici* voluntários, ou seja, 08 (oito) ou 44,44% (quarenta e quatro vírgula quarenta e quatro por cento) dos requerimentos de origem social;¹¹⁹
- c) Dentro dos 08 (oito) pretendentes a *amici*, mais de um terço possuem origem religiosa, ou seja, 03 (três) ou 37,5% (trinta e sete e meio por cento) do total de requerimentos dos *amici*;¹²⁰
- d) O elemento religioso esteve presente em pelo menos 07 (sete) ou 38,88% (trinta e oito vírgula oitenta e oito por cento) dos requerimentos de participação social.¹²¹

Nessa esteira, especialmente no que concerne as decisões denegatórias de admissão dos *amici* voluntários de matriz religiosa, a partir do material coletado não foi possível identificar as razões que conduziram as decisões adotadas pelo relator do processo. Além disso, foram decisões padrões - exaradas em, no máximo, três páginas e desprovidas de fundamentação suficiente (art. 93, XI, CRFB/88) -, capazes de obstarem validamente as pretensões dos requerentes quanto *amici*.¹²²

Por outro lado, em geral, as petições não comprovam a “relevância da matéria e a representatividade dos postulantes”, em analogia aos requisitos contidos no § 2º, art. 7º, Lei n. 9.868/1999, ou ainda a “experiência e autoridade na matéria”, ao contrário, tem-se apenas alegações. Pelo material analisado, também não foi possível colher argumentos aptos a fundamentarem a necessidade ou utilidade dessas intervenções, que provavelmente existem, mas, sequer foram suficientemente demonstradas.

Inegavelmente, tem-se um amplo espaço discricionário para atuação do(a) relator(a). E, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, cabe ao(a) relator(a) evitar o “tumulto processual” (BRASIL, 2012, p. 09). Entendimento que se aproxima do crescente movimento norte-americano de resistência aos *amici*, conforme registrado por Garcia (2008), sobre o qual se faz

¹¹⁸ Cf. itens 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 09, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 da tabela 01 supra. Em relação ao item 14 (PGR), não há dúvidas que se trata de um agente de origem estatal, a controvérsia fica por conta do item 08 (Deputado Federal), todavia, certamente se trata de um representante de um seguimento religioso.

¹¹⁹ Cf. itens 01, 02, 03, 04, 07, 10, 11 e 12 da tabela 01 supra.

¹²⁰ Quais sejam: 01. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB; 02. Católicas pelo Direito de Decidir; 03 Associação Médico-Espírita do Brasil - AME.

¹²¹ Cf. itens 01, 02, 07, 08, 15, 16 e 18 da tabela 01 supra (vide os nomes ou denominações e os requerimentos grafados com a fonte na cor vermelha). Obs.: este padrão também será replicado nas tabelas 02, 03, 04 e 05.

¹²² Argumentos análogos poderiam ser replicados no que toca ao indeferimento para as participações na audiência pública.

algumas reservas. Precisamente por se contrastar com as disposições teóricas e normativas trabalhadas ao longo da pesquisa, a exemplo da “política de portas abertas” da Suprema Corte,¹²³ conforme relatado por Medina (2010).

Tal afirmação, é confirmada por McLauchlan (2005, p. 44) ao analisar as relações entre o Congresso e a Suprema Corte estadunidenses relata a existência de casos analisados pela Corte que contaram com a participação de diversos *amicus*, dentre outros exemplos, o caso *Webster v. Reproductive Health Services* que envolveu a análise de serviços de saúde reprodutiva no ano de 1989 e contou com a participação de 250 (duzentos e cinquenta) membros.¹²⁴

A redação apresentada pelo § 1º, art. 6º, Lei n. 9.882/99 contribui para esse estado de coisas, pois condiciona as participações sociais, voluntárias ou requeridas, ao entendimento pessoal do(a) relator(a), embora o Regimento Interno contemple previsão diversa,¹²⁵ na prática quem determina é o(a) relator(a) do processo. Transcreve-se o teor do citado dispositivo legal:

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (*sic*), 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 (BRASIL, 1999).

Essa opção legislativa de natureza aberta (imprecisa ou dúbia) permite, por um lado, a flexibilidade para admissão de uma pluralidade de seguimentos sociais, ao mesmo tempo em que impede qualquer espécie de participação à medida que condiciona as participações sociais ao entendimento ou convicções pessoais do(a) relator(a), por outro lado. São questões práticas que, em certo sentido, colocam em xeque a validade da afirmação realizada pelo Ministro Gilmar Mendes:

As nossas leis sobre o tema, tanto a Lei nº 9.868 quanto a Lei nº 9.882, foram perfilhadas ou formuladas a partir dessa perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, permitindo que se realizem audiências públicas com essa participação plural, que experts e peritos sejam designados, que os mais diversos

¹²³ Contudo, não se cogita a simples repetição dos modelos europeus ou norte-americanos sem as devidas adaptações para a realidade brasileira. Talvez por isso, admitir que, em alguma medida, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, formulada por Häberle, na Alemanha em 1975, não seja inteiramente aplicável, pelo menos aos moldes sugeridos pelo autor.

¹²⁴ McLauchlan (2005, p. 44, nota de rodapé n. 119), 492 U.S. 490 (1989). *Three Congressional amicus briefs were filed: (1) the Center for Judicial Studies and 56 Members of Congress (who oppose Roe v. Wade); (2) nine Senators and 45 Representatives (who oppose Roe v. Wade); and (3) 25 Senators and 115 Representatives (who support Roe v. Wade).*

¹²⁵ Cf. art. 13, RISTF. São atribuições do Presidente: [...]

XVII - convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

XVIII - decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/2009) (BRASIL, 2012).

interessados manifestem a sua visão da interpretação constitucional, no ambiente próprio deste Tribunal, do processo constitucional (BRASIL, 2012, p. 270).

No caso em tela, foi apresentado pedido de reconsideração pela CNBB, bem como a sustação da liminar concedida, sobreveio nova decisão denegatória, segundo a qual: “Nada há a reconsiderar no caso. A atuação de terceiros pressupõe convencimento do relator sobre a conveniência e a necessidade da intervenção.” (BRASIL, 2012, n.p.). Resulta bastante provável que a interpretação que se fez dos citados dispositivos legais é de um espaço discricionário da autoridade competente e, não de uma possibilidade democrática para inserir a análise heterogênea das controvérsias constitucionais.

Sobre as participações das instituições religiosas, enquanto *amici*, nesse caso, provavelmente, o marco inicial foi que os argumentos de base religiosa são nocivos ao interesse público e os de origem secular, ao contrário, são adequados. Revela-se como uma resposta insuficiente enquanto não se demonstrar racionalmente os critérios utilizados para as escolhas. Por tudo isso, controveverte-se sobre a legitimidade das instituições religiosas para atuarem no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Cabe registrar, de uma maneira geral, a exclusão das intervenções dos *amici*, religiosos e seculares.

Resta, a necessidade de se definir balizas interpretativas para os citados dispositivos legais, pois, persiste uma insustentável divergência, que demonstra a ausência de racionalidade decisória¹²⁶ ou de posicionamento institucional sobre as participações sociais. Caso contrário, o casuísmo que parece existir, pode ser compreendido como uma das causas para a redução indevida e arbitrária das disposições normativas e teóricas a meras abstrações despojadas de juridicidade. Em certo sentido, isso diz muito sobre o projeto de sociedade que se pretende construir ou perpetuar.

Todavia, cabe ponderar que a ausência de intervenção dos *amici*, por si só, não permite afirmar seguramente a existência de uma sociedade fechada em termos de interpretação constitucional. No processo examinado foi realizada audiência pública, com quatro sessões nos dias 26 e 28 de junho e 04 e 16 de setembro de 2008, oportunidade em que foram ouvidos 35 (trinta e cinco) participantes, entre agentes estatais e da sociedade civil, religiosos e seculares, dentre outros. Vale o registro textual dos(as) partícipes, conforme se detalha na tabela 02 infra:

Tabela 02 - Integrantes da audiência pública ADPF

n.	Nome ou denominação
01	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB
02	Católicas pelo Direito de Decidir

¹²⁶ Conforme será visto nos tópicos 4.3 e 4.4 do presente capítulo.

03	Associação Nacional Pró-vida e Pró-família
04	Associação de Desenvolvimento da Família
05	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – Febrasgo
06	Sociedade Brasileira de Genética Clínica
07	Sociedade Brasileira de Medicina Fetal
08	Conselho Federal de Medicina – CFM
09	Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos
10	Escola de Gente - Comunicação em Inclusão
11	Igreja Universal do Reino de Deus
12	Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
13	Serviços de Clínicas e de Patologia Clínica do Posto de Assistência Médica de Várzea do Carmo (São Paulo)
14	Associação Médico-Espírita Internacional
15	Associação Médico-Espírita do Brasil
16	Frente Parlamentar em Defesa da Vida - Contra o Aborto
17	Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida - Brasil sem aborto
18	Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC
19	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS
20	Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero
21	José Aristodemo Pinott ¹²⁷ (a época Deputado Federal)
22	José Gomes Temporão (a época Ministro de Estado da Saúde)
23	Ieda Therezinha
24	Lia Zanotta Machado
25	Cinthia Macedo Specian
26	Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina
27	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher
28	Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco (São Paulo)
29	Conectas Direitos Humanos
30	Centro de Direitos Humanos
31	Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
32	Conselho Nacional de Direitos da Mulher
33	Associação Brasileira de Psiquiatria
34	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS

¹²⁷ Convidado em razão de sua especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia, na qualidade de professor titular da Universidade de São Paulo - USP e da Universidade Estadual de Campinas - Unicamp.

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

No bojo na ADPF, buscou-se “[...] saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico [...]” (BRASIL, 2012, p. 34), dentre outras garantias constitucionais. É preciso abordar o conflito existente entre a participação e a laicidade.

O fio condutor da ação judicial em comento é que “[...] o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.” (BRASIL, 2012, p. 39). Contudo, a suposta laicidade que foi “assegurada”, no caso do indeferimento dos *amici* voluntários, foi relativizada quando da realização da audiência pública, conforme aduz os itens 01, 02, 11, 14 e 15 da tabela 02 supra.

Ao se reduzir a ideia de laicidade a simplesmente quem participa ou não do debate público apresenta elevado risco para que discriminações (preferências arbitrárias) ocorram. Como visto no tópico 4.1 do presente capítulo, as configurações mínimas para um Estado laico orientam tão somente “[...] a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente confessional.” (BRASIL, 2012, p. 41). Para o propósito trabalhado nessa pesquisa deve-se distinguir as participações sociais de matriz religiosa realizadas no debate público da imposição antidemocrática de uma (des)crença com a chancela estatal.

Os números apresentados acima revelam o interesse dos vários seguimentos sociais em participar dos debates públicos, no controle concentrado de constitucionalidade que, ao analisar apenas a origem do discurso fragiliza a argumentação de um Estado que se arroga democrático e laico. Visto que a laicidade tal qual apresentada no caso dos *amici*, revela-se um argumento falacioso - no sentido de tornar a conclusão provável - ao contrário, a legitimidade das instituições religiosas deverá ser examinada na situação específica.

A contradição torna-se explícita quando se compara os supostos “fundamentos” das decisões denegatória dos *amici*, com o trecho do parecer da Procuradoria Geral da República abaixo transcrito:

[...] numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença (BRASIL, 2012, p. 43).

Decerto, reconhece-se que “As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de

imagens que facilitaram a compreensão do tema.” (BRASIL, 2012, p. 44). Isto porque a realização da audiência aportou fundamentos para o voto do relator, Ministro Marco Aurélio.

Inclusive os dados empíricos que sustentam essa afirmação correspondem ao item 2 (*A anencefalia*) do citado voto, em termos quantitativos esse tópico abrangeu o total de 07 (sete) páginas (BRASIL, 2012, p. 44-51), número que representa o percentual de 12,72% (doze vírgula setenta e dois por cento) do voto de 55 (cinquenta e cinco) páginas (BRASIL, 2012, p. 32-87), que por sua vez corresponde a 01,61% (um vírgula sessenta e um por cento) do total global do acórdão.

A questão deve ser retomada a partir do seguinte ponto. “Realizadas audiências públicas com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada, em especial à comunidade científica, delas emergem pontos altamente controversos e posições éticas e religiosas antagônicas.” (BRASIL, 2012, p. 92). Premissa da qual se compartilha, mas, as opções precisam ser racionalmente justificadas, sob pena de refletirem as preferências subjetivas daquele(a) que decide.

De modo geral, a audiência pública cumpre seu objetivo ao fornecer “razões e argumentos” para que nove dos dez Ministros(as) votantes, a exceção do Ministro Carlos Ayres Brito, fizessem referências expressas (GODOY, 2015, p. 199). Porém, duas situações devem ser trazidas à tona. Primeiro, a impossibilidade de o ambiente judicial reconstruir um “microcosmo da sociedade”, conforme disse Bellamy (2007, p. 167).

Segundo, se o real objetivo era emergir as controvérsias éticas e religiosas ao “dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada”, em que pese a participação de algumas instituições religiosas (hegemônicas), não alcança esse objetivo, quando propositalmente deixa de fora outros seguimentos religiosos (sistemas de crença e de descrença), hegemônicos e não hegemônicos.

Permitir as participações sociais implica estabelecer novas formas de diálogos com os(as) intérpretes não oficiais, também de congregar distintos modos de realização dessa sociedade aberta, tais como os *amici curiae*, as audiências públicas, ainda que informalmente por meio dos “[...] memoriais e textos encaminhados por diferentes setores e entidades da sociedade civil.” (BRASIL, 2012, p. 93). No entanto, o ponto a ser demonstrado é que as participações não ficaram restritas ao exemplo acima ilustrado, ao contrário, essas e outras participações sociais poderiam igualmente ocorrer, quiçá com maior impacto, pelas intervenções dos *amici*, pois, como visto, requerimentos não faltaram.

Infere-se, portanto, que as participações sociais (religiosas ou seculares) e estatais (laicas) convergiram, em sua maioria, para o mesmo sentido apresentado pela decisão judicial,

inclusive na opinião de alguns dos sistemas de crença hegemônicos.¹²⁸ Também as informações prestadas em audiência pública forneceram substância para a maioria expressiva dos votos. Aliás, esse é exatamente um dos temas do voto¹²⁹ do Ministro Gilmar Mendes, ao consignar que a “laicidade do Estado se infere pela liberdade religiosa que seus cidadãos usufruem”, pois “Estado laico é aquele que respeita a diversidade de pontos de vista dos diversos credos sem, contudo, deixar-se influenciar por algum deles em específico.” (BRASIL, 2012, p. 229).

Nesse contexto, não é de se surpreender que “Os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas.” (BRASIL, 2012, p. 271). No entanto, diante da ausência de posicionamento ou comportamento institucional do STF sobre essas matérias, não há como atribuir essa postura para além do voto individual de alguns de seus(suas) Ministros(as).

Por isso, o elemento religioso em vez de desqualificar o argumento e deslegitimar as participações é exatamente isso que o capacita para a defesa parcial de uma interpretação constitucional a partir do seu ponto de vista, social e religioso. Imparcialidade e laicidade são obrigações inerentes ao Estado. Logo, na interpretação constitucional que envolva desacordos morais e éticos “[...] é importante, se não indispensável, escutar a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso, não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae*.” (BRASIL, 2012, p. 271-272).

Outra convergência possível é expressada quanto à figura dos *amici*, que justifica a transcrição do longo trecho abaixo:

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Por esses motivos, parece não ser razoável a ausência, nesse julgamento, de entidades da sociedade, como a CNBB e ONGs. [...]

Teço essas considerações para registrar a minha inequívoca posição no sentido de que a admissão de *amicus curiae*, de qualquer confissão religiosa, posição ideológica ou política, deve ser privilegiada por esta Corte. Em se tratando de ações de controle abstrato de constitucionalidade, isso é particularmente evidente, ante a repercussão da decisão (BRASIL, 2012, p. 275-276).

A separação orgânica entre Estado e as religiões atende dois objetivos específicos, no entender do Ministro Celso de Mello, o primeiro é a liberdade individual e o segundo consiste

¹²⁸ A exemplo da Igreja Universal do Reino de Deus que no primeiro dia da audiência pública se manifestou favoravelmente a possibilidade de interrupção terapêutica, “[...] nesse caso, o desejo da mulher, única capaz de dimensionar o impacto pessoal de uma gravidez de feto anencéfalo.” (BRASIL, 2012, p. 20).

¹²⁹ Cf. item 1. Estado laico e sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (BRASIL, 2012, p. 271).

em impedir “[...] que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.” (BRASIL, 2012, p. 338). Destarte, o legado do Estado moderno deve permanecer e ser reforçado, mas não ao ponto de representar o fechamento da constituição em um “elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes” (HÄBERLE, 1997, p. 13; 2013, p. 64).

Para evidenciar as contradições institucionais deve-se ir além das particularidades do caso analisado e das idealizações abstratas sobre as possibilidades de participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Ao construir diagnósticos reais sobre o tema pretende-se estimular discussões democráticas baseadas em possíveis modelos de desconcentração da interpretação constitucional restrita aos órgãos estatais.

Ao se estabelecer vínculos entre os resultados obtidos na referida testagem e a interpretação da laicidade à luz do paradigma democrático de direito, constata-se uma dupla ineficiência. Isto porque, segundo consta nos dispositivos legais mencionados as condutas, positivas e negativas, do(a) relator(a) do processo não estão minimamente demarcadas, hipótese que confere ao(a) relator(a) expressiva carga decisória para determinar o conteúdo que formará a fase pré-decisional. E, assim, tornar os debates, bem como a fase decisional, enviesados.

Para ampliar a cognição judicial “A simples justificativa de negar a prova porque o Estado é laico é insuficiente, pois, se não há uma religião oficial, todas são admitidas.” (CAMBI, 2009, p. 304). Considerando que as instituições de caráter secular não enfrentam as mesmas dificuldades de participação no debate público, seria o caso de se pensar em discriminação indireta contra as instituições religiosas? Parece apressado emitir qualquer resposta a esta indagação, apenas com base nesses materiais, mas, por certo, a laicidade enquanto subterfúgio para excluir as participações sociais contraria a ideia de não discriminação.

Cabe registrar que ao visibilizar as narrativas frequentemente olvidadas exige-se aplicação prática, ou seja, um saber social vinculado às questões práticas da jurisdição constitucional. Por isso, revela-se desnecessário e, até mesmo contraproducente ao modelo democrático de direito permitir participações sociais, religiosas ou seculares, que pouco ou nada acrescentem para o deslinde da controvérsia constitucional. Conforme afirmado no terceiro capítulo, as atuações que impactam positivamente são capazes de legitimarem tanto o controle de constitucionalidade, quanto às participações sociais que nele se realiza.

Assim, lastreado na análise e na interpretação dos dados extraídos do julgado percebe-se que não há como sustentar a existência de uma sociedade fechada ou de uma completa laicidade excludente em relação a audiência pública, o contrário parece ser verdadeiro em relação aos *amici* voluntários. Pois, entre outros motivos, não é possível compreender as razões para o indeferimento, pelo relator, Ministro Marco Aurélio, dos 08 (oito) pedidos de ingresso processual realizados pelas instituições religiosas e seculares detalhados na tabela 01 supra.

Provavelmente as participações sociais se desenvolveram no ambiente da audiência pública em virtude de seu caráter informativo e colaborativo com o Judiciário, que mantém a centralidade interpretativa nos intérpretes oficiais (estatais). Do mesmo modo, o indeferimento dos *amici* provavelmente possui como motivação a atuação processual ampliada em relação à audiência pública, conforme se sabe, “[...] não se prestando a julgar ou a referendar decisões, sendo por essa razão prévia e não vinculativa.” (REZENDE, 2017, p. 150).

Destarte, é possível identificar uma sociedade “semiaberta” dos(as) intérpretes constitucionais, todavia, os materiais produzidos no julgamento da ADPF n. 54/DF, se limitam a constatação desse fenômeno, cujas prováveis razões serão apresentadas no tópico 4.4 do presente capítulo.

4.3 Participação formal na ação direta de constitucionalidade - ADI n. 4.439/DF

Em recente decisão, na ADI n. 4.439/DF,¹³⁰ o tema sobre a participação das religiosidades no espaço público foi novamente objeto de apreciação pelos(as) Ministros(as) do STF. Assim, refaz-se os passos anteriores para apresentar as análises desenvolvidas sobre os aspectos jurídico, pragmático e reflexivo dessa decisão judicial, com o fim de comparar os resultados obtidos no tópico 4.2 do presente capítulo.

Diante do caráter objetivo da ADI, existe expressa vedação à intervenção de terceiros, nos termos do art. 7º, Lei n. 9.868/1999,¹³¹ pois, “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de constitucionalidade.” (BRASIL, 1999). Porém, as possibilidades para as participações sociais são facultadas pelo § 2º do mencionado artigo, ao determinar que “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá,

¹³⁰ Decisão adotada em sessão plenária realizada no dia 27/09/2017, cujo acórdão ainda se encontra pendente de publicação (redator Min. Alexandre de Moraes).

¹³¹ Cf. BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: *Diário Oficial da União*, 11 de novembro de 1999.

por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” (BRASIL, 1999).

Não obstante após a edição do Código de Processo Civil vigente, conforme já se disse no tópico 3.2 do terceiro capítulo, que inseriu as participações dos *amici* como típica intervenção de terceiros, nos termos do art. 138, CPC, entende-se tratar de uma exceção justificada pelos motivos apresentados no decurso dessa pesquisa e, portanto, não impede a intervenção dos *amici*, fiscalizatórios, convocados ou voluntários, no controle concentrado de constitucionalidade.

Ao contrário das oportunidades de participações franqueadas pelo § 2º, art. 7º, da citada Lei, que são espontâneas, ou seja, autoprovocadas pelos(as) interessados(as), as participações contidas na parte final do § 1º, art. 9º, são requisitadas pelo(a) relator(a). Pois, para contrabalancear os argumentos e (re)equilibrar a relação de força entre os argumentos “[...] 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.” (BRASIL, 1999).

Segundo as observações pretéritas acerca das participações sociais no STF constatou-se, como fonte de evidências que as audiências públicas constituem um importante mecanismo de promoção das participações sociais. Igualmente verificou-se a completa rejeição das instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, para contrastar essa verificação empírica e comparar com os argumentos teóricos apresentados no tópico 2.2 do segundo capítulo, ilustra-se com a discussão na qual as religiosidades e suas participações no espaço público estiveram no centro dos debates.

Não se trata de apresentar dois casos isolados, como se fosse possível, mas de uma mostra qualitativa que à primeira vista, corresponde à concretização das ideias de uma sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição, já que nesta ação judicial foram admitidos diversos *amici* voluntários, religiosos e seculares. Resta, portanto, a tarefa de encontrar elementos fáticos que subsidiem ou não essa afirmação. Paradoxalmente, as atuações espontâneas dos *amici* de matriz religiosa que no primeiro caso analisado foram completamente inviabilizadas pelo “dever estatal de laicidade”, na ADI n. 4.439/DF foram todas deferidas.

Na checagem do suposto “comportamento institucional” do STF, percebe-se que a variação em relação a essa modalidade de *amicus*, além da oscilação entre os julgados acarreta instabilidade e insegurança jurídica. Pretende-se, a partir do recorte de pesquisa proposto, verificar as possibilidades de uma suposta sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição, ou seja, demonstrar que o Estado democrático de direito não se corrompe em teocracia, nem que

o direito se converte em canônico somente pelas participações das instituições religiosas na esfera pública.

Assim, em 01/02/2012 a Procuradoria Geral da República - PGR propôs a ADI em face do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei n. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, “[...] para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não confessional com a proibição de admissão de professores na qualidade de representante das confissões religiosas [...]” (BRASIL, 2017, n.p.). Igualmente, em face do § 1º, art. 11, Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil.¹³² Mediante a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, subsidiariamente, requereu seja declarada a inconstitucionalidade do trecho “[...] ‘católico e de outras confissões religiosas.’” (BRASIL, 2017, n.p., grifo do autor), com redução do texto legal.

Basicamente, sustenta, de modo acertado, que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, de matrícula facultativa, não deve ser espaço para o proselitismo religioso, isto é, a pregação de determinada crença de matriz religiosa. Isto porque, há diferenças substanciais entre a participação político-jurídica das instituições religiosas em condição de igualdade com as seculares e o ensino religioso, ainda que de matrícula facultativa, ministrado por representantes de determinada religião, certamente pautado por um sistema de crença hegemônico.

Por isso, a PGR defende que “[...] a única forma de compatibilizar o caráter laico do Estado brasileiro com o ensino religioso nas escolas públicas é através do modelo não confessional [...]” (BRASIL, 2017, n.p.). Na petição inicial, foram consignados os seguintes fundamentos:

A correta compreensão do princípio da laicidade no sistema constitucional brasileiro, por sua vez, impõe que se considere o fato de que o próprio constituinte foi expresso ao admitir “*a colaboração de interesse público*” entre instituições religiosas e os poderes públicos (art. 19, I, CF) (BRASIL, 2017, n.p., grifo do autor).

A construção ora empreendida não se desenvolve numa perspectiva de oposição às religiões (laicismo), pois “A laicidade, em síntese, não impede que o Estado mantenha relações com as igrejas e instituições religiosas voltadas à promoção do interesse público, mas veda, sim, qualquer tipo de favorecimento ou de discriminação no âmbito dessas relações.” (BRASIL, 2017, n.p.). De outra sorte, tem-se a imposição de neutralidade quanto ao conteúdo “ministrado” na disciplina ensino religioso realizada pela natureza não confessional.

¹³² Aprovado pelo Congresso Nacional, Decreto Legislativo n. 698/2009, e promulgado pelo Presidente da República, Decreto n. 7.107/2010 (BRASIL, 2010).

Já o Senado Federal e a Advocacia Geral da União - AGU, por outro lado, sustentaram a constitucionalidade dos instrumentos normativos vergastados e se apoiam essencialmente na ausência de lastro constitucional para determinar o modo de oferecimento deste ensino.¹³³ Assim, segundo entendem, compete a lei infraconstitucional disciplinar o tema ao seu modo. Referente ao citado Acordo Internacional, alegam que a referência a uma religião específica (católica) consiste na própria natureza da parte celebrante; conforme se sabe a Santa Sé é a sede administrativa do Vaticano, logo, mantém a constitucionalidade dos atos legislativos questionados.

Nesse ínterim, importa sublinhar o destaque que as participações sociais ocuparam no bojo dessa ação judicial. No que concerne as intervenções dos *amici* voluntários de matriz religiosa, aparentemente, houve expressiva alterações na estrutura de pensamento, que, por sua vez, refutaria a hipótese de uma sociedade fechada na ADPF n. 54/DF. Estudos realizados nos autos do processo da ADI n. 4.439/DF, confirmam 22 (vinte e dois) requerimentos de instituições, religiosas e seculares, para intervirem no processo como *amici* e foram todos deferidos por decisão monocrática do relator do processo. Conforme se detalha na tabela 03 infra:

Tabela 03 - *Amici curiae* admitidos

n.	Nome ou denominação
01	Liga Humanista Secular do Brasil – LIHS
02	Conferência dos Religiosos do Brasil – CRB
03	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB
04	Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro – Glmerg
05	Associação Nacional de Educação Católica do Brasil – ANEC
06	Conferência dos Religiosos do Brasil – CRB
07	Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso – FONAPER
08	Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos
09	Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação
10	Ecos-Comunicação em Sexualidade
11	Comitê Latino-Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM
12	Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – Plataforma DHESCA Brasil
13	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS

¹³³ Em verdade, não há qualquer vedação constitucional expressa para a modalidade confessional de ensino religioso no Brasil, ou seja, aquele diretamente ligado a determinada denominação religiosa. Mas, existem outros fundamentos, fáticos e jurídicos, para se concluir o contrário.

14	Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos – AAA
15	União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro – UJUCARJ
16	Associação dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP
17	Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul
18	Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE
19	Conselho de Ensino Religioso do Distrito Federal – CONER-DF
20	Centro Acadêmico XI de Agosto (Grupo de extensão <i>Amicus</i> - DH)
21	Defensoria Pública do Estado da Bahia
22	Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos.

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Num total de 198 (cento e noventa e oito) peças processuais produzidas, ao menos 162 (cento e sessenta e duas), estão ligadas, direta ou indiretamente, às participações dos *amicus curiae* e, correspondem a 81,81% (oitenta e um vírgula oitenta e um por cento) do total. Isso, contudo, está longe de representar a efetividade dos aportes oferecidos pelos *amici*, conforme idealizado pelas construções teóricas sobre o tema, apenas um quantitativo numérico das intervenções realizadas nesse processo em específico.

Por exemplo, foram produzidas precisamente 23 (vinte e três) peças processuais para que a Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro - Glmerg apresentasse a cópia de seu estatuto social. Em termos percentuais corresponde a 14,19% (quatorze vírgula dezenove por cento) das peças ligadas aos *amici*, que não colaboraram para o deslinde da questão constitucional apreciada. Provavelmente se trata de uma demonstração daquilo que o Ministro Marco Aurélio chamou de “tumulto processual” (BRASIL, 2012, p. 09), na ADPF n. 54/DF, analisada no tópico 4.2 do presente capítulo.

Além disso, grosso modo, o conteúdo das peças destina-se a comprovação de sua regularidade processual, apresentação de documentos obrigatórios, recibos de petições, meros despachos do relator, requerimentos para sustentação oral, dentre outros. Efetivamente, das peças processuais apresentadas extrai-se apenas 05 (cinco) memoriais, corresponde a 03,08% (três vírgula zero oito por cento) das peças processuais ligadas aos *amici* e 02,52% (dois vírgula cinquenta e dois por cento) do valor global. Conforme se detalha na tabela 04 infra:

Tabela 04 - Memoriais dos *amici curiae*

n.	<i>Amicus curiae</i>	Quantidade de páginas	Manifestação	Requerimento
01	Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso – FONAPER	55 (cinquenta e cinco)	Procedência do pedido da PGR	Realização de audiência pública

02	Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Conectas Direitos Humanos; ECOS - Comunicação em Sexualidade; Comitê Latino-Americanano e do Caribe Para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM e Relatoria Nacional Para o Direito Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – Plataforma Dhesca Brasil	77 (setenta e sete). Obs.: além do “Relatório Técnico Narrativo Final” (17 páginas); do material da “Campanha Latino americana por uma Educação Não Sexista e Anti Discriminatória” (143 páginas); e do “Informe Preliminar Missão Educação e Racismo no Brasil (2010) Eixo: Intolerância Religiosa na Educação” (14 páginas). Total: 251 (duzentas e cinquenta e uma)	Procedência do pedido da PGR	Realização de audiência pública
03	Centro Acadêmico XI de Agosto (Grupo de extensão <i>Amicus</i> – DH)	51 (cinquenta e uma)	Procedência do pedido da PGR	-
04	Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos	21 (vinte e uma)	Procedência do pedido da PGR	-
05	Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos – AAA	18 (dezoito)	Procedência do pedido da PGR	-

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Em verdade o segundo relator do processo,¹³⁴ Ministro Roberto Barroso, seguiu a linha do primeiro relator, Ministro Ayres Britto, no que toca ao deferimento dos *amici*. Deve-se registrar que os *amici* de matriz religiosa, para essa ADI, possuem inquestionável pertinência temática, por certo, torna-se patente que as manifestações religiosas possuem contribuições para o controle de constitucionalidade. Contudo, caberia indagar se a efetiva participação dos *amici* não decorrem dos entendimentos pessoais de ambos os relatores acima mencionados, caso

¹³⁴ Redistribuição da relatoria do processo em razão da aposentadoria do Ministro Ayres Britto.

afirmativo, restaria comprovada a ausência de racionalidade decisória sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Ainda na fase pré-decisional, foi convocada audiência pública, realizada em 15/06/2015, para que nesse ato fossem ouvidos(as) os(as) “representantes do sistema público de ensino”, dos “grupos religiosos e não-religiosos”, das “entidades da sociedade civil”, além de “especialistas com reconhecida autoridade no tema.” Segundo apresentou nos fundamentos do despacho convocatório, “Com isso, pretende-se que esta Corte possa instaurar efetivo diálogo com a sociedade, abrindo-se para os variados pontos de vista sobre a questão e possibilitando a obtenção de subsídios para o equacionamento da controvérsia constitucional.” (BRASIL, 2017, n.p.).

No “despacho de convocação de audiência pública para discutir o ensino religioso em escolas públicas” e também no “edital de convocação” foram consignados os critérios de admissibilidade dos participantes, quais sejam: “(i) representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada, (ii) especialização técnica e *expertise* do expositor, e (iii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos.” (BRASIL, 2017, n.p., grifo do autor).

A audiência pública contou com 227 (duzentas e vinte e sete) instituições escritas. E, para a realização contou-se com a participação direta de 33 (trinta e três) instituições,¹³⁵ religiosas e seculares. Destas, 12 (doze) instituições foram convidadas e outras 21 (vinte e uma) foram selecionadas, dentre as instituições inscritas a partir dos critérios pré-estabelecidos no edital de convocação. Conforme se detalha na tabela 05 infra:

Tabela 05 - Integrantes da audiência pública ADI

n.	Nome ou denominação	Origem
01	Conselho Nacional de Secretários de Educação – CONSED	Convidado
02	Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE	Convidada
03	Confederação Israelita do Brasil – CONIB	Convidada
04	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB	Convidada
05	Convenção Batista Brasileira – CBB	Convidada
06	Federação Brasileira de Umbanda – FBU	Convidada
07	Federação Espírita Brasileira – FEB	Convidada
08	Federação das Associações Muçulmanas do Brasil – FAMBRAS	Convidada
09	Igreja Assembleia de Deus	Convidada

¹³⁵ Para as demais instituições inscritas foi facultado o envio de contribuições por escrito (memoriais) via correio eletrônico até o dia 05/06/2015 (BRASIL, 2017, n.p.).

10	Liga Humanista Secular do Brasil – LIHS	Convidada
11	Sociedade Budista do Brasil – SBB	Convidada
12	Testemunhas de Jeová	Convidada
13	Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação	Voluntária
14	<i>Amicus DH</i> - Grupo de Atividade de Cultura e Extensão da Faculdade de Direito da USP	Voluntário
15	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis	Voluntário
16	Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil-Israel – ANAJUBI	Voluntária
17	Arquidiocese do Rio de Janeiro	Voluntária
18	Associação Inter-Religiosa de Educação e Cultura – ASSINTEC	Voluntária
19	Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Teologia e Ciências da Religião – ANPTECRE	Voluntária
20	Centro de Raja Yoga Brahma Kumaris	Voluntário
21	Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ	Voluntária
22	Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados	Voluntária
23	Comissão Permanente de Combate às Discriminações e Preconceitos de Cor, Raça, Etnia, Religiões e Procedência Nacional	Voluntária
24	Comitê Nacional de Respeito à Diversidade Religiosa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República	Voluntário
25	Conectas Direitos Humanos	Voluntária
26	Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação	Voluntário
27	Convenção Nacional das Assembleias de Deus - Ministério de Madureira	Voluntária
28	Federação Nacional do Culto Afro Brasileiro - FENACAB ¹³⁶	Voluntária
29	Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso – FONAPER	Voluntário
30	Frente Parlamentar Mista Permanente em Defesa da Família	Voluntária
31	Igreja Universal do Reino de Deus	Voluntária
32	Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB	Voluntário
33	Observatório da Laicidade na Educação ¹³⁷	Voluntário

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Os dados numéricos referentes a audiência pública aduzem que mais de um terço das participações foram de instituições religiosas, ou seja, dos 33 (trinta e três) partícipes ao menos 15 (quinze) ou 45,45% (quarenta e cinco vírgula quarenta e cinco por cento) estão, direta ou indiretamente, ligados às instituições religiosas.¹³⁸

¹³⁶ Participação em conjunto com Federação de Umbanda e Candomblé de Brasília e Entorno.

¹³⁷ Participação em conjunto com o Centro de Estudos Educação & Sociedade.

¹³⁸ Cf. itens 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 12, 17, 18, 20, 27, 28 e 31 da tabela 05 supra.

Situação semelhante ocorre com os *amici* dos quais quase metade possuem origem religiosa, ou seja, dos 22 (vinte e dois) admitidos ao menos 10 (dez) ou 45,45% (quarenta e cinco vírgula quarenta e cinco por cento) estão, direta ou indiretamente, ligados às instituições religiosas.¹³⁹

Embora insuficiente, merece destaque a pluralidade dos sistemas religiosos de crença e de descrença, hegemônicos e não hegemônicos, presentes nessa ADI. Por isso, propõe-se reexaminar a questão da laicidade e das participações das instituições religiosas não apenas sob o aspecto instrumental ou quantitativo, por mais que a estratégia metodológica de exposição dos dados nos tópicos 4.2 e 4.3, possa sugerir. Equivale dizer que essa análise numérica contribui para a formação de uma compreensão aproximativa da “realidade institucional” do STF, porém, não é capaz, por si só, de revelar os significados (sentidos e alcances) no âmbito dos discursos desenvolvidos dentro do controle concentrado de constitucionalidade.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que o direito à participação se insere inegavelmente no rol dos direitos básicos e não deve ser deixado de lado, nem mesmo sob o argumento da laicidade. Assim, do voto-vogal do Ministro Ricardo Lewandowski extrai-se a seguinte passagem:

Considero importante sublinhar que, a meu sentir, não existe nenhum tipo de incompatibilidade entre democracia e religião no Estado laico: ao contrário, ambas podem e devem ser parceiras na busca do bem comum, especialmente no desenvolvimento de uma sociedade plural e compreensiva para com as naturais diferenças entre os seus integrantes (BRASIL, 2017, n.p.).

Nesse específico particular, a “laicidade não implica descaso estatal para com a religião” (BRASIL, 2017, n.p.). As complexidades na qual a democracia permanece imersa deve ser o mecanismo capaz de incorporar o dissenso, que lhe é inerente, portanto, as categorias sociais devem ser mescladas e colocadas em contato no espaço público institucional. Democracia, enquanto fenômeno histórico, em constante desenvolvimento, indica que “Os limites da laicidade, convém salientar, não são estáticos, mas sim dinâmicos e históricos, e a pedra de toque dela é a liberdade em sentido amplo [...]” (BRASIL, 2017, n.p.), sobretudo para a transição do modelo clássico de laicidade, centrado na separação orgânica entre o Estado e a igreja, para o atual período pós-secular (HABERMAS, 2006).

O desfecho final apresentado para o mérito dessa ADI foi que “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade (*sic*) [...]” (BRASIL, 2017, n.p.). Essa decisão revela-se inadequada aos preceitos democráticos positivados na CRFB/88 por violar o dever de neutralidade estatal e de autodeterminação individual. Na prática, a

¹³⁹ Cf. itens 02, 03, 04, 05, 06, 14, 15, 16, 17 e 18 da tabela 03 supra.

maioria dos(as) Ministros(as) do STF ao entenderem que a modalidade confessional para o ensino religioso é compatível com a Constituição da República de 1988, permitem que um padre católico ou um pastor evangélico, como exemplos bastante prováveis dos sistemas de crença hegemônicos, “lecionem” os conteúdos do ensino religioso nas escolas públicas, desde que não confundam aula com proselitismo religioso (pregação).¹⁴⁰

Cabe acrescentar que, num primeiro momento, essa decisão se apresenta em conformidade com o disposto no *caput* do art. 213, CRFB/88, segundo o qual: “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas” (BRASIL, 1988), desde que atendidos os requisitos dos incisos I e II do citado artigo. Porém, cabe oferecer alguns argumentos contrários à resposta judicial apresentada.

Por um lado, Rosa (2018, p. 182) entende que a religião “[...] é um elemento a mais da sociedade e da vida dos sujeitos que pode ser levado às escolas.” E mais ainda, para o autor a modalidade confessional do ensino religioso nas escolas públicas brasileiras não viola nem a igualdade, nem o regime secular (ROSA, 2018, p. 185), desde que preenchidas cinco condições básicas, quais sejam: (i) o “benefício deve ser igualitário” em relação as religiões; (ii) o Estado não deve “ser o realizador do ensino”; (iii) “o ingresso do ensino religioso na escola pública deve ser intermediado por decisão do estudante ou dos seus pais”; (iv) “o ensino deve ser facultativo” (ROSA, 2018, p. 190); (v) “sem captação de audiência ou outro elemento coativo.” (ROSA, 2018, p. 200).

Sob esse ponto de vista, parece razoável questionar se o Estado ao endossar apenas as práticas e as opções seculares não configurariam, ainda que implicitamente, uma postura sectária em relação as religiões ou até mesmo a imposição de uma escolha diferente daquela realizada pelo indivíduo quando “optou” pela disciplina de ensino religioso. Dessa forma, restaria violado o dever de neutralidade estatal? Ao que tudo indica, a resposta é afirmativa. Segundo Rosa (2018, p. 213) “O modelo de ensino não-confessional exclusivo viola ainda, sugiro, o direito especial de manifestação religiosa mesmo quando o local de realização é público.”

Por outro lado, deve-se interrogar se existem condições fáticas para atuação isenta desses(as) professores(as) religiosos(as)? Ou melhor, é possível exigir-lhes abstenção temporária de suas íntimas convicções para “ensinar”, sem doutrinar, sobre outros sistemas de

¹⁴⁰ Com isso não se tem um argumento casuista, pois, seria igualmente equivocado se um pai de santo ou um guru, por exemplo, “ministrassem” as aulas da disciplina de ensino religioso nas escolas públicas, seja numa ou noutra hipótese a diversidade, sobretudo de ideias, não é preservada com a decisão prolatada.

crença ou de descrenças? Ambas as respostas são negativas, porque a decisão contradiz as condições elementares para que a pluralidade de ideias seja viável, a exemplo da neutralidade, da imparcialidade, do igual respeito e consideração, dentre outras. Por isso, se distingue radicalmente do reconhecimento que a pluralidade, também religiosa, representa enquanto valor epistêmico.

Dessas reflexões, é possível anuir com as conclusões apresentadas por Condorcet, em momentos e contextos diferentes, mas que reforçam o ponto de vista apresentado. A primeira reflexão, consiste “[...] que as opiniões religiosas não podem fazer parte da instrução comum, uma vez que, sendo a escolha de uma consciência independente, nenhuma autoridade possui o direito de preferir uma a outra;” (CONDORCET, 1994, p. 37).¹⁴¹ A segunda, é que “[...] a instrução comum, embora dependente do governo, não deixou de ser dirigida pelo espírito teológico;” (CONDORCET, 1970, p. 146).¹⁴² Portanto, a decisão apresentada pela maioria dos(as) Ministros(as) do STF é lacunosa nesses e em outros sentidos.

Por outras palavras, significa dizer que ao vulnerar a separação orgânica entre o Estado e uma religião específica (sistema de crença hegemônico) cogita que mediante “deliberações” abertas e plurais, como as que supostamente ocorreram na ADI analisada, subtraiam direitos fundamentais de participantes de outros sistemas de crença não hegemônicos, como as religiões de matriz africana, ou dos sistemas de descrença, como o ateísmo, por exemplo, que “optem” por frequentarem as aulas de ensino religioso. Deste modo, representa uma decisão criticável.

Nesse sentido, Godoy (2012, p. 205), a partir das reflexões de Carlos Santiago Nino, sustenta “[...] que não se devem admitir, ainda que por meio de um debate público, interferências sobre a vida e a escolha privada do cidadão.” Repise-se que o argumento da matrícula facultativa do ensino religioso é incapaz para tentar legitimar sua prática confessional. Com essa decisão, abala-se (ou põe-se abaixo) o edifício teórico que concebe a jurisdição constitucional como o instrumento para proteger grupos não hegemônicos.

As possibilidades de uma suposta sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição são contrastadas com as participações sociais formais, pois, a realidade examinada apresenta um resultado diferente capaz de subtrair, por variadas maneiras, o efetivo direito à participação social. Houve a mutação de uma sociedade “semiaberta” para uma sociedade formalmente aberta e operacionalmente fechada dos(as) intérpretes constitucionais. Explica-se. Apesar da ampla inserção das instituições, religiosas e seculares, compondo, à primeira vista, um cenário

¹⁴¹ Cf. *Premier Mémoire : Nature et objet de l'instruction publique*. V. *L'éducation publique doit se borner à l'instruction. 3º Parce qu'une éducation publique deviendrait contraire à l'indépendance des opinions.*

¹⁴² Vide nota de rodapé n. 103.

aberto e plural, percebe-se a exclusão das participações, uma vez que estas permaneceram circunscritas ao campo formal.

Os argumentos lançados pelos 22 (vinte e dois) *amici* partícipes, presentes de modo mais substantivo nos cinco memoriais descritos na quarta tabela, não repercutiram, ao menos de modo expresso, nas “deliberações” e nos votos dos(as) Ministros(as) do STF. Tem-se, portanto, uma participação formal contida no controle de constitucionalidade, que na prática destitui os(as) cidadãos(ãs) e suas organizações da soberania que lhes é inerente. Eis, portanto, a tese a ser defendida nessa parte final.

Diante disso, seria possível conjecturar uma sociedade aberta apenas pela participação numérica ou quantitativa? A resposta é negativa, pois, essa hipótese retornaria ao solipsismo judicial. Por outro lado, haveria substância a ser extraída das participações sociais? É certo, que o tema ainda carece de um tratamento diferenciado por ambas as partes. A legitimidade democrática deve ser ampliada em razão do “polidiálogo” entre os(as) intérpretes constitucionais, que, por sua vez, reverbera numa fundamentação substantiva quando da prolação da decisão judicial.

Revela-se estéril a ampliação dos(as) agentes sociais com a mera inclusão formal dos distintos posicionamentos existentes na sociedade. A legitimidade democrática perpassa pela apropriação dos discursos produzidos no espaço institucionalizado aberto e plural, seja para acolher, seja para refutar por razões republicanas.¹⁴³ A ausência de coerência interna entre os julgados analisados, em termos de participação social, produz a ilusão de um “bem-estar participativo” que aponta para a um “leque de problemas estruturais”,¹⁴⁴ que vai desde os(as) onze Ministros(as) supremos(as), passando pela ausência de deliberação (interna e externa), até a sobreposição das ditas “verdades” sejam religiosas ou científicas.

Mas, ao contrário do que aparenta, numa sociedade supostamente aberta e plural que inclua as participações sociais apenas do ponto de vista formal, termina por realizar um diálogo inócuo. Em contrapartida, ao se proceder o estudo qualitativo, os memoriais apresentados pelos *amici*¹⁴⁵ percebe-se que não é possível determinar o grau de influência (impacto) exercido pelas participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, especialmente porque os acórdãos e documentos judiciais produzidos não se apresentam como materiais confirmatórios.

¹⁴³ No sentido etimológico do termo coisa pública (*res publica*) ou comunidade.

¹⁴⁴ Conforme será visto no tópico 4.4 do presente capítulo.

¹⁴⁵ A totalidade dos materiais apresentados pugnava pela procedência do pedido formulado pela PGR.

Em que pese a relevância teórica e normativa que o tema da participação possui, na prática, não foi possível conhecer a efetividade ou o impacto das intervenções desta espécie de *amici* no controle de constitucionalidade. Contudo, pela realização desse estudo foi possível alcançar duas conclusões: (i) primeiro, de maneira geral, a argumentação apresentada pelos *amici* não repercutiu, positiva ou negativamente, ao menos de modo expresso e direto na decisão final apresentada; (ii) segundo, a análise da consistência dos argumentos oferecidos extrai-se pouco material que desabone a primeira razão.

4.4 Dilemas constitucionais entre pluralidades interpretativas e o dever de laicidade

Nesse momento derradeiro busca compreender se é possível compatibilizar as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro com o dever de laicidade estatal, conforme sugerido nos tópicos 4.2 e 4.3 do presente capítulo. Para detalhar o chamado “leque de problemas estruturais” identificado na atuação dos(as) Ministros(as) do STF, a partir do recorte de pesquisa proposto optou-se por trabalhar sete dos chamados dilemas constitucionais, que de certa forma estão implícitos nos capítulos anteriores.

Concomitante a isso, desenvolver as características daquilo que se entende por legitimidade democrática, que por si só já constitui um dilema. Deste modo, a permeabilidade das intervenções dos *amici*, religiosos e seculares, no controle de constitucionalidade, mediante atuação nas fases pré-decisional e decisional, estabelecem indicativos para construção da legitimidade democrática pretendida. Os resultados da pesquisa empírica revelam que os julgados analisados não se prestam de material confirmatório, bem como foi constatada uma dupla insuficiência tanto de algumas “participações”¹⁴⁶ quanto de algumas decisões judiciais.¹⁴⁷

Paradoxalmente apresenta-se alguns dos dilemas constitucionais sob a forma de: (i) pluralidade interpretativa; (ii) fundada no polidiálogo religioso; (iii) que, por sua vez, deve estabelecer vínculo material ou concreto com a situação analisada; (iv) apto a repercutir na fundamentação da decisão judicial; (v) e demonstrar a racionalidade decisória do STF; (vi) que a longo prazo permitirá a realização do controle social difuso; (vii) por fim, resulta em uma

¹⁴⁶ Cf. tabela 03 - *Amici curiae* admitidos, somam número de 22 (vinte e dois), porém, segundo a tabela 04 - Memoriais dos *amici curiae*, foram encontrados apenas 05 (cinco) memoriais acostados aos autos do processo da ADI n. 4.439/DF, ambas as tabelas constantes no tópico 4.3 do quarto capítulo.

¹⁴⁷ Cf. tabela 01 - (In)deferimento das participações, tópico 4.2 do quarto capítulo.

“nova organização pluralista” (HÄBERLE, 2000, p. 89) a partir do “pluralismo institucional democrático” (*democratic institutional pluralism*) (BADER, 2007, p. 186; 2016, p. 159).

Após ter visto os lados sobre as participações das instituições religiosas, em diferentes abordagens, percebe-se que a religião e a política uma é instrumento da outra (ROUSSEAU, 1963, p. 28),¹⁴⁸ porém não se confundem. A proposta de leitura para esse adágio perpassa pela compreensão do poder popular - ora retratado pelas participações das instituições religiosas, mas não apenas por elas - como tentativa de tornar a interpretação constitucional uma atividade compartilhada com a sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição.

Para associar as ideias, as participações das instituições religiosas estão compreendidas no gênero das participações sociais. Com isso, não se sustenta que uma sociedade se torne fechada apenas se as instituições religiosas não participarem do processo de interpretação constitucional, mas, sem dúvidas, numa sociedade aberta as participações das instituições religiosas são, via de regra, bem-vindas. Uma noção democrática do direito conjuga os lugares de fala com arcabouço teórico e normativo para examinar a (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

É certo que ao se examinar sobre as práticas das participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro revelou um desconforto teórico. Cujas atividades de interpretação e de decisão, centradas na figura do(a) julgador(a), representam um dos obstáculos não apenas para as instituições religiosas, mas também para as participações sociais como um todo. As novas roupagens da sociedade fechada dos(as) intérpretes da constituição são apresentadas sob a forma de uma sociedade “semiaberta” e formalmente aberta e operacionalmente fechada.

Assim, o primeiro dilema constitucional identificado é tornar efetiva as possibilidades para que ocorra a pluralidade interpretativa. Registra-se o avanço representado pela ADI n. 4.439/DF, com a inclusão quantitativa das participações sociais mediante admissão dos *amici* voluntários, religiosos e seculares, e da audiência pública. Um passo necessário, porém, insuficiente para alcançar a “efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições” (GODOY, 2015, p. 202). Mas, por certo, será mediante a abertura para as participações sociais que a atividade interpretativa da constituição pode se tornar plural.

Em princípio, não há como excluir as participações religiosas. Hipótese que confere maior legitimidade democrática ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

¹⁴⁸ Cf. *Livre II. Chapitre 2.4 : Des bornes du pouvoir souverain.*

Todavia, a experiência que restou demonstrada foi que a “desejabilidade” social de participar das discussões no STF esbarra na atribuição de pouco ou nenhum valor para os conhecimentos pertencentes ao comum. Logo, um dos dilemas constitucionais reside na pluralidade interpretativa e na capacidade ou disposição institucional para receber-las e trabalhá-las adequadamente.

Nesse particular, a abordagem consiste em interpretar o dever de laicidade compatibilizando-o com a tolerância das liberdades religiosas e seculares. Para a realização do polidiálogo religioso,¹⁴⁹ dentro do processo judicial, demarcado por “[...] um *espaço polifônico*, no qual diversas vozes se entrechocam e onde emergem vários pontos de vista sobre as questões do litígio. [...]. Ao se abandonar a *monofonia* pela *polifonia*, há de se cuidar para não cair na *cacofonia* [...]” (CAMBI, 2009, p. 324, grifos do autor).

De fato, não há como conceber o paradigma democrático de direito ao desconsiderar o dissenso social preexistente, igualmente não é possível qualquer traço de democracia sem um mínimo de consenso, ainda que provisório. A participação das instituições religiosas implica desconstruir os sentidos tradicionalmente atribuídos aos termos democracia e religião, à medida que a democracia¹⁵⁰ não é exclusivamente laica da mesma forma que a religião não é necessariamente privada. O desafio é alcançar o ponto de equilíbrio entre ambas para estabelecer dentro da pluralidade de interpretações constitucionais vários diálogos, religiosos e seculares, de forma compreensível.

Percebe-se um vínculo material entre legitimidade e idoneidade. Pois, a participação social, religiosa ou secular, deve ser capaz de aportar elementos concretos como material informativo; razões fundadas em experiências fáticas; dados técnicos, estatísticos e científicos; outros elementos pouco acessíveis ao ambiente jurídico; entre outros fundamentos que justifiquem suas intervenções. Admitir o inverso conduziria ao equívoco de considerar as participações como fim em si mesmas.

Conforme se sabe, no controle concentrado de constitucionalidade não há lide, em sentido técnico, por se tratar de controle objetivo, não há partes para serem apoiadas, fatos a serem contraditados, testemunhas a serem olvidadas etc. Assim, entre os(as) agentes que atuam para assegurar a higidez do ordenamento jurídico vigente ou a tutela dos direitos e das garantias fundamentais (BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016), faz-se necessária a presença dos *amici* para ressaltar os vínculos materiais subjacentes.

¹⁴⁹ Conforme as classificações apresentadas no tópico 4.1 do presente capítulo.

¹⁵⁰ Conforme o sentido de democracia deliberativa apresentado no tópico 3.3 do terceiro capítulo.

A tarefa de uma hermenêutica constitucional não é arrogar para si ou para alguns(algumas) o domínio da autoridade e da tradição, mas na propriedade (substância) daquilo que se agrega para a solução da controvérsia examinada. Legítimas, portanto, são as intervenções das instituições, religiosas e seculares, no controle concentrado de constitucionalidade que ao fornecerem informações e interpretações para viabilizar a tomada de decisão pertinente ao caso examinado. Pois, ao se acrescentar algo para a decisão judicial efetivamente houve participação. Outro dilema constitucional é estabelecer critérios válidos para avaliar a substância das participações.

Um indicativo da legitimidade democrática pretendida decorre da demonstração objetiva e consistente das razões de decidir (*ratio decidendi*). Bem por isso, “[...] a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais”, segundo Cordeiro e Gomes (2014, p. 105), “constitui um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito, uma vez que assegura o respeito aos direitos individuais e garante a necessária segurança de tais provimentos.”, no mesmo sentido Fernandes (2014, p. 935).

Representa, em tese, o controle da discricionariedade judicial ao mesmo tempo em que garante aos(as) destinatários(as) da norma “[...] que o Estado-Juiz, no exercício da função pacificadora, agirá de forma imparcial, independente e responsável, observando os preceitos constitucionais e sem promover perseguições ou favorecimentos de qualquer espécie.” (CORDEIRO; GOMES, 2016, p. 60). Mas, a fundamentação e a decisão judicial são possíveis somente após à atividade interpretativa, cuja proposta é ultrapassar a interpretação autêntica (KELSEN, 1962, p. 453-459), isto é, aquela realizada pelos órgãos oficiais.

Dentro do contexto democrático de direito a fundamentação das decisões judiciais é considerada o corolário dos direitos (participação social) e garantias fundamentais (contraditório substancial),¹⁵¹ um dos mecanismos de controle da atividade decisória por parte dos agentes estatais e sociais. Diante das participações sociais, a decisão judicial precisa abranger a argumentação apresentada, o que não significa necessariamente seu acolhimento, deste modo, tornar pública as razões que conduziram a decisão apresentada.

Por consequência, as participações sociais devem se fazer presentes na fundamentação das decisões judiciais, ainda que seja para refutar os argumentos apresentados. Brandão (2016, p. 29), de maneira assemelhada afirma que “[...] se no ato decisório final não houver menção aos fundamentos levantados pelas partes, resta evidente que o Estado não as ouviu adequadamente.” E, prossegue o citado autor:

¹⁵¹ Entendido como a tríade formada pelo conhecimento, participação e influência.

Mesmo que o magistrado julgue os fundamentos completamente destituídos de senso, é necessário que enfrente os pontos levantados para que a parte tenha garantido seu direito ao contraditório no viés de influência. Se a decisão se abstém de analisar as questões de direito suscitadas, macula-se a garantia fundamental ao contraditório (BRANDÃO, 2016, p. 29).

Em suma, quando há “[...] um *déficit* (*sic*) de fundamentação é, na realidade, um *déficit* (*sic*) de legitimação da atividade do Judiciário.” (ABBOUD, 2012, p. 194-195). Todavia, mais um dilema constitucional que se apresenta consiste em extraír fundamentos, fáticos e jurídicos, dos argumentos apresentados pelas instituições religiosas que sejam compatíveis com a esfera pública. No entanto, conforme afirmado no tópico 3.2 do terceiro capítulo, repise-se que a citação expressa não deve servir como exclusivo critério para mensurar o impacto das participações sociais e de legitimidade democrática.

A análise dos provimentos judiciais demonstrou, grosso modo, que a negação das participações sociais ocorre tanto pela redução de seus espaços de atuação, quanto por sua inserção apenas do ponto de vista formal. Nesse caso, quando se reduz as participações ao mero cumprimento protocolar e acrítico, perde-se, com isso, sua própria razão de ser, bem como as autoridades envolvidas caem em descrédito. Por outro lado, acolher qualquer interpretação conduz a equívocos tais como a utilização do próprio texto constitucional para “acomodar” respostas incompatíveis com a própria experiência constitucional brasileira.

Pela discrepância com que o tema das participações sociais e o dever de laicidade recebeu em períodos próximos, percebeu-se o “sintoma de uma doença ainda mais grave e terminal”,¹⁵² que é a ausência de racionalidade decisória. A construção, em conjunto, dos espaços democráticos implica pensar não em um espaço circunscrito, mas ampliativo, cujos saberes compartilhados agreguem a fundamentação teórica e experimentação empírica das participações das instituições. Conforme já se disse no tópico 3.2 do terceiro capítulo,¹⁵³ a racionalidade contribui para limitar a arbitrariedade, por isso, a decisão judicial precisa estabelecer um discurso capaz de justificar suas premissas (AARNIO, 1991).

O paradoxo das participações sociais se revela à medida que se participa, do ponto de vista formal, mas, não se influencia substancialmente no processo de tomada de decisão. Uma vez que há indícios suficientes de que aquilo que os(as) Ministros(as) leem nas petições e nos memoriais ou ouvem nas audiências públicas e nas sustentações orais não alteram suas “convicções pessoais”. Contíguo a isso, tem-se um viés de autoconfirmação, daquilo que já está

¹⁵² Essa questão foi levantada pelo Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky durante o exame de qualificação realizado em 20/03/2018, na Universidade Federal de Uberlândia/MG (vide nota de rodapé n. 65).

¹⁵³ Vide nota de rodapé n. 73.

decidido de antemão, mediante escolhas arbitrárias que não são passíveis de revisitação de modo racional e intersubjetivo.

Há inclusive possibilidades de que essas preferências também ocorram quando da decisão que admite ou não os *amici* voluntários ou da convocação dos *amici* ou de partícipes para a audiência pública. Essas “disfunções deliberativas” (DIAS, 2012, p. 56) provocam torsão no resultado final produzido, pois, decidir sem a suficiente deliberação é afirmar que os(as) cidadãos(ãs) influem pouco (ou nada) na formação do juízo de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Destarte, emerge a necessidade de se questionar publicamente os(as) Ministros(as) do STF sobre os critérios adotados para coletivizar as discussões sobre a jurisdição, em geral, e sobre o controle de constitucionalidade, em particular. Para o desfecho das controvérsias constitucionais a apresentação da fundamentação é o que potencialmente reduz a arbitrariedade das decisões. Dentro das etapas de legitimidade democrática da decisão judicial perpassa por analisar suficientemente os argumentos apresentados pelos *amici* (uma das formas de controle social).

Ao considerar os debates sobre a metodologia de decisão judicial e a argumentação jurídica, existem confrontos entre as liberdades (individuais e coletivas) de participação e o dever de laicidade estatal. Dentro do “constitucionalismo discursivo”, Alexy (2005) sugere a ponderação ou o balanceamento dos princípios constitucionais em colisão,¹⁵⁴ no entanto, cabe considerar que a utilização de “metodologias que permitam relativizar direitos fundamentais”, a exemplo da proporcionalidade, “Esses tipos de argumentos têm viabilizado a prática política de uma Corte que se tem feito mais presente na definição de pautas políticas, econômicas e sociais, muitas vezes em confronto com o Parlamento e também o Executivo.” (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 08).

De fato, existem dificuldades na atribuição dos critérios de “peso” para os princípios constitucionais em colidência no caso concreto, mas, parece acertado que a utilização deficitária de determinada teoria, por si só, não a invalida por completo.¹⁵⁵ Em sentido contrário, conclui-se que a metodologia alexiana não fornece respostas adequadas ao paradigma do Estado democrático do direito (FERNANDES, 2010b, p. 70-95).

¹⁵⁴ Sobre o tema conferir: ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *New York University School of Law*, New York, v. 03, n. 04, 2005, p. 572-581.

¹⁵⁵ Cf. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, 2016, p. 146-153.

Mas, a ideia de racionalidade decisória, enquanto dilema constitucional, não pode ser conferida pela correspondência a certos padrões, supostamente capazes de tornar as decisões justificáveis e compreensíveis. Conforme afirma Rodriguez (2013, p. 66), “Se houver um padrão aceito para avaliar a racionalidade das decisões, ou seja, se for possível discernir uma boa justificativa de uma má justificativa em função de um modelo de racionalidade judicial, uma ação como esta não terá efeito algum.”

Por isso, seria possível apontar tão somente alguns indicativos ou características gerais da legitimidade democrática para o controle social difuso da função jurisdicional brasileira. Ao submeter a jurisdição constitucional ao escrutínio público o protagonismo não recai sobre o tribunal ou sobre seus espaços institucionais, ao revés, o destaque reside na pluralidade dos agentes sociais e estatais envolvidos. A essencial independência do Judiciário não assegura um sistema imune a restrições externas, portanto, deve existir mecanismos sociais capazes de validamente constrangerem os(as) magistrados(as).

Já que os mecanismos internos ou institucionais atuam de forma frágil, basta pensar, por exemplo, que para um(a) magistrado(a) extremamente religioso(a) existe o dever se declarar suspeito¹⁵⁶ para julgar questões de “foro íntimo” sob pena de ter seus atos decretados nulos pelo tribunal.¹⁵⁷ No caso de um(a) Ministro(a) do STF não é bem assim.¹⁵⁸ Vislumbra-se, portanto, que as participações sociais, de forma plural e permanentemente aberta, a fundamentação das decisões judiciais, entre outras formas colaborarem para o controle social difuso.

O debate sobre o controle de constitucionalidade, no contexto democrático, realiza-se também nos espaços institucionais que materializam as experiências coletivas das participações sociais. Todavia, como tornar efetivo os mecanismos de controle social da atividade jurisdicional? Especialmente em ambientes demarcados por invisibilidades, negações e preferências arbitrárias? Disso decorre a necessidade de inserção das participações sociais ao mesmo tempo em que se aplica propostas como o “constrangimento epistemológico”, isto é, uma forma de colocar em xeque decisões que se mostram equivocadas denunciando-as mediante o pensamento crítico (STRECK, 2012, p. 07-08).

Avançar com base em razões para reduzir o arbítrio judicial implica, de alguma forma, romper com a cultura de simplesmente manifestar adesão ao voto majoritário nos órgãos

¹⁵⁶ Cf. art. 145, CPC. Há suspeição do juiz: § 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões (BRASIL, 2015).

¹⁵⁷ Cf. art. 145, § 7º, CPC. O tribunal decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição (BRASIL, 2015).

¹⁵⁸ Cf. art. 6º, RISTF. Também compete ao Plenário:

I - processar e julgar originariamente: [...]

h) as arguições de suspeição (BRASIL, 2012).

supostamente colegiados. Ao fazê-lo, havendo condições e necessidade para que fosse diferente, os(as) magistrados(as) devem ser “constrangidos” epistemológica e socialmente. Os contrastes ficam também por conta das dificuldades, ressalvadas às exceções, de se acessar minimamente os argumentos oferecidos pelos *amici*, que, em certo sentido, expõem o vazio não apenas das instituições religiosas, mas das participações sociais como um todo.

Certamente haverá ressalvas a estas ideias, sobretudo no que toca a “independência judicial”, contudo, na função jurisdicional deve-se distinguir independência de “autossuficiência”, bem como direitos de privilégios, obrigações de faculdades etc. Esses argumentos conduzem à ideia de que “[...] a democracia exige *deliberações comuns* e, por isso, pressupõe a existência de *espaços públicos abertos* que permitam que pessoas e grupos possam discutir questões jurídicas socialmente relevantes.” (CAMBI, 2009, p. 380, grifos do autor).

Por fim, volta-se para a proposta teórica de Häberle (2000, p. 89) de uma “nova organização pluralista” (*new pluralistic organization*) que não é constituída apenas pelas variações das participações sociais. Exige-se mais. Demanda-se um intenso envolvimento das instituições, estatais e sociais, para compor novas formas de diálogos submetidos ao debate público. Nesse sentido, as pluralidades interpretativas e o dever de laicidade convergem para o “pluralismo institucional democrático” (*democratic institutional pluralism*) (BADER, 2007, p. 186; 2016, p. 159).

Ao se alterar a estrutura da tomada de decisões, a atividade interpretativa se abre para diversos(as) atores(as) sociais, que formam novos espaços e novas dialogicidades construídas concorrentemente entre os(as) intérpretes oficiais e não oficiais, religiosos e seculares, dentre outras possibilidades. Equivale a dizer que caminham em paralelo, não em sobreposição, as possibilidades de interpretação do texto, contexto e história constitucionais. Representam a efetiva relação entre cidadãos(as) e a própria ideia de democracia, que, por sua vez, depende dos sentidos e alcances conferidos aos substantivos democracia e cidadania.

Nesse sentido, Moisés (2005a, p. 35; 2008, p. 08;¹⁵⁹ 2009, p. 20) descreve duas funções complementares desempenhadas pelas instituições na democracia, “[...] a primeira envolve a distribuição do poder, a segunda assegura a participação dos cidadãos em qualquer avaliação ou julgamento que seja a base do processo de tomada de decisão.” Nessa direção, a consequência é a atribuição da legitimidade democrática, que envolve a “[...] capacidade específica para responder de forma eficiente às demandas da sociedade.” (MOISÉS, 2009, p. 07).

¹⁵⁹ Cf. CARNEIRO, Gabriela Piquet; MOISÉS, José Álvaro. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 01, jun. 2008, p. 01-42.

Essas propostas convergem para a estrutura democrática responsável, em grande parte, por diminuir as chances que magistrados(as) atuem como “heróis” (BADER, 2016, p. 165). A interpretação compartilhada, enquanto um dos mecanismos para dificultar a utilização de que apenas argumentos capazes de confirmarem determinado posicionamento sejam enfatizados, é uma perspectiva republicana que conduz ao confronto dos argumentos, contrários e favoráveis, para extrair as razões que apontam para a resposta democraticamente adequada.

A sugestão de Bader (2016, p. 181) consiste no “[...] *ethos* da busca da verdade precisa ser apoiado por salvaguardas culturais, legais e institucionais que asseguram a livre crítica, o pluralismo e o debate interno que neutraliza as assimetrias de poder.” Numa acepção abrangente, os(as) intérpretes oficiais ampliam a interpretação constitucional para “especialistas não jurídicos” e “outras partes interessadas relevantes.” Nesse sentido, Bader (2016, p. 178) aproxima-se teoricamente das ideias de diálogos interinstitucionais apresentada no tópico 3.3 do terceiro capítulo, ao afirmar que “[...] os tribunais não devem apenas ouvir e conversar com outros tribunais e peritos legais, mas também com legisladores, políticos e outros especialistas.”

Uma cultura de respeito aos valores democráticos apresenta-se como elemento chave para a explicação e o conhecimento sobre o significado prático de participação coletiva. A instituição STF deve responder adequadamente as demandas dos(as) atores(as) sociais, isso, contudo, não equivale a afirmar que o Tribunal sempre deve se curvar as vontades hegemônicas e não hegemônicas. Com isso, afirma-se, de modo incisivo, que na análise das controvérsias sobre matérias constitucionais as participações sociais precisam ser levadas em consideração.

Os dilemas são muitos e complexos, certamente, maiores que os aqui apresentados e, vão desde estabelecer limites válidos para as participações sociais até impactar positivamente nos procedimentos de tomada de decisão judicial. De certo, para a sociedade como um todo interessa e muito as razões que levaram o(a) magistrado(a) a decisão apresentada (FERNANDES, 2010b, p. 39). Entretanto, para que o processo de decisão seja colaborativo essas e outras demandas precisam ser enfrentadas por todos(as) os(as) intérpretes, cujo ponto de intersecção - que não esgota, mas amplia as discussões -, conforme exposto por Copetti Neto e Vieira (2017, 162, grifos dos autores), é que:

[...] na democracia constitucional se assentam não só os *meios* - o quem decide e o como se decide -, mas também os *fins* - o que é decidido - das decisões, ela mesma implica o direito - e não qualquer direito - mas o direito que assume a *teoria da validade das normas* como o seu corolário, porque nem tudo que vem decidido pela força da autonomia política ou da autonomia civil é válido [...].

Observe-se, portanto, que “A pluralidade é a tolerância, aceitação e convivência dos divergentes.” (ALVES JÚNIOR, 2007, p. 60), portanto, a laicidade não deve atuar como um mecanismo de exclusão antecipada do debate público. De outra sorte, a legitimidade dos *amici*, sejam religiosos ou seculares, deve ser mensurada pelas contribuições apresentadas, questão que reside para além do campo destinado ao viés de autoconfirmação, mas, de outro modo, possui especificidades e necessidades próprias dentro do espaço democrático brasileiro.

Por fim, uma investigação crítica e argumentativa dos dados levantados permite fundamentar hermeneuticamente um sentido para o substantivo laicidade, enquanto neutralidade, compatível com o Estado democrático de direito. As intervenções dos *amici*, transferem para as instituições partícipes a experiência de atuação no campo da ação institucional e, pelo encontro das liberdades exercidas no espaço institucional atuarem, ainda que potencialmente, como uma espécie de controle social difuso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa investigou as possibilidades, teóricas e empíricas, para as participações das instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Nesse momento final reforça-se com algumas considerações que contribuem para firmar a resposta apresentada à problemática examinada no sentido de estender, em princípio, com igualdade de condições as possibilidades de participações entre as instituições religiosas e seculares. Portanto, não há como conceber as participações sociais, sem antes repensar sobre os sentidos atribuídos aos substantivos democracia, legitimidade e laicidade dentro do Estado democrático de direito.

O saldo final será apresentado sob a forma de análises, resultados e sugestões. As análises dos materiais pesquisados indicam diversos arranjos teóricos e normativos, nacionais e estrangeiros, que sustentam não apenas a possibilidade, mas, a necessidade de inserção das participações sociais nas funções estatais. Este trabalho representa a defesa desse ponto de vista. Tais exigências decorrem do modelo democrático de direito, ora como um de seus pressupostos, ora como uma de suas consequências. Contudo, existe distinção entre a positivação (ainda que constitucional) e a efetivação de um direito humano e fundamental.

Por um lado, essa constatação permite pensar no âmbito restrito de aplicação e principalmente de proteção do direito humano e fundamental à participação direta na condução dos assuntos públicos, por outro lado, questionar se os *amici* protegem adequadamente a essencialidade desse direito. Após a testagem da hipótese, tem-se as seguintes conclusões:

No segundo capítulo, a partir da teoria da sociedade aberta dos(as) intérpretes da constituição como matriz de enquadramento teórico trabalhou-se as categorias da sociedade aberta e fechada, em termos de interpretação constitucional. A sociedade aberta preconiza a cooperação entre os(as) intérpretes oficiais e não oficiais, a sociedade fechada, ao contrário, concebe o monopólio da interpretação da constituição pelos órgãos oficiais. Igualmente foram demostradas algumas hipóteses fáticas e jurídicas que mitigam a ideia de uma sociedade totalmente aberta, sem, contudo, incidir em sua antítese. Para operacionalizar as participações sociais elegeu-se o instituto jurídico político do *amicus curiae*.

Em seguida, no terceiro capítulo, foram debatidas as dimensões de legitimidade democrática da jurisdição constitucional e dos *amici* voluntários e concluiu-se pela possibilidade de aumentar a legitimidade democrática como hipótese conciliadora. De tal sorte haveria: (i) a abertura do processo de interpretação constitucional, (ii) a inserção da sociedade civil organizada nos mecanismos de controle de constitucionalidade e, (iii) a produção de

decisões judiciais com maior grau de legitimidade democrática. Por consequência, tem-se um sistema “fraco” de controle de constitucionalidade, isto é, se “enfraquece” a figura do órgão privilegiado para a interpretação e a decisão para se “fortalecer” a resposta constitucionalmente adequada.

Diante da amplitude dessas constatações foi necessário afunilar o foco da pesquisa. Assim, no quarto capítulo, realizou-se a imbricação entre as variáveis do controle concentrado de constitucionalidade e das participações das instituições religiosas. Nessa imersão, constatou-se que o dever estatal de laicidade foi invocado, em um primeiro momento, para impedir as participações dos *amici* voluntários de origem religiosa (também os seculares). Daí surge a principal motivação e orientação para a realização dessa pesquisa.

Realizou-se, também, uma investigação empírica mediante exemplos práticos concretamente observáveis a partir de dois casos icônicos em que as variáveis da laicidade e da participação social se fizeram presentes. Na ADPF n. 54/DF, que versou sobre a possibilidade de interrupção de feto portador de anencefalia, todos os pedidos de admissão dos *amici*, religiosos ou seculares, foram indeferidos pelo relator do processo, sem que fossem consignadas as razões que conduziram às decisões apresentadas. A ausência de participação dos *amici*, contudo, por si só, não configurou uma sociedade fechada, ante a realização de audiência pública - a qual impactou positivamente no voto do Ministro relator, em especial, e dos(as) Ministros(as) do STF, em geral - verificou-se a existência de uma sociedade “semifechada” dos(as) intérpretes da constituição.

Todavia, na ADI n. 4.439/DF, que versou sobre a modalidade confessional do ensino religioso nas escolas públicas, aparentemente, houve significativa alteração do suposto “posicionamento institucional” acerca da impossibilidade dos *amici* religiosos. Essa ação contou com 22 (vinte e duas) instituições, religiosas e seculares, além da realização de audiência pública. Devido a essa oscilação percebe-se a impossibilidade de se afirmar um comportamento institucional do STF acerca dos *amici* religiosos.

Essa variação é explicada, em parte, pela expressiva carga decisória do(a) relator(a), conclui-se, portanto, que a admissão ou não dos *amici*, religiosos ou seculares, deriva majoritariamente do posicionamento monocrático e irrecorrível do(a) relator(a). Mas, também das especificidades da matéria constitucional analisada. Daí considerar a existência de um(a) supremo(a) relator(a) que precisa ser “convencido(a)” pelos *amici*.

Assim, a análise dos dados documentais (julgados) revelou que não há como afirmar, com segurança, a procedência da hipótese de pesquisa inicialmente apresentada. Isso ocorre não em razão dos métodos e materiais empregados na pesquisa, mas, por uma dupla

insuficiência: tanto das intervenções de alguns dos *amici*, quanto das decisões judiciais prolatadas.

No primeiro caso analisado, as decisões monocráticas de indeferimento impediram as participações dos *amici* religiosos, sob o vago argumento de laicidade, sem maiores preocupações com a fundamentação da decisão judicial e com a Constituição da República de 1988 (art. 93, XI, CRFB/88). Por outro lado, foram admitidas participações de algumas instituições religiosas no primeiro dia da audiência pública realizada, contudo, não houve menção, ao menos de forma expressa, dos argumentos ali apresentados.

Já no segundo caso, constatou-se ampla aceitação dos *amici* religiosos, também na audiência pública realizada. Foram localizados apenas cinco memoriais, dos quais todos corroboravam a tese da impossibilidade da modalidade confessional, de maneira geral, as manifestações produzidas em audiência pública também foram nesse sentido. No entanto, a maioria dos(as) Ministros(as) do STF decidiram pela hipótese contrária.

Por isso, os estudos apontam para uma nova categoria em termos de interpretação constitucional, ou seja, uma sociedade formalmente aberta e operacionalmente fechada dos(as) intérpretes constitucionais. Logo, não foi possível encontrar material confirmatório, ao menos de modo expresso e direto, para constatar o efetivo impacto das participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Igualmente não é possível estabelecer ligação direta entre a elevação numérica das participações sociais e o grau de influência nas decisões prolatadas. Assim, não há como assegurar que a presença dos *amici* garantam *per se* a legitimidade democrática, que ultrapassa o mero cumprimento protocolar e acrítico, mas, de outra sorte, significa a inclusão com efetivas possibilidades de participação, enquanto início de uma constituição aberta e plural a ser construída.

De certo, as participações sociais possuem maior aceitação teórica e normativa do que revelado pela prática “institucional” do STF, como visto, restou prejudicada. Noutro giro, a atuação do(a) relator(a) deveria ser para modular as participações sociais, no sentido de garantir e ampliar a pluralidade de intérpretes e de interpretações constitucionais. Postura que deve reverberar nas fases pré-decisional (instrutória) com a apresentação de memoriais e pela realização de audiências públicas e, decisional (julgamento) com as sustentações orais, assim como ecoar nos fundamentos das decisões judiciais.

Esses aspectos constatados são na verdade manifestações de falhas estruturais mais amplas como: (i) a ausência deliberação, interna e externa, no STF e (ii) a insuficiência na fundamentação das decisões judiciais, que somados ensejam à ausência de racionalidade

decisória. Em poucas palavras, o STF revela-se inacessível as pessoas e grupo de “pessoas comuns” e aos seus conhecimentos.

Sugere-se, por fim, alguns indicativos para a construção da legitimidade democrática, que paradoxalmente também se apresentam sob a forma de dilemas constitucionais, quais sejam: (i) a pluralidade interpretativa; (ii) o polidiálogo religioso; (iii) o vínculo material ou concreto; (iv) a fundamentação da decisão judicial; (v) a racionalidade decisória; (vi) o controle social difuso; (vii) que, por fim, resulta em uma “nova organização pluralista” a partir do “pluralismo institucional democrático”.

Logo, em termos de espaço público (em comum), qualquer participação social ou estatal, religiosa ou secular que seja capaz de apropriar, monopolizar ou privatizar os debates e espaços públicos devem ser consideradas ilegítimas. No final das contas, qual foi o papel desempenhado pelas instituições religiosas, enquanto *amici curiae* voluntários, no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelos(as) Ministros(as) do STF?

Objetivamente, a resposta é: depende. Depende da inclinação pessoal do(a) supremo(a) relator(a) sobre o reconhecimento do direito humano e fundamental à participação social, da necessidade de construção de uma sociedade aberta os(as) intérpretes da constituição, de democracia deliberativa e diálogos interinstitucionais, de laicidade na sociedade pós-secular, da legitimidade democrática, dentre outras demandas.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991 (El derecho y la justicia n. 21).

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 921, jul. 2012, p. 191-203.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *New York University School of Law*, New York, v. 03, n. 04, 2005, p. 572-581.

ALMEIDA, Frederico Noronha Ribeiro de. *A nobreza togada*: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. 329 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

ALVES, Cândice Lisbôa. *Direito fundamental à saúde*: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social. 2013. 237 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2013. Cap. 02, p. 20-40 [Direitos fundamentais].

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O direito fundamental do feto anencefálico: uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, *Revista do Tribunal Regional Federal*: 1ª Região, Brasília, v. 19, n. 10, out. 2007, p. 59-80.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação*: o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BADER, Veit. Parliamentary supremacy versus judicial supremacy: how can adversarial judicial, public, and political dialogue be institutionalised? *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 12, Issue 01, 2016, p. 159-183. Available in: <<https://www.researchgate.net/publication/309166127>>. Access in: 27 Ago. 2017.

BADER, Veit. 'Recognition of religious identities'? Fighting misrecognition: equal respect and freedoms of political communication. Amsterdam: Jan. 2011, p. 01-27. Available in: <<https://www.researchgate.net/publication/280944039>>. Access in: 27 Ago. 2017.

BADER, Veit. *Secularism or democracy? Associational governance of religious diversity*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MATOS, Amanda Melillo de. A figura do “amicus curiae” como instrumento de participação de minorias na jurisdição constitucional brasileira. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. et al. (Orgs.). II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Separação de poderes, democracia e constitucionalismo. 2016, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 179-193, v. 1.

BARBOSA, Carolina Almeida; SEPÚLVEDA, Antônio Guimarães. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, 2017, p. 1.349-1.369.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 08, n. 01, jan./jun. 2012, p. 59-86. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>

BARRETO, Ricardo Menna. Do leito de Procusto à discricionariedade judicial: as implicações do solipsismo filosófico para o direito e sua superação pela hermenêutica jurídica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 02, jul./dez. 2011, p. 445-470.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism*: a republican defence of the constitutionality of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

<https://doi.org/10.1017/CBO9780511490187>

BELLIN, Eva. Faith in politics: new trends in the study of religion and politics. *World Politics*, New York, v. 60, n. 02, Jan. 2008, p. 315-347. Available in: <<http://www.jstor.org/stable/40060198>>. Access in: 29 Ago. 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília, 2014, p. 01-82. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a- quem-interessa-o-controle.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 111, fev./maio 2015, p. 15-34.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e a objetividade no controle concentrado de constitucionalidade das leis. In: BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. *Direitos dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29-58.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Justiça e direito).

BONAVIDES, Paulo. As bases da democracia participativa. *Achegas.net - Revista de Ciência Política*, [s.l.], n. 27, jan./fev. 2005, n.p. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/vinteesete/p_bonavides_27.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Por um direito

constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 138-164.

BORGES, Alexandre Walmott; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. *Revista eletrônica Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 02, maio/ago. 2010, p. 288-305. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 27 set. 2016.

BOURDIEU, Pierre. La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 64, sept. 1986. De quel droit ? p. 03-19. Disponible dans : <http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332>. Accès à : 01 sept. 2016.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*: uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. O reforço do dever de fundamentação das decisões como fator de legitimização da atividade judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ago. 2016, p. 23-39.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 99, de 2011, acrescenta ao art. 103, da Constituição Federal, o inciso X, que dispõe sobre a capacidade postulatória das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal*. Brasília, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de documentação, 2018.

BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 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. Brasília: *Diário Oficial da União*, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição (*sic*) de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: *Diário Oficial da União*, 06 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: *Diário Oficial da União*, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 maio. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: *Diário Oficial da União*, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 5. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.076/AC. Relator Carlos Velloso. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.345/DF. Relator Celso de Mello. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.660/MS. Relator Gilmar Mendes. Decisão monocrática. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 ago. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarconsolidada.asp?classe=adi&numero=3660&origem=ap>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF. Relator Roberto Barroso. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.628/DF. Relator Luiz Fux. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284628%2ENUME>>.

%+ou+4628%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z2djqzb>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.464/DF. Relator Dias Toffoli. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, [aguardando julgamento]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/verProcessoAndamento.asp?incidente=4918380>>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docid=3707334>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.603/DF. Relator Celso de Mello. Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=570121>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*. Brasília: STF, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral Recurso Extraordinário n. 859.376/PR. Relator Roberto Barroso. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=859376&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumário. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, L. 2, Tomo I.

BUZINGNANI, Ana Carolina Silveira. *A ética do discurso e a audiência pública*: legitimação da norma jurisdicional. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Londrina - Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, Londrina, 2011. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000169862>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 01, n. 06, fev. 2007, p. 01-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 21 set. 2017.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alckmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 09, n. 02, 2014, p. 01-25.

CARNEIRO, Gabriela Piquet; MOISÉS, José Álvaro. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 01, jun. 2008, p. 01-42.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goitacazes, ano III, n. 03, 2002, p. 135-144.

COELHO, Inocêncio Mártilres. As idéias (*sic*) de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 157-164.

COELHO, Inocêncio Mártilres. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 185-192.

COELHO, Inocêncio Mártilres. Métodos e princípios da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 163-186.

CONDORCET, Marquis de. [Jean Antoine Nicolas de Caritat]. *Cinq mémoires sur l'instruction publique*. Paris : Garnier-Flammarion, 1994.

CONDORCET, Marquis de. [Jean Antoine Nicolas de Caritat]. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1970 (Bibliothèques des textes philosophiques).

COPETTI NETO, Alfredo; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Direito e democracia sob a ótica constitucional: o fim ou o começo da história? *Revista de Direito da Faculdade Guanambi - RDFG*, Guanambi, v. 04, n. 01, jan./jun. 2017, p. 147-169.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 85-108.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais: estudo à luz do art. 489 do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, nov. 2016, p. 53-86.

COSTA, José Rógeres Magalhães. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional: amicus curiae como instrumento do pluralismo político. *Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 11, 2013, p. 243-265.

CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa*: métodos qualitativos, quantitativos e misto. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DAHL, Robert Alan. *A preface to democratic theory*. Expanded edition. Chicago: Chicago University Press, 2006.

DAWKINS, Richard. *Deus, um delírio*. Tradução de L. T. Motta. São Paulo: Cia. das letras, 2007.

DIAS, Cibele Fernandes. *A justiça constitucional em mutação*. Belo Horizonte: Arraes, 2012 (Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz).

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Seção Judiciária. Autos do processo n. *AP 1011189-79.2017.4.01.3400*. Juiz Federal Waldemar Claudio de Carvalho, 14ª Vara da SJDF. Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/>>. Acesso em: 23 dez. 2017

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Pres, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Religion without god*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio; SALDANHA, Leonardo Tricot. O controle de constitucionalidade na França: da impossibilidade ao entusiasmo. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 04, out./dez. 2017, p. 139-166.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. Acesso à justiça no Estado democrático de direito e à qualidade das decisões judiciais. *Revista do Curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix*, Belo Horizonte, v. 03, 2004, p. 28-30.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. A teoria geral do processo e a teoria da Constituição no Estado democrático de direito. *Revista do Curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix*, Belo Horizonte, v. 01, 2003, p. 26-50.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. Considerações sobre recentes decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo ativismo. Reflexões críticas à luz da “teoria do direito como integridade” de Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 2010a, p. 69-84.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado democrático de direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. (Org.). *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podivm, 2010b, p. 09-101.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. *Law and Philosophy*, Netherland, v. 09, n. 04, 1991, p. 327-370.

FREITAS, Riva Sobrado de; STEINMETZ, Wilson. Modelo *seriatim* de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 01, jan./jun. 2014, p. 221-236.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Texas, v. 84, n. 02, Dec. 2005, p. 257-337.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people*: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. Farrar: New York, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, v. 1 (Pensamento humano).

GARCIA, Ruben J. A democratic theory of amicus advocacy. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 35, issue 02, n. 03, 2008, p. 315-358.

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism*: theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 (Cambridge studies in Constitutional Law).

GARGARELLA, Roberto. *The scepter of reason*: public discussion and political radicalism in the origins of constitutionalism. New York: Springer Science, 2000 (Law and Philosophy Library, v. 48). <https://doi.org/10.1007/978-94-011-3945-8>

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Estado e religião. O direito constitucional brasileiro e o cristianismo: inventário de possibilidades especulativas, históricas e instrumentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, 2016, p. 329-358.

GODOY, Miguel Gualano de. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. *Revista Co-herencia*, Medellín, v. 08, n. 14, enero./jun. 2011, p. 63-91.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia*: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012 (Direito, desenvolvimento e justiça, Série produção científica).

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. 266 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná - UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978 (Perspectivas do homem - 12).

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Pourquoi la démocratie délibérative est-elle

différente ? *Philosophique*, Québec, v. 29, n. 02, automne 2002, p. 193-214.
<https://doi.org/10.7202/006250ar>

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Edited with introduction and historical commentary by J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución. Traducción Xabier Arzoz Santisteban. *Contextos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 05, abr. 2013, p. 63-88.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Tradução de Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. The constitutional state and its reform requirements. *Ratio Juris*, Medford, v. 13, n. 01, Mar. 2000, p. 77-94. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00141>

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a, 1. v. (Biblioteca tempo universitário, 101).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b, 2. v. (Biblioteca tempo universitário, 102).

HABERMAS, Jürgen. Religion in the public sphere. *European Journal of Philosophy*, London, n. 14, v. 01, 2006, p. 01-25.

HABERMAS, Jürgen. “The Political”: the rational meaning of a questionable inheritance of political theology. In: MENDIETA, Eduardo; VANANTWERPEN, Jonathan. *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011, p. 15-33.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy*. London: Harvard University Press, 2010.

HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Direito, desenvolvimento, justiça, Série: produção científica).

JUCÁ, Roberta Laena Costa. *O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal*. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Programa de Pós-

Graduação em Direito Constitucional, Fortaleza, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041636.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krung. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Direito e justiça).

KELSEN, Hans. *Theorie pure du droit*. Traduction de Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962 (Philosophie du droit).

KURIS, Egidius. Judges as guardians of the Constitution: “strict” or “liberal” interpretation? In: SMITH, Eivind. (Ed.). *The Constitution as an instrument of change*. Oslo: SNS Förlag, 2003, p. 191-213.

LOCKE, John. *The second treatise of government*. Edited with an introduction by C.B. McPherson. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1980.

MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional*. 2009. 181 f. Tese (Doutorado). Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Centro de Ciências Jurídicas, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_5261d21be0108770f14181e8bfad3c47>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2.ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010.

MCLAUCHLAN, Judithanne Scourfield. *Congressional participation as amicus curiae before the U.S. Supreme Court*. New York: LFB Scholarly, 2005 (American legal institutions. Recent scholarship).

MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010 (Série: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017, p. 402-423.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. *REI - Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 02, n. 01, 2016, p. 30-56 (Um dossier em homenagem a Peter Häberle).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição (sic) de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Pedro Henrique da Silva; SOUZA, Neviton Vieira. Democratização do debate judicial: o protagonismo do *amicus curiae*. *Derecho y Cambio Social*, Lima, n. 38, año XI, 2014, p. 01-23.

MOISÉS, José Álvaro. A desconfiança nas instituições democráticas. *Opinião Pública*, Campinas, v. XI, n. 01, mar. 2005a, p. 33-63.

MOISÉS, José Álvaro. Cidadania, confiança e instituições democráticas. *Lua Nova - Revista de Cultura e de Política*, São Paulo, n. 65, 2005b, p. 71-94.

MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 66, fev. 2008, p. 11-43.

MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia*: bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995 (Ensaios n. 142).

MOISÉS, José Álvaro. Political discontent in new democracies: the case of Brazil and Latin America. In: "Political discontent in old and new democracies", *XXI IPSA World Congress of Political Science*, Santiago de Chile, July 12-16-2009, p. 01-27.

MONTESQUIEU. [Charles de Secondat de Montesquieu]. *De l'esprit des lois*. Paris : Gallimard, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

NOVECK, Scott M. Is judicial review compatible with democracy? *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal* (CPLPEJ), New York, v. 06, 2008, p. 401-430.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, 2016, p. 105-133. <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2016.106021>

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, 2016, p. 146-153.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. O *amicus curiae* e o reconhecimento da possibilidade de uma atuação parcial. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Anais do 5º Congresso de Constituição e Processo: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Initia Via, 2013. p. 508-531.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A formação da *endoxa* na jurisdição constitucional brasileira: uma teoria, duas interpretações e dois casos práticos. In: CAMARGO, Beatriz Corrêa. et al. (Org.). *A insanidade do mesmo: ética e hermenêutica a céu aberto*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 89-105.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A legitimidade dos *amici curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF. In: CABRAL, Rafael Lamera Giesta; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Novos Direitos: Direito, Estado e Constituição*. São Carlos: CPOI/UFSCar, 2018, p. 144-158 (Novos Direitos, 08).

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A participação do *amicus curiae*, enquanto intervenção de terceiros típica, no controle concentrado de constitucionalidade. *Percurso Acadêmico Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro*. Dossiê: Ratio Juris: Razão do Direito. Belo Horizonte, v. 05, n. 09, jan./jun. 2015, p. 207-229.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Entre a laicidade e a democracia: contrapondo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF. In: XIX Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO. Democracia participativa, Estado e laicidade: Psicologia Social e enfrentamentos em tempos de exceção, 2017, Uberlândia, MG. *Anais...* Uberlândia: ABRAPSO, 2017, p. 634-635.

PESSOA, Fernando. *Poemas*. 3. ed. Lisboa: Ática, 1958 (Obras completas).

PINHO, Guilherme Rosa; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A tutela da ‘liberdade religiosa’ por meio do processo coletivo: reflexões à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 04, out./dez. 2017, p. 219-244.

RANCIÈRE, Jacques. *O espectador emancipado*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 16. ed. México: Porrua, 2009.

REZENDE, Renato Horta. *Controle concentrado de constitucionalidade*: elemento estrutural de validade das decisões sobre política pública. Curitiba: Juruá, 2017.

ROCHFORD JR., E. Burke. The sociology of new religious movements. In: BLASI, Anthony J. (Ed.). *American sociology of religion: histories*. Boston: Brill, 2007, p. 253-290, v. 13.

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

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *Secularismo e liberdade de religião*. 2018. 246 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, Faculdade de Direito, São Paulo, 2018.

ROUSSEAU, Dominique. De quoi le Conseil Constitutionnel est-il le nom? *Jus Politicum : revue de droit politique*. Paris, n. 07, 2012, p. 01-13.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1963.

RUSSELL, Bertrand. *Russell on religion*: selections from the writings of Bertrand Russell. Edited by Louis Greenspan and Stefan Andersson. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2002. <https://doi.org/10.4324/9780203450963>

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010, v. 4 (Para um novo senso comum).

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Bruno Carazza dos. Peter Häberle e as audiências públicas no STF: um balanço de oito anos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, set./dez. 2016, p. 13-46.

SANTOS, Vanessa de Campos Melo. Democratização da interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 92, jul./set. 2015, p. 305-324.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, 2013, p. 119-161.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCOTT, Paul. (Political) Constitutions and (political) constitutionalism. *German Law Journal*, Charlottesville, v. 14, n. 12, 2013, p. 2.157-2.184.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Paris : Editions du Boucher, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 07-21.

TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism. In: MENDIETA, Eduardo; VANANTWERPEN, Jonathan. *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011, p. 34-59.

VERDÚ, Pablo Lucas. La constitución en la encrucijada (*palingenesia iuris politici*). *Pensamiento Constitucional*, Lima, v. 04, año IV, n. 04, 1997, p. 69-139.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 04, n. 02, jul./dez. 2008, p. 441-464. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>

VIEIRA, Paulo Rodrigues. O controle de constitucionalidade na França. *Revista Informe Legislativo*, Brasília, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 309-324.

VINX, Lars. *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Pres, 2015.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781316136256>

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O federalista. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001 (Fundamentos n. 62).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leyes, derechos y justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995 (Estructuras y procesos. Serie Derecho).