

**O PAPEL INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.439/DF***

*THE INSTITUTIONAL FUNCTION OF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL IN THE
DEMOCRATIC STATE OF LAW: AN ANALYSIS MADE THROUGH THE DIRECT ACTION
OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) Nº 4.439/DF*

Ana Luiza Pinto Coelho Marques¹

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²

Dierle Nunes³

Resumo: Busca-se, neste artigo, analisar se o Supremo Tribunal Federal, em sua atuação no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF, cumpriu ou não cumprindo ou não com o seu papel institucional no Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição de 1988, a partir da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. Para isso, inicialmente será abordada a tarefa da Jurisdição Constitucional em um Estado Democrático de Direito sob a perspectiva do paradigma procedimentalista do Direito, superando a visão tradicional dos paradigmas liberal e republicano sobre a função das Cortes Constitucionais. Em seguida, será abordado o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF, por ser este um caso recente, que versa sobre relevante questão – a interação entre o Estado Laico e a Religião – e que possibilitará a análise sobre a concepção dos Ministros acerca da função do Supremo Tribunal Federal. Assim, será possível verificar qual papel foi efetivamente desempenhado pelo STF no caso em apreço, bem como aferir se o Tribunal cumpriu ou não com a sua função institucional em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Teoria Discursiva do Direito; Cortes constitucionais. Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade.

Abstract: This paper aims to analyze if the Federal Supreme Court (STF) acted according to its function in the Democratic State of Law instituted by 1988's Constitution in the judgment

* Texto submetido em 15/08/2019 e aprovado para publicação em 03/07/2020.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Membro do Grupo de Pesquisa Processualismo Constitucional Democrático e Reformas Processuais. Advogada. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1312-8460>:

² Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista de Produtividade do CNPq (1D). Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Pós-Doutorado em Teoria do Direito na Università degli studi di Roma III. Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2409-5804>.

³ Doutor em Direito Processual (PUC-Minas/Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Mestre em Direito Processual (PUC-Minas). Professor permanente do PPGD da PUC-Minas. Professor adjunto na PUC-Minas e na UFMG. Secretário Adjunto do IBDP. Membro do IAPL, IPDP, IIDP e ABDPC. Membro da comissão de juristas do Novo CPC na Câmara dos Deputados. Diretor acadêmico do Instituto de Direito e Inteligência Artificial (IDEIA). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4724-5956>.

of the direct action of unconstitutionality (ADI) nº 4.439/DF. Therefore, initially, we go through Jürgen Habermas' Discourse Theory of Law in order to understand what should be the function of a Constitutional Court in a Democratic State of Law, in contraposition with the liberal and republican paradigm. Then, it will be examined the trial of the direct action of unconstitutionality (ADI) nº 4.439/DF, which has been selected because it is a recent case that involves a relevant matter – the interaction between State and Religion – and, consequently, will allow us to find out how the Ministers understand the Court's function. In this way, it will be possible to comprehend which function the Court has in practice, in order to check if the Federal Supreme Court had fulfilled its task in a Democratic State of Law in the judgment of the ADI 4.439/DF.

Keywords: Constitutional Law; Discourse Theory of Law; Constitutional courts; Federal Supreme Court (STF); Judicial Review.

Introdução

Busca-se, neste artigo, avaliar se o Supremo Tribunal Federal, em sua atuação no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439/DF, cumpriu ou não com seu papel institucional delineado pela Constituição de 1988.

Para isso, parte-se da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, a fim de que se possa compreender como um paradigma procedimental do Direito possibilita a inter-relação entre a autonomia pública e privada dos cidadãos, entre soberania popular e direitos humanos e entre a Constituição e a Democracia, de modo a superar o hiato entre tais conceitos, como ocorria nas tradições liberal e republicana.

Em seguida, passa-se a abordar a função das Cortes Constitucionais no paradigma procedimentalista que, como será visto de forma mais aprofundada a seguir, não permite uma atuação paternalista, tampouco moralista, por parte da Jurisdição Constitucional. Ao contrário, em sociedades complexas e plurais, a legitimidade da atuação dos tribunais constitucionais deve partir, antes, de uma construção procedimental do direito, que exige a institucionalização de formas comunicativas para a produção legítima dos provimentos jurisdicionais.

Seguidamente, será analisado como o Supremo Tribunal Federal atuou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 do Distrito Federal, julgada em 27 de setembro de 2017, na qual se decidiu pela constitucionalidade do ensino religioso confessional – vinculado a uma única confissão religiosa – nas escolas públicas brasileiras.

Por fim, a atuação da Corte na ADI 4.439/DF será contraposta ao papel da Jurisdição Constitucional no paradigma da Teoria Discursiva do Direito, para que se verifique se, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o STF cumpriu ou não

com a sua função institucional em uma democracia, em que o agir das instituições deve se pautar pelas condições procedimentais que asseguram a legitimidade de suas decisões.

Não se negligencia que os Tribunais de Sobreposição no mundo (sejam Tribunais Constitucionais ou Supremas cortes) exercem com maior recorrência um papel típico de órgãos de poder, com interações muito preocupantes com argumentos de política e com o uso bastante moderado de um papel contramajoritário.⁴ Em verdade, a hipótese mais perceptível é de que funções contramajoritárias são percentualmente muito limitadas e servem quase como uma vitrine que oferta aos expectadores uma percepção virtuosa do órgão decisor (para se auto-intitularem uma “vanguarda iluminista”⁵) com um percentual ínfimo de casos no qual se porta como garante de direitos fundamentais.

No entanto, adotar-se-á uma abordagem contra-fática, na qual se perseguirá uma percepção normativa e corretiva do papel do STF com o intuito de que se gere legitimidade no papel da corte e pronunciamentos consentâneos com argumentos de princípio.

1. O papel institucional do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988

1.1. Breves considerações sobre a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

As sociedades contemporâneas são extremamente complexas e marcadas por um “pluralismo de formas de vida e de visões de mundo (...) vistas como igualmente razoáveis e podem assim pretender concorrentemente o reconhecimento de sua dignidade”⁶. Por conseguinte, os processos de aprendizagem somente podem ser produzidos por meio da prática comunicativa, de modo que é pela utilização do potencial de racionalidade da linguagem que se pode alcançar a integração social⁷.

⁴ MILHISER, Ian. **Injustices**. New York: Nation Books, 2015.

⁵ MENDES, Conrado Hübner. **STF, vanguarda ilusionista**. *Os constitucionalistas*. Acessível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/stf-vanguarda-ilusionista>

⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 21.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 105.

O grande dilema é que após a virada cognitiva da década de 1970, que nos mostrou os déficits de racionalidade no processo decisório humano,⁸ tornou-se ainda mais complexa a análise do código jurídico em sua persecução de correção e racionalidade em face da potencial deturpação que os vieses cognitivos⁹ e as heurísticas exercem no raciocínio humano, tornando o papel do Direito ainda mais necessário de modo a ofertar limites na atuação das instituições e dos sujeitos e um potencial desenviesante nos jogos de linguagem

O Direito possui, assim, um papel importante nos processos de integração social, por ser um “referencial normativo-padrão, operacional para a sociedade, que tem por função realizar, com caráter coercitivo, a coordenação dos diversos plano de ação dos vários atores na sociedade, por meio da estabilização de expectativas de comportamento”¹⁰. Entretanto, este papel somente será alcançado com a satisfação das condições de integração social, por meio de operações de entendimento intersubjetivo de sujeitos que atuam comunicativamente, por ser o discurso o lugar de formação racional da vontade¹¹.

Assim, é que Habermas estabelece o princípio do discurso (“D”), segundo o qual somente são válidas as normas com as quais todos os possíveis afetados possam assentir, enquanto participantes de discursos racionais¹². Por sua vez, o princípio democrático – especificação do princípio geral do discurso – tem por objetivo “fixar um procedimento de produção legítima das normas jurídicas”¹³, porquanto somente as normas jurídicas produzidas por meio de um processo discursivo, em que seja possível o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica, podem ser válidas e legítimas.

Deste modo, em um Estado Democrático, o Direito deve ser legitimamente estabelecido, em observância ao princípio democrático, de forma a se institucionalizar a

⁸ Cf. NUNES, Dierle et al. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2018.

⁹ “[...] vieses de cognição são fenômenos da (ir)racionalidade humana, estudados pelos psicólogos cognitivos e comportamentais, e representam os desvios cognitivos decorrentes de equívocos em simplificações (heurísticas) realizadas pela mente humana diante de questões que necessitariam de um raciocínio complexo para serem respondidas⁹. Tais simplificações (heurísticas do pensamento) são um atalho cognitivo de que se vale a mente para facilitar uma série de atividades do dia-a-dia, inclusive no tocante à tomada de decisão”. NUNES, Dierle et al. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais**. cit.

¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 22.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 169.

¹² “D: Válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) a que todos os que possam ser afetados por elas possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 172.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 175.

soberania popular¹⁴. E, para que isto ocorra, é necessário um sistema de direitos que possibilite a institucionalização jurídica das formas de comunicação para a produção de normas politicamente autônomas, de modo a equilibrar a autonomia pública e privada dos cidadãos, em observância tanto aos direitos humanos, quanto à soberania popular, que, na perspectiva da teoria do discurso, significa que “todo o poder político deriva do poder comunicativo dos cidadãos”¹⁵.

Este sistema de direitos deve conter os “direitos que os cidadãos deverão outorgar-se reciprocamente caso queiram regular sua convivência em termos legítimos por meio do direito positivo”¹⁶. E estes direitos possuem apenas o sentido intersubjetivo de estabelecer relações simétricas de reconhecimento recíproco, pois os indivíduos, ao se atribuírem mutuamente estes direitos, adquirem a posição de sujeitos jurídicos iguais e, portanto, livres¹⁷.

Nesse contexto,

A Constituição (...) deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. Essa institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma deverá estabelecer, em termos constitucionais, as condições para um procedimento legislativo democrático, no qual a soberania popular e os direitos humanos, concebidos, desde o início, como princípios jurídico-constitucionais, fazem valer o nexos interno entre autonomia pública e privada dos cidadãos, estas também consideradas, desde o início, de forma jurídica, cooriginárias e com igual relevância (...)¹⁸

Portanto, por meio do princípio democrático, no contexto da Teoria Discursiva do Direito, torna-se possível harmonizar a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos por meio da institucionalização de formas comunicativas que assegurem a formação democrática das normas jurídicas. Isso porque as liberdades do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão possibilitam-se reciprocamente. Assim sendo, por meio da autonomia privada, “os indivíduos decidem como usufruir dos direitos subjetivos que dispõem; com a autonomia pública eles definem como igual será tratado como igual e o desigual como

¹⁴ No paradigma procedimental, a Soberania Popular é “um lugar vazio: ela radica nos circuitos de comunicação destituídos de sujeito representados nos foros e órgãos deliberativos de decisão”. MEYER, Emilio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008, p. 203

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 238.

¹⁶ Tradução livre, no original: “Este sistema habrá de contener precisamente aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse recíprocamente si han de regular su convivencia en términos legítimos con los medios del derecho positivo”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 184.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 324.

¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 48.

desigual, por intermédio de suas liberdades comunicativas”, as quais somente existem com as condições necessárias para tanto¹⁹.

Desta forma, fica clara a coesão interna entre autonomia pública e privada, dimensões cooriginais e equiprimordiais da autonomia jurídica. No mesmo sentido, é possível compreender o nexos interno entre direitos humanos – que asseguram a autonomia privada dos cidadãos – e a soberania popular – expressada por meio da liberdade comunicativa, ou seja, direitos de comunicação e participação –, uma vez que se busca uma relação entre direitos humanos e soberania popular em que “os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional”²⁰.

Trata-se de uma perspectiva que, apesar de dialogar com as tradições republicana e liberal, é capaz de superar o hiato constante entre a autonomia pública e a autonomia privada, direitos humanos e soberania popular, Democracia e Constitucionalismo, presentes nessas tradições²¹.

Isso porque, na tradição republicana, são cidadãos os que possuem direitos de participação política e de comunicação, a partir dos quais sujeitos iguais e livres podem entrar em consenso sobre objetivos e interesses comuns. A Democracia possibilita a prática de autodeterminação cidadã e é concebida como a forma política de realização da identidade de um povo, por meio das estruturas de uma comunicação pública orientada ao entendimento²². E, então, a Constituição erroneamente é concebida como o reflexo de “uma ordem concreta de valores, que materializa a identidade ético-cultural, de uma sociedade política que se quer homogênea”²³. No entanto, o consenso axiológico é inviável em sociedades pluralistas e heterogêneas, o que cada vez mais se demonstra no atual quadro de dissenso (e intolerância) em face da polarização política e ideológica.

Por outro lado, na perspectiva liberal, o *status* de cidadão é determinado pelos direitos negativos que os indivíduos detêm perante o Estado e os demais sujeitos, de maneira

¹⁹ MEYER, Emilio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. Cit., p. 199.

²⁰ No original: “The desired internal relation between human rights and popular sovereignty consists in this: human rights institutionalize the communicative conditions for a reasonable political will-formation”. HABERMAS, Jürgen. **The postnational constellation: political essays**. Trad. Max Pensky. First MIT Press Edition, 2011, p. 117.

²¹ Sobre o tratamento dado às autonomias pública e privada nas tradições republicana e liberal, bem como a superação de tais compreensões pela Teoria Discursiva do Direito, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit.

²² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, p. 344-345.

²³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 45.

que há uma identidade entre direitos políticos e direitos subjetivos privados²⁴. A formação da opinião e vontade políticas no espaço público é exercida pelos cidadãos por meio do voto – que possuem a mesma estrutura dos atos eletivos dos participantes do mercado – e, assim, a Democracia é vista como “o processo de eleição e o exercício de um governo legitimado pela maioria”²⁵. A Constituição, igualmente percebida de modo equivocadamente, é o instrumento de governo (*instrument of government*), que regula o embate entre os vários atores políticos que concorrem entre si²⁶, dado o fato do pluralismo razoável.

Por meio da Teoria Discursiva da Democracia, esta dicotomia é superada, pois, como visto, dado o pluralismo social e cultural da sociedade contemporânea, a política deliberativa depende da “institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes”²⁷. Por sua vez, a institucionalização das formas comunicativas, essenciais à gênese democrática da vontade e da opinião pública, se dá por meio dos princípios do Estado Constitucional.

E, neste contexto, a Constituição deixa de ser compreendida como um mero instrumento de governo, como na concepção liberal, ou como a expressão dos valores éticos tradicionais de uma nação, como na tradição republicana, e passa a ser vista como um sistema de direitos fundamentais que expressam a autonomia pública e privada dos cidadãos²⁸, institucionalizando, juridicamente, os procedimentos políticos para que os cidadãos, no exercício de seu direito de autodeterminação, possam buscar, de forma cooperativa, o projeto de estabelecer formas cada vez mais justas de vida²⁹.

Percebe-se, portanto, que o Direito não tem um sentido normativo *de per se*, por meio de sua forma, tampouco possui um conteúdo moral dado *a priori*. Seu pleno sentido

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, *Cit.*, p. 346.

²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, *cit.*, p. 46.

²⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, *cit.*, p. 46. E, segundo Habermas, na tradição liberal, a Constituição tem “a finalidade de estabelecer uma separação entre a esfera que representava uma sociedade centrada na economia, alheia ao Estado, na qual os indivíduos buscavam sua felicidade e perseguiam seus interesses em termos de economia privada e, a esfera estatal, centrada na busca pelo bem comum (...)”. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 318

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 80.

²⁸ “Com o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que se supera tanto a concepção de liberdade pública, ‘positiva’, como autodeterminação ética (Republicanism), quando a de liberdade privada, ‘negativa’, como autodeterminação moral, ou como escolha racional (Liberalismo), e, juridicamente, passa-se a compreender a liberdade pública e a liberdade privada como faces da mesma moeda (...)”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, *cit.*, p. 83.

²⁹ Como explica Habermas: “Antes, a Constituição fixa os procedimentos políticos conforme os quais os cidadãos, exercitando seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente e com perspectivas de êxito o projeto de estabelecer formas justas de vida (o que quer dizer: cada vez mais justas)”. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 336.

normativo é alçado por um procedimento de produção legislativa que gera legitimidade³⁰. Do mesmo modo, não é possível falar em órgãos ou instituições políticas autolegitimadas, porquanto a legitimidade e a validade do Direito estão vinculadas à sua gênese democrática.

Assim, os processos legislativos, administrativo e jurisdicionais adquirem um papel fundamental, pois, enquanto procedimento realizado em igualdade, possibilitam a participação dos afetados pelas decisões estatais³¹. E, portanto,

(...) o Direito deverá ser compreendido, fundamentalmente, como processo, ou em termos procedimentalistas. E a Constituição, por meio de uma interpretação e elaboração do sistema de direitos, no qual as autonomias pública e privada são internamente relacionadas e simultaneamente asseguradas, regula, institucionaliza, juridicamente processos pelos quais se deve dar a dinâmica democrática do Direito, gerando, fundando, o próprio Direito.³²

1.2. O papel das Cortes Constitucionais no paradigma procedimentalista do Direito

Quanto ao papel das Cortes Constitucionais da perspectiva de uma Teoria Discursiva do Direito, deve-se pontuar que, malgrado estas não sejam algo pressuposto em um Estado de Direito, como reconhece Habermas, a concretização do Direito Constitucional por meio de uma Jurisdição Constitucional, encarregada de decidir em último grau, é essencial para a clareza do Direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente³³.

Todavia, essencial que seja reconstruído o papel da Jurisdição Constitucional, a fim de superar concepções tradicionais que quase sempre a abordam sob perspectivas que compreendem o constitucionalismo como “um limite jurídico-moral à democracia reduzida ao governo da maioria”³⁴ e o controle de constitucionalidade como “uma instituição meramente contramajoritária, defensora dos direitos humanos e das minorias sociopolíticas a tutelar paternalisticamente o processo político”³⁵.

Com efeito, do ponto de vista da tradição republicana, a Jurisdição Constitucional tem a função de zelar pelos valores éticos da sociedade, evitando que o legislador se afaste dos valores concretizados na Constituição. Nesse contexto, há um grande risco de que as cortes constitucionais assumam um papel paternalista em momentos de déficit de integração social, ocupando a posição de própria representação da vontade declarada do povo, tendo em

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 202.

³¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, cit., p. 109.

³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, cit., p. 109-110.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, cit., p. 316.

³⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, cit., p. 37.

³⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, cit., p. 37.

vista o cerceamento dos direitos de autodeterminação dos cidadãos, monopolizados pela atividade legislativa institucionalizada³⁶. Essa perspectiva ainda peca por atribuir uma virtude³⁷ ao Tribunais de Sobreposição que seguramente inexistente e acaba por blindar seus pronunciamentos, mesmo quando negam a força normativa da Constituição.

Por outro lado, a perspectiva da tradição liberal e sua concepção clássica de separação dos poderes é compatível com uma visão positivista do Direito, compreendido como um sistema de regras fechadas recursivamente, no qual a prática das decisões judiciais uma ação orientada ao passado e sempre vinculada às decisões legislativas positivadas no direito vigente³⁸. Deste modo, a Jurisdição Constitucional é vista como garantidora da proteção à esfera privada dos cidadãos contra ingerências estatais, “a fim de que seja possível a cada indivíduo, ou associação, participar da política e defender seus pontos de vista, comuns e divergentes, resguardando a pluralidade de modos e de projetos de vida, em face de interesses políticos majoritários”³⁹.

Nesse sentido, também há um risco de aumento do poder da Jurisdição Constitucional, visto que, em uma concepção positivista do Direito, a argumentação jurídica acaba por se abrir a princípios morais e a objetivos políticos, enfraquecendo a vinculação da Jurisdição ao que fora estabelecido pelo Legislador político⁴⁰. A Jurisdição Constitucional adquire, assim, uma função moralizante⁴¹, como se verifica, por exemplo na jurisprudência de valores⁴².

³⁶ Segundo Habermas, “Esta leitura vitalista da autodeterminação democrática introduz uma contraposição entre a vontade popular, adormecida durante esses largos períodos de latência e a atividade legislativa institucionalizada dos representantes eleitos pelo povo. E, durante esses intervalos, são os juízes do Tribunal Constitucional (...) os que passam a exercer os direitos de autodeterminação do povo (...). Como encarregado Republicano de resguardar as liberdades positivas, que os cidadãos mesmos, como portadores nominais destas liberdades, não podem exercer, o Tribunal Constituição parece ocupar exatamente este papel paternalista (...)”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 352

³⁷ Cf. VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. São Paulo: GEN Forense. 2018.

³⁸ Para Habermas, o modelo liberal: “(...) parte da premissa que a Constituição de um Estado democrático de direito tem como objetivo primário prevenir os perigos que podem aparecer na dimensão Estado-cidadãos, ou seja, nas relações entre o aparato estatal monopolizados da violência e as pessoas privadas desarmadas. Em sentido distinto, as relações horizontais entre as pessoas privadas, sobretudo as relações intersubjetivas que constituem a prática que os cidadãos exercitam em comum, não tem nenhum efeito formador de estruturas para o esquema liberal de divisão de poderes. Com isso, compatibiliza-se a ideia positivista do direito como um sistema de regras recursivamente fechado”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 318-319.

³⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 46.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 319.

⁴¹ Segundo CATTONI DE OLIVEIRA, no paradigma liberal, “a Jurisdição Constitucional teria uma função moralizante, resguardando a esfera privada, pela manutenção dos ‘limites do razoável’ (para usar uma expressão de John Rawls), à atuação política legislativa”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 46.

⁴² A Jurisprudência de Valores entende a Constituição como uma ordem concreta de valores. Como destaca Habermas, trata-se de visão semelhante à proposta por R. Alexy, que compreende os princípios como mandados

Entretanto, sob o paradigma procedimental, superada a dicotomia entre autonomia pública e privada, bem como entre as concepções de Democracia e Constitucionalismos dos paradigmas republicano e liberal, a Jurisdição Constitucional deve ter por objetivo a proteção dos sistemas de direitos que possibilitam a autonomia pública e privada dos cidadãos. E, para isso, ao realizar o controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional deve examinar o conteúdo das normas jurídicas controvertidas em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo democrático de produção das normas limitado ao que possa fazer em discursos de aplicação (não de justificação)⁴³.

Portanto, o papel a ser ocupado pela Jurisdição Constitucional no controle de constitucionalidade é o de garantir as “condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido da equiprimordialidade e da interrelação entre elas”⁴⁴, abrangendo, assim, o controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo legislativo, ou seja, do processo de produção das leis⁴⁵.

Desta forma, Habermas afirma que

(...) o Tribunal Constitucional, conforme uma compreensão procedimental de nossa ordem jurídica, deve entender a si mesmo como protetor de um processo de legislação democrática (...) e não como o guardião de uma suposta suprapositiva de valores substanciais. A função do Tribunal é vigiar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, em que todos possam intervir, sem assumir ele mesmo [Tribunal Constitucional] o papel de legislador político.⁴⁶

Esta concepção da Jurisdição Constitucional enseja duas tarefas primordiais: a garantia do devido processo legislativo democrático e a garantia do devido processo constitucional, especialmente no que tange à imparcialidade e adequabilidade dos discursos de aplicação constitucional⁴⁷, ou seja, da fundamentação das decisões⁴⁸.

de otimização, transformando-os, assim, em valores, e retirando seu caráter de normas jurídicas. Sobre as diferenças entre princípios e valores e as críticas a R. Alexy, ver HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 328.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 337.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 128.

⁴⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 24.

⁴⁶ Tradução livre. No original: “ (...) el Tribunal Constitucional, conforme a una comprensión procedimental de nuestro orden jurídico, ha de entenderse a sí mismo como protector de un proceso de legislación democrática, es decir, como protector de un proceso de posición o creación democráticas del derecho, y no como guardián de un supuesto orden suprapositivo de valores sustanciales. La función del Tribunal es vigilar que se respeten los procedimientos democráticos para una formación de la opinión y la voluntad políticas de tipo inclusivo, es decir, en la que todos pueden intervenir, sin asumir él mismo el papel de legislador político”. HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado Nacional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p., 103.

⁴⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 129.

Esta posição não se confunde com uma perspectiva formalista que ignore violações aos direitos fundamentais⁴⁹. Ao contrário, tendo em vista a cooriginalidade e equiprimordialidade entre autonomia pública e privada, núcleos do paradigma procedimentalista, as lesões aos direitos fundamentais devem ser corrigidas, pois somente com a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos, as condições procedimentais essenciais para a gênese democrática do Direito são mantidas.

Ademais, a legitimidade da Jurisdição Constitucional depende da participação dos afetados pelo controle de constitucionalidade, pois, como visto, somente podem se pretender legítimas as decisões estatais tomadas de maneira efetivamente democrática, por meio de um processo discursivo em que os cidadãos sejam destinatários e autores do provimento jurisdicional. Por conseguinte, os direitos processuais de participação, pluralistas e abertos, revelam um “sentido democrático do exercício do controle de constitucionalidade, apresentando uma fonte de legitimidade capaz de atender ao pluralismo das sociedades modernas”⁵⁰.

Desta forma, não é possível que as decisões jurisdicionais sejam tomadas unilateralmente pelo julgador, porque somente são legítimas as decisões tomadas discursivamente, em observância às normas procedimentais, vistas como condição para o desenvolvimento dos argumentos em simétrica paridade⁵¹. Deste modo, a Jurisdição

⁴⁸ Neste contexto, importante destacar a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação. De modo sucinto, o primeiro se refere à justificação da norma jurídica e estrutura discursos de justificação jurídico normativa. O segundo, por sua vez, estrutura discursos de aplicação e se refere à adequabilidade de uma norma válida a uma situação de aplicação a um caso concreto. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 115.

⁴⁹ Como explica Emílio Peluso Neder Meyer, “não basta a garantia dos procedimentos democráticos, é preciso também que o controle de constitucionalidade corrija lesões a direitos fundamentais. Mesmo o conceito de procedimento democrático não pode ser levado em conta sem se referir a seu conteúdo normativo de justiça: igual respeito e consideração”. MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. Cit., p. 394. No mesmo sentido, “tal perspectiva não poderá reduzir-se a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, como sugerem os enfoques liberais da política, pois há que se levar explicitamente em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais que justificam a legitimidade desse processo. Contudo, esses princípios não podem nem necessitam ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política, como sugerem alguns republicanos, a partir de uma teoria substantiva dos direitos fundamentais ou de uma teoria do devido processo substantivo”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 129. Ainda, em sentido similar: “é fundamental que se diga que o paradigma procedimental do direito não se contenta com a visão instrumentalizada da Jurisdição, nem em função dos interesses privados (como no paradigma liberal) nem de metas coletivas (como no paradigma social), tampouco com uma leitura unilateral sobre os direitos e liberdades (seja ela monopolizada pelo Estado ou pelos particulares), nem com as figuras do juiz ‘árbitro’ ou ‘treinador’”. NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 61.

⁵⁰ MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. Cit., p. 393.

⁵¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 351

Constitucional estará sempre sujeita ao controle da racionalidade procedimental de um discurso de aplicação juridicamente institucionalizado⁵².

E, por tal motivo,

(...) somente quando a Corte Constitucional abre-se à práxis argumentativa, incluindo todos os possíveis afetados é que ela obtém legitimação na tarefa de dar a última palavra, na medida em que suas decisões refletirão o entendimento obtido na arena pública de forma democrática, livre e inclusiva.⁵³

Percebe-se, portanto, que a Corte Constitucional não pode estar pré-vinculada a uma determinada concepção de vida, ocupando um papel contramajoritário – como na concepção liberal –, ou atuando de forma paternalista – como na concepção republicana –, pois, em ambos os casos, sua atuação acabará por se tornar autoritária e centralizadora, representando retrocessos em termos de democratização. Nesse sentido, “o tribunal constitucional não pode ter o papel de um regente que ocupa o lugar do sucessor, menor de idade, ao trono”⁵⁴, pois isso significaria comprometimento da estrutura estatal em detrimento da autonomia, pública e privada, dos cidadãos⁵⁵.

Em um Estado de Direito que se pretende verdadeiramente democrático, a Corte Constitucional “não pode se colocar entre o cidadão e a lei constitucional, mas, antes, deve ser um facilitador no sentido do alargamento do rol de participantes no processo de interpretação e efetivação da Constituição”⁵⁶. Deste modo, o papel do STF, enquanto Corte Constitucional, deve ser o de garantidor das condições deliberativas de formação da vontade política.

2. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 do Distrito Federal

A ADI nº 4.439, julgada em 27 de setembro de 2017, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República em 02.08.2010, tendo como objeto o art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/96 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”) e o art. 11, §1º, do

⁵² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 334.

⁵³ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**, cit., p. 226.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, p. 354.

⁵⁵ MEYER, Emílio Peluso Neder. MEYER, Emilio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. Cit., p. 30.

⁵⁶ RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Ciências criminais. Vol. 140/2018 de fev/2018, p. 225-245.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (Acordo Brasil-Santa Sé).

A Procuradoria-Geral da República, em seu pleito inicial, defendeu que a única forma de compatibilizar o caráter laico do Estado brasileiro – previsão contida no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988 – com o ensino religioso nas escolas públicas, garantido pelo art. 210, §1º, da CRFB, seria por meio da adoção de modelo não confessional de ensino. Este modelo tem como conteúdo programático a exposição das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões, incluindo posições não-religiosas, como o ateísmo e agnosticismo, sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores, devendo, ainda, ser ministrada por professores regulares da rede pública de ensino e não por pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas.

Desta forma, a PGR pleiteou a interpretação conforme a Constituição Federal aos referidos dispositivos, para fixar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, com a vedação da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.

Foram admitidas 18 (dezoito) entidades na qualidade de *amici curiae*, sendo que apenas 7 (sete) se manifestaram pela improcedência dos pedidos na mencionada ADI⁵⁷. Além do mais, foi realizada audiência pública em 15 de maio de 2015, em que participaram 31 (trinta e uma) entidades, das quais 8 (oito) defenderam a improcedência dos pedidos na ação, tendo as restantes 23 (vinte e três) se manifestado pela procedência⁵⁸.

Ao final, a ADI 4.439/DF teve os pedidos julgados improcedentes por 6 (seis) votos a 5 (cinco), para declarar a constitucionalidade do art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/96 e do artigo 11, § 1º, do Acordo Brasil – Santa Sé, reconhecendo-se, ainda, a constitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas. Foram vencidos os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello.

⁵⁷ Nos termos do relatório, “Apenas a CNBB, a CRB, a ANEC, a UJUCARJ, a UJUCASP, a Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul e a ANAJURE manifestaram-se contrariamente ao pleito da PGR. Todos os demais se posicionaram no sentido da procedência dos pedidos formulados nesta ação”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 do Distrito Federal (autos eletrônicos). Requerente: Procurador Geral da República. Brasília, 01.02.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>>. Data de acesso: 07.09.2018, p. 12.

⁵⁸ Em síntese, dos 31 participantes da audiência, (i) 23 defenderam a procedência da ação e 8 defenderam a improcedência da ação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 do Distrito Federal (autos eletrônicos). Requerente: Procurador Geral da República. Brasília, 01.02.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>>. Data de acesso: 07.09.2018, p. 14.

3. O julgamento da ADI 4.439/DF em face do paradigma procedimental: qual papel institucional o Supremo Tribunal Federal ocupou no julgamento da ADI 4.439/DF?

3.1. Os votos de procedência dos pedidos iniciais e sua vinculação à tradição liberal

Ao se analisar o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, é possível constatar sua vinculação à tradição liberal, por ser focado na proteção dos indivíduos em face do Estado e das religiões professadas de forma majoritária. O Ministro compreende que o Estado, em sua relação com a religião, deve exercer duas funções primordiais: assegurar a liberdade religiosa, para que as pessoas vivam suas crenças livres de constrangimento ou preconceito, e conservar uma posição de neutralidade em relação às diferentes confissões religiosas, sem privilégios ou desfavorecimentos.

Para Barroso, a modernidade trouxe a secularização e a laicidade do Estado, deslocando a religião para o espaço da vida privada. Assim, citando John Rawls, afirmou que, em um Estado secular, a razão pública é o que prevalece nos espaços públicos, por meio de valores laicos que possam ser compartilhados por todos e por cada um, independentemente de suas convicções pessoais privadas. Com efeito, segundo o ministro, a laicidade do Estado significa: a separação formal entre Estado e Igreja, tanto na dimensão institucional quanto na simbólica; a neutralidade estatal em matéria religiosa; e, por fim, a garantia da liberdade religiosa. Todos estes aspectos da laicidade somente se compatibilizam com um ensino religioso não confessional nas escolas públicas.

Argumentos semelhantes pautaram os votos dos demais Ministros que votaram pela procedência dos pedidos iniciais. A Ministra Rosa Weber ponderou que o princípio da laicidade implica absoluta neutralidade do Estado frente às diferentes crenças religiosas. O Ministro Luiz Fux também afirmou a necessidade de neutralidade do Estado em relação às confissões religiosas, sendo vedado o endosso de qualquer posicionamento religioso. Reiterou, ainda, a necessidade do uso de razões públicas, referenciando John Rawls.

O Ministro Marco Aurélio atestou que a religião, malgrado seja aspecto relevante da comunidade jurídica brasileira, deve se desenvolver no âmbito privado, pois, no espaço público, prevalece a ampla liberdade de pensamento, de modo a possibilitar o convívio democrático de diversas visões de mundo. Por fim, o Ministro Celso de Mello ressaltou a necessidade de uma neutralidade axiológica estatal quanto às diversas religiões, bem como a

necessidade de proteção aos cidadãos quanto indevidas interferências estatais em sua individualidade. Enfatizou, outrossim, não se pode admitir que grupos minoritários se submetam à vontade hegemônica da maioria religiosa.

Constata-se, portanto, que todos estes Ministros partem de uma concepção política e liberal de justiça, com enfoque nos direitos subjetivos dos cidadãos em face do Estado e dos interesses políticos majoritários. Eles reconhecem o pluralismo de modos e concepções de vida presentes na sociedade brasileira (“fato do pluralismo razoável”), todavia, entendem, em consonância com Rawls, que os espaços públicos devem ter suas decisões pautadas em razões públicas⁵⁹, afastadas as questões culturais de fundo, como a religiosidade, que deve se ater ao âmbito privado.

Nesse sentido, defendem que o Estado deve manter uma posição de neutralidade quanto às diferentes religiões, de modo a preservar a liberdade religiosa dos cidadãos, com enfoque em sua dimensão negativa, e evitar que confissões religiosas majoritárias sejam endossadas pela atuação estatal, em detrimento das minoritárias. Enfatiza-se, assim, a autonomia privada dos cidadãos em contraposição à autonomia pública.

Tais concepções se refletem também no modo como os Ministros compreendem a função do Supremo Tribunal Federal em sua atuação como Corte Constitucional. Com efeito, como explicitado anteriormente, no liberalismo, a Jurisdição Constitucional tem o papel de proteger a esfera privada dos cidadãos contra ingerências estatais, ocupando uma posição contramajoritária.

Esta concepção foi expressamente defendida por muitos dos Ministros que votaram pela procedência em seus votos. Celso de Mello, por exemplo, enfatizou a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de proteção das minorias, inclusive religiosas, contra excessos da maioria ou contra omissões estatais. Marco Aurélio também pontuou que o STF, enquanto “última trincheira da cidadania”, deveria resguardar os direitos das minorias religiosas. No mesmo sentido, Roberto Barroso aduziu que muitas das vezes o papel da Corte seria o de proteger o direito fundamental de uma pessoa contra todos os demais, não sendo indiferente, contudo, os pensamentos da sociedade para a interpretação dos dispositivos constitucionais.

⁵⁹ Para Rawls, “nem todas as razões são razões públicas. Existem as razões não públicas das igrejas e universidades e de muitas outras associações da sociedade civil. Razão pública é uma característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de igual cidadania”. RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, p. 213.

3.2. Os votos de improcedência dos pedidos formulados na ADI e sua aderência à tradição republicana

O primeiro voto de improcedência, nos autos da ADI 4.439/DF, foi proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que a vedação do ensino confessional/interconfessional em escolas públicas não violaria o princípio da laicidade do Estado e, ainda, feriria o direito subjetivo dos alunos ao ensino religioso de sua confissão. Seu entendimento foi pautado em três argumentos principais: a existência de previsão constitucional de implantação do ensino religioso; o fato de 92% da população brasileira professar alguma religião, conforme dados do IBGE; tratar-se de matéria de matrícula facultativa, possibilitando a proteção aos alunos que não tenham interesse em cursá-la.

Além disso, o Ministro, entendeu que houve uma “intenção constitucional” de garantir o ensino religioso confessional. E, para confirmar tal concepção, traçou um argumento “histórico e sistemático”⁶⁰, abordando o tratamento dado pelas constituições anteriores à questão, o que indicaria uma tradição constitucional brasileira de ensino religioso ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno.

Nesse sentido, constata-se que a visão do Ministro Alexandre de Moraes se aproxima da tradição republicana, visto que a utilização de argumentos como a porcentagem da população adepta a uma confissão religião e a reconstrução histórica das constituições anteriores tem por base a concepção de que os direitos positivados são determinações da vontade política prevalecente⁶¹, fruto de um processo democrático que possibilita um autoentendimento ético-político dos cidadãos. Com efeito, o Ministro fundamenta seu entendimento em dados que indicariam um forte consenso ético dos membros da comunidade jurídica brasileira⁶² e que, portanto, justificariam um dever do Estado de fornecer aos estudantes o ensino religioso confessional nas escolas públicas.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 do Distrito Federal. *Op., cit.*, p. 82.

⁶¹ Como explica Habermas: “O republicanismo liga a legitimidade das leis ao procedimento democrático de sua gênese e protege, assim, a conexão interna eu se dá entre a prática de autodeterminação do povo e a dominação impessoal das leis: ‘Pois em última análise os direitos republicanos não são outra coisa que determinações da vontade política prevalecente (...)’”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 344-345.

⁶² Como já mencionado anteriormente, “Para o modelo republicano, a Democracia só seria possível em sociedades culturalmente homogêneas, em que uma forte educação cívica possibilitaria a formação de cidadãos conscientes e virtuosos, capazes, por isso, de realizar os valores consagrados pela Constituição”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 255.

Logo, a visão de Alexandre de Moraes acaba por privilegiar a soberania popular em face da autonomia privada dos cidadãos, pois parte da concepção de que o art. 210, §1º, na Constituição de 1988, em consonância com a vontade do poder constituinte e com a tradição ético-cultural e constitucional-histórica brasileira, indica a necessidade de um ensino religioso confessional nas escolas públicas, apesar das previsões constitucionais de um Estado laico e da garantia da liberdade religiosa dos cidadãos.

Ressalte-se que estes argumentos também fundamentaram os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, também traçou um “histórico normativo” do tratamento dado ao ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, ressaltando que, desde a República, busca-se transferir para o Estado atribuições do clero religioso. Ainda, o Ministro afirmou expressamente que o Cristianismo é um fato marcante da sociedade brasileira, caracterizando as “fontes racionais e emocionais de consenso” essenciais ao Estado Constitucional, de modo que o ensino religioso confessional deve ser compreendida como uma exceção constitucional que atenua a separação Igreja-Estado.

No mesmo sentido, Dias Toffoli mencionou que o sentimento religioso permeia a sociedade brasileira e discorreu sobre o tratamento histórico-constitucional dado ao tema. Ressaltou que, somente poderia ser admitido o ensino religioso não-confessional, caso o retrato da sociedade brasileira tivesse sofrido alterações desde 1988, o que não teria ocorrido, de acordo com o censo do IBGE. Desta forma, afirmou que a escolha Constitucional pelo ensino confessional é ainda hoje justificável pelos parâmetros vigentes.

O Ministro Ricardo Lewandowski considerou que, tanto de uma perspectiva histórica, sistemática ou doutrinária, o ensino religioso em escolas públicas deve ser o confessional, sendo natural que haja maior visibilidade para as confissões professadas de forma majoritária pelos cidadãos de um determinado Estado, sem que isso viole a laicidade estatal. Por sua vez, a Ministra Carmen Lúcia, em seu breve voto afirmou não ser possível opor a laicidade à opção do legislador, ponderando que o fato de se tratar de matéria facultativa resguardaria laicidade estatal.

Como se vê, todos estes Ministros buscam fundamentar sua decisão com base em argumentos históricos-constitucionais, ético-culturais ou, ainda, por meio da vontade do legislador constituinte de 1988. Todos estes pontos são mencionados para indicar uma suposta identidade da sociedade política brasileira quanto à religiosidade, identidade esta que deveria ser levada em consideração na interpretação das normas objeto da ACP.

E, sendo a religião um *fato marcante* da sociedade brasileira, o ensino religioso confessional nas escolas públicas, vinculado a uma confissão específica e ministrado por um representante da confissão, não violaria os direitos individuais daqueles que professam uma religião minoritária ou não professam religião alguma. Ao contrário, retirar o caráter confessional da disciplina é o que violaria os direitos fundamentais dos alunos que professam religiões majoritárias a realizar plenamente sua identidade ético-cultural.

Deste modo, constata-se que os Ministros interpretaram a Constituição a partir de uma concepção republicana comunitarista, sendo compreendida como uma ordem concreta de valores que refletem a identidade política brasileira, identidade esta necessária para a manutenção do Estado de Direito, como consignado expressamente pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto⁶³.

3.3. O voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, apresenta uma visão intermediária. Partindo do conceito de razão pública de John Rawls e da necessidade de se ter em vista a primazia da pessoa humana e, também, o igual valor de cada pessoa em dignidade, Fachin salientou que a liberdade religiosa possui também uma dimensão pública, por ser a base do pluralismo necessário para a coexistência harmônica de uma sociedade democrática. Entretanto, para o Ministro, isso não possibilita que o espaço público seja fundado por razões religiosas, vez que as justificações públicas não são compatíveis com dogmas.

Destacando a garantia de gestão democrática do ensino público, Edson Fachin pontuou a possibilidade de o Estado deliberar sobre a forma de se ministrar o ensino religioso, sendo admitidas diferentes modalidades de ensino religioso, inclusive a confessional e a interconfessional. Salientou, por fim, que a justificativa da laicidade muitas vezes enseja práticas de exclusão e impede a afirmação de direitos das minorias religiosas, destacando que talvez uma religiosidade assumida possibilitasse a existência de práticas mais inclusivas.

⁶³ Nos termos do voto do Ministro: “Entre nós, a herança religiosa cristã é fato presente e marcante na sociedade. Essa presença, que se reflete inclusive nos feriados nacionais, pode revelar-se em “fontes racionais e emocionais de consenso” de que necessita o Estado Constitucional, no dizer de Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. Constituição e Cultura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4.439 do Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>>. Data de acesso: 07.09.2018, p. 181.

Nesse contexto, verifica-se que, apesar de partir de uma teoria política eminentemente liberal, com Rawls, o Ministro não entende que a religiosidade deve ser restrita à esfera privada dos cidadãos por possuir uma importante dimensão pública. Ademais, defende a necessidade de um ensino religioso em escolas públicas que reflita a pluralidade democrática da sociedade brasileira, devendo abranger as diferentes confissões religiosas. Assim, a visão do Ministro parece ora se aproximar da tradição liberal, ora da tradição republicana. Apesar disso, ele cita o pensamento Jürgen Habermas, ao afirmar que o pluralismo da sociedade democrática exige dos cidadãos processos complementares a partir da diferença, sendo a própria noção de neutralidade do Estado sujeita ao diálogo, ao debate e ao aprendizado.

Contudo, a concepção de Fachin sobre as Cortes Constitucionais fica mais clara em trecho do voto em que justifica o sentido de seu esforço argumentativo como uma tentativa de afastar práticas inconstitucionais de exclusão e de proteger os direitos das minorias religiosas, assumindo um caráter eminentemente contramajoritário, de forma próxima ao defendido pelos Ministros que votaram pela procedência dos pedidos da ADI, embora alcançando conclusão distinta.

3.4. A superação das tradições liberal e republicana: crítica à concepção dos Ministros no julgamento da ADI 4.439/DF sob o paradigma procedimental

Inicialmente, importante destacar que, apesar de os Ministros do Supremo Tribunal Federal se dividirem em grupos vinculados à diferentes tradições, em ambos os entendimentos a interpretação da Constituição foi pautada em pré-vinculações a determinadas concepções de vida, que refletem a posição pessoal dos julgadores sobre como se deve dar a relação entre Estado e Religião, demonstrando seu enviesamento⁶⁴ ao julgar o tema.

No caso dos Ministros que votaram pela procedência dos pedidos formulados na ADI 4.439/DF, seu entendimento foi pautado na necessidade de proteção da esfera privada dos cidadãos contra ingerências estatais indevidas e no dever de uma atuação contramajoritária da Corte Constitucional. Ao defender uma posição neutra do Estado frente às diferentes concepções de vida, esta visão liberal ignora a relação de cooriginalidade e equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada dos cidadãos, bem como idealiza

⁶⁴ NUNES, Dierle *et al.* Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais. cit.

uma forma de comunicação pública orientada puramente por supostas razões públicas e de forma independente das questões culturais de fundo.

Todavia, importante mencionar que, ao se partir de uma Teoria Discursiva do Direito, existe uma relação de complementaridade entre direito e moral, ou seja, entre o princípio moral e o princípio democrático, vistos como ramificações do princípio do discurso. O princípio democrático, como já mencionado, somente fixa um procedimento de produção legítima de normas jurídicas, e, no processo democrático de produção das normas, o Direito se abre a razões morais, éticas e pragmáticas, por meio de discursos de justificação⁶⁵. Do mesmo modo, o princípio moral se complementa com um princípio da adequação nos discursos de aplicação⁶⁶, de forma que a interpretação e a aplicação do Direito são influenciadas também pela autocompreensão do intérprete.

Vale salientar que é justamente esta pretensão de neutralidade dos discursos públicos que faz com que, na perspectiva liberal, o Direito se abra a uma visão positivista e, conseqüentemente, ao arbítrio do intérprete e aplicador do Direito. Exemplo mencionado por Jürgen Habermas é a Jurisprudência dos Valores, que parte de uma compreensão da Constituição enquanto uma ordem concreta de valores. Os princípios constitucionais também passam a ser vistos como valores (ou mandados de otimização, segundo Robert Alexy), a serem aplicados segundo critérios de ponderação orientados para o caso concreto, ignorando as diferenças entre normas e valores e, o pior, permitindo a aplicação de princípios (como se valores fossem) em conformidade com as preferências (e enviesamentos) do aplicador e não (como normativamente se imporia) dentro de uma premissa normativa de correção (deontológica – do que “deve ser”).

Por outro lado, os votos pela improcedência dos pedidos na ADI pressupõem uma atuação ofensiva da Corte na interpretação dos “valores” contidos na Constituição e na concretização do texto constitucional. A Jurisdição Constitucional, então, adquire a função de zelar pelos valores éticos-culturais da sociedade, impondo uma única forma de vida concreta

⁶⁵ “O princípio democrático resulta de uma especificação correspondente do princípio ‘D’, ou ‘princípio do discurso’ para aquelas normas de ação que se apresentam na forma de direito e que podem se justificar com a ajuda de razões pragmáticas, de razões ético-políticas e de razões morais (...)”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 173.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**, cit., p. 174. Lenio Streck, em suas críticas ao positivismo jurídico, também entende que: “(...) todo positivismo conceitual é frágil e problemático porque desconhece dois elementos profundos que marcam a experiência jurídica: em primeiro lugar o caráter radicalmente interpretativo do Direito (não existe Direito imune à interpretação); por outro lado, e em consequência desse primeiro ‘esquecimento’, o excessivo apego aos critérios empíricos de justificação”. STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 48.

à sociedade⁶⁷, em detrimento da pluralidade de formas de vida da sociedade contemporânea. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal passa a atuar paternalisticamente, assumindo um papel de representação dos anseios popular e de realização das promessas não cumpridas da modernidade⁶⁸, como superego da sociedade,⁶⁹ em prejuízo da atribuição democrática de autodeterminação dos cidadãos, essencial para a legitimidade do Direito.

Nesse contexto, a imparcialidade cede lugar à arbitrariedade, e/ou enviesamento dos decisores,⁷⁰ e o Supremo Tribunal Federal adquire um papel cada vez mais centralizador, atuando como um Guardião da Constituição e, mais do que isso, como um regente do Estado brasileiro. Ademais, a Constituição, interpretada unilateralmente pela Corte Constitucional por meio das pré-concepções morais, éticas, pragmáticas e políticas dos Ministros, passa a ser o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é.

Destaque-se que muitas são as críticas quanto às recentes decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e ao papel autoritário e arbitrário que vem sendo ocupado pela Corte. A título de exemplo, pode-se mencionar o julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, impetrado por um ex-presidente, em que o STF atuou como um verdadeiro legislador positivo para entender que, diante de uma mutação constitucional e do panorama de demora no trâmite dos processos penais no Brasil, a garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória deveria ser flexibilizada⁷¹.

Entretanto, em um Estado Democrático de Direito, a Corte Constitucional não pode atuar como um legislador positivo ou negativo. A única forma de se assegurar equanimemente a autonomia pública e privada perpassa por uma reconstrução da função da Jurisdição Constitucional, que deve ter em vista a proteção ao sistema de direitos que possibilitam reciprocamente a autonomia pública e privada dos cidadãos.

E, nesse contexto, a correção dos juízos normativos deve ter em conta que os direitos são uma construção social e, portanto, a legitimidade de um de juízo depende do

⁶⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 126.

⁶⁸ MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**, cit., p. 30.

⁶⁹ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

⁷⁰ NUNES, Dierle *et al.* **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais**. cit.

⁷¹ Sobre as críticas ao Supremo Tribunal Federal, ver, por exemplo: RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Quem deve ser o guardião da Constituição?**: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 140/2018 de fev/2018, p. 225-245. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emílio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas. **Debate Streck-Og Fernandes: qual é o papel dos juízes na democracia?** *Revista Consultor Jurídico – CONJUR*, 1º de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-01/opiniao-streck-og-fernandes-papel-juizes-democracia>>. Data de acesso: 02.06.2018.

preenchimento de suas condições de validade, o que somente pode ser esclarecido discursivamente. Isto se dá por meio de uma fundamentação efetuada argumentativamente e que não se preste única e exclusivamente a ofertar uma “veste de legitimidade” que encubra os motivos pessoais (e enviesados) dos decisores.

Assim, a legitimidade e aceitabilidade das decisões judiciais depende tanto da qualidade dos argumentos quanto da estrutura do processo de argumentação, ou seja, da abertura à participação dos afetados pelo controle de constitucionalidade. Por tal razão, o Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como Corte Constitucional, deveria exercer precipuamente duas funções: a garantia do devido processo legislativo democrático e a garantia do devido processo constitucional.

No caso em apreço, estas funções não foram asseguradas, visto que foi adotada uma concepção de laicidade incompatível com a ideia de Democracia e de um espaço público que se pretenda plural e democrático.

Com efeito, da perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, a liberdade religiosa é compreendida em duas dimensões, por se tratar de “um direito individual que se apresenta em uma relação não excludente com as liberdades públicas”⁷². Nesse sentido, a laicidade democrática não é incompatível com a religião. Contudo, ao adentrar na esfera pública, os argumentos religiosos devem

(...) se traduzir institucionalmente em termos de argumentos éticos em disputa interpretativa sobre quem uma sociedade é e quem gostaria de ser, mas garantida a prioridade do secular sobre o religioso ou, ainda, do justo sobre o bem, em que os argumentos religiosos, no debate público, encontram-se sempre suscetíveis de discussão e de crítica. Do ponto de vista do ensino religioso, enquanto ensino sobre religiões, deve-se, sempre, resguardar e não desconhecer esse “duplo caráter” da liberdade religiosa.⁷³

Assim, ao se pensar o ensino religioso em escolas públicas deve-se ter em vista o caráter plural de nossa sociedade e o papel das instituições de ensino no fomento desta

⁷² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional**: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1069-1097, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30545>>. Acesso em: 17.01.2019.

⁷³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional**: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. *Cit.*

diversidade. Fala-se, portanto, em um ensino *sobre* religiões⁷⁴ – e não ensino *de* religiões –, pois

(...) o Estado tem a obrigação constitucional de garantir o pluralismo, o implicando, a partir de uma laicidade democrática, uma abordagem secular e não fundamentalista do estudo sobre as religiões, em que a religião não é aprisionada na esfera privada, mas, também, não é traduzida a partir de algum tipo de preferência confessional discriminatória, ainda que não dita.⁷⁵

No mesmo sentido, a construção de um espaço público de debate na Jurisdição Constitucional é essencial como uma das formas de participação dos afetados pela decisão no processo de interpretação constitucional e de reforma das interpretações sobre o que é o juridicamente correto, vez que a Constituição deve ser compreendida como um projeto em aberto⁷⁶. Logo, no processo jurisdicional, inclusive no controle jurisdicional de constitucionalidade, o contraditório é condição de aceitabilidade racional e legitimidade do provimento jurisdicional.

Assim, é possível perceber que, no julgamento da ADI 4.439/DF essa exigência de participação não foi respeitada, pois, apesar da realização de audiência pública⁷⁷ com grande quantidade de entidades participantes e da admissão de expressivo número de *amici curiae*, não lhes foi assegurada efetiva participação em contraditório, no sentido de influência, na construção da interpretação constitucional das normas controvertidas.

Com efeito, a opinião da maior parte dos participantes da audiência pública, inclusive de entidades religiosas inscritas, foi no sentido de que o ensino não confessional

⁷⁴ “(...) o ensino sobre religião e o ensino de religião, em que o primeiro diria respeito a uma abordagem mais abrangente, não confessional, que não nega o religioso, mas o reconstrói a partir de uma laicidade democrática, não excludente, mas aberta e dialógica. Um ensino religioso como ensino sobre religiões, ministrado em termos plurais (‘plural religious education’), não confessional, em que os estudantes são colocados em diálogo com as premissas básicas de gama ampla e variada de visões e tradições religiosas e não religiosas, visando a fomentar o próprio aparato crítico dos alunos diante da diversidade do mundo em que se movem. Uma abordagem inversa, por exemplo, a uma ‘instrução religiosa sectária’, na qual os estudantes são divididos em grupos, uma instrução que isola os alunos em seus respectivos espaços”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional**: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. *Cit.*

⁷⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional**: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. *Cit.*

⁷⁶ Segundo Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: “(...) a Jurisdição Constitucional (...) deve garantir as condições procedimentais de um processo democrático de reforma, no tempo, das interpretações subjacentes às decisões políticas e jurídicas fundamentais acerca de o que deve ser o juridicamente correto, possibilitando às gerações futuras a apropriação reflexiva das tradições político-constitucionais, no sentido de que a Constituição deverá ser sempre considerada como um projeto em aberto, numa Democracia”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 130.

⁷⁷ Sobre as audiências públicas e sua importância como fonte de legitimação da Jurisdição Constitucional, ver: MORAES, Anderson Júnio Leal. **Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 108. (Dissertação de Mestrado)

asseguraria a laicidade estatal e não violaria a liberdade religiosa dos alunos das escolas públicas, o que somente foi levado em consideração no voto do Ministro Relator. E, por mais que se reconheça que as audiências públicas não possuem um caráter vinculante, certo que os argumentos levantados pelos afetados pela decisão devem ser levados em consideração, em observância ao contraditório como garantia de participação em simétrica paridade⁷⁸. Pontue-se que não se despreza o fato de que a grande maioria das audiências públicas no STF não ofertou esse impacto e somente cumpriram um papel plebiscitário de aparência de participação. No entanto, em face desta percepção empírica⁷⁹ torna-se imperativa a superação e correção deste quadro.

Ainda, há de se ter em vista o impacto simbólico desta decisão, que pode ser interpretada como

(...) se alguns cidadãos tivessem mais “dentro”, mais “voz” na sociedade do que outros (...). Sem essa problematização, corre-se o risco de enviar mensagens que podem conduzir ao esvaziamento do sentido de compartilhamento, de não subordinação social, potencializando, ao inverso, o sentimento de uma cidadania de “segunda-classe”, de não pertença constitucional por parte daqueles que são os colocados “a esperar”, a apenas “observar”, a permanecer a distância.⁸⁰

Por todo o exposto, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um papel centralizador e de ampliação de seu papel frente às demais funções estatais, atuando mais como um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade, esvaziando o papel da participação dos cidadãos em um procedimento de gênese democrática do Direito.

Assim, incorre-se o risco de “uma ditadura de 'boas intenções éticas e políticas' que desrespeitaria a cidadania e o Legislativo, na medida em que os reduziria [os cidadãos] a meros tutelados do Tribunal de cúpula, no caso do Supremo Tribunal Federal”, retirando do povo sua capacidade de autodeterminação. Um Estado Democrático de Direito, que deve

⁷⁸ “Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos, mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais que uma simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**, cit., p. 114.

⁷⁹ VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo?** O impacto das audiências públicas no supremo tribunal federal brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2010 (dissertação de mestrado). SOMBRA, Thiago Luis Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? **O impacto das audiências públicas na deliberação**. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v.13, n.1, p. 236-273, Jan.-abr./2017.

⁸⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439**.

resguardar as autonomias pública e privada dos cidadãos, não pode tratar as forças privadas e sociais como objetos, mas deve incorporá-los ativamente como sujeitos⁸¹.

Por fim, cumpre retomar a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” de Peter Häberle, segundo a qual nos processos de interpretação constitucional se inserem potencialmente todos os órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos⁸², não havendo que se falar em um número cerrado de intérpretes da Constituição. Logo, é necessário enfatizar o papel da doutrina,⁸³ enquanto parte da sociedade civil, na crítica às decisões do Supremo Tribunal Federal, contribuindo para a “concretização desse projeto sempre inacabado que é a Constituição”⁸⁴, pois não se pode admitir que, em um paradigma procedimental, o STF tenha a última palavra quanto ao significado da Constituição.

Conclusão

Inicialmente, neste trabalho, foi abordada sinteticamente a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas e o modo como o paradigma procedimentalista do Direito supera as dicotomias entre autonomia pública e privada, direitos humanos e soberania popular e Constituição e Democracia, presentes nas tradições liberal e republicana. Ao se partir do princípio democrático, ramificação do princípio do discurso, constatou-se que somente são legítimas e, por conseguinte válidas, aquelas normas geradas por meio de procedimento de produção discursiva das normas jurídicas, em que seja possível o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica (Democracia), sendo necessário para tanto um sistema de direitos que assegure tanto os direitos humanos quanto à soberania popular dos cidadãos (Constituição).

Nesse contexto, as Cortes Constitucionais não podem adotar somente uma posição meramente contramajoritária, de proteção dos direitos que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, tampouco uma posição paternalista, de representação da vontade popular e das liberdades positivas e dos direitos de autodeterminação que os cidadãos não podem mais

⁸¹ HÄBERLE, Peter. **La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales**. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Número 05, Abril 2013, 1º Edición, p. 75.

⁸² HÄBERLE, Peter. **La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales**. Cit., p. 64

⁸³ NUNES, Dierle; REZENDE, Marcos; ALMEIDA, Helen. **A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial**: uma provocação essencial. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 232, jun. 2014.

⁸⁴ RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Quem deve ser o guardião da Constituição?**: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal, p. 8.

exercer. Sob o paradigma procedimental, a Jurisdição Constitucional deve ter por objetivo a proteção dos sistemas de direitos que possibilitam a autonomia pública e privada dos cidadãos, garantindo um processo de legislação democrática. Disso decorrem duas tarefas primordiais: a garantia do devido processo legislativo democrático e a garantia do devido processo constitucional, especialmente no que tange à participação (contraditório), à imparcialidade e adequabilidade dos discursos de aplicação.

Em seguida, expôs-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439/DF, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, por 6 votos a 5, pela possibilidade do ensino religioso confessional, vinculado a uma única confissão religiosa e ministrado por um representante da confissão. Mencionou-se, ademais, os principais fundamentos que pautaram o voto dos Ministros. Assim, foi possível perceber que a orientação dos Ministros se divide em duas posições: os que votaram pela procedência dos pedidos formulados na ADI, a partir de uma concepção liberal da Constituição e das normas em apreço, e os que entenderam pela improcedência, com base em uma concepção republicana e argumentos que atestam a importância da religião enquanto fonte de consenso ético necessário à manutenção do Estado de Direito.

Deste modo, constatou-se que todos os Ministros pautaram seu entendimento em pré-concepções de vida boa, refletindo a posição pessoal dos julgadores sobre como se deve dar a relação entre Estado e Religião. E, seguindo tal raciocínio, foi possível depreender que, tanto em uma tradição liberal ou em uma tradição republicana, o papel do Supremo Tribunal Federal adquire maior centralidade e há uma abertura para que sejam proferidas decisões autoritárias e parciais, em inobservância às exigências democráticas de participação cidadã na construção da interpretação da Constituição.

Todavia, partindo da Teoria Discursiva do Direito, a legitimidade e aceitabilidade das decisões judiciais depende tanto da qualidade dos argumentos quanto da estrutura do processo de argumentação, ou seja, da abertura à participação dos afetados pelo controle de constitucionalidade. Estes pressupostos não foram observados no julgamento da ADI 4.439/DF, pela decisão favorável a um ensino *de* religiões em instituições de ensino públicas, desconsiderando o fato de que “a escola pública não é espaço para fronteiras confessionais

que podem segregar ou provocar sectarismos, ainda que justificados pela ‘facultatividade’, por uma suposta liberdade de não se incluir”⁸⁵.

Igualmente, apesar da grande maioria dos participantes da audiência pública ter se posicionado de forma contrária ao ensino religioso confessional, a sua participação não foi levada em consideração nos votos dos julgadores, com exceção do voto do ministro relator, em inobservância ao contraditório como garantia de participação em simétrica paridade, pressuposto de um processo democrático. Entretanto, a participação dos cidadãos é essencial em um procedimento de gênese democrática do Direito.

Por fim, foi possível concluir que, em um Estado Democrático de Direito, que almeje tanto a legitimidade quanto a validade dos provimentos jurisdicionais, as Cortes Constitucionais não devem ocupar um espaço centralizador, como um legislador positivo ou negativo. Ao contrário, a Jurisdição Constitucional deve ser compreendida como *locus* democrático de reflexão sobre o significado do Direito e de garantia de correção e legitimidade das decisões estatais, que, em uma comunidade de princípios, aprimora a democracia, a cidadania e o próprio fortalecimento do sistema jurídico, frente aos demais sistemas existentes na sociedade⁸⁶, como o econômico, o político e o religioso.

Referências

AURÉLIO, Marco. Voto do Ministro Marco Aurélio, na ADI 4.439/DF interposta pela Procuradoria Geral de República. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-ensino-religioso.pdf>>. Data de acesso: 21.10.2018

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito**: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Data de acesso: 23 de agosto de 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em:

⁸⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional**: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. *Cit.*

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de los Sistemas**. Universidade Iberoamericana, A. C, 1996.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7107.htm>. Data de acesso: 02.10.2018.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Data de acesso: 01.10.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 do Distrito Federal (autos eletrônicos). Requerente: Procurador Geral da República. Brasília, 01.02.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3926392>>. Data de acesso: 07.09.2018

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emílio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas. **Debate Streck-Og Fernandes: qual é o papel dos juízes na democracia?** Revista Consultor Jurídico – CONJUR, 1º de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-01/opinioao-streck-og-fernandes-papel-juizes-democracia>>. Data de acesso: 02.06.2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Ensino público religioso e confessional**: apontamentos a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.439. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1069-1097, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30545>>. Acesso em: 17.01.2019.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

HÄBERLE, Peter. **La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales**. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Número 05, Abril 2013, 1º Edición, pp. 63-88.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado Nacional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **The postnational constellation: political essays**. Trad. Max Pensky. First MIT Press Edition, 2011.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'**. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **STF, vanguarda ilusionista**. *Os constitucionalistas*. Acessível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/stf-vanguarda-ilusionista>

MILHISER, Ian. **Injustices**. New York: Nation Books, 2015.

MORAES, Anderson Júnio Leal. **Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional**. 119 f. Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013

NUNES, Dierle; REZENDE, Marcos; ALMEIDA, Helen. **A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial**. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 232, jun. 2014.

NUNES, Dierle et al. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2018.

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993

RIBEIRO, Douglas Carvalho; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Quem deve ser o guardião da Constituição?: a salvaguarda das garantias constitucionais-penais diante do Supremo Tribunal Federal**. *Revista Brasileira de Ciências criminais*. Vol. 140/2018 de fev/2018, p. 225-245.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação**. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v.13, n.1, p. 236-273, Jan.-abr./2017.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no supremo tribunal federal brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2010 (dissertação de mestrado).

VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. São Paulo: GEN Forense. 2018.