

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LISSANDRA ESPINOSA DE MELLO AGUIRRE

**A CONSTRUÇÃO DAS IDENTIDADES CONSTITUCIONAIS POR MEIO
DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

CURITIBA

2016

LISSANDRA ESPINOSA DE MELLO AGUIRRE

**A CONSTRUÇÃO DAS IDENTIDADES CONSTITUCIONAIS POR MEIO
DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki

CURITIBA


2016

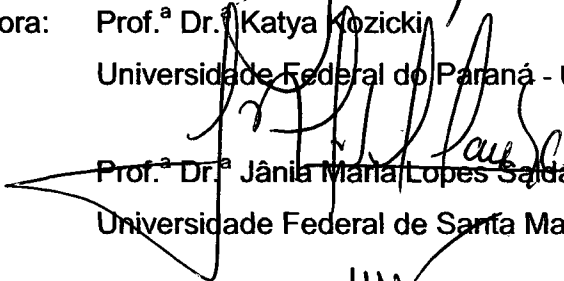
TERMO DE APROVAÇÃO


LISSANDRA ESPINOSA DE MELLO AGUIRRE

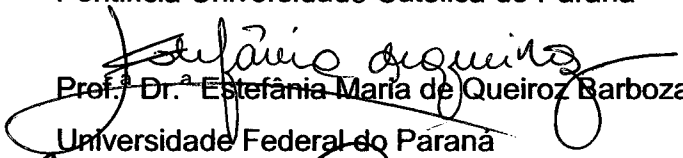
A CONSTRUÇÃO DAS IDENTIDADES CONSTITUCIONAIS POR MEIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha
Universidade Federal de Santa Maria


Prof.^a Dr.^a Cláudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná


Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná


Prof.^a Dr.^a Melina Girardi Fachin
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 20 de maio de 2016.

*Para minha Mãe.
Para o Pedro, Manu e Miguel.*

AGRADECIMENTOS

Agradecer envolve o reconhecimento daqueles que, de uma forma ou de outra, perto ou distante, ajudaram-me no longo caminho do Doutorado. Início agradecendo àqueles que sempre estiveram ao meu lado: a minha família. Ao meu Pai Rubens que, mesmo depois da partida, se faz presente pelos seus ensinamentos e amor. À minha mãe Tolentina, que não criou o "arquivo chamado Borboleta", e que as lembranças e sentimentos se dissiparam no tempo porque se perderam na memória, mas em quem a coragem de viver é instintiva, mantendo-a nesta jornada. A tua coragem de viver foi o que não me deixou desistir!

Ao Pedro, meu amor e companheiro, meus filhos Manoela e Miguel, obrigada pela paciência, pelo amor sem condições, pela alegria que vocês trazem aos meus dias, a existência tem sentido com vocês! A leveza da vida é consequência da nossa união. Agradeço às minhas irmãs Liliane e Lisiane pela compreensão e carinho; como caçula preciso admitir, as coisas ficaram mais fáceis depois de vocês.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, em especial ao Professor José Antônio Peres Gediél que fez do sonho um projeto, e do projeto uma realidade, o DINTER aconteceu pela tua determinação e perseverança. Agradeço aos colegas da Unioeste que desenvolveram diretamente o projeto, Professora Isadora Schwertner, Professor Jorge Giulian, Professor Júlio César Garcia. Agradeço à ITAIPU Binacional pelo apoio material e viabilização do DINTER.

Obrigada Professora Katya Kozicki pela orientação do trabalho pautada pela liberdade e pensar crítico. Obrigada às Professoras Cláudia Maria Barbosa, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin que muito contribuíram à pesquisa através de suas críticas e sugestões na qualificação da tese.

Agradeço à Prof.^a Jânia Maria Lopes Saldanha que, desde há muito tempo, me inspira. Desde suas aulas da disciplina Direito Processual Civil, na Universidade Federal de Santa Maria, a jovem professora me apresentou o entusiasmo pela docência e a paixão pelos desafios da vida. Obrigada Profa. Julieta Mendonça pela revisão do texto. Obrigada Sandra Sgarbi pelo carinho nas contribuições ao Trabalho.

Obrigada Vivi, minha comadre, amiga e confidente de longa data, algumas coisas sempre me reportam a Santa Maria, uma delas é a nossa terna amizade. Obrigada amigos: Alessandra Paradella Motta, Selma Tikassue, Maria Célia, Vicente Motta, Isvamer, pelos nossos encontros, conversas e risadas! Obrigada Rê por teres cuidado de mim, dos meus filhos, da minha casa com tanto carinho e amor.

Agradeço aos professores que compõem o corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pelos seus ensinamentos, em especial à Vera Karan Chueiri, Celso Luiz Ludwig, Abili Lázaro de Lima, Rodrigo Xavier e Luís Fernando Lopes Pereira. Agradeço, também, aos professores Vera Fradera e Antônio Manuel Hespanha. Aos colegas do Doutorado, obrigada pela companhia. Obrigada Ana Maria, Mauro e Vanessa, servidores da Universidade Federal do Paraná, pela disposição e competência.

Por fim, agradeço a Deus, uma força superior que me impulsiona e me faz reconhecer a necessidade da gratidão!

*Quem Sabe um Dia
Quem
sabe um dia
Quem sabe um seremos
Quem sabe um viveremos
Quem sabe um morreremos!*

*Quem é que
Quem é macho
Quem é fêmea
Quem é humano, apenas!*

*Sabe amar
Sabe de mim e de si
Sabe de nós
Sabe ser um!*

*Um dia
Um mês
Um ano
Uma vida!*

*Sentir primeiro, pensar depois
Perdoar primeiro, julgar depois*

*Amar primeiro, educar depois
Esquecer primeiro, aprender depois*

*Libertar primeiro, ensinar depois
Alimentar primeiro, cantar depois*

*Possuir primeiro, contemplar depois
Agir primeiro, julgar depois*

*Navegar primeiro, aportar depois
Viver primeiro, morrer depois*

Mário Quintana
Quem sabe um dia

RESUMO

A tese procura analisar a construção e reconstrução das identidades constitucionais por meio do controle de constitucionalidade difuso. Os temas são abordados de forma transversal e complementar, incluindo o estudo do pluralismo na Constituição Federal de 1988, da democracia deliberativa, do controle de constitucionalidade difuso no constitucionalismo brasileiro e das identidades constitucionais, num contexto plural e diversificado. Debate a conexão entre o passado, presente e futuro junto à normatividade constitucional a partir da teoria da democracia deliberativa e do desenvolvimento da ideia de Constituição complexa de Carlos Santiago Nino. A Constituição é apresentada, ao mesmo tempo, como construção histórica e mecanismo de abertura do sistema jurídico às transformações sociais, gerando a discussão acerca dos direitos abrangidos no seu conteúdo, possibilitando a construção ou a desconstrução das identidades constitucionais. A tese reflete que a identidade constitucional partilha da compreensão da Constituição Viva como prática e projeto em andamento, atenta às múltiplas identidades sociais, culturais e religiosas, representando um espaço de interpretação. Analisa a conexão entre o desenho institucional do Estado e do Poder Judiciário com os compromissos democráticos e constitucionais, o que leva à crítica em relação a conceitos de soberania, poder constituinte e revisão judicial. A revisão judicial é tratada como um espaço de manifestação da Constituição histórica, como prática social tendente à percepção e reconhecimento de novas identidades. Por fim, procura demonstrar que a análise da constitucionalidade no caso concreto tende a ampliar a prática constitucional pelas instâncias originárias, o que fortalece o traço fundamental do constitucionalismo, qual seja, o pluralismo.

Palavras-chave: Constituição. Pluralismo. Controle de constitucionalidade difuso. Democracia. Identidades Constitucionais.

ABSTRACT

The thesis analyzes the construction and reconstruction of constitutional identities through diffuse constitutional review. The subjects are covered in a transversal and a complementary way, including the study of pluralism in the Federal Constitution of 1988, deliberative democracy, diffuse constitutional review in Brazilian constitutionalism and constitutional identities in a pluralistic and diversified context. The thesis discusses the connection between past, present and future regarding constitutional normativity, from the theory of deliberative democracy and the development of Carlos Santiago Nino's idea of complex constitution. The Constitution is presented at the same time as a historical construction and as an opening mechanism of the legal system to social changes, generating a discussion about the rights encompassed by its contents and allowing the construction or deconstruction of constitutional identities. The thesis reflects that the constitutional identity shares the understanding of a Living Constitution, as a practice and as an ongoing project, aware of the multiple social, cultural and religious identities, representing a space of interpretation. The thesis analyzes the connection between the institutional design of the State and the Judiciary and the democratic and constitutional commitments, which leads to a criticism of the concepts of sovereignty, constituent power and judicial review. The judicial review is treated as a space of manifestation of the historical constitution, as a social practice subjected to perception and recognition of new identities. Finally, it attempts to demonstrate that the analysis of constitutionality in the specific case tends to expand the constitutional practice of the original instances, which strengthens the fundamental feature of constitutionalism, namely pluralism.

Keywords: Constitution. Pluralism. Diffuse constitutional review. Democracy. Constitutional Identities.

RESUMEN

La tesis analiza la construcción y reconstrucción de las identidades constitucionales a través del control constitucional difuso. Los temas son tratados de una manera integral y complementaria, incluyendo el pluralismo de estudio en la Constitución Federal de 1988, la democracia deliberativa, control constitucional difuso en el constitucionalismo brasileño y las identidades constitucionales en un contexto plural y diversa. Debatir la conexión entre el pasado, presente y futuro de la normatividad constitucional de la teoría de la democracia deliberativa y el desarrollo de la idea de constitución compleja de Carlos Santiago Nino. La Constitución se presenta al mismo tiempo que la construcción histórica y mecanismo de apertura del sistema legal al desarrollo social, la generación de la discusión sobre los derechos enunciados en el contenido, lo que permite la construcción o deconstrucción de las identidades constitucionales. La tesis refleja la identidad compartida comprensión constitucional de la Constitución de estar como un proyecto práctico y permanente, atenta a las múltiples identidades sociales, culturales y religiosas, un espacio de interpretación. Analiza la relación entre el diseño institucional del Estado y el poder judicial a los compromisos democráticos y constitucionales, lo que lleva a la crítica de los conceptos de soberanía, el poder constituyente y la revisión judicial. La revisión judicial es tratada como una manifestación del espacio de la constitución histórica como práctica social de percibir y el reconocimiento de nuevas identidades. Por último, se trata de demostrar que el análisis de la constitucionalidad en este caso tiende a ampliar la práctica constitucional de los órganos originarios, el fortalecimiento de la función fundamental del constitucionalismo, a saber, el pluralismo.

Palabras clave: Constitución. Pluralismo. Control difuso de la constitucionalidad. Democracia. Identidades constitucionales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PLURALISMO	23
1.1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PLURALISMO E IDENTIDADES	24
1.2 A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA E A CONSTITUIÇÃO IDEAL DE DIREITOS.....	45
1.3 DESAFIO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: CONSTITUIÇÃO VIVA.....	55
1.4 CONSTITUCIONALISMO E DIÁLOGO	63
2 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NA OBRA DE CARLOS SANTIAGO NINO	76
2.1 O CARÁTER COMPLEXO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	77
2.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA: SEU VALOR EPISTÊMICO	87
2.3 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O CONHECIMENTO DOS INTERESSES DOS OUTROS	97
2.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NUMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	115
2.5 DESCENTRALIZAÇÃO E SOBERANIA DISPERSA	126
3 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS NO BRASIL	144
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	150
3.2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE E DA RESERVA DE PLENÁRIO	170
3.3 O CONTROLE DIFUSO, VIA INCIDENTAL E CONTROLE PREVENTIVO.....	181
3.4 INSTRUMENTOS DO CONTROLE DIFUSO REPRESSIVO	189
3.5 A REPERCUSSÃO GERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	198
4 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO	209
4.1 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: A SOBERANIA E O POVO	220
4.2 OS SUJEITOS DA CONSTITUIÇÃO ENTRE O PODER CONSTITUINTE E O PODER CONSTITUÍDO	228

4.3	PLURALISMO E IDENTIDADES CONSTITUCIONAIS – NO CAMINHO DA CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA E IDEAL.....	242
4.4	A ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO CASO CONCRETO	252
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	269
	REFERÊNCIAS	287

INTRODUÇÃO

No início da década de 90, com a fase de redemocratização do País, momento em que se restaura a liberdade e se almeja igualdade, descortina-se uma nova ordem constitucional, tendo como marco a promulgação da Constituição ocorrida em outubro de 1988. No inaugurar da nova ordem, presenciou-se um hiato entre a promulgação e a prática ou o viver da Constituição, parecendo que se estava apenas num período de transição, e não em um novo período. E se a vida imita a arte, naquela época, Renato Russo cantava "ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação, que país é esse?"

Sem olvidar esse período de relativa inércia próprio do momento de transição, considerando as modificações com o passar dos anos, a Constituição trouxe novos caminhos a serem trilhados como a ampliação dos direitos políticos e de participação política, a redução das desigualdades sociais, regionais e de gênero, a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a tutela do meio ambiente, a ligação do desenvolvimento econômico às questões sociais, a ampliação dos direitos sociais, o direito à alimentação, entre outras questões.

No que tange a tais modificações formais, lembra-se que o Texto conta com seis emendas de revisão e mais de oitenta e cinco Emendas à Constituição. Em relação às modificações informais, porque não realizadas através de emendas, muitos artigos da Constituição restaram resignificados diante da diversidade dos fatos da vida.

A judicialização da política tornou-se presente na consolidação da democracia no Brasil e levou à transferência do espaço de decisão de certas matérias, tradicionalmente afetadas a outros espaços de poder e discussão, para o Poder Judiciário. A consequência do aumento da judicialização pode ser o excesso de ativismo, mas se tratam de coisas diferentes. A judicialização da política representa uma série de fatores que preexistem à atividade jurisdicional, são de ordem política ou social.

O crescente número de matérias judicializadas advém do aumento de litigiosidade e da crença de que o judiciário seja o local apropriado para debater questões antes debatidas em espaços políticos. Já o ativismo, como explica Antoine Garapon, começa quando, diante de várias soluções possíveis à escolha do juiz, depende do seu desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, travá-la. Ou seja, o ativismo representa o desejo do órgão julgante de agir por motivo de convicção ou de crença pessoal, seja de forma progressiva ou conservadora.

Transcorridos mais de vinte e sete anos, com a ampliação das funções do Poder Judiciário, do vazio constitucional, inerente a um período de transição, vai-se ao encastelamento dos sentidos da Constituição. A Constituição Viva não está nos prédios do Estado, tampouco no pensar de alguns, ela deve estar nas ruas, não apenas como manutenção da situação das coisas, mas como forma de mudança e de busca de novos rumos, conforme a exigência da vida comum e a pretensão de vida boa.

As transformações culturais e sociais de uma dada comunidade influenciam na interpretação da Constituição e exigem constante diálogo entre a prática social e a Constituição. Nessa ligação, as instituições, e, no caso, o Poder Judiciário pode ser um veículo de adequação às novas realidades. Isto não que dizer que tal exercício requeira uma atuação pautada por critérios pessoais, ao contrário, requer o cumprimento da função jurisdicional marcada pela afirmação dos conteúdos da Constituição, principalmente pela asserção dos direitos humanos.

A Constituição deve estar a serviço das pessoas, dos povos sob ideais de vida boa, nesse caminho, a figura do Estado é revisitada e seus arranjos e desenhos institucionais passam a ter novos desafios e funções. A tese pressupõe a compreensão da identidade constitucional, o que poderia parecer a ligação exclusiva com o Poder Constituinte Originário ao criar a Constituição, ou a Constituição compreendida como Texto normativo dotada de supremacia hierárquica o que, por si, permitiria o controle de constitucionalidade, fraco ou forte. Entretanto, tal ligação não corresponde à tese a ser desenvolvida.

A pesquisa desenvolvida parte da compreensão de que a identidade constitucional tem como sujeito de análise o povo e se alicerça na compreensão de soberania. Porém, a identidade não representa um conceito pronto, nem criado formalmente, mas realizado, constatado através da prática social, contando com espaços de soberania dispersa.

O povo, as instituições, a administração pública e os poderes do Estado devem ser os destinatários da interpretação constitucional, como sujeitos de transformação e agentes de interpretação. A jurisdição constitucional atribuída às Cortes e ao Poder Judiciário, no novo constitucionalismo Latino-Americano, além dos diálogos entre as instituições, requer atenção à proteção dos direitos humanos e das identidades do povo. Através do processo de interpretação da Constituição, realizado no exercício da jurisdição diante do caso concreto, tem-se oportunidade de dialogar com os

argumentos que traduzem a realidade social e histórica do povo, estimulando-se a prática constitucional nas instâncias originárias.

Dessa forma, a tese defende maior aproximação do controle de constitucionalidade ao modelo da análise do caso concreto, controle difuso, como forma de ampliar a prática constitucional pelas instâncias originárias, de primeiro grau, o que requer o alargamento do espaço de decisão em vários cenários da vida jurídica. Dita aproximação parte da legitimidade universal afeta às questões de inconstitucionalidade no controle difuso.

O descortinar da contemporaneidade e a democracia constitucional partem da premissa que o povo representa o verdadeiro sujeito constitucional, e o Estado deve não só respeitar, mas proteger suas identidades e diferenças. O constitucionalismo democrático reflete tal pensar, estando, pois, no marco teórico da tese a ser desenvolvida.

A retomada do espaço do debate constitucional no Brasil pressupõe a compreensão da Constituição também como prática social e a aproximação do direito e da moral na busca de compreensões substantivas daquilo que a Constituição constitui e protege, ou deve tutelar.

Utiliza-se, como marco teórico da pesquisa, a obra de Carlos Santiago Nino, principalmente em relação à compreensão normativa de democracia, à Constituição ideal de direitos, à Constituição histórica e sua respectiva correlação com o desenho institucional do Estado. A fim de examinar a identidade constitucional e o controle de constitucionalidade difuso, a Constituição, além do seu caráter aberto, atrela-se aos fatos da vida e à prática social e, por isso, opta-se pelas elaborações teóricas de Carlos Santiago Nino acerca da Constituição complexa, que abrange a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos e poder.

Nino analisa a Constituição em sua feição complexa, que contempla a Constituição ideal de direitos, de poder e a Constituição histórica, desta sorte, ao construir uma compreensão de democracia deliberativa, identifica a tensão permanente entre a Constituição ideal, ou seja, a declaração de direitos, e a organização dos poderes, e a Constituição real, a Constituição histórica.

Pode-se compreender a Constituição histórica como a prática social das ruas, diante das diversidades sociais e do caráter mutante dos fatos da vida. Nisso, o texto normativo passa a ter característica aberta a tais diversidades e transformações, estando a Constituição histórica presente no próprio pensar do direito constitucional.

O texto é compreendido como uma série de proposições normativas que contêm princípios morais; Nino converte o texto em premissas de justificação que devem seguir critérios por ele indicados. A validade da Constituição histórica, ou a sua afirmação, está alicerçada na prática social. De outra forma, o reconhecimento de princípios morais pela Constituição ideal e a prática social em conjunto legitimam a Constituição, lhe dão validade e vida.

A ligação entre a Constituição histórica e ideal induz a um exame crítico do desenho institucional do Estado e da prática de diálogos entre grupos e instituições para que o direito das ruas seja devidamente garantido, se compatível com a lógica da Constituição histórica e ideal.

O constitucionalismo conjuga, ao mesmo tempo, um espaço para novas compreensões e direitos em que age como um mecanismo de frenagem para garantir conquistas sociais e históricas. Garante-se a vontade da maioria, mas não se prescinde da proteção de grupos e minorias.

A compreensão da Constituição histórica não importa no reconhecimento de uma realidade pronta, ou em regras fechadas, ao contrário, revela um conjunto de conquistas, amadurecimentos e expectativas advindos com o passar dos anos. Assim, a Constituição une o passado, presente e futuro.

Claro que o viver da Constituição traz o alargamento dos espaços de debates e diálogos acerca do sentido da Constituição, não se identificando tais espaços apenas nas áreas institucionais. Apesar de se reconhecer que o desenho institucional do Estado pode contribuir para a melhora do debate e do diálogo, a Constituição histórica traz a abertura para os espaços não institucionais.

Dessa forma, a ligação entre Constituição e prática social implica o questionamento de se as decisões do controle de constitucionalidade difuso resultam das identidades constitucionais ou do reconhecimento de uma prática constitucional distante dela. Quais os instrumentos de diálogo existentes no controle difuso de constitucionalidade tendente a afastar uma prática autoritária? Sendo o povo destinatário e sujeito dos sentidos da Constituição, quais as maneiras de propiciar o debate constitucional aberto e dialógico diante do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil?

A compreensão da Constituição, ao mesmo tempo como construção histórica e como mecanismo de abertura do sistema jurídico às transformações sociais, amplia a discussão dos direitos protegidos pelo Texto e possibilita a construção e desconstrução

de sentidos da Constituição. A era contemporânea ou pós-moderna exige da Constituição mais que mero caráter normativo, requer uma interface factual, como um caminho em construção diante de múltiplas identidades sociais, culturais e étnicas do povo.

Após longo período de exceção, resgatada a normalidade institucional, o alargamento das áreas de atuação do Poder Judiciário gerou uma espécie de controle de constitucionalidade forte, o que trouxe à tona os limites e as justificativas dessa atividade. Vários argumentos convergem ao controle de constitucionalidade, seja pela manutenção das regras do jogo democrático, seja pela proteção dos direitos individuais, sociais e políticos, enfim, direitos humanos.

No entanto, as decisões atinentes ao controle de constitucionalidade difuso ou abstrato carecem de legitimidade democrática de origem, à luz da compreensão de uma democracia representativa, e, por vezes, soam como decisões autoritárias. A dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade das leis, demonstrada por Alexander Bickel, traduz a impossibilidade de um órgão não eleito democraticamente e com menor responsabilidade política invalidar leis e atos normativos advindos do Poder Legislativo eleito num regime democrático.

Nesse sentido, Carlos Santiago Nino compreende o controle de constitucionalidade como exceção, e não como regra inerente ao exercício da jurisdição constitucional e desenvolve, assim, hipóteses que permitiriam o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis através do Poder Judiciário, partindo de uma democracia deliberativa.

A identidade constitucional é analisada sob a compreensão da Constituição Viva, como prática e projeto que se constrói e reconstrói constantemente a partir da compreensão de múltiplas identidades sociais, culturais e do pluralismo político, religioso e cultural. Como marco temporal, a análise partirá da Constituição Federal de 1988, à luz do pluralismo e multiculturalismo do novo constitucionalismo latino-americano, a fim de proporcionar instrumentos necessários ao estudo da identidade constitucional e da jurisdição constitucional.

Entretanto, no tema específico controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista a abordagem da Constituição histórica, optou-se pelo estudo das Constituições brasileiras a fim de traçar o caminho da evolução das Constituições e o sistema de controle respectivo, ante os fatos históricos e o contexto da época em que se adotou o controle.

Na ligação entre Constituição complexa, identidade constitucional no Brasil e a compreensão dialógica da Constituição como caminho à construção do controle de constitucionalidade democrático tem na jurisdição, principalmente no primeiro grau, um espaço de diálogo e de debate para a construção de decisões sobre a constitucionalidade das leis. Leva-se em consideração, nessa construção, a questão da universalidade e legitimidade daqueles que podem arguir e participar do debate das questões constitucionais, no exercício da jurisdição.

Os argumentos trazidos pelas partes são realidades, percepções daquilo que é ou não constitucional, os debates acerca de temas correlatos aos direitos fundamentais, por exemplo, passam a ter maior relação com as realidades vivenciadas, com a Constituição realizada ou não realizada. Esses argumentos, essas percepções, mais próximas do eu e do outro, farão parte da construção do sentido da Constituição no exercício jurisdicional.

O fortalecimento do debate constitucional nas instâncias jurisdicionais originárias deve contar com instrumentos de participação popular, dependendo do procedimento jurisdicional. A construção ou desconstrução da identidade constitucional e a ampliação do debate constitucional são elementos fundamentais ao controle de constitucionalidade diante do caso concreto, são vetores que reaproximam a ideia de interpretação da Constituição à identidade constitucional, tendo em vista que a Constituição representa um projeto sempre em andamento.

Ademais, a construção das identidades da Constituição e sua ligação com o controle de constitucionalidade das leis passam pela análise dos efeitos das decisões judiciais acerca da constitucionalidade na realidade vivida. É certo que há decisões de ordem moral, pessoal ou política que escapam à revisão judicial em razão de seu conteúdo, entretanto, muitas vezes, a garantia dos exercícios dessas escolhas passa pela análise judicial. A decisão não se refere à ordem interior de cada sujeito, mas a proteção e o exercício da escolha que necessitam, por vezes, da atuação estatal através do Poder Judiciário.

De outra forma, as interpretações das identidades constitucionais não equivalem, exclusivamente, ao exercício da soberania popular, uma vez que há situações em que a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade se justificam, principalmente, em questões atinentes às regras que promovem o exercício democrático, às normas acerca da proteção das minorias, aos ideais de liberdade e igualdade e a proteção dos direitos humanos.

A pesquisa circulará pelas seguintes hipóteses, primeira: desempenhando o povo o papel central de definição de identidades e diferenças acolhidas pela Constituição histórica, a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade requer a ampliação do debate constitucional e a prevalência do controle difuso de constitucionalidade, eis que imprime maior espaço de debate judicial através de diferentes processos e diversos contextos socioculturais. Segunda: A prevalência do controle difuso de constitucionalidade pode implicar no enfraquecimento da identidade constitucional, pois igualaria a identidade àquilo que o Poder Judiciário julga ser identidade, atribuindo-lhe a figura de Poder Constituinte Reformador.

A partir de tais hipóteses, o método de pesquisa adotado será o hipotético dedutivo e como método de procedimento, utilizar-se-á o método hermenêutico. A análise histórico-estrutural tem como marco temporal a abertura política, a Constituição Federal de 1988, a redemocratização ou a inaugural experiência de democracia. O método hermenêutico, como método de procedimento, orientará o trabalho, uma vez que atenta para a realidade social, compreendendo o intérprete e o direito ligados através da linguagem. Como técnica de pesquisa, utilizar-se-á a bibliográfica e a jurisprudencial.

A elaboração da tese divide-se em quatro capítulos. No primeiro, a abordagem centrar-se-á na Constituição Federal de 1988 e no pluralismo. Parte-se das características do constitucionalismo no cenário latino-americano para analisar traços importantes destacados nas novas constituições, tais como as identidades e sabedorias locais e o pluralismo nas diversas áreas da vida.

Tendo em vista a forte influência das realidades locais e culturais para o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano, traz-se o estudo da Constituição ideal de direitos e da Constituição histórica, com base na teoria elaborada por Carlos Santiago Nino.

Embora haja um capítulo dedicado à obra do autor, a distinção entre tais formas e a Constituição apresenta-se como pressuposto para a inserção e compreensão da tese já no primeiro capítulo, momento em que, junto à compreensão de Constituição como prática social, faz-se a análise do caráter transformador daquilo que é a Constituição, através da elaboração do tópico Constituição Viva, como um desafio do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, a tese parte da compreensão de Constituição complexa, distante do simples caráter normativo, a Constituição representaria um conjunto de práticas

sociais e históricas, mas sem redundar em espécie de totalitarismo constitucional, necessitando de afirmação através das evoluções e das adequações sociais.

O primeiro capítulo encerra com o estabelecimento do elo entre constitucionalismo e diálogo, como mecanismo de aproximação da democracia, do povo, para com a atribuição de sentidos da Constituição. O controle de constitucionalidade dialógico compartilha a ideia de Constituição ideal e complexa de Carlos Santiago Nino, tendo em vista a construção da identidade constitucional após abertura política e da elaboração da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, analisa-se, como prevalência da forma descritiva, a democracia constitucional na obra de Carlos Santiago Nino. No intuito de apresentar as principais características e fundamentos da sua obra sobre Constituição e democracia deliberativa, aborda-se o caráter complexo da Constituição: entre o constitucionalismo e a democracia.

Posteriormente, estuda-se a realização da democracia deliberativa conforme Nino, e o conhecimento dos interesses dos outros e o controle de constitucionalidade numa democracia deliberativa. Nesse momento, resgatando a compreensão de Constituição histórica e ideal de direitos, analisam-se as implicações da Constituição complexa no desenho institucional do Estado e na Constituição Federal de 1988.

Acerca da forma pela qual o povo pode participar ativamente da construção e recriação da identidade constitucional, traz-se a ideia de sociedade aberta de intérpretes. Ressalta-se, a interpretação dialógica da Constituição realizada pelas instituições do Estado, poderes e órgãos, deve contar com a participação do povo diante de uma sociedade aberta de intérpretes, bem como através dos diálogos interinstitucionais, nos quais os poderes do estado interagem.

O estudo da legitimidade democrática da Constituição importa na abertura do texto para a construção de sentidos, a fim de orientar interpretações e transformações constitucionais. A técnica de análise da constitucionalidade que parte do caso concreto e, posteriormente, há ampliação dos seus efeitos a outros casos abrangidos pela lei declarada constitucional ou inconstitucional parece ser mais compatível com a democratização do debate constitucional.

O alargamento dos espaços de discussão diante do modelo democrático e federado faz com que a interpretação da Constituição, na análise do caso concreto, se coadune melhor com as peculiaridades locais, com a autonomia dos entes federados e com as diversidades socioculturais, com as identidades e diferenças.

De outra forma, a prática constitucional requer o alargamento do espaço de decisão em vários cenários da vida jurídica. Parte-se da noção de democracia como conceito normativo de Carlos Santiago Nino para buscar o rumo de uma Constituição histórica, ideal e complexa no Brasil. Lembrando-se que, conforme o autor, o desenho institucional, o modelo de Estado e de governo tem peso na realização da democracia normativa. Assim, estuda-se a descentralização e a ideia de soberania dispersa na obra de Nino.

O terceiro capítulo destina-se ao estudo do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos no Brasil, iniciando pela sua evolução histórica, que parte da ausência de controle de constitucionalidade para a adoção do sistema de análise diante do caso concreto, e, posteriormente, adota o controle abstrato.

Diante da temática, optou-se por abordar o controle difuso repressivo e preventivo. Num para verificar as maneiras de controle exercidas antes de a lei ingressar no mundo jurídico e, noutro, para analisar as consequências e a legitimidade do controle no caso concreto. Alguns instrumentos do controle difuso são apresentados para demonstrar a questão acessória da declaração de inconstitucionalidade e a extensão dos efeitos da decisão. Escolheu-se, por questões metodológicas, estudar dentre os remédios constitucionais o habeas corpus e a ação popular, ao lado da ação civil pública.

No que tange a extensão dos efeitos da decisão e da importância da matéria tratada no exercício da jurisdição constitucional, é estudada a legitimidade e a reserva de plenário nas declarações de inconstitucionalidade perante os Tribunais e a repercussão Geral no recurso extraordinário.

No último capítulo, agregam-se ao controle difuso as identidades constitucionais. Não são olvidados os avanços na área de participação popular referentes ao controle abstrato da constitucionalidade das normas, tais como a realização das audiências públicas, os diálogos interinstitucionais e a participação no processo do *amicus curiae*. Entretanto, esses mecanismos podem vir ao aperfeiçoamento e à releitura de outros instrumentos do controle difuso da constitucionalidade.

Talvez como corolário da negação democrática vivida no período da ditadura militar, implantada com o ato institucional n.º 05 e com a Emenda Constitucional de 1969, as instituições democráticas restaram aniquiladas e tolhidas em seus desideratos, e as consequências da ausência de experiência democrática são sofridas no Brasil até hoje, disso não esteve imune o Poder Judiciário.

A identidade do sujeito constitucional no Brasil, após a abertura política e a Constituição Federal de 1988, requer o estudo multifacetado, plural dos sujeitos que criam, escrevem e vivem a Constituição. Compreendida como texto e contexto, percebida na prática social, revisita a relação soberania popular e governo.

O constitucionalismo latino-americano reintroduz a análise do Poder Constituinte, sua atuação originária e reformadora, reacendendo a discussão e o debate acerca da soberania popular. Por isso, no quarto momento, estuda-se a construção da identidade constitucional, a questão da soberania e o povo, os sujeitos da Constituição entre o Poder Constituinte e o Poder Constituído.

A pesquisa atenta aos efeitos que a decisão judicial, no controle de constitucionalidade forte, pode gerar num dado cenário social democrático, não apenas pela dificuldade contra majoritária, mas também pela possível desconexão entre a decisão e a realidade social, ou pela motivação elitista e moralista da decisão, ao invés da construção racional e conforme à realidade social. Em virtude disso, o controle do caso concreto pode representar importante instrumento para a ampliação do debate constitucional e construção ou percepção da identidade constitucional.

A ligação teórica entre o pluralismo e as identidades constitucionais é traçada pelo caminho entre a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos e de poderes. Por consequência dessa ligação, o item se propõe resgatar as exceções que comportam o controle de constitucionalidade a partir de Carlos Santiago Nino para compreender a Constituição como prática social que abarca diversas identidades potencialmente constitucionais.

O último tópico do desenvolvimento da tese versa sobre a tendência da abstrativização dos efeitos da decisão do caso concreto, como meio de confirmação ou negação da tese, diante dos argumentos de segurança jurídica e igualdade.

Os capítulos são desenvolvidos a fim de confirmar a tese de que a identidade constitucional se relaciona ao caráter Vivo da Constituição, estando as questões de identidade constitucional e de controle jurisdicional difuso voltadas a um caminho, a uma construção de decisões mais democrática, pois voltadas ao sentido da Constituição a partir das realidades vividas.

Analisa-se a relação entre o sentido da Constituição e a identidade constitucional na busca por uma jurisdição constitucional democrática e dialógica na qual o povo, ao lado de outros atores. Assuma seu lugar no debate daquilo que é constitucional.

Para tanto, a compreensão da Constituição, Constituição ideal e complexa, do Poder Constituinte, e do controle jurisdicional será revisitada em busca da ligação pretendida: identidades constitucionais, pluralismo e controle de constitucionalidade.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PLURALISMO

A Constituição Federal de 1988 iniciou um novo ciclo no constitucionalismo brasileiro, ou melhor, fez nascer uma nova compreensão de Constituição criada e recriada diariamente diante da diversidade dos fatos da vida. A compreensão da Constituição ao mesmo tempo como construção histórica e como mecanismo de abertura do sistema jurídico às transformações sociais amplia a discussão acerca dos direitos protegidos pelo texto/contexto e possibilita a construção e/ou a desconstrução de uma identidade constitucional, bem como dos compromissos e pré-compromissos traduzidos na Constituição.

O desenho institucional, a organização dos entes federados e dos poderes do Estado e, em especial, o aumento das competências do Poder Judiciário, no que se refere à jurisdição constitucional, trouxeram a ampliação daquilo que se diz jurídico. Essa imbricação entre o desenho institucional e a atuação dos poderes, no caso, do Poder Judiciário, põe em xeque a velha relação Democracia e Constituição, trazendo a releitura de alguns institutos como soberania, poder constituinte, revisão judicial e identidade da Constituição, analisados à luz do constitucionalismo contemporâneo.

O constitucionalismo latino-americano faz parte do desenvolvimento da tese, de forma inicial, para demonstrar a importância da característica da diversidade cultural e do pluralismo no debate constitucional na atribuição dos conteúdos da Constituição. Constituição que não é imutável e confirma sua existência devido à potencialidade de transformação.

Essa potencialidade traz o resignificado da Constituição, que liga as questões históricas às questões atuais, a prática constitucional, pautada pela proteção dos direitos humanos, ao desenho institucional do Estado. A tensão, ou relação entre as identidades constitucionais abrangidas pela Constituição e as novas ou outras identidades, impõe a análise do pluralismo que, por si, abrange a diversidade cultural, religiosa, histórica, etc. Nesse sentido, o discurso de proteção aos direitos humanos representa a afirmação de identidades minoritárias, que, no contexto latino-americano, foram e são resultados de lutas e conquistas populares.

Significar a Constituição como prática e espaço de proteção de direitos humanos pressupõe o conceito de Constituição complexa de Nino, como Constituição histórica

e Constituição ideal de direitos e de poderes, como serão abordados, sem esquecer o espaço de diálogo presente no constitucionalismo contemporâneo.

A diversidade cultural, o multiculturalismo, é traço importante nas várias identidades latino-americanas, o que é presente na compreensão de Constituição histórica de Nino, trazendo, portanto, à discussão traços de identidades locais e outras identidades. Mesmo ciente de que Nino não está entre os autores do constitucionalismo latino-americano, a diversidade cultural é compreendida pelo seu conceito de Constituição histórica que, por sua vez, estará presente nas exceções trazidas pelo Autor, que comportam o controle de constitucionalidade.

Se a diversidade é abrangida pela Constituição histórica, a modificação da compreensão do conteúdo da Constituição e sua necessária ligação com a realidade dos fatos, traçando a ligação entre o passado, presente e futuro é representada pela Constituição viva.

1.1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: PLURALISMO E IDENTIDADES

Por uma questão terminológica, antes mesmo de analisar se o constitucionalismo brasileiro compreende as características e elementos do novo constitucionalismo Latino-Americano, é preciso definir o que se entende por esse termo.

Como novo constitucionalismo latino-americano, compreendem-se as experiências constitucionais em países da América Latina num contexto neoliberal que, apesar de traços culturais, sociais e históricos diferentes, apresentam pontos de convergência que recriam e questionam institutos do constitucionalismo moderno de tradição europeia e estadunidense.

Entre as características comuns do novo constitucionalismo latino-americano, Medici identifica a presença de setores populares historicamente subalternos frente à hegemonia neoliberal e a intensificação de lutas populares; a retomada do papel do Estado como regulador dos mercados e como prestador de serviços sociais básicos; as questões de políticas externas voltadas à regionalização e ao fortalecimento de mecanismos de integração; a presença de líderes presidenciais que tencionam e renovam as estruturas tradicionais dos partidos políticos, e, por fim, identifica os

processos de mobilização popular que desafiam os limites da democracia representativa liberal.¹

O mesmo autor cita a Venezuela, a Bolívia e o Equador como exemplos radicais deste novo constitucionalismo, tendo em vista, principalmente, a relação entre sociedade e Estado caracterizada pela participação popular intensa e extensa. Na Bolívia e Equador a vontade de descolonização foi trazida pelas Constituições através de políticas, instituições e previsão de direitos, como direito de viver bem e da proteção à natureza, o que chama de "*giro decolonial*".²

Las nuevas constituciones que estamos analizando expresan la voluntad de realizar un giro decolonial, entendiendo por tal un diagnóstico crítico que reconoce la pervivencia de una modernidad del Estado que no puede entenderse sin su otro rostro oscuro: la colonialidad del poder.^{3,4}

Através de uma análise exemplificativa, Medici enumera alguns direitos desse constitucionalismo, dentre os quais destaca: o direito ao meio ambiente sadio; ao apto desenvolvimento humano como bem público necessário para desenvolvimento de outros direitos; o direito a um nível de vida adequado incluindo questões de saúde e alimentação; o direito de participar das decisões políticas do Estado, o direito ativo e passivo de comunicação e à pluralidade de fontes; o direito ao protesto; à rebelião; à resistência e à revolução. O direito de participar das decisões que afetam a vida é um direito em si, porém é claro que também representa uma garantia política e social que torna possível ser sujeito de outros direitos.⁵

¹ MEDICI, Alejandro. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. **Revista El Otro Derecho - Debates constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias**, n.48, p.19-62, 2013. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotdr048/1.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

² Como giro decolonial entende-se o diagnóstico crítico e social da mobilização das maiorias populares que reconhece a necessidade de sobrevivência diante da outra face do poder, a colonialidade do poder. A colonialidade do poder é desafiada pela mobilização política e social e por novos governos que compartilham um pensamento social e plural advindo da multiplicidade cultural historicamente silenciada por um modelo de Estado Eurocêntrico, colonial, monocultural e monorganizativo. (MIGNOLO, Walter. **Historias locales, diseños globales**: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo. Madrid: Akal, 2003. p.9).

³ MEDICI, op. cit., p.21.

⁴ As novas constituições que estamos analisando expressam a vontade de fazer uma volta descolonial, entendida como um diagnóstico crítico que reconhece a sobrevivência de um Estado moderno que não pode ser entendido sem a outra face escura: a colonialidade do poder.

⁵ Medici lembra que a Constituição do Equador reconhece os direitos da natureza ou "pacha mama" nos artigos 71 até 74. (MEDICI, op. cit.).

Verifica-se que vários direitos componentes do constitucionalismo latino-americano, tais como o direito ao meio ambiente sadio, ao desenvolvimento humano, à alimentação, à saúde e à comunicação também estão presentes na Constituição Federal do Brasil.

A matriz inicial desse novo constitucionalismo na América Latina foi marcada por ciclos de implementação, pelo ciclo social e descentralizador das Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991). Num segundo momento, dirigiu-se para um constitucionalismo participativo e pluralista com a Constituição Venezuelana (1997), e um terceiro ciclo é representado pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Esses últimos textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa).⁶

Além dos ciclos de implementação descritos por Wolkmer, Raquel Fajardo expõe a evolução do constitucionalismo latino-americano em ciclo do constitucionalismo pluralista. Nesse caso, o processo constitucional brasileiro é incluído em um primeiro ciclo, entre 1982 a 1988, o do constitucionalismo multicultural. A evolução avança para um novo ciclo de 1989 a 2005, o do constitucionalismo pluricultural e, finalmente, chega-se ao terceiro e último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional, 2006 a 2009, do qual fazem parte os processos boliviano e equatoriano.⁷

Claro que os projetos desses países são diferentes. Como refere Couso, o consenso acerca do constitucionalismo democrático liberal na América Latina começou a cair em descrédito a partir do final da década de noventa, devido à frustração popular a respeito do funcionamento da democracia constitucional, tanto em virtude da incapacidade de reduzir a pobreza e a desigualdade popular como pela inoperância no controle à corrupção presente nas elites políticas e econômicas da região. Em virtude desse quadro, alguns projetos alternativos de redistribuição de renda foram

⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p.143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El Pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana:** de la sujeción a la descolonización. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-dosite/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.

realizados, como na Venezuela, através do então presidente Hugo Chávez. Sendo um dos poucos países latino-americanos que não sofreram as agruras das violentas ditaduras dos anos 70 e 80, a Venezuela foi o primeiro país a iniciar um processo democrático radical comprometido a implementar modificações profundas, que influenciaram, posteriormente, Bolívia e Equador.⁸

Esses países, além de seguirem trajetórias políticas institucionais semelhantes, utilizaram um discurso que questiona o consenso democrático liberal que existia nos anos noventa. Entre os pontos desse discurso constitucional estão os aspectos centrais dos processos políticos e a sua inoperância, a corrupção e a impunidade de autoridades políticas; o aumento da pobreza e da exclusão; o descrédito dos partidos políticos e sua incapacidade de zelar pelo bem comum. A falta de legitimidade da democracia liberal nesses países facilitou a atuação dos líderes carismáticos que obtiveram o controle do Executivo e do Legislativo, iniciando um agressivo programa de redesenho constitucional e de política distributiva.⁹

A instalação dos regimes democráticos foi semelhante. Primeiro, obtiveram acesso ao Poder Executivo através de eleições conduzidas com base no antigo sistema, mas com uma retórica revolucionária que prometia mudar o estabelecido. Segundo, houve a convocação do povo para consultá-lo sobre a necessidade de uma nova Constituição que iria inaugurar uma nova era política. Depois, a instalação de uma Assembleia Constituinte para elaborar a nova Constituição e, por fim, a realização de um segundo referendo no intuito de ratificar a nova Constituição.¹⁰

A Constituição Equatoriana de 2008, como aduz Restrepo, celebra a *Pacha Mama* e invoca várias formas de espiritualidade e de sabedoria popular e cultural, afirmando conquistas de lutas populares para libertação de formas de dominação e de colonialismo. Assim, a Constituição pretende construir uma nova maneira de vivência com a natureza e com a diversidade a fim de alcançar o bem viver – *sumak kawsay*.¹¹

⁸ COUSO, Javier. **Las Democracias Radicales y el "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano"**. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁹ COUSO, op. cit.

¹⁰ COUSO, op. cit.

¹¹ A Constituição do Equador, na Seção segunda trata do meio ambiente sadio trazendo a noção de bem viver e *sumak kawsay*. *Art. 14. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.*

Refere que o pensamento minoritário de hoje se encontra na direção de tomar a democracia a sério em seu aspecto constitutivo e mais radical, isto é, a democracia como lugar aberto ao conflito, cujo esquema ético principal é o povo como protagonista do político:

*Nuestra elite jurídica "vanguardista" ha optado por un amasijo entre la teoría dialógica o de deliberación y diversos reflejos de teorías constitucionales convencionales, donde prevalece la sombra del "Norte" como centro de producción jurídica, junto con trozos amorfos del llamado neoconstitucionalismo.*¹²

Ao criticar a teoria do diálogo de Habermas, Restrepo atribui-lhe como ponto relevante o fato de banir o conflito como elemento constitutivo da política, sendo que o direito aparece como meio de despolitização do conflito, sujeitando-o a zonas de codificações a fim de comprimi-lo como traços da pós-modernidade liberal. A diferença e a assimetria não são tratados como problemas de injustiça, iniquidade ou opressão, mas como "normalizaciones controladas por superesquemas como el modelo deliberativo habermasiano". Como argumenta, a eliminação do conflito é o grande objetivo da teoria de Habermas.¹³

A eliminação do conflito representa o grande objetivo da teoria dialógica, conforme o autor, neste sentido, há anulação do pluralismo e abandono das desigualdades para que todos participem do diálogo de forma, como se todos estivessem incluídos dentro do diálogo da Constituição a nível simbólico, da linguagem e da normatividade, sendo que o mundo pré-dialógico, o mundo real, é repleto de

No Capítulo sétimo enuncia os direitos da natureza ou Pacha Mama. Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema". (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015).

¹² RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional 2**: del existencialismo popular a la verdad de la democracia. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011. p.21. Tradução livre: "Nossa elite jurídica 'vanguardista' optou por uma forma entre a teoria dialógica ou teoria deliberativa e várias reflexões de teorias constitucionais convencionais, onde a sombra do "Norte" prevalece centro de produção como legal, juntamente com pedaços amorfos chamados neoconstitucionalismo".

¹³ Ibid., p.26.

assimetrias, diferenças sociais, culturais e zonas de exclusão. Nesse sentido, a importância da Constituição da Bolívia e do Equador, que resgatam as ideias de pluralismo e diversidade de identidades.

Dessa questão resultam duas variantes necessárias: sendo a Constituição Federal de 1988 um texto normativo, compromissário e analítico elaborado através da Assembleia Nacional Constituinte, instaurada em 1987, em cumprimento à Constituição de 1967, Emenda Constitucional n.º 26 de 27 de novembro de 1987, todos estão incluídos na declaração de direitos e nas garantias trazidas pela Constituição? E mais, a Constituição representa a extinção das diferenças do mundo real e do conflito entre as identidades constitucionais e outras identidades diante de um contexto plural?

Não parece que a existência do diálogo pressuponha a extinção do conflito, porque a compreensão do povo como ator e destinatário da Constituição caminha ao lado da ideia de conflito, resistência, contestabilidade. Como será abordado, a Constituição deve ser compreendida além da normatividade, porém não apenas como elo entre o mundo pré-diálogo, porque mais do que o diálogo ela representa o espaço do dissenso, do questionamento, das diferenças e também da afirmação de identidades sociais e culturais.

A compreensão da Constituição ultrapassa a ideia de diálogo, ou melhor, requer o diálogo e vai além dele. Além porque seu conceito está imiscuído nas conquistas históricas, na proteção de direitos humanos e nas alterações ditadas pelos novos arranjos socioculturais e políticos. Nesses novos arranjos, as identidades da Constituição poderão sofrer alterações, rompendo a ideia de que a identidade constitucional tem ligação exclusiva com o poder constituinte originário.

Não obstante as críticas quanto à instauração da Assembleia Nacional Constituinte e a continuação dos trabalhos como constituintes ordinários, uma vez que se trata de momentos constitucionais diferentes, o resultado, numa análise formal e material de proteção de direitos fundamentais, de restabelecimento do pacto federativo, voltando aos Estados-membros o autogoverno e autoadministração, estabelecendo autonomia aos Municípios e Distrito Federal, trouxe, na época, expectativas promissoras.

O espaço político e as questões políticas, embora num período de construção ou reconstrução democrática, foram objeto de debates, diálogos e compromissos firmados no texto da Constituição Federal. Nesse sentido, os embates são vistos em documentos como nos anais da Assembleia Nacional Constituinte que, distante de uma

visão originalista, demonstram a existência de discordâncias quando dos trabalhos da Assembleia. A dialética, a presença de antagonismos no jogo democrático deriva do conceito do político.

A retirada do conflito, do debate ou embate, da arena política significa o esvaziamento de seu elemento propulsor que é o conflito, o antagonismo e as antíteses ontológicas ao conceito do político.

Ao se remeter ao novo constitucionalismo latino-americano, não se está a falar do pensamento hermenêutico crítico apenas, ou, como alguns referem, ao neoconstitucionalismo, apesar de se tratarem de compreensões e termos que podem ser complementares por possuírem pontos de convergência.

O que importa é a interrelação entre o constitucionalismo latino-americano e o pluralismo na construção de novas identidades ou na nova leitura de identidades constitucionais antigas. Neste ponto, o controle de constitucionalidade difuso, em face de um contexto plural e da legitimidade universal, pode contribuir na intersecção entre diversas ou novas identidades e as identidades trazidas da Constituição.

Mesmo sem concordar com a adoção do termo neoconstitucionalismo e não utilizá-lo como marco teórico na pesquisa, não se olvida que o termo é desenvolvido por autores que estudam o constitucionalismo latino-americano. Viciano e Martínez acreditam na nomenclatura neoconstitucionalismo como uma categoria analítica que busca criar uma teoria do direito, e, posteriormente, explicar as faculdades dos juízes como intérpretes da Constituição. Já o novo constitucionalismo latino-americano surge das experiências de algumas Constituições latino-americanas, para os autores, a partir da Constituição Colombiana de 1991, dando ênfase à legitimidade democrática da Constituição.¹⁴

Como características do neoconstitucionalismo, em virtude do pensamento analítico, Viciano e Martínez citam a análise teórica sobre o valor jurídico da Constituição, sua influência e hierarquia em relação ao ordenamento jurídico, a importância e função dos princípios constitucionais e a compreensão de Estado Constitucional:

¹⁴ VICIANO, Roberto Pastor; MARTÍNEZ, Rubén Dalmau. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. **Revista El Otro Derecho - Debates Constitucionales em nuestra América**, n.48, p.63-84, 2013. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

"Aunque ha prescindido de elementos empíricos de comprobación, ha manifestado su voluntad de transcender hacia una nueva forma de aplicación del derecho".¹⁵

Não obstante a compreensão dos autores citados, que escrevem acerca do constitucionalismo latino-americano utilizando o termo neoconstitucionalismo, a pesquisa utilizará o termo constitucionalismo contemporâneo com o objetivo de demonstrar o momento histórico da compreensão do mesmo, pois o termo neoconstitucionalismo pode trazer uma série de equívocos e contradições no que tange ao respectivo conteúdo.

O termo neoconstitucionalismo incorpora autores e posturas teóricas que muitas vezes não podem ser analisadas com o mesmo sentido. A ciência política norte-americana denomina de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas, como o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul. Entretanto, no caso da teoria do direito, em que há autores espanhóis e italianos que enquadram a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então.¹⁶

Outra questão importante que afasta o uso do termo neoconstitucionalismo, o que deve ser lembrado, tendo em vista que autores do constitucionalismo latino-americano fazem menção ao "novel" termo, é que se trata de uma ideia que pode levar ao engano de se estar diante de outro constitucionalismo, fruto da modernidade, das revoluções burguesas, sendo que, o constitucionalismo contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no pós-segunda guerra mundial.¹⁷ Assim,

¹⁵ VICIANO, Roberto Pastor; MARTÍNEZ, Rubén Dalmau. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. **Revista El Otro Derecho - Debates Constitucionales em nuestra América**, n.48, p.66, 2013. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotdr048/2.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015. Tradução livre: "Embora tenha dispensado elementos empíricos de comprovação, indicou uma vontade de transcender para uma nova forma de aplicação da lei".

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.4, p.12, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

¹⁷ Id. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

refere Streck, não faz sentido continuar utilizando tal expressão para a construção de um direito democraticamente produzido.¹⁸

Ao analisar as Constituições da Bolívia e do Equador, Moncayo caracteriza o novo constitucionalismo latino-americano pela ascensão das lutas de classes, pela presença forte do movimento indígena, pela configuração de um complexo de poder em movimento com dimensões constituintes, pela conformação de novos partidos políticos populares, pelo reconhecimento da diversidade cultural, abertura do regime político, a participação de expressões indígenas, pela experiência do exercício de governo pelos povos indígenas, pelo triunfo eleitoral de novas correntes políticas com apoio indígena e através da proposta e impulso de uma nova Assembleia Constituinte.¹⁹

Toda Constituição e a prática constitucional podem ser compreendidas através de ideias filosóficas e políticas que marcam as novas experiências latino-americanas, o que muitos denominam de "novo constitucionalismo latino-americano" que conduz à nova teoria política e constitucional, tratando-se, assim, de um pensar enraizado nas realidades locais e regionais. É claro que a trajetória constitucional e a solução constituinte adotada por cada país são diferentes em virtude de suas especificidades, porém, quando verificadas em conjunto, podem trazer elementos para o novo constitucionalismo latino-americano, baseados principalmente na história política do povo:

¹⁸ Ao criticar o termo neoconstitucionalismo, Streck argumenta: "[...] pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídico, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir exercício da cidadania. [...] Assim, se há, por um lado, esse processo de agregação com relação ao primeiro constitucionalismo, por outro, há uma nítida ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final do século XIX e que terá seu apogeu durante a primeira metade do século XX. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo não é uma superação do *paleojuspositivismo* (exegetismo), mas os neoconstitucionalistas acham que é. E esse é o problema. Nesse ponto, Ferrajoli tem razão (ele é contra o neoconstitucionalismo - porque o neoconstitucionalismo de que ele fala é o dos axiologistas, valorativistas, que acham que estão superando o velho positivismo, o primitivo)". (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.37).

¹⁹ MONCAYO, Héctor-Leon. Las nuevas constituciones en América Latina: algunas reflexiones de contexto. **Revista El Otro Derecho - Debates constitucionales en nuestra América**: enfoques y tendencias, Bogotá, n.48, p.135-167, 2013.

En esta muchas veces la constitución es considerada como una especie de catedral que debe ser obra paulatina de generaciones y ha sido secuestrada por los abogados constitucionalistas que pretenden el monopolio de su interpretación. Desmitificar estas pretensiones debería ser el objetivo de una renovada teoría constitucional, basada en una filosofía pública crítica y situada en nuestra región y en la historia política de nuestros pueblos.²⁰

A descolonização, inserta no constitucionalismo latino-americano, pretende trazer à discussão questões antes silenciadas como a tensão entre relações étnicas, sociais, raciais, epistêmicas e de gênero, bem como discussões acerca de grupos excluídos e marginalizados.

Sampay trabalhou a ideia de realidade integral da Constituição contra o reducionismo pregado pelas revoluções oitocentistas que identificavam na Constituição escrita a realidade. Adota o conceito de Constituição real e Constituição primitiva (primigenia) que é aquela imposta pelas condições geográficas, pela localização no território do Estado, no planeta e no universo, e pelas idiosincrasias do povo moldadas por tais condições. A Constituição real estaria composta por uma classe social dominante e pelas estruturas do poder através das quais exerce o domínio. A partir dessas espécies, a Constituição jurídica é fruto do acordo entre ambas as espécies de Constituições, representando um código supralegal sancionado pela classe dominante que institui os órgãos e coordena funções, objetivando alcançar os fins fixados pela Constituição, prescrevendo direitos e obrigações aos membros da comunidade. Para Sampay o surgimento da Constituição real fora dos costumes "*praeter constitutionem*" escritos na Constituição, preenchem o vazio da Constituição.²¹

Traçadas algumas características do constitucionalismo latino-americano, a Constituição Brasileira configura-se não apenas como um texto que protege alguns dos direitos imanentes à nova lógica, mas representa a inclusão de direitos reconhecidos pela prática social e pelo tempo como conquistas do povo brasileiro.

²⁰ MEDICI, Alejandro. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. **Revista El Otro Derecho - Debates constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias**, n.48, p.20, 2013. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/1.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2015. Tradução livre: "Muitas vezes, a Constituição é considerada uma espécie de catedral que deve ser obra gradual das gerações e foi raptada pelos advogados constitucionalistas que reivindicam o monopólio sobre a sua interpretação. Desmistificar estas reivindicações deve ser o objetivo de uma teoria constitucional renovada, uma filosofia pública com base na crítica e localizada na nossa região e na história política do nosso povo".

²¹ SAMPAY, Arturo. La legitimidad de la constitución. **Realidad Económica**, Buenos Aires, n.30, p.58, 1978.

O movimento constituinte não se encerrou com a promulgação da Constituição, tanto que a Constituição formal, promulgada em outubro de 1988, e a material, criada e recriada com o passar dos tempos, sofreram alterações profundas em seus preceitos e alcances acerca da declaração e garantias de direitos.

O constitucionalismo no Brasil tem influência do chamado constitucionalismo democrático e popular, da tensão entre constitucionalismo e democracia de forma dialética e complementar, estudada e revisitada por autores como Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino que são teóricos da filosofia do direito e críticos do positivismo jurídico lecionado por Hans Kelsen e Herbert Hart, principalmente. O objeto da análise persiste na tensão entre constitucionalismo e direito, democracia e governo, jurisdição constitucional e crítica contra majoritária, poder constituinte e soberania, poderes governamentais e povo.

Na construção de um direito constitucional democraticamente produzido vem a relação direito e moral e, na compreensão de Constituição história e ideal de Carlos Santiago Nino, no intuito de resgatar o espaço do povo no desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano, diante do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se de uma teoria voltada à contemporaneidade e próxima à compreensão de Constituição primitiva e real de Sampay.

A identidade constitucional tem fundamento em razões de moralidade política, isto é, nos direitos fundamentais, de liberdade e igualdade. Entretanto, estes fundamentos morais apenas têm importância diante de um contexto social em que as identidades pré-políticas não sejam excluídas em virtude da tensão entre elas e a identidade constitucional.²²

No aspecto temporal, a tese compreende a contemporaneidade como aquilo que pertence ao seu tempo, podendo alcançar o inatual, o que não coincide nem se adéqua às pretensões deste tempo, isto é, dito contemporâneo, como refere Agambem.²³ Nesta compreensão, o contemporâneo requer a construção e desconstrução da Constituição como prática social e histórica.

A Constituição de 1988 pode ser compreendida como marco do constitucionalismo latino-americano. No ciclo inicial, entretanto, o desafio é implementar traços dos outros ciclos, tendo em vista a classificação de Wolkmer e da Raquel

²² ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²³ AGAMBEM, Giorgio. **O que é o contemporâneo?** E outros ensaios. Tradução de Vinícius Nikastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009. p.92.

Fajardo, em relação às experiências e saberes locais. A Constituição Federal, mesmo mantendo traços analíticos e monocultural, representou um avanço na trajetória constitucional brasileira por ter ampliado a gama de direitos e garantias fundamentais, e "por ter inaugurado amplas perspectivas pluralistas em seus diferentes campos de ação, como o religioso, filosófico, político e cultural".²⁴

Vários traços trazem o rompimento da Constituição Federal de 1988 com a tradição liberal individualista e demonstram a ambição emancipadora do texto. O movimento constituinte, mesmo advindo de um período de negação democrática, de instabilidade institucional e do sentimento de derrota em virtude do fracasso do movimento político "Diretas Já", realizou uma mudança ousada na configuração topográfica da Constituição e no desenho político institucional do Brasil.

Antes de organizar o Estado, Poderes e Instituições, a Constituição inaugura o texto com os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais, após instituir o Estado Democrático de Direito, alicerça-o na soberania, cidadania, pluralismo político, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Outro traço que demonstra o rompimento com a tradição constitucional até então vigente é a prevalência dos direitos fundamentais, sociais, políticos, da nacionalidade e dos partidos políticos traçados de forma aberta na Constituição Federal. O Poder Constituinte de 1988, antes de estabelecer regras da organização política e administrativa da República Federativa do Brasil, elenca, de forma exemplificativa, os direitos e garantias fundamentais, dando primazia à declaração e à garantia de direitos.

Tais alterações passam de mero detalhe acerca da organização textual, demonstram o compromisso do Poder Constituinte e do povo com a afirmação dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de imporem um maior grau de "dignidade e respeito" para sua concretização. Outras características demonstram igualmente a pretensão de rompimento com a realidade e sistema jurídico antes impostos, tais como o reconhecimento formal dos direitos coletivos do trabalhador, da criança e do

²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p.143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

adolescente, do idoso, da instituição de sistema de seguridade social, da proteção aos índios e aos quilombolas, inserção dos direitos coletivos e difusos.²⁵

A realização das promessas da Constituição exige, em parte, a retomada dos ensinamentos do constitucionalismo popular, que é lecionado por Larry Kramer. Partindo da ideia de que o governo pertence ao povo, Kramer desensolve certa desconfiança com o elitismo do Poder Judiciário e rebate a possibilidade dos juízes declararem a invalidade de uma norma avocando-se como últimos intérpretes da Constituição.²⁶

Ao questionar a supremacia judicial, o constitucionalismo popular remove-lhe o poder de ditar a última palavra acerca do conteúdo da Constituição, refuta o elitismo dos argumentos e as razões contrárias à cultura popular, "sensibilidade antipopular", introduzindo a importância de uma interpretação extrajudicial, dando lugar a uma cidadania voltada à interpretação judicial, realizando, portanto, uma leitura crítica acerca dos efeitos do controle judicial de constitucionalidade.²⁷

O constitucionalismo popular baseia-se na participação democrática e tem, no povo, o detentor da soberania, sendo a participação popular nas estruturas políticas e econômicas traço determinante. O povo, como detentor da soberania, deve participar da interpretação da Constituição. Kramer não nega a necessidade de tribunais constitucionais e o exercício da jurisdição constitucional, mas não concorda com o fato de que os tribunais tenham o poder de dar a última palavra, como única palavra, uma vez que supremacia judicial não se confunde com soberania judicial e última palavra não implica em única palavra.²⁸

O controle de constitucionalidade nas democracias contemporâneas ainda representa um mecanismo para proteger direitos, de outra forma, qual seriam os

²⁵ Em comparação com os outros ciclos, do constitucionalismo latino americano ou andino, quanto à proteção dos povos indígenas e quilombolas, o Texto constitucional demonstrou retraimento e limitações se comparada a proteção de outros direitos fundamentais. Enquanto os direitos e garantias fundamentais, sociais, da nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos inauguram a Constituição, e são trabalhados no decorrer do Texto, a proteção aos índios e quilombolas, aparecem na proteção da cultura e dos bens culturais e no último capítulo, do penúltimo título da Constituição Federal, respectivamente. Neste sentido, distinguem-se as proteções destes povos em comparação com as Constituições do Equador e da Bolívia, pertencentes ao terceiro ciclo do constitucionalismo latino-americano.

²⁶ KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

²⁷ GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. In: **Teoría e Crítica del derecho constitucional**: Democracia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. Tomo I. p.253.

²⁸ KRAMER, Larry D. The Supreme Court 2000 Term Forward: We the Court. **Harvard Law Review**, v.115, p.4-169, 2001.

instrumentos alternativos para essa prática? Talvez seja imprudente, num momento de crise da democracia representativa, atribuir ao parlamento competências decisórias que vão desde a política "miúda" e ordinária até a política "graúda" e constitucional. Atribuir decisões de princípios a órgão majoritário exigiria grande maturidade política. "Enquanto isso, prefere-se mitigar a democracia para impedir que ela mesma se arruíne. Delegam-se as decisões constitucionais a pessoas ensinadas e treinadas a "levar direitos a sério".²⁹

O mecanismo do controle acaba servindo como um anteparo para a democracia, levar direitos a sério induz à análise do seu conteúdo, orientado pelos direitos humanos, exigindo, ainda, o deslocamento do debate para a análise da função das instituições e seu papel no arranjo democrático.

De outra forma, o legislador deve respeitar os limites constitucionais, independente da instituição externa que o controle nesta atuação. A teoria constitucional não pode eximir o legislador de criar entendimentos sobre o significado da Constituição.³⁰

Nino explica a importância do desenho institucional e da Constituição ideal do poder para o controle de constitucionalidade. Nessas organizações, o papel do diálogo e da participação da sociedade civil, órgãos e instituições agrega um aspecto substantivo à democracia deliberativa em virtude do aumento do espaço de deliberação e dos mecanismos de participação previstos no exercício da jurisdição constitucional.

A Constituição, após as compreensões da modernidade, não se apresenta apenas como um documento formal, escrito, que pretenda organizar o Estado, seus poderes e atribuir importantes direitos humanos. Em tempos de contemporaneidade, a Constituição assenta-se, muitas vezes, como projeto e ação, um plano com caráter normativo e também factual, mas, além disso, representa um pacto em andamento, construindo-se e desconstruindo-se diuturnamente, atenta às identidades circunscritas em campos étnicos, sociais e culturais de um povo.

Nesta constante construção e desconstrução, talvez o grande desafio para compor a dicotomia entre o constitucionalismo e democracia seja mediar tal relação através da busca de identidades constitucionais circunscritas numa dada época, num certo espaço, num dado contexto, no caso latino-americano, não identidades prevaletentes, mas identidades existentes.

²⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.190.

³⁰ MENDES, C. H., op. cit.

As identidades existentes devem gozar de tanta dignidade e respeito quanto às prevaletentes. Entre a identidade constitucional e as outras identidades circunscritas numa época, deverá haver uma relação de tensão, contensão e intercâmbio. Assim, a Constituição não deve se afirmar pela supremacia hierárquica ou através de uma "regra de reconhecimento", seus preceitos requerem um grau de legitimidade que vai além dos conceitos pregados pelas compreensões ditadas pelas Constituições oitocentistas, requerem um reconhecimento substancial dos direitos e das identidades que circunscreve.

O contexto plural vivenciado na América Latina, a expressão dos saberes locais, a proteção das minorias e a ideia de bem viver, traz um novo desafio ao constitucionalismo contemporâneo, que é a construção e a desconstrução das identidades constitucionais baseadas na pluralidade, na diversidade. Esta construção e desconstrução remetem ao caminho traçado pela compreensão da Constituição viva e se fundamenta em uma supremacia material, na construção dos seus sentidos entre o presente, passado e futuro. Nesta construção sempre estará presente a ideia fundante e complementar entre democracia e constitucionalismo.

Chueiri e Godoy entendem que o constitucionalismo, ao invés de frear o poder constituinte, reafirma-o quando protege compromissos sociais e históricos, o que ocorre com mecanismos que pretendem salvaguardar as minorias e proteger conquistas advindas de protestos e pressões de grupos sociais mais necessitados.³¹ Chueiri desenvolve, a partir da ideia de democracia radical de Chantal Mouffe, a noção de Constituição radical não apenas capaz de capturar a natureza do político, compreendida como Constituição que não se conforma com mecanismos liberais de mútua negociação entre os poderes constituídos, arriscando-se a ser objeto e sujeito da política democrática. Os direitos estão na Constituição na proporção que se permite respectiva reinvenção, como referem: "Uma Constituição radical não sintetiza a tensão entre poder constituinte (democracia) e poder constituído: ela é precisamente isso: tensão!".³²

Além da estabilidade constitucional propiciada pela Constituição Federal de 1988, desde o momento da transição democrática, passando por período de

³¹ CHUEIRI, Vera Karan; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia-soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100009>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

³² CHUEIRI, Vera Karan. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.58, p.30, 2013.

impeachment de Presidente da República, até escândalos diversos de corrupção e protestos, ao ligar democracia e direito num contexto pluralista, o constitucionalismo apresenta-se como vetor, caminho para novas ligações pautadas pela análise dos direitos humanos e do direito constitucional à luz da filosofia e sociologia do direito.

No mesmo sentido, Rosenfeld enfatiza que o constitucionalismo não faria sentido sem a existência do pluralismo, pois, numa comunidade homogênea, diante de um objetivo único e comum distante da concepção de que o indivíduo tem direito legítimo ou interesse distinto do daqueles de compor a comunidade, o constitucionalismo seria supérfluo.³³

Pode-se referir que o constitucionalismo sem o pluralismo e sem as diferentes compreensões de vida boa e diversidade cultural, histórica e social representaria a morte da Constituição viva, pois redundaria à homogeneização da compreensão de um termo, que, por si, impõe diversidade. A prática constitucional faz parte da Constituição viva, consoante à proteção dos direitos humanos e também às garantias previstas na Constituição material. A Constituição, em sentido complexo lecionada por Carlos Santiago Nino, traz a percepção da Constituição como texto e contexto, com aspectos normativos ligados à prática social da Constituição, num contexto plural, diversificado.

O caráter complexo da democracia constitucional cria e recria a relação/tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia, uma vez que a afirmação de um leva ao questionamento do outro. Esse jogo é o que implementa a democracia constitucional, pois agrega compreensão de participação popular e governo limitado, isto em virtude do caráter complexo. Como refere Nino, os países da América Latina, após governos ditatoriais, adotaram como modelo institucional o sistema presidencialista de governo, forte controle judicial das leis e forma federada de Estado, reafirmando a tensão entre constitucionalismo e democracia.

A democracia deliberativa em Nino é compreendida como um conceito normativo que deve estar em consonância com o desenho institucional do Estado, com as escolhas atinentes à limitação dos poderes e à proteção de direitos humanos. A democracia transcende o limiar das eleições e requer uma compreensão proativa de participação e diálogo. Para que isso seja efetivado, o trânsito interinstitucional e os

³³ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

canais de participação popular devem ser reforçados, principalmente, com práticas sociais e seus respectivos meios de preservação.³⁴

Aqui não se refere ao diálogo de conformação, mas ao de debate para a construção de argumentos, pois ao perceber a Constituição como uma obra em construção, vinculada à realidade e criada por ela, as antíteses inerentes à construção do seu sentido indicam a tensão própria ao conceito – Constituição.

Dentre os desafios do constitucionalismo pautado pelo diálogo sem aniquilar a oposição e o embate, está a reversão da apatia social, da ausência de voz ou de vez às vozes pronunciadas. Havendo setores da sociedade que não são escutados ou permanecem calados, este é o local em que o compromisso da democracia e do constitucionalismo deve ser levado às últimas consequências, deve ser levado a sério.³⁵

O vínculo entre democracia e Constituição insere o povo no mecanismo de tomada de decisão, não apenas à luz da democracia representativa, mas também através da participação direta, do direito à insurgência, do direito ao protesto, do direito a uma jurisdição constitucional que compreenda a Constituição como local de identidades e diferenças.

Parece que proteger a identidade do sujeito constitucional, destinatário da Constituição, o povo, requer a noção de pertencimento à ordem constitucional, de sentir-se parte integrante do sistema constitucional. De maneira geral, a Constituição Federal de 1988, incluiu na proteção do Texto a declaração de direitos de minorias, excluídos, vulneráveis, pessoas e grupos que até então sequer faziam parte das "regras do jogo".

A identidade constitucional passa pela compreensão do discurso e da prática constitucional, como assevera Rosenfeld, sendo que a compreensão entre a construção e reconstrução da identidade constitucional requer a percepção de que a autoidentidade constitucional circula em torno das antinomias facticidade e validade, fatos e normas, entre o real e o ideal. Ademais, o texto é ligado a um contexto, o qual é aberto a finalidades, sendo que o sujeito constitucional se transforma no tempo e faz uso, para tanto, do discurso constitucional:

³⁴ Nino após analisar a perspectivas hiper-realistas e atentar à questão da legitimidade subjetiva e objetiva da democracia, refere: "*La democracia, como sostiene Giovanni Sartori, es un concepto normativo y no puede ser identificado con profundidad sin articular de un modo completo la concepción valorativa que justifica sus instituciones distintivas. En sus propias palabras, 'lo que la democracia es, no puede estar separado de lo que la democracia deber'*". (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.22).

³⁵ NINO, op. cit.

Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível.³⁶

A ideia da ampliação do sujeito da Constituição permite que o povo, o destinatário do Texto, possa participar do discurso constitucional e da construção de uma identidade, visto que Constituição é texto e contexto, é corpo e sentido. Como sujeitos da Constituição têm-se aqueles que elaboraram o seu conteúdo, o texto, que, por sinal, jamais estará completo, ou seja, o Poder Constituinte originário, e tem-se também como sujeito o titular do poder constituinte, o povo.³⁷

O constitucionalismo está associado e depende do pluralismo, podendo ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo. Em virtude disso, Rosenfeld demonstra que o constituinte, ao fundar um Estado Constitucional, deve renunciar à sua identidade pré-constitucional, adotando e afirmando o pluralismo como sua principal característica, trata-se de um espaço de interpretação.

A identidade do sujeito constitucional está aberta a contextualização por ser um conceito incompleto e vago, necessita, portanto, da construção e desconstrução de sentidos através da interpretação e do discurso constitucional. Sendo, assim, espaço de interpretação aberto, plural e sujeito a transformações diante da relação Estado e sociedade.

Importante ressaltar, diferente da Constituição norte-americana, que utilizou a expressão "*We the people*" a Constituição Brasileira traz a noção de representatividade, como elemento do Poder Constituinte Originário, sob a locução, "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte [...]", como preleciona o preâmbulo da Constituição Federal. Revela-se no texto formal a ideia central de representatividade na democracia do Brasil. Entretanto, os diálogos institucionais, a interpretação da Constituição, a determinação de identidades e diferenças dos destinatários da Constituição transcendem a representação e requerem uma atuação dos destinatários do texto, o povo.

³⁶ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.40.

³⁷ ROSENFELD, op. cit.

Não obstante a questão formal da representatividade, o empoderamento do discurso constitucional pelo povo representa um instrumento para firmar identidades sem olvidar diferenças. Ademais, a insurgência e o direito ao protesto são elementos da compreensão da democracia como contestabilidade, o que constrói e afirma identidades. De acordo com Pettit, no instante em que se exige que as decisões públicas sejam contestáveis e que possam partir de qualquer segmento da sociedade, requer-se que a decisão coadune-se com um perfil democrático, eis que vinculado ao consentimento.³⁸

No debate Constitucional contemporâneo, em que o Estado deve pautar-se pela proteção à vida digna dos cidadãos, é certo que a prática constitucional consubstancia-se na concretização do texto constitucional, na medida em que a jurisdição constitucional legitima suas decisões pela realização dos direitos fundamentais, mas não como forma totalitária.

O sistema normativo constitucional traça os parâmetros jurídicos do subsistema político constitucional, como ensina Pelayo: *"Sin ánimo de desarrollar el tema in extenso, diremos simplemente que el subsistema normativo constitucional proporciona los parámetros jurídicos del subsistema político constitucional y cuyas determinaciones pueden tener decisiva importancia para su funcionamiento"*.³⁹

Talvez a maior crítica ao constitucionalismo normativo seja a pretensão de determinar regras e prioridades às gerações futuras. Isso não se aplica às questões mínimas ligadas à noção de dignidade humana, mas às políticas públicas e à gestão pública. Sendo efêmeras as necessidades, ordens, valores de uma dada sociedade, num certo contexto histórico e cultural, acreditar que um texto constitucional possa ser um prenúncio do que virá, é, no mínimo, pretensão fadada ao fracasso.⁴⁰

³⁸ PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003. p.370-384.

³⁹ PELAYO, Manuel García. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1985. p.199. Tradução livre: "Sem intenção de desenvolver o tema em extenso, diremos simplesmente que o sistema normativo constitucional proporciona os parâmetros jurídicos do sistema político constitucional e cujas determinações podem ter decisiva importância para seu funcionamento".

⁴⁰ No que tange os motivos pelos quais uma geração pode obrigar a seguinte, Holmes argumenta que os problemas que obcecaram Paine, Jefferson e outros radicais do século XVIII não passaram despercebidos a anteriores teóricos europeus. Os escritores do passado estavam preocupados especialmente para definir se um rei recém-coroadado fica obrigado a pagar as dívidas de seu antecessor no trono. Em geral, a promessa de um indivíduo ou de uma geração não pode forçar outras, mas esta regra tem uma exceção crucial: "o ato de uma geração só pode ligar-se a outra quando um homem [por exemplo, um credor] já lhe ganhou um direito". Em outras palavras contra a tradição do *legibus solutus* os teóricos do direito natural do século XVII argumentaram que os

Acredita-se que o desafio seja determinar o quanto deva ser garantido à existência digna, a ponto de não aniquilar as escolhas e prioridades de gerações futuras, pois, ao lado da igualdade de opções e de acesso aos bens da vida, há o não menos importante direito de liberdade, liberdade de eleger escolhas e prioridades.

O desenvolvimento constitucional leva à uma identidade reflexiva e à análise da revisão da Constituição, tendo em conta os problemas da programaticidade constitucional, posto que qualquer Constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional, um núcleo de identidades, o conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional. O desenvolvimento constitucional significa o conjunto de formas de evolução da Constituição, nova compreensão dos princípios, propostas interpretativas, alargamento da disciplina constitucional a novos problemas. Assim, a articulação da identidade com desenvolvimento constitucional conduz ao conceito de identidade reflexiva, que significa a capacidade de prestação da Constituição diante da sociedade e dos cidadãos.⁴¹

A Constituição também é promessa, entre outras coisas, de impulso ou força constituinte. Esta noção propulsora impede que a Constituição se limite, ou se esgote, nas amarras do direito ou do constitucionalismo como fonte de produção de normas. Assim, mesmo que o constitucionalismo traga a limitação do poder constituinte e da democracia, este "fechamento" será sempre provisório e tenso, pois representa a antiga tensão democracia e constitucionalismo.⁴² A identidade reflexiva e sua

reis eram obrigados pelas promessas e contratos que seus antecessores aceitaram voluntariamente, porque aceitaram o reino, do qual eram inseparáveis essas promessas. Paine e Jefferson apoiaram-se fortemente na ideia de Locke, que um pai não pode obstruir seus filhos. Mas, como Hume observou, este princípio não foi inteiramente consistente com a crença em um pacto original. Locke circundou o problema, invocando o conceito de consentimento tácito. Somente o signatário legítimo do pacto tinha expressamente concordado com o contrato social. O argumento de Locke aqui também poderia servir como um poderoso testemunho de seu próprio radicalismo: se apenas os legados das gerações justificam a obediência dos sucessores, a propriedade hereditária deve ser amplamente divulgada o mais breve possível. Como quer que seja, as premissas lockianas obviamente não impõem uma visão intransigente como Jefferson e Paine. Também Madison foi Lockiano, como verifica o autor. (HOLMES, Stephen. *El compromiso y la paradoja de la democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução de Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999. p.217-262).

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.121.

⁴² CHUEIRI, Vera Karan; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia-soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100009>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

abertura a novas realidades e contextos limita-se ao núcleo intangível traçado na Constituição, às cláusulas pétreas.

Como referido, o novo constitucionalismo latino-americano foi marcado por um ciclo descentralizador, em que a Constituição Brasileira de 1988 teve papel preponderante, através do projeto emancipador ou descolonizador, ao prever objetivos à República Federativa do Brasil. Passados 27 anos da sua promulgação, a Constituição é revisitada e agrega um olhar reflexivo e aberto, interligando-se com a chamada Constituição Viva, que traz, além do seu caráter transformador e aberto, a atenção aos projetos inacabados ou não cumpridos, principalmente nos países ditos periféricos ou de modernidade tardia.

A Constituição Viva pode ser compreendida diante da Constituição ideal de direitos de Carlos Santiago Nino, que se adéqua à realidade latino-americana, pois, além de trazer a Constituição ideal, correlaciona-a com a Constituição histórica representada pelas práticas sociais e culturais de uma comunidade.

Apenas o desenho institucional e as escolhas políticas inseridas no texto da Constituição são insuficientes para a realização de uma democracia normativa. As práticas voltadas ao diálogo e a interconexão de ideias e procedimentos demonstram a ligação entre o que a democracia normativa é, e o que ela deve ser. Conforme Nino, não se podem identificar instituições como democráticas e traçar um método para estabilizá-las sem mencionar a respectiva teoria moral que as justifica.⁴³ Assim, a ligação Democracia e Constituição requer a compreensão do que se entende por Constituição à luz do constitucionalismo latino-americano.

Num contexto plural e aberto, que é característico do cenário latino americano e brasileiro, o controle de constitucionalidade difuso pode contribuir para a interpretação de novas identidades ou para a releitura das identidades constitucionais existentes. O pluralismo social, cultural e jurídico combina como a pluralidade de atores e argumentos na construção da Constituição Viva, o que exige maior aproximação aos mecanismos e instrumentos do controle de constitucionalidade do caso concreto, do caso real. É diante do caso concreto que a Constituição histórica interage com a Constituição ideal de direitos.

⁴³ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

1.2 A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA E A CONSTITUIÇÃO IDEAL DE DIREITOS

A partir da indagação do que justifica a democracia, Carlos Santiago Nino elabora uma teoria própria de democracia deliberativa centrada no diálogo moral, capaz de criar uma perspectiva imparcial a ponto de abranger os interesses de todos os cidadãos.

Neste ínterim, constrói, de forma crítica e empírica, sentidos da Constituição histórica, de uma Constituição ideal de poder e uma Constituição ideal de direitos, sendo que tais componentes podem se reforçar sem entrar em conflito.

Constitucionalistas e atores políticos se encontram e participam do processo de consolidação de regimes democráticos, entretanto, eles consideram relevantes as concepções de democracia apenas a partir da perspectiva da legitimidade subjetiva, a partir da perspectiva da estabilidade e funcionalidade do sistema político.⁴⁴ Nino acredita que o problema não resida na legitimidade subjetiva, mas na objetiva: *"Mi preocupación no se centra en las creencias que la comunidad tenga acerca de aquello que justifica moralmente un régimen político, sino en que realmente hace que éste se encuentre moralmente justificado"*.⁴⁵

Dworkin chama de leitura moral da Constituição a maneira como se lê e aplica uma Constituição política, propondo que juízes, advogados e cidadãos interpretem e apliquem as cláusulas abstratas da Constituição invocando princípios acerca da moralidade (*deceny*), da política e da justiça. A leitura moral está imbricada à prática constitucional e se sustenta em bases morais e políticas, em especial, quando as questões importantes de direitos fundamentais estão em jogo, entretanto, a leitura moral não se adéqua a todos os conteúdos da Constituição.⁴⁶ A interpretação constitucional sob a interpretação moral remete à integridade constitucional.⁴⁷

⁴⁴ Para Nino, a legitimidade subjetiva consiste na crença da população na justificação moral do governo e de suas políticas. A democracia é vista então como instrumento para alcançar a estabilidade. Aqueles que se encontram envolvidos em uma transição democrática e propõe ou instauram reformas institucionais, tratam de consolidar e estabilizar as estruturas democráticas ao mesmo tempo que evitam ameaças de regresso ao autoritarismo. (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.21).

⁴⁵ Minha preocupação não se centra na crença que a comunidade tem acerca do que justifica moralmente o regime político, mas no que realmente faz que se encontre moralmente justificado. (Ibid., p.22).

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: DWORKIN, Ronald; GUTMAN, Amy, VALDÉS, Ernesto Garzón Y otros. **Democracia Deliberativa y Derecho Humanos**. Tradução de Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p.101-139.

⁴⁷ Id. **Law's Empire**. Cambridge: Belkanp Press of University Press, 1986.

Nino, ao justificar a importância de uma compreensão normativa de democracia, aproxima-se do argumento de Ronald Dworkin quando sustenta que caracterizar uma prática necessariamente implica uma atitude interpretativa acerca dela. Neste sentido, a democracia é uma prática social que consiste em uma conduta regular e em práticas previsíveis. Tais práticas criam instituições orientadas por certo fim e valor, assim, não podem participar conscientemente de uma prática sem adotar uma atitude interpretativa à luz de certos valores e fins. Não se pode decidir qual desenho institucional é melhor para assegurar a legitimidade subjetiva e, portanto, a estabilidade das instituições democráticas, sem articular uma teoria completamente desenvolvida que explique os elementos essenciais que dão valor à democracia.⁴⁸

A relação dialética entre o aspecto ideal da Constituição, da declaração de direitos e a Constituição real que reflete a dimensão histórica do constitucionalismo não são dados excludentes na teoria de Nino que examina a Constituição de direitos e a Constituição da democracia. Ao examinar as Constituições existentes e a ideal, surge o inerente conflito entre a proteção de reclames substantivos e os resultados advindos de procedimentos democráticos legítimos. A teoria adotada dá ênfase à dimensão democrática, estando seu valor centrado na democracia deliberativa, a fim de determinar a base de cada uma das três dimensões do constitucionalismo, democracia, direitos e Constituição histórica, e a relação existente, atenta especialmente ao papel que cada uma desempenha no raciocínio prático que leva à justificação de ações e decisões.

A observância da Constituição histórica requer o respeito à Constituição interpretada através da história do país, isto persiste até o momento em que ela inviabilize ou impeça o desenvolvimento do processo democrático. Há dois aparentes paradoxos na análise da relação entre as dimensões do constitucionalismo inerentes ao raciocínio prático que justificam ações e decisões, primeiro, que sofre de uma indeterminação radical de sua interpretação, segundo, que a dimensão histórica é aparentemente supérflua para justificar ações e decisões reguladas por ela. Nino rebate tais paradoxos demonstrando que a Constituição histórica é integrante da própria noção de constitucionalismo.⁴⁹

⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

⁴⁹ NINO, op. cit.

Um dos paradoxos, acerca da indeterminação radical da Constituição histórica surge quando a Constituição é concebida como um texto e requer que as decisões em matéria constitucional venham do próprio documento. No entanto, o texto em si não pode ser empregado para o raciocínio prático, ele deve ser convertido em proposições que possam servir como premissas para o argumento de justificação.⁵⁰ A interpretação que se exaure no próprio texto inviabiliza a compreensão de novas identidades e novos espaços de decisão.

A percepção de que a interpretação constitucional encontra justificações no próprio texto parte de uma premissa positivista Kelseniana de que o sustento de validade do ordenamento jurídico é a posição hierárquica da Constituição frente às demais legislações e atos normativos, não importando o conteúdo destas normas, pois a "grande norma" (*groundnorm*) ditaria o preceito, cumpra-se a Norma (Constituição), a legitimação das normas estaria presente no procedimento de sua elaboração.^{51,52}

Ressalta-se a distinção do positivismo de Kelsen para o pensamento de Hart, cujo objeto do estudo foi fornecer uma teoria sobre "o que é direito", ao mesmo tempo geral e descritivo. Geral por não estar ligada a nenhum tipo de cultura jurídica concreta, mas vendo o direito como uma instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras e também descritiva, pois moralmente neutra sem propósito de justificação. Para tanto, Hart traz conceitos de regras que impõem deveres, regras que conferem poderes, as chamadas regras primárias e regras secundárias, que seriam: regras de reconhecimento, regras de alteração e regras de julgamento.⁵³

⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.31.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵² Kelsen reconhece que o princípio estático e dinâmico estão presentes na norma quando a norma fundamental pressuposta limita-se, de acordo com o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora ou a outra por ela instituída para estabelecerem normas que tragam direitos ou restrições. Fundamentando sua teoria na separação do mundo do "ser" e do "dever ser", o conteúdo da norma não representa obstáculo para ingressar no mundo jurídico, basta que tenha sido produzida através do ato especial que estabelece sua criação. Assim, desenvolve o conceito jurídico positivo de Constituição que abrange dois sentidos: lógico jurídico, que serve de fundamento de validade da Constituição, Constituição é a norma fundamental hipotética e fundamento de validade, norma suposta, e jurídico positivo correspondente a norma positiva suprema que traz a lei nacional do país e regula a produção das outras normas, representa a norma posta, "a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo". (Ibid., p.221-222).

⁵³ Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras primárias, regras que impõem deveres e abstenções aos indivíduos, e regras secundárias, que teriam diversas funções no ordenamento jurídico como com a função de resolver falta de certeza das regras e problemas advindos da aplicação das regras primárias, englobariam as regras de reconhecimento, regras de

Kozicki refere-se ao positivismo *light* de Hart, moderado, porque mais que trazer a regra de reconhecimento como questão de *pedigree*, Hart "reconhece explicitamente que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos",⁵⁴ não descuidando da importância da teoria de Hart, quanto à abertura das regras jurídicas através da norma de reconhecimento.

A crítica ao positivismo leva à construção de novos caminhos e compreensões, em que o direito como integridade representa um aporte teórico à vida da Constituição. Nino constrói sua teoria com fortes traços da compreensão do direito como integridade de Dworkin que, à luz da hermenêutica crítica, salienta o caráter interpretativo da prática jurídica, opondo-se, assim, ao positivismo jurídico.

Baseado numa perspectiva hermenêutica crítica, para responder à questão da indeterminação radical da Constituição, Nino desenvolve passos para converter o texto em premissas de argumento de justificação. Em primeiro lugar, deve-se atribuir sentido aos atos linguísticos; segundo, deve-se aplicar a abordagem geral dos sentidos para um texto específico em questão; terceiro, deve-se superar as indeterminações que ainda existam; quatro, deve-se inferir as consequências lógicas do material interpretado e, finalmente, aplica-se a proposição normativa aos fatos específicos, objeto da disputa em questão.⁵⁵

A atribuição de sentido a atos linguísticos também é exercida num campo dialético, pois, se de um lado, há critérios subjetivistas, originalistas, que atribuem sentidos a partir dos sujeitos dos atos linguísticos, recorrendo à intenção do legislador ou daqueles que participaram da prática de elaboração do ato, do outro, estão os objetivistas, construtivistas, que pretendem utilizar o uso comum das expressões determinadas por certas convenções, porém independente da intenção dos seus elaboradores.

alteração e regras de julgamento (adjudicação). A função importante da regra de reconhecimento, conforme o Autor consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado, deveria tolerar-se uma margem de incerteza para tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não é previsto. A questão subjacente é o grau de incertezas que o ordenamento jurídico pode tolerar. (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**: com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994).

⁵⁴ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.7.

⁵⁵ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.31-32.

As justificações extraídas da norma tendem a demonstrar a necessidade de ligações e conexões entre a convenção e a realidade, sem recorrer à intenção da norma ou dos julgadores. Para o autor, o tipo de argumento utilizado na prática da justificação de uma ação ou decisão conta com a estrutura em dois níveis: o primeiro requer avaliar a justificativa da prática baseada em princípios autônomos, tais como aqueles que conformam a Constituição ideal dos direitos. Se este primeiro nível justifica a prática, passa-se ao segundo, no qual se analisa a prática em si para determinar a decisão.⁵⁶

Esta justificação, que é componente participativo do constitucionalismo, parece ser compatível com o controle de constitucionalidade judicial, isto quando o controle não é apenas uma consequência lógica do reconhecimento da supremacia da Constituição. Numa teoria epistêmica da democracia, o controle judicial da constitucionalidade se encontra legitimado como um meio de assegurar condições possíveis para dar valor epistêmico à participação coletiva. Tais condições incluem os requisitos do processo coletivo de discussão e tomada de decisões para gerar uma dinâmica tendente à imparcialidade.⁵⁷

As Constituições ideais devem servir como parâmetros para interpretar a Constituição histórica de modo que possibilite empregá-la para justificar ações e decisões individuais. A justificação da Constituição histórica sobre a base da ideal está condicionada pela necessidade de apoiar a Constituição histórica para satisfazer requerimentos da Constituição ideal, o que completa o círculo da análise, pois a Constituição histórica terá impacto sobre a ideal.

Ao satisfazer precondições, o processo democrático alarga o valor epistêmico, ao mesmo tempo, reduz seu alcance; assim, se um magistrado decide que um cidadão deve ter a adequada atenção médica para que não se veja prejudicada sua participação livre e igual, o juiz, indubitavelmente, contribuiria para o melhor funcionamento desse processo democrático. Entretanto, estaria distante do processo democrático a possibilidade de decidir como os recursos médicos devem ser distribuídos.⁵⁸

A continuidade da prática constitucional, diante da valorização dos direitos humanos e das garantias para o exercício de tais direitos, garante a eficácia das decisões

⁵⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

⁵⁷ Ibid., p.47-50.

⁵⁸ Ibid., p.60-63.

tomadas. Destarte, a superioridade das normas constitucionais não é afirmada como resultado puro e simples de um pensar silogístico, pautado na hierarquia normativa; ao contrário, a supremacia da Constituição advém da Constituição compreendida como Constituição histórica, Constituição ideal de poder e complexa de direitos.

Ao se preservar a convenção constitucional, mantém-se o valor epistêmico da democracia, agrega-se algo que está além da percepção procedimental, uma vez que, onde houver a manifestação do povo, estará presente o valor epistêmico da democracia, entretanto, a preservação da convenção constitucional requer a interpretação da convenção diante da prática social, a realidade propugna a proteção de direitos.

Ademais, se a liberdade do parlamento, assim, como a liberdade dos demais poderes, assume pressuposto lógico ao regime democrático, ao revés, não se pode atribuir espécie de soberania parlamentar sob o argumento de legitimidade, a autonomia de um poder do Estado não se confunde com soberania, sob pena de se subverter o regime democrático em ditatorial.

Até porque, em países ditos de modernidade tardia, cujas promessas de igualdade de acesso aos bens da vida, de liberdade e de solidariedade sequer se concretizaram, reflexo da baixa experiência democrática e federada, não há como se legitimar a ideia contrária, qual seja, de que o parlamento é a vontade do povo e está apto a dar a última palavra, mesmo que contrária à Constituição.

Talvez a questão não esteja posta na última palavra como critério democrático, mas em que matérias, quais questões devem ser propostas à análise judicial da constitucionalidade das leis. Mendes, ao analisar o preceito Dworkiniano de que a democracia é um esquema procedimental incompleto que busca um ideal de tamanha consideração e respeito, ensina que a busca de tal ideal precede o procedimento majoritário, a propósito:

Em outras palavras, o procedimento não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presentes às exigências daquele ideal. A dimensão quantitativa e a estatística da democracia só goza da legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade. [...] O método de mensuração de legitimidade é, portanto, consequencialista e instrumental.⁵⁹

⁵⁹ MENDES, Conrad Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.27.

As razões que legitimam uma prática social particular constituída pela Constituição histórica devem ser articuladas fomentando o processo democrático de tomada de decisões e reconhecendo direitos fundamentais.

Nino refere que, com base no "teorema fundamental da teoria jurídica", as ações e decisões não podem ser justificadas em normas positivadas, tais como a Constituição histórica, mas somente sobre a base de razões autônomas, que são, ao final, princípios morais. Presumivelmente, aqueles princípios morais estabelecem um grupo de direitos fundamentais. Os princípios que estabelecem direitos são ainda considerados a base última da justificação e raciocínio prático, a luz dos quais a Constituição histórica é ou não legitimada.⁶⁰

É a dimensão ideal da Constituição complexa que se relaciona com os direitos fundamentais, e, a partir deles, com a justa distribuição de bens sociais e naturais na forma que deveriam ser reconhecidos pelo Estado. Por consequência, a Constituição histórica pode partir do conteúdo de uma Constituição ideal de direitos. Nino traz a ética e os direitos humanos como fundamento e conteúdo geral de uma concepção liberal de moralidade social e política.

A teoria de Nino distingue-se de outras similares, não se confunde com a concepção de Dworkin que se baseia no valor da integridade e autoriza juízes e funcionários a tomar decisões sobre a base dos melhores princípios usados para justificar suas decisões e medidas de juízes ou legisladores. A teoria está baseada no reconhecimento do fato de que as ações dos legisladores e dos juízes se desenvolvem num contexto de trabalho coletivo que está fora de seu controle. O juiz ou o legislador é livre para decidir o sistema jurídico prevalecente, começando com a Constituição que tem tão pouco valor que vale a pena correr o risco de enfrentar, inclusive, uma situação de anarquia ou dissolução do sistema jurídico.⁶¹

Chueiri e Sampaio, acerca da fundamentalidade dada aos princípios, na reorganização da teoria constitucional, quando se analisam decisões judiciais nas quais o Judiciário realiza uma decisão contrária ao posicionamento do Legislativo ou do Executivo, remetem-se à tensão entre o constitucionalismo e a democracia, impondo o estudo das questões morais afetas ao direito, referindo que, para Dworkin, a prática

⁶⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.60-63.

⁶¹ NINO, op. cit.

judicial está associada á uma dimensão moral, o que não implica moralização, mas critérios, ou melhor, conteúdos morais.⁶²

Preservar a Constituição histórica e suas práticas não é algo relevante apenas do ponto de vista externo; ao contrário, precisa observar as justificativas internas daqueles que participaram, estão participando ou participarão do estabelecimento da Constituição histórica e de suas práticas. Neste sentido, a Constituição complexa, bem como a Constituição histórica e ideal de direitos, traz à norma conteúdos morais.

A Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos relacionam o presente e o passado, trazendo o dever de consciência para com as experiências passadas ao mesmo tempo em que percebe a conquista dos direitos como trunfos.

Dworkin compreende o direito como integridade à luz da hermenêutica crítica, salientando o caráter interpretativo da prática jurídica, refutando o viés descritivo inerente ao positivismo, de sorte que os direitos trunfos são preexistentes e identificados numa comunidade de princípios, não estando as pessoas ligadas por questões geográficas ou por uma convenção, mas por fraternidade.

O governo não se submete apenas ao direito, mas também aos princípios, neste sentido, ao entender melhor a democracia, a leitura moral de uma Constituição política não é antidemocrática, ao contrário, apresenta-se indispensável à democracia. Vários arranjos institucionais, inclusive aqueles que priorizam o diálogo constitucional, contribuem para a leitura moral da Constituição na construção dos argumentos da decisão.

Acerca da construção das decisões judiciais, Dworkin diferencia os argumentos de princípios que justificam uma decisão jurídica, dos argumentos de política que justificam as decisões políticas que protegem ou fomentam certo objetivo coletivo da comunidade. O direito como integridade se desenvolve através do exercício da interpretação, que analisa e equilibra as decisões passadas aos desafios do futuro com parâmetros de justiça, equidade e integridade.⁶³

⁶² CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada n.º 91. **Revista de Direito Fundamental da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, n.9, p.45-66, jan./jun. 2009. Disponível em: <www.direito.fgv.br>. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A leitura moral demonstra uma forma particular de respeitar a Constituição política de um Estado: "incorpora a moralidade política ao coração do direito constitucional", mas tal moralidade é incerta, controvertida, sendo que, em qualquer sistema de governo que se incorporem tais princípios, deve-se saber quem terá autoridade de interpretá-los e compreendê-los.⁶⁴

Os juízes devem decidir conforme o poder que lhes assegura a Constituição, havendo duas restrições importantes que limitam a flexibilidade da leitura moral exercida. A primeira limitação dá-se através da histórica, a interpretação deve começar pelo que disseram os redatores, não pelas suas intenções, mas pelo que queriam dizer e disseram diante no contexto histórico da época.⁶⁵

A segunda refere que a interpretação constitucional é disciplinada de acordo com a leitura moral pela exigência de integridade constitucional. Assim, os juízes não podem ler as suas próprias convicções na Constituição ou expressar um juízo moral abstrato e particular, devem olhar para si como parceiros de outros funcionários, diante do passado e futuro, a fim de construir uma moralidade constitucional coerente.⁶⁶

Kozicki, após analisar a tese Dworkiniana da resposta certa e o modelo construtivo da interpretação criativa, argumenta que, neste processo, "o juiz não é livre para criar direito, pois sempre haverá um instrumento do qual ele pode se servir – os princípios políticos constitutivos daquela comunidade – para julgar o caso concreto, o que afasta a possibilidade da discricionariedade judicial".⁶⁷

Kozicki assegura que o direito, na teoria de Dworkin, é mediado por uma teoria moral que percebe, nas decisões passadas dos tribunais, o conteúdo de uma teoria moral relevante para a comunidade, que se deve perpetuar ajustando-se aos novos tempos. Tal aspiração moral dirige-se aos compromissos de obter uma comunidade de princípios, sendo a integridade tida como a moralidade interna do direito, o que é denominado pela autora como seu critério de validade: "O direito

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: DWORKIN, Ronald; GUTMAN, Amy, VALDÉS, Ernesto Garzón Y otros. **Democracia Deliberativa y Derecho Humanos**. Tradução de Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p.102.

⁶⁵ Ibid., p.110.

⁶⁶ DWORKIN, loc. cit.

⁶⁷ Ressalta que a tese da resposta certa, *rightanswerthesis*, não é a impossibilidade de que a resposta certa seja fruto de desacordo tampouco implica que as respostas dadas aos casos difíceis sejam as mesmas. (KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.43).

enquanto integridade une objetivos comunais e interesses individuais. Assim, seria também o melhor caminho para a obtenção dessa comunidade de princípio e a forma possível de obter um balanceamento entre os dois lados da equação: comunidade/identificação X indivíduo/independência".⁶⁸

Isto não quer dizer que a leitura moral da Constituição está atrelada às decisões passadas simplesmente, mas que partem destas decisões, a fim de analisar e adequar às exigências contemporâneas que impõem a ligação entre o passado, presente e futuro, através da abertura dos sentidos da Constituição.

Entretanto, a interpretação dos conteúdos morais não atribui ao Poder Judiciárias a única palavra, ou a última palavra, sem compreensão dos argumentos morais e factuais do povo, verdadeiros destinatários e atores da interpretação da Constituição, mas impõe o compromisso de justificação das decisões através de conteúdos normativos e também do diálogo. De outra forma, mesmo na última palavra, a construção da decisão requer a leitura moral da Constituição sem olvidar questões culturais e históricas que permeiam a vida das pessoas.

O exercício da jurisdição constitucional no novo constitucionalismo latino-americano aproxima-se do diálogo. O processo judicial e o exercício da jurisdição já são de forma ontológica dialógicos, entretanto, o diálogo, em tempos contemporâneos, implica maior importância à proteção dos destinatários da Constituição, o povo, que deve retomar seu assento na prática do que seja a Constituição, na atribuição de sentidos da Constituição, o que não redundará na adoção cega da premissa majoritária.

Muitas vezes, não há como separar o espaço da contensão ou resolução de litígios da arena do Poder Judiciário, mas isto não implica a exclusividade na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, não significa a retomada exclusiva da regra majoritária, o que poderia implicar cerceamento do direito de minorias ou pessoas carentes de representação, mas a retomada do debate acerca da proteção, da garantia de direitos advindos de conquistas sociais, ou do chamado dever de consciência e de vigilância.⁶⁹

⁶⁸ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.53.

⁶⁹ Dever de consciência no sentido de comprometimento com uma análise profunda das experiências sociais e com a história. Como referido por Labarthe e Nâncy em "O mito nazista" que aborda a relação entre o presente e o passado, mas não tem a pretensão de apresentar um estudo histórico, mas pretende olhar o presente diante do passado nazista, sendo que o presente não está em paz o passado nazista, fascista, stalinista, ou maoista, disto, ressaí que se tenha um dever de consciência, de análise e de memória. As explicações e os fins nem sempre são claros tampouco satisfazem, assim, apela-se para a vigilância principalmente diante de discursos puristas,

Diante do dever de consciência e de vigilância, o constitucionalismo latino-americano não tem apenas um compromisso com as promessas da modernidade, de liberdade e igualdade, mas compromisso para com a história de cerceamento de direitos de liberdade e de igualdade perante a hipertrofia do Poder Executivo e retraimento dos demais poderes, em especial, do Poder Legislativo.

A relação da interpretação da Constituição em conexão com o passado, o presente e o futuro, pautada em critérios de moralidade política, demonstra a abertura dos sentidos da Constituição, principalmente numa sociedade heterogênea e multicultural como a latino-americana e a brasileira. Esta relação é alicerçada numa interpretação que se coaduna e respeita contextos sociais e culturais diversos, o que pode levar ao exercício da análise da Constituição diante do caso concreto, através do controle de constitucionalidade difuso.

1.3 DESAFIO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: CONSTITUIÇÃO VIVA

A ligação entre Constituição, diálogo, texto normativo e contexto social atribui ao constitucionalismo contemporâneo uma característica transformadora, um caráter cambiante de regeneração do direito constitucional pela "letra viva" da cidadania e da afirmação dos direitos humanos, compreendendo direitos sociais também neste rol.

O entendimento da Constituição Viva pode ser encarado sob duas perspectivas, uma de Constituição transformadora, aberta a novos sentidos, atenta às alterações dos fatos e das necessidades sociais, outra, acerca do seu oposto, em relação aos seus conteúdos não afirmados, aquilo que a Constituição deixou de ser.

Ao referir-se à Constituição Viva e à abertura de sentidos da Constituição, é prudente distinguir a chamada Constituição Aberta da Constituição Procedimental. Para Comella, a partir do ideal democrático, não se deve limitar a proteção constitucional aos direitos de participação política, pois se devem incluir os direitos de não discriminação e de autonomia individual. Por vezes, questiona-se se uma Constituição

fundamentalistas ou nacionalistas. (LABARTHE, Philippe Lacoue; NÂNCY, Jean-Luc. **O mito nazista**: o espírito do nacional-socialismo e seu destino. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Iluminuras, 2002).

que imponha apenas restrições e regulamentos à participação política é preferível porque é mais aberta.⁷⁰

Claro que a Constituição Procedimental, que traga apenas normas de participação política, é mais aberta do que aquela que traga questões substantivas, porém, com a Constituição Aberta, pode-se entender várias coisas. Pode-se dizer que a Constituição Aberta garanta um tipo de sociedade aberta em que os indivíduos tenham a garantia de seus direitos através de direitos substantivos, sendo que esta Constituição, ao trazer direitos substantivos, fecha o parlamento para a possibilidade de restringir direitos pessoais, mas abre aos indivíduos espaços de liberdade, de outra sorte, a Constituição procedimental abre espaços para o parlamento e fecha espaços de liberdade individual.⁷¹

Também é Constituição Aberta aquela que se adapta às transformações sociais e às modificações políticas e morais. Para possuir esta abertura no futuro, a Constituição não precisa limitar-se a proteger direitos de participação política, basta que os direitos substantivos sejam protegidos através de cláusulas abstratas que as tensões entre a norma e a realidade se renovem por via da interpretação ao longo do tempo.⁷²

Comella inclui, como última percepção de Constituição Aberta, aquela cuja interpretação está ao alcance de todos, aos órgãos políticos representativos, à opinião pública e não somente aos juízes constitucionais, como avisado por Häberle, não há *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição. Desta forma, a Constituição procedimental é mais aberta que a substantiva em relação à atuação do parlamento, entretanto, a Constituição substantiva também pode ser compreendida como Constituição Aberta.⁷³

Para Häberle, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la, sendo que qualquer atuação do indivíduo, mesmo parcialmente, acaba sendo uma interpretação antecipada. Deste modo, todo aquele que vive no contexto regulado pela norma é direta ou indiretamente intérprete dela.⁷⁴

⁷⁰ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁷¹ COMELLA, op. cit.

⁷² COMELLA, op. cit.

⁷³ Ibid., p.77.

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista da e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

Para o desenvolvimento da tese, a compreensão da abertura da Constituição, num cenário como o da Constituição Federal de 1988, que elenca uma gama de direitos substantivos, como direito à liberdade, à igualdade, à dignidade, trazendo também direitos de participação política, relaciona-se à atribuição de sentidos da Constituição, à sua interpretação, bem como à forma com que se dará a correção e adaptação do texto à realidade da vida. Esta adaptação requer o alargamento do espaço de decisão e a análise de critérios de identidade, tais como traços culturais, sociais, ambientais. Assim, a vida como adjetivo da Constituição traz a característica ontológica do substantivo, qual sejam: a modificação, a adaptação ou a ruptura.

No que tange à Constituição Viva, outra possibilidade é percebê-la sob um ângulo diverso, que traz, ao mesmo tempo, sua oposição e completude, que a noção de Constituição morta.

Nesse sentido, como tomada de decisão, há a Constituição Viva, e, portanto, compreende-se, outrossim, que há uma Constituição morta, que pode estar presente no passado, pela simples compreensão de Constituição como texto, mas também,

há Constituição morta, nas normas sociais que se deixam apodrecer no olvido [...]. há mesmo Constituição morta e República morta na real ausência de Direito, naqueles casos em que o iníquo já nem sequer se cobre do pudor do tributo que o vício soia prestar à virtude.⁷⁵

Mais do que um texto com características normativas, o que é inerente à Constituição, o conhecimento dos direitos nela inseridos e mais o sentimento de pertencimento em relação à proteção de dado direito humano, seja ele concernente aos direitos individuais, seja ele relacionado aos direitos de atuação política como sustento do regime democrático, a Constituição é viva quando presente na vida da sociedade, da comunidade, quando o povo se apropria da Constituição sentindo-se não só destinatário do texto, mas agente da Constituição.

A relação entre o povo e o desenho institucional do Estado descrito na Constituição pressupõe, para a construção de um trabalho comum de compreensão da Constituição histórica, o reconhecimento do povo em relação ao rol de direitos fundamentais e políticos trazidos pela Constituição texto. A realização de um trabalho comum, conjunto, revela o povo e as instituições do Estado no intuito de viver a

⁷⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.13.

Constituição, principalmente, através do diálogo que deve ser tratado com primazia no desenho institucional estatal.

Como desenho institucional diga-se as tomadas de decisões do Poder Constituinte Originário e, no caso do Brasil, o Reformador, acerca da organização do Estado, dos Poderes, seus limites, competências e também organização institucional. A relação entre conhecimento de direitos e pertencimento é tão necessária quanto a relação proteção de direitos individuais e o desenvolvimento de uma Constituição Viva.

Como fundamentação empírica, traz-se a experiência de Portugal acerca de um movimento que pretendia dar conhecimento ao povo sobre o conteúdo da Constituição escrita, como refere Cunha, um dos promotores desta iniciativa, convidando cidadãos, do político ao homem da rua, a transcreverem artigos da Constituição. Relata que alguns dos participantes, além de nunca terem lido o texto da Constituição, maravilhavam-se e escandalizavam-se de como poderiam ter tantos direitos dos quais, na prática, viam-se tolhidos.⁷⁶ O relato desta experiência, mesmo distante de uma análise de direito comparado, demonstra o desligamento entre os direitos do texto e a pretensão da proteção de direitos, ou a realidade, o contexto, entre a letra e o cotidiano.

A compreensão de direitos como liberdade, igualdade, vida, ou demais direitos humanos, não deve partir de contextos e realidades baseadas em compreensões solipsistas de vida, egoístas, que não abrangem a proteção do outro, mas apenas assistem a interesses pessoais ou a interesses dos outros a partir das suas próprias compreensões. Distante, desta maneira, de uma percepção de alteridade, não apenas quanto à atribuição de direitos, mas quanto à garantia de exercício de tais direitos.

A Constituição Viva impescinde da noção de identidade, uma vez que pertencimento e identidade são conceitos que compartilham a alteração dos fatos da vida, a alteração do fato social, bem como impescinde da interpretação da Constituição diante do passado, presente e futuro.

A relação entre as identidades constiucionais e demais identidades está abrangidas pela construção de uma Constituição Viva. Mantém-se o ideal de realização de direitos previstos na Constiuição em virtude do risco de sua morte, e, ao mesmo tempo, as relações entre as diversas identidades pressupõem a construção e reconstrução de sentidos da Constituição através da interpretação.

⁷⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.28.

A Constituição Viva representa uma variante, uma transformação, um comprometimento com a Constituição em níveis temporais diferentes: com o passado, em virtude das conquistas de direitos equivalentes à Constituição histórica; com o presente, na realização de direitos, na garantia de proteção de valores aprendidos no passado e reinventados no presente, e com o futuro, completando o círculo, do que Nino denomina de Constituição complexa, em face dos valores contidos no texto e na sociedade. Acerca do futuro, não se olvida o caráter normativo da Constituição e sua constante adequação às realidades sociais.

Não se atribua a este pensar a possibilidade de fechamento do sistema jurídico, ao contrário, a relação entre a percepção da Constituição histórica, como as experiências passadas, a Constituição ideal de direitos e de poderes, o tempo presente e o futuro, através da realidade normativa de padrões de proteção, não se enquadram na possibilidade de fechamento do sistema jurídico, ao contrário. Nesta perspectiva, Kozicki assinala que o sentido do texto e do direito se revelam através de textos, sempre abertos, sendo assim, qualquer fechamento final ou definitivo de sentido torna-se autoritário e arbitrário:

A desconstrução exige que toda a leitura de um texto possa ser submetida a uma nova leitura, em um movimento que une presente e passado, futuro e presente. Uma leitura/interpretação de um texto é sempre o reescrever do texto passado, a sua tradução para o presente. Dessa forma, uma prática desconstrutiva do direito pode significar um avanço no sentido do enriquecimento de seus conteúdos, pois, permanecendo o sentido em aberto, novas interpretações podem ser obtidas, expondo o aparato jurídico e judiciário a novas formulações. Em suma, a desestabilização do direito é realizada em nome da possibilidade de uma transformação deste e, em uma última análise, em nome da justiça.⁷⁷

Remete-se ao pluralismo de Rosenfeld como prática necessária e incentivada pelo constitucionalismo, visando à máxima reconciliação dos diferentes. O direito é um fenômeno interpretativo, pois um sistema jurídico justo depende da interpretação das necessidades e aspirações da sociedade. Rosenfeld refere que o dilema central da interpretação na sociedade moderna reside na dúvida sobre como e onde se deve traçar uma linha entre normas gerais majoritárias e antimajoritárias. A diversidade nas sociedades atuais resulta, principalmente, das diferentes concepções do bem.

⁷⁷ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.63-64.

Em virtude disto, carecem de formas eficientes para promover unidade e coerência que tendam a preservar a pluralidade.⁷⁸

O estabelecimento e a determinação de significados são intersubjetivos e necessitam de algum consenso coletivo ou compromisso em relação aos conjuntos das relações intertextuais. A interpretação atribui um significado diante de uma esfera política e social e necessita de uma nova escrita coletiva e colaborativa do material textual histórico que envolve um grupo de pessoas.⁷⁹

A partir de Derrida, Rosenfeld analisa que o processo de interpretação requer a construção e desconstrução de significados, sendo que a desconstrução traz um critério de integridade. Tal critério veda ao intérprete que se afaste de uma interpretação para obter vantagens momentâneas e, em seguida, abandone a interpretação, voltando à compreensão antiga, para evitar prejuízos.⁸⁰ A desconstrução pressupõe um universo intersubjetivo entre o semelhante e o outro, entre a compreensão de identidade e exclusão.

A Constituição Viva tem um sentido aberto, pois apta à percepção de novos sentidos e experiências, e outro multifacetado, eis que pronta a compreender as diversas realidades da sociedade contemporânea, comprometendo-se com a experiência da justiça. Na construção de sentidos da Constituição Viva, e por consequência, na fuga de uma Constituição morta, já que o maior desafio da vida é a morte, traz-se a eterna construção e desconstrução da Constituição, contando com a compreensão de justiça como aporia, em Derrida que, já no início de sua análise sobre a existência de uma autoridade, desenvolve a ideia de justiça como aporia.⁸¹

A justiça, por não representar apenas um conceito jurídico ou político, está pronta a transformações, a mudanças do direito e da política. A justiça está interligada à concepção do outro, à busca da percepção da alteridade. Como refere Derrida, a justiça como experiência de alteridade absoluta é uma chance do acontecimento e da história. Ocorre que a justiça incalculável manda calcular associando-se à ideia de direito. A justiça como aporia e como desconstrução traria a infundável tarefa de

⁷⁸ Rosenfeld ao analisar o pluralismo abrangente aborda questões polêmicas e diversificadas que envolvem pretensões feministas, expressões de ódio, a eutanásia e o aborto, em busca de uma teoria voltada a decisões justas. (ROSENFELD, Michel. **Just interpretations: law between ethics and politics**. Berkeley: University of California Press, 1998. p.1-4).

⁷⁹ Ibid., p.24.

⁸⁰ Ibid., p.28.

⁸¹ DERRIDA, Jacques. **Força da lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

recriar. É neste caminho de construção e desconstrução, de identidades e diferenças que a Constituição Viva se afirma.

A certeza da eleição de alguns conteúdos normativos está no passado, mas o resultado da interpretação é ditado no presente para uma compreensão do futuro. Não que seja estanque, mas que seja comprometido com a percepção do outro, no limite de suas crenças e individualidade.

Na eterna construção e desconstrução da justiça através de um caminho, a Constituição Viva apresenta um importante instrumento de poder, o poder político. A sociedade estatal e a sociedade civil compreendem uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e de indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras em função dos fins que o Estado se propõe realizar.

A desconstrução depara-se com um paradoxo que lhe é inerente, pois, ao mesmo tempo, é universal e singular. Para que a justiça seja "justa" com o outro, deve considerá-lo em sua singularidade, porém, a fim de encontrar o equilíbrio entre diferentes grupos, deve-se evitar utilizar expressões de qualquer um deles, o que leva à utilização da linguagem universal.⁸²

Conforme Canotilho, a teoria da Constituição deve ser temporalmente exposta, apesar de não compartilhar a noção de justiça como aporia, refere que qualquer Constituição é o presente do passado, pois não deixa de ser memória na história, até quando propõe rupturas revolucionárias ou não com o passado. Em segundo plano, a Constituição é o presente do presente, pois dedica sempre uma indispensável atenção à conformação da ordem jurídica atual. Outrossim, é o presente do futuro ao proclamar tarefas e fins para o mesmo, e também ao antecipar expectativas de se converter em lei para as próximas gerações.⁸³

A Constituição Viva reconstrói-se diariamente, revisitando institutos do direito constitucional, como o poder constituinte, no momento de sua atuação ou quando da reforma da Constituição, bem como revisita e reafirma o alcance das cláusulas pétreas. Claro que o caráter vivo da Constituição pode esbarrar nos acordos essenciais e centrais pactuados na Constituição, como aqueles limites trazidos pelas cláusulas pétreas, principalmente quando resultam de conquistas sociais e históricas.

⁸² ROSENFELD, Michel. **Just interpretations**: law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998. p.56-57.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.28.

A vinculação entre a Constituição e a jurisdição constitucional traz a constante vigia e compreensão dos sentidos da Constituição. A Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo, a Constituição representa um conjunto de princípios concretos, entretanto, a abertura é limitada, o que dá sentido e conteúdos essenciais ao ordenamento democrático.⁸⁴

Ao falar em abertura do ordenamento, Hesse reitera que esta é sempre limitada, na medida em que seja suficiente, dando margem de atuação a um processo livre tratando de garanti-lo, o que dá sentido e conteúdo essencial aos ordenamentos democráticos, permite levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais adaptando-se às evoluções históricas, assegurando, portanto, sua existência e eficácia.⁸⁵

A limitação da abertura constitucional traz a necessária compreensão de Constituição como prática social e histórica, além da sua força normativa. Neste sentido, direitos como trunfos podem ajudar a compreensão, se acrescida a noção direitos como conquistas sociais e políticas. Os direitos fundamentais são trunfos políticos dos indivíduos quando, por alguma razão, por um objetivo comum, não representam uma justificativa suficiente para negar aquilo que, como indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.⁸⁶

A tese dos direitos de Dworkin fundamenta-se, principalmente, nos direitos individuais, nos de igual consideração e respeito como trunfos contra a maioria. Assim, ao mencionar metas sociais, objetivos sociais, diretrizes políticas, não devem prevalecer por si, frente a um direito individual, pois os objetivos sociais são legítimos na medida em que respeitam direitos individuais.⁸⁷

Nesta compreensão, os direitos como trunfos, não apenas no sentido de direitos individuais oponíveis ao Estado quando colidentes às metas, mas como

⁸⁴ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes. Inocência Mártires Coelho. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁵ HESSE, op. cit.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Id. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

⁸⁷ Os cidadãos possuem direitos morais contra os poderes do Estado, *government*, além daqueles previstos em leis, Dworkin explora as implicações desta tese para os Governos. Assim, embora o sistema constitucional acrescente questões à proteção dos direitos morais contra o governo, está longe de garantir tais direitos, ou de estabelecer quais são, é inevitável que em alguma instância do governo – poder, tenha a última palavra sobre quais leis serão efetivamente implementadas. (DWORKIN, **Taking Rights Seriously**).

resultado da abertura da Constituição às questões morais, são inerentes ao conceito de Constituição Viva.

No contexto latino-americano, em especial à realidade brasileira, a declaração de direitos individuais pode ser tida como resultado de conquistas sociais e históricas, diga-se, por exemplo, o direito de livre manifestação do pensamento e a vedação de censura. Também são conquistas sociais as políticas de inclusão, como ingresso em cargos públicos através do regime de cotas, ou acesso às universidades públicas, que representam metas sociais declaradas na Constituição Federal e realizadas ou garantidas por atos de governo que, de uma forma ou de outra, acabam por restringir certos direitos individuais específicos.

1.4 CONSTITUCIONALISMO E DIÁLOGO

A Constituição Viva e a Constituição ideal de direitos, e, portanto, a abertura de sentidos da Constituição pressupõe o diálogo nas diferentes instâncias estatais e fora delas. Dentre as novidades do constitucionalismo contemporâneo, apresenta-se a necessidade do diálogo entre as várias dimensões institucionais e fora delas.

Imprime-se nas ações governamentais e nos demais poderes do Estado ideais de diálogo e troca de informações e experiências, o que parece necessário numa comunidade plural. O trânsito de informações entre instituições e poderes revigora as tensões e acordos entre eles e os impulsiona à construção de argumentos com menor probabilidade de serem refutados, pois refletem um trabalho conjunto.

A Constituição Viva adequa-se ao presente, ao passado e ao futuro e compartilha os conceitos de Constituição complexa, de Nino, na visão da Constituição como uma prática histórica, como um espaço para a previsão ideal de direitos e para o estabelecimento do desenho institucional que viabilize estas interseções.

No mesmo sentido, a Constituição Viva, acerca do desenho institucional, requer mecanismos de diálogo a fim de proporcionar novas interpretações em relação às identidades constitucionais e novas identidades. A interpretação impescinde de um espaço de compreensão do outro, e isto é dado através do diálogo entre pessoas, grupos e instituições.

Nino, sob influência da metáfora "romance em cadeia", de Dworkin⁸⁸, na qual a interpretação jurídica corresponderia a um romance escrito por vários autores, cada um responsável por um capítulo da obra comprometendo-se com a elaboração do trabalho como um todo, exemplifica o trabalho conjunto de legisladores, constituinte e juízes, usando, de forma analógica, a construção de uma catedral, realizada por um longo espaço de tempo, inclusive construções que ultrapassam séculos e estilos.

Cita a Sagrada Família em Barcelona, iniciada por Martorell e Villar, em 1881, continuada por Gaudí mais tarde. Alguém que seja encarregado de continuar a Construção da Catedral sabe que a obra será completada por outros, talvez num período mais tarde, um pode iniciar com concepções e estilo gótico e transcendente, próprio de um local de inspiração espiritual, assim, a partir desta concepção, pode-se julgar o trabalho realizado que terá sua continuação posterior. Caso a catedral tenha sido construída sob outro estilo, como cita, o estilo romântico, pode haver reações e julgamentos diferentes acerca da obra, podendo, inclusive, chegar-se à conclusão de que a obra não tem valor estético e sugerir sua destruição. Claro que tal postura seria irresponsável porque, como se sabe, não há como iniciar do nada, *ex nihilo*.⁸⁹

Outra possibilidade, como prossegue Nino, é que aqueles que estão responsáveis pela continuação do trabalho concluam que, apesar dos defeitos existentes, é preferível continuar com o projeto a abandoná-lo, devendo o arquiteto resolver as questões técnicas e estéticas. Imagina o autor que a continuação do trabalho possa enveredar-se por um estilo mais atrativo, necessitando, portanto, alterações estruturais, o que poderia implicar risco à sua própria estrutura. Supõe também que o arquiteto acredite que o estilo gótico seja mais apropriado à catedral do que o romântico. O arquiteto tem que decidir ser sua contribuição ao desenho da catedral, que pode contar com a contribuição de outros artistas, deveria ser gótico, romântico ou um estilo intermediário, ou outro estilo capaz de neutralizar a estética e as deficiências funcionais.⁹⁰

Caso o arquiteto tenha uma imagem ideal do estilo gótico, não poderia traduzir esta imagem à realidade porque sabe que não está construindo toda a

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press of University Press, 1986.

⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.54-55.

⁹⁰ *Ibid.*, p.52.

catedral, mas apenas parte dela. Sabe que desenha uma parte específica conforme sua ideia de catedral. O resultado de combiná-la com o trabalho preexistente poderia ser deficiente, então o desenho final pode ser pior do que tivera sido completado o desenho da catedral em estilo romântico, como foi iniciado.

O arquiteto, sabendo da possibilidade de outro terminar o seu trabalho, terá em conta não apenas o que está construindo, mas também a forma com que será continuada por outros, assim, suas contribuições de estilo não se incorporam só ao passado, mas também ao futuro, para aqueles que continuarão o trabalho da construção da catedral. A necessidade de levar em consideração as futuras contribuições dificulta a decisão do arquiteto, uma vez que as contribuições futuras podem ser influenciadas pelas decisões presentes: *"La analogía de la catedral demuestra que hay una racionalidad específica para acciones emprendidas colectivamente"*.⁹¹

Não se afigura relevante quais são os critérios gerais para definir o desejável num trabalho coletivo, tais critérios estão qualificados quando se aplicam a esforços que contribuem para realizar um trabalho coletivo, mas que não se tem controle sobre o resultado final, alguém que contribua independentemente para um trabalho coletivo não pode adotar a simples estratégia de dar forma à realidade de acordo com um modelo ideal.⁹² Acerca da ideia de trabalho comum, Dworkin refere àquele realizado pelo desenvolvimento de uma narração através de autores separadamente, que cada um contribui para a narrativa.⁹³

Apenas se pode fazer contribuições ao trabalho coletivo cujo resultado não se tem controle, assim a escolha racional pode não ser a que opte pela alternativa mais desejada. No exemplo da catedral, como menciona Nino, em uma catedral com fundações românticas poderia ser preferível continuar sua construção com a mesma técnica e estilo, ou com uma forma intermediária, do que com o estilo gótico, eleito pelo arquiteto.

O tipo de racionalidade limitada por escolhas feitas por outros num trabalho coletivo é o que se chama de "segundo melhor", porque, muitas vezes, traz o

⁹¹ A analogia da catedral demonstra que há uma racionalidade específica para ações realizadas coletivamente. (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.53).

⁹² NINO, op. cit.

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press of University Press, 1986. p.228-231.

abandono progressivo do modelo ideal com o desejo de melhorar a ação coletiva ou o trabalho coletivo em sua totalidade.⁹⁴

Os juízes, os legisladores e os constituintes participam de um trabalho coletivo sem poderem controlar as contribuições passadas, presentes e futuras nesta conjuntura. Este é o significado de uma Constituição histórica no contexto da construção coletiva do direito, vigente diante das práticas sociais que a compõem.⁹⁵ O trabalho conjunto afirma a necessidade do diálogo e compartilha do caráter vivo da Constituição.

O diálogo pode ser travado em sede de deliberação interna, que envolve trocas de razões e argumentos de um grupo, a fim de que tal grupo decida em determinada direção; ou externamente, que consiste no esforço de dialogar com atores externos ao grupo, podendo ter a finalidade de convencimento.

Além dos atores indicados por Nino, os cidadãos, a sociedade civil organizada, os movimentos sociais, os grupos de pessoas têm a função de participar deste trabalho coletivo na atribuição de sentidos aos conteúdos da Constituição histórica como prática social, retomando-se, neste sentido, a Constituição Viva como instrumento de diálogo entre estes atores na realização do trabalho coletivo.

Portanto, o trabalho coletivo não tem domínio do seu resultado final, e precisa de práticas voltadas ao diálogo como elo convergente para sua realização. A prática constitucional e a interpretação da Constituição necessitam do trabalho coletivo, não apenas em relação ao presente, passado e futuro, mas também no que tange às diferentes concepções de vida boa inerentes a uma sociedade plural e a respectiva compreensão de diversas identidades que formam a identidade da Constituição. O diálogo, diante da complexidade e diversidade da vida, passa a ser elemento da interpretação.

O diálogo pode ser travado internamente ou externamente durante o exercício da jurisdição. Citam-se como instrumentos de diálogo, as audiências públicas, a

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

⁹⁵ Seria irracional para um juiz decidir um caso como se estivesse criando todo o ordenamento jurídico com sua decisão ou o ordenamento relativo à questão decidida. O juiz deve considerar as expectativas criadas por decisões dos legisladores no passado para que suas conclusões se harmonizem com as decisões de seus colegas. Esta é uma consideração importante auxiliada pelo seguinte princípio "casos parecidos devem ser decididos de forma similar", o juiz quererá que sua decisão sirva como precedente útil para o futuro. Aqui vemos o significado de uma Constituição histórica no contexto da construção coletiva do direito vigente e das práticas sociais que o compõem. A Constituição original está ou não expressa no texto escrito, é um ato fato histórico que representa a intenção exitosa de encontrar um processo através do qual no identificamos a ordem jurídica de uma sociedade. (Ibid., p.54-55).

atuação do *amicus curiae* em ações de controle de constitucionalidade, os diálogos interinstitucionais, as ações coletivas, a suspensão senatorial da norma declarada inconstitucional no controle difuso, que diferem de instrumentos trazidos pela chamada revisão judicial dialógica da Constituição.⁹⁶

O exercício da interpretação traz desacordos e conflitos interpretativos, inclusive em relação às identidades prevaletentes na Constituição e outras identidades. Em virtude disso, as realidades locais próprias de um país plural podem ser melhor compreendidas, diante de um trabalho conjunto que leva em consideração as questões sociais locais, ou seja, pelo exercício do controle difuso de constitucionalidade que pode travar diálogos internos e externos.

A legitimidade universal e a soma de argumentos em contextos sociais diferentes contribuem à construção da decisão pautada pelo pluralismo, traço fundamental do Constitucionalismo, como referira Rosenfeld. A soma de argumentos é numericamente superior na ligação entre o conteúdo da Constituição e o caso concreto, o que ocorre no controle difuso. Acredita-se que, numa sociedade plural, a análise abstrata da Constituição pode cindir sua interpretação da realidade social plural.

Os atores institucionais devem trabalhar conjuntamente a fim de ampliar o diálogo, evitando a compreensão única acerca do que seja Constituição. O modelo a partir do diálogo convive melhor com a ideia de autogoverno dos povos e com o discurso dos direitos fundamentais, pois traz pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que poderão atuar perante instituições diversamente representativas, promovendo o pluralismo e a democracia, o que reduz a atuação unilateral de quaisquer dos poderes e traz a releitura dos

⁹⁶ Importante lembrar que o constitucionalismo comprometido com práticas de diálogo entre instituições e grupos não se confunde com a revisão judicial dialógica, que, a sua maneira, crê na existência de diálogo. Mark Tushnet chama de revisão judicial dialógica, partindo da Carta de Direitos Canadense, a revisão que surge de duas disposições, uma substantiva outra procedimental. A disposição substantiva é uma cláusula de limitação geral aplicável a todos os direitos constitucionais estando sujeitos a restrições impostas por uma lei justificada em nome de uma sociedade livre e democrática. A disposição procedimental, conhecida como cláusula de "apesar de ou anulação", *notwithstanding clause* ou *overriding clause* que autoriza ao poder legislativo nacional ou da província a tornar a legislação eficaz por um período de cinco anos mesmo que considerada inconsistente para com os direitos inseridos na Constituição. (TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, v.14, dez. 2013. Disponível em: <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>. Acesso em: 20 fev. 2016).

mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal.⁹⁷

Ademais, a concretização da Constituição é um processo interativo no qual cada um dos "poderes" contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica. Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.⁹⁸

O trabalho conjunto no exercício de uma prática constitucional exige diálogo. A análise do diálogo entre instituições, poderes e a sociedade civil pode estar presente no exercício da jurisdição constitucional, seja no controle de constitucionalidade abstrato como no difuso. A análise não é pautada sobre a amplitude do exercício do controle, se forte ou fraco, mas na extensão de seus atores e na necessidade da abertura e criação de novos espaços de diálogo diante da prestação jurisdicional. As práticas de conciliação e as audiências públicas exercidas nos juízos de primeiro grau são bons exemplos de ampliação do espaço de deliberação.

O constitucionalismo latino-americano, diante da abertura aos saberes locais e populares, exige a implementação do diálogo como mecanismo ao exercício plural de identidades. Em relação à fase de implementação do constitucionalismo latino-americano, a maior contribuição à construção da tese refere-se às realidades e identidades locais e plurais que devem contribuir ao discurso, prática e interpretação da Constituição.

Se o constitucionalismo não tem sentido sem o pluralismo, a interpretação da Constituição não tem sentido sem o diálogo. E o diálogo é mais bem compreendido na proporção de sua maior extensão, assim, o controle difuso tem uma importante vantagem em relação ao controle abstrato.

A crítica em relação à segurança jurídica, diante de diversas compreensões do conteúdo da Constituição em realidades sociais diferentes, pode ser superada

⁹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012. p.288-289.

⁹⁸ BRANDÃO, op. cit.

pelo próprio caminho traçado pela Constituição Federal no exercício da jurisdição constitucional. Ou seja, a construção de uma interpretação conectada ao presente, passado e futuro e as identidades constitucionais permitem, através de mecanismos específicos, a ampliação dos efeitos da decisão baseada em argumentos conectados ao caso concreto.

A soma de argumentos pautados na racionalidade, ao mesmo tempo sensível às transformações geradas pelo fato social, pode levar a decisões que, posteriormente, tenham seus efeitos ampliados, abrangendo outras situações, o que pode se fazer presente na suspensão senatorial, na ideia de precedentes à brasileira e, possivelmente, na abstrativização dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade das leis.

A jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade difuso, aparelha o Senado Federal para suspender a eficácia, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Diga-se, trata-se de um artigo expressivo mas pouco utilizado pela prática no controle de constitucionalidade das leis, principalmente em virtude da aproximação do controle difuso do abstrato realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a denominada abstrativização dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade difuso.

O Supremo Tribunal Federal, quando declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, *incidenter tantum*, no sistema de controle de constitucionalidade difuso, seja no exercício de uma competência originária, seja no exercício de uma competência recursal, a decisão acerca da inconstitucionalidade não faz coisa julgada material. A fim de alcançar este efeito, o Supremo Tribunal Federal deve remeter ao Senado o acórdão para que realize o controle político da decisão exarada pela Corte. Caso concorde, editará resolução suspensiva nos termos do art. 52, X da Constituição Federal.

A atribuição do Senado representa um ato discricionário, podendo concordar com a decisão do Supremo e editar a Resolução, suspendendo, em todo território nacional, a lei declarada inconstitucional, ou não emitir a resolução por discordar da decisão proferida. Em emitindo a Resolução suspensiva, a decisão passa a produzir efeitos *erga omnes* a contar da data da publicação da resolução.⁹⁹

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ao invés de atuar em consonância ao art. 52, X da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, no controle difuso da constitucionalidade, tem optado pela ampliação dos efeitos da decisão nesta sede de controle, cita-se, por exemplo, a decisão de Mira Estrela, que será abordada na sequência da pesquisa, ao se analisar o controle de constitucionalidade difuso no Brasil.

O constitucionalismo pressupõe diálogos e cooperações interinstitucionais. Diálogos institucionais são mecanismos que implicam na interação e cooperação de duas ou mais instituições de poderes estatais diferentes para a resolução de controvérsias legais e realização de direitos e garantias fundamentais, sem que haja uma definição prévia da supremacia da atividade decisória de uma instituição em face da outra. Estão em meio do controle judicial de constitucionalidade das leis e da soberania do parlamento os diálogos constitucionais e institucionais, que aparecem como experiências constitucionais alternativas à ideia de supremacia judicial, orientadas pelo diálogo e cooperação.¹⁰⁰

Claro que o diálogo requer a análise do desenho institucional do Estado, o que Nino chamou de Constituição ideal de poder. A Constituição ideal de poder, ou o desenho institucional, deve propiciar o diálogo com a abertura de espaços de deliberação e participação.

Assim, a interpretação do direito realizada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive no controle difuso, deve ser consentânea com as necessidades de uma sociedade democrática, pautada pela igualdade, vida digna e implementação dos direitos sociais, entretanto, compreende-se que não existe receita própria para a implementação democrática. Neste contexto refere Kozicki:

Nessa mesma linha de raciocínio, a análise da aplicação do direito se reveste da mesma dificuldade que caracteriza as sociedades democráticas: é necessário um tipo de interpretação jurídica que, reconhecendo a abertura e contingência dos conteúdos jurídicos, não se revista de um caráter totalizador e definitivo, estando sempre aberta a novas possibilidades significativas. Porém ao mesmo tempo, a interpretação e aplicação do direito pelos tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta a ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficientes para a solução dos conflitos sociais.¹⁰¹

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n.250, p.197-227, 2009.

¹⁰¹ KOZICKI, Katya. **O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução**. Disponível em: <www.oquenosfazpensar.com>. Acesso em: 27 jan. 2012.

Dentre as práticas dialógicas, Gargarella destaca que o direito de consulta, advindo da relação entre direitos indígenas, objetiva que as populações afetadas pelas mais diversas formas de exploração ou desenvolvimento econômico tenham o direito de serem ouvidas através de consultas populares. Ressalva outra prática importante de consulta popular, frequente na América Latina, que envolve problemas públicos relevantes ou grave violação a direitos fundamentais através de convocação de audiências públicas.¹⁰²

Através das audiências públicas, os tribunais têm deixado a tradicional restrição ao poder legislativo, e se comprometem frente às graves violações de direitos. Trata-se de um espaço que alimenta o debate de temas difíceis, de importância transcendente, sem que se aniquile ou interfira no âmbito da decisão democrática do poder político. As audiências públicas como mecanismo de participação popular propiciam a apresentação de argumentos voltados à realidade social, o que, por sua vez, fundamenta sua utilização nos juízos de primeiro grau, principalmente em demandas coletivas ou que versem sobre direitos difusos e individuais homogêneos.

Como Gargarella menciona, a possibilidade de desenvolver práticas dialógicas é atrativa, pois as pessoas com interesses antagônicos tendem a participar do diálogo no intuito de solucionar o conflito. Entende a emergência de práticas favoráveis ao diálogo constitucional, entretanto, compreende que encaradas na tradicional estrutura de poder de freios e contrapesos, as soluções e práticas dialógicas encontram dificuldades para implementar-se, o que leva a instalar uma organização institucional diferente, em que a estrutura institucional se apresente a serviço do intercâmbio de razões.¹⁰³

¹⁰² GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente Al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v.14, p.1-31, Diciembre 2013.

¹⁰³ *"La posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas ha resultado, desde un comienzo, muy atractiva, aún para personas provenientes de posiciones antagónicas, por razones también diversas. En primer lugar, el lenguaje del diálogo conlleva, ya de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos, en momentos marcados por los antagonismos políticos. Por otro lado, la idea del diálogo democrático ha alcanzado un prestigio significativo en las ciencias sociales, muy en particular a partir del impulso que le han dado las 'teorías comunicativas' de finales del siglo 20 (Habermas I 196, Ohman & Rc.hg 1997, Nino 199 I, 1996). Asimismo, y aquí reside uno de los principales atractivos de este tipo de soluciones, la propuesta de que los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos 'conversacionales' ahuyenta los temores y las críticas relacionadas con la 'imposición' de soluciones 'desde arriba', que a veces se ha asociado con la revisión judicial de constitucionalidad (Tushnet 2008, Waldron 200 I). Más precisamente, las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o los riesgos de que al 'imponer la última palabra', se afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional (en donde las mayorías deben mantenerse en el centro de la creación normativa). Las soluciones dialógicas, en tal sentido,*

No que tange às práticas dialógicas, a lei básica é encorajar, fortalecer diálogos entre interpretações opostas, distintas, razoáveis sobre provisões constitucionais, a fim de saber qual é correta, qual corresponde ao conteúdo da Constituição diante da realidade.

Conforme Tushnet, a revisão judicial dialógica pode ser corroborada pela produção de Emendas Constitucionais. Em um primeiro sentido, as Emendas Constitucionais que respondam a interpretações judiciais podem ser tidas como forma de diálogo. Em alguns sistemas constitucionais, o processo de reforma da Constituição pode ser um modo de diálogo.¹⁰⁴ A partir desta análise, vale lembrar que a decisão referente ao número de Vereadores do Município de Mira Estrela influenciou o projeto de Emenda à Constituição que modificou o artigo 29, IV do Texto e trouxe o limite máximo de Vereadores em relação ao número de habitantes do Município.

Ao contrário da Constituição da Venezuela, Equador e Bolívia, que trazem características de jurisdições constitucionais rígidas mas que incluem a participação popular na modificação da Constituição, a jurisdição constitucional brasileira, que também é rígida, não inclui, dentre os legitimados para iniciativa legislativa de projeto de Emenda à Constituição, o maior destinatário das suas normas, o povo.¹⁰⁵

Bonavides refere que a questão da iniciativa constitucional guarda conexão com o problema da imutabilidade da Constituição, ou seja, os sistemas políticos propícios à tese de elaborar um texto que se amolde a realidades novas, imprevistas, dinâmicas e movediças, e, em geral se furtam a estabelecer prescrições muito rígidas para a reforma da Constituição, tratam-se de textos mais abertos, menos restritos, de melhor emprego. As Constituições orientadas por princípios do liberalismo costumam atribuir a iniciativa só ao parlamento, mas o sentido democrático da Constituição traz a adoção

*eluden las críticas a la 'última palabra' judicial; y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente – antes que relegado – en el proceso de toma decisiones". (GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente Al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v.14, p.3, Diciembre 2013).*

¹⁰⁴ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v.14, dez. 2013. Disponível em: <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹⁰⁵ "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros".

de iniciativa concorrente, partilhada entre o Legislativo e o Executivo, e, por vezes, incluindo o povo.¹⁰⁶

O maior acesso à iniciativa é proporcional à maior participação democrática, e por via inversa, quanto mais se restringe a participação popular ou a dificulte a ponto de inviabilizar sua instrumentalização, a democracia perde espaço no jogo constitucional. Certamente, isto ocorre na iniciativa popular de leis ordinárias e complementares.¹⁰⁷ A Constituição Federal, ao tratar da iniciativa geral, a iniciativa exclusiva ou privativa e restrita, esclarece que a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Casa dos Representantes do Povo, Câmara dos Deputados Federais, de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional distribuído, pelo menos, em três Estados, com não menos que três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, conforme o art. 61, parágrafo 2.º da Constituição Federal.

A fim de evitar a multiplicidade de Emendas, de privilegiar o trabalho e o apoio de outros parlamentares, o Parlamentar sozinho não pode apresentar projeto de Emenda à Constituição. Claro que o apoio ao projeto, muitas vezes, é realizado por cortesia, pois o parlamentar que apoia o início do debate, não necessariamente, votará favoravelmente ao mérito do projeto.¹⁰⁸

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰⁷ Passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição, contam-se, com certo esforço, quatro projetos de iniciativa popular. Lei n.º 8.930 de 1994, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, liderada pela Autora Glória Perez, após a morte de sua filha Daniela Perez, em 28/12/1992. Este projeto foi encaminhado pelo Presidente da República, pela Mensagem n.º 571 de 1993. No site da Câmara dos Deputados Federais o projeto consta como de iniciativa do Poder Executivo e Popular, na no Senado aparece como iniciativa do Presidente da República. Lei n.º 9.840 de 1999 que modificou a Lei das Eleições, Lei n.º 9.504 de 1997 e o Código Eleitoral, Lei n.º 4.737 de 1965, que pretendeu coibir com mais eficiência a compra e venda de votos, através, da Justiça Eleitoral, ampliando os casos de cassação do registro ou diploma. Lei n.º 11.124,2005, que dispõe sobre o sistema Nacional de Interesse Social e cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, conhecido como Fundo Nacional para a Moradia Popular. O projeto foi apresentado em 1992 e tramitou por treze anos. Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar n.º 135 de 2010, que alterou a Lei Complementar n.º 64 de 1990, estabelecendo casos de inelegibilidade e requisitos para participação em processo eleitorais. Salienta-se que o projeto originariamente foi apresentado pelo Poder Executivo, e depois foi apresentado o Projeto de Lei de Lei Complementar n.º 518/2009, da Câmara dos Deputados, encaminhado por vários Deputados Federais e apoiado por um milhão e setecentas mil assinaturas, com o objetivo de tramitar como projeto de iniciativa popular. (Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade>> e <<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹⁰⁸ "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros".

Se o compromisso democrático é compartilhado pelo constitucionalismo latino-americano, a iniciativa popular de Emendas à Constituição representa um instrumento de diálogo e de ação, de abertura de sentidos da Constituição, o que é pregado pela compreensão da Constituição Viva.

Ao contrário das leis ordinárias e complementares, o cidadão brasileiro não tem direito a iniciar o procedimento legislativo de Emendas à Constituição, e, mesmo que formalmente possa deflagrar o processo de criação de leis ordinárias e complementares, os requisitos para este exercício quase inviabilizam a iniciativa. A iniciativa legislativa das Emendas à Constituição é concorrente aos órgãos e autoridades elencadas no art. 60, I, II, III da Constituição Federal e, ao mesmo tempo, privativa dos legitimados.

A compreensão do diálogo constitucional pode ser desenvolvida a partir de uma noção de democracia deliberativa, sendo que o processo de tomada de decisão assenta-se num diálogo inclusivo, os sistemas institucionais deste modelo de democracia retomam a noção de que as decisões justificadas são aquelas que resultam de um processo de discussão em que intervenham os afetados em posição de igualdade, partindo de uma compreensão Habermasiana, sendo que, na busca do melhor argumento, não há um fim natural no encadeamento dos argumentos substanciais possíveis, não se pode excluir a possibilidade de novas informações e, portanto, de melhores argumentos.¹⁰⁹

O processo de diálogo requer compreensão e respeito ao outro, considerando os argumentos postos no debate a ponto de que prevaleçam os melhores argumentos, lembrando que esta dinâmica não pode redundar em qualquer espécie de submissão ou temor, mas deve ser orientada à prevalência do melhor argumento.

A partir da compreensão de democracia deliberativa, Gargarella acredita que, independente dos arranjos institucionais do Estado, a democracia deliberativa requer uma lógica diferente da apresentada pelo sistema de freios e contrapesos:

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1. p.282.

*Mientras que el tradicional sistema de checks and balances, según veremos, se orienta a evitar y canalizar la guerra social; un sistema dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida y entre iguales.*¹¹⁰

Para além da clássica forma de divisão de poderes e funções, o constitucionalismo dialógico não compartilha de um controle de constitucionalidade forte, ao contrário, requer um sistema fraco de controle, e não interage com um sistema de governo hiperpresidencialista ou com Congressos desvinculados da sociedade.

A democratização, na tomada de decisões, requer práticas dialógicas como as referidas, diálogos entre Poderes e instituições, audiências públicas, a figura do *amicus curie*,¹¹¹ e a participação popular na reforma da Constituição, lembrando que este último instrumento não é admitido pela jurisdição constitucional brasileira.

O Constitucionalismo pautado no diálogo, a compreensão da Constituição ideal de direitos e da Constituição histórica, e a sua relação com o conceito de Constituição como prática social fazem, no constitucionalismo latino-americano, a troca entre a normatividade da Constituição e a democracia constitucional. Entretanto, este caminho necessita ainda da compreensão do conteúdo da democracia deliberativa, necessária em países de modernidade, e democracia tardia, requerendo, assim, análise da obra de Carlos Santiago Nino.

¹¹⁰ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente Al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v.14, p.6, Diciembre 2013. Tradução livre: "Enquanto o sistema tradicional de freios e contrapesos, como veremos, orienta-se a evitar e a canalizar a guerra social; um sistema dialógico requer direcionar-se para outros fins, de modo a organizar e facilitar uma longa conversa entre iguais".

¹¹¹ A Lei n.º 9.868, de 10 de outubro de 1999, traz a figura do *amicus curiae* do direito norte-americano, inserindo a possibilidade de determinado órgão ou entidade se manifestar no que tange a matéria levada à julgamento, em havendo relevância a discussão e representatividade do postulante. O deferimento do pedido é ato discricionário do Relator do processo da ação direta de inconstitucionalidade, conforme artigo 7.º, § 2.º da Lei.

2 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NA OBRA DE CARLOS SANTIAGO NINO

Carlos Santiago Nino foi catedrático na Universidade de Buenos Aires e professor na Escola de Direito de Yale, além de ter trabalhado em outras Universidades nos Estados Unidos da América e na Europa. Ainda, participou ativamente no processo de democratização da Argentina após anos de ditadura militar.

No livro "La constitución de la democracia deliberativa", o questionamento central de Nino reside na justificativa da democracia sendo que, para responder à indagação, desenvolve sua teoria centrada na democracia deliberativa, ou seja, baseada na democracia como um diálogo moral capaz de gerar perspectivas imparciais para abranger, sem reservas, os interesses de todos os cidadãos.

A crítica ao sistema presidencialista e, portanto, à centralização do poder nas mãos de um órgão, é presente na obra do autor que advoga a maior participação do cidadão na vida política do país conjugando-a com a democracia deliberativa. Desenvolve a compreensão de uma Constituição complexa que combine Constituição histórica, Constituição ideal de poder e Constituição ideal de direitos, sendo que tais componentes podem se reforçar sem entrar em conflito diante do caráter complexo da democracia constitucional.

Assim, a democracia constitucional é estudada também em virtude de seu caráter multifacetado e complexo diante do contexto latino-americano e da superação de regimes ditatoriais que permearam a América Latina nas décadas de 60, 70 e meados de 80.

Tendo em vista o necessário recorte teórico, a exposição e análise da obra do Autor partirá do caráter complexo da democracia constitucional. Como ligação entre tais institutos abordar-se-á o valor epistêmico da democracia deliberativa, o interesse dos outros, o controle de constitucionalidade, o desenho institucional do Estado e a soberania à luz da teoria de Nino.

No estudo, optou-se pela prevalência da apresentação descritiva das ideias centrais do Autor na construção da democracia deliberativa, com alguns diálogos travados com autores que ora fundamentam sua teoria, ora a criticam. Dos pontos centrais da obra de Nino parte-se do caráter complexo da democracia constitucional, do valor epistêmico da democracia deliberativa para chegar-se à análise do conhecimento dos interesses dos outros, da ideia de soberania dispersa, e do controle de constitucionalidade das leis.

2.1 O CARÁTER COMPLEXO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

O elo entre democracia e constitucionalismo forma um sistema de governo conhecido como democracia constitucional, ou democracia liberal, sendo que, durante a segunda metade do século, 1970, muitos países do sul da Europa abandonaram antigas ditaduras e adotaram democracias liberais. No início dos anos 1980, a maioria dos países da América Latina instituiu democracias constitucionais como repúdio e resposta à tradição de governos ditatoriais e, na década de 90, outra rodada do constitucionalismo se estendeu ao Leste Europeu com o fim do império comunista.¹¹²

A ligação entre constitucionalismo e democracia pode ser compreendida distante de uma proporção inversa, de que o fortalecimento de um traria o enfraquecimento do outro. Não precisa necessariamente se tratar de conceitos antagônicos, ao contrário, a expansão da democracia pode conduzir à afirmação do constitucionalismo, e vice-versa.

Nino sugere que o fortalecimento do ideal constitucional é um meio para o processo democrático, sendo que quase nenhum autor nega que a democracia é o único sistema legítimo para governar uma sociedade, mas há pouco acordo acerca de qual a origem dessa legitimidade. Neste sentido, questiona se o valor da democracia é instrumental e intrínseco ou substantivo, e se reside na característica negativa de evitar a tirania e o monopólio do poder ou associa-se a promover a autorrealização pessoal. Analisa se a democracia é um processo independente da moral ou se é um modo de eleger valores morais e solucionar conflitos morais, sendo sujeitos da democracia os grupos e as corporações. Diante dessas inquietudes e estudos, surgem tipos diferentes de democracias, dependendo das respostas encontradas.

A relação democracia e constitucionalismo depende, principalmente, do que se entende e como se interpreta o constitucionalismo.¹¹³ Há certo consenso de que o constitucionalismo significa "governo limitado", entretanto, o termo Constituição pode ter vários significados, conforme sua densidade conceitual. De acordo com a concepção menos robusta, talvez se associe à ideia de "*rule of law*", implicando a

¹¹² NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹¹³ O autor cita a Inglaterra, pioneira no constitucionalismo, mas não conta com uma Constituição escrita, e muitos sustentam que não há procedimento de controle de constitucionalidade. Ademais, apesar dos Estados Unidos da América ter sido o pioneiro a introduzir a Constituição escrita, a estrutura constitucional deste país não foi imitada por outros estados considerados exemplos paradigmáticos do constitucionalismo, muitos desses países são monarquias, e têm formas parlamentares ou semiparlamentarista de governo, ao invés de presidencialista. (Ibid., p.15).

preservação de algumas regras jurídicas fundamentais que limitam a ação de um órgão de governo, democrático ou não; associando-se a um conceito mais robusto, seria o modo em que o governo é limitado por normas jurídicas, através de uma Constituição, não necessariamente escrita, mas que, independente do conteúdo, estaria protegida de processos de alteração, exigindo, para sua modificação, um procedimento legislativo mais complexo do que o necessário para alterar as leis ordinárias.¹¹⁴

Um conceito mais robusto de constitucionalismo traz restrições formais impostas pela Constituição às normas sujeitas à sua supremacia, de forma geral, não retroativas, e que se aplique imparcialmente, sem distinção, exceto se a lei trazer as distinções. A maior robustez ao conceito se agrega à separação de poderes, com ênfase na independência do Poder Judiciário dos órgãos legislativos. Outra dimensão do constitucionalismo verifica-se quando a Constituição reconhece direitos fundamentais que não podem ser "cortados" por nenhum órgão do Estado.¹¹⁵

Ao se agregar o controle de constitucionalidade ao constitucionalismo, tem-se compreensão mais forte de constitucionalismo, sendo que justiça imparcial se converte em única instituição capaz de proteger os direitos, já que tem o poder de anular a legislação que os ameace.

Após analisar a compreensão menos forte, verifica-se que na mais forte, a "robustez" do conceito de constitucionalismo depende do modelo particular de democracia exercido e de instituições específicas como: a representação democrática direta, a necessidade de contar com um legislativo coletivo eleito popularmente e com um órgão unipessoal, eleito popularmente, que tenha funções legislativas e executivas.¹¹⁶

O relevante, superando as compreensões apresentadas, é que a Constituição com qualquer tipo de texto prevalecia, ou melhor, mantinha-se, tanto em períodos democráticos como em períodos de governos militares, como no caso latino-americano. Entretanto, há regras que definem a relação de poder entre o Estado e o cidadão.

Por exemplo, no caso brasileiro, durante a ditadura militar, ou seja, após o golpe militar de 1964, com a destituição de João Belchior Marques Goulart, Jango, sob o argumento de estar a serviço do comunismo internacional, houve sucessivos

¹¹⁴ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.15.

¹¹⁵ NINO, op. cit.

¹¹⁶ Ibid., p.17.

governos militares, com a restrição de direitos fundamentais e institucionalização da violência e tortura, apesar da previsão de direitos na Constituição de 1946.

A partir dessa ruptura, em 1967, foi outorgada uma nova Constituição que aglutinava poderes nas mãos do executivo federal e esvaziava a autonomia dos estados e municípios. Em 1969, foi elaborada uma emenda constitucional, EC n.º 1/1969, que trazia a constitucionalização de atos institucionais utilizados desde 1966, e representava manifestação do poder constituinte originário. A Constituição de 1967 inaugurava seu texto enunciando que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, como se houvesse algum espaço à democracia ou à representação.

Nesse cenário, a Constituição trazia a garantia da segurança jurídica, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direitos, entre outras garantias.

Mesmo antes do Ato institucional n.º 5, que retirou da análise do Poder Judiciário os atos baseados na lei de segurança nacional, os direitos e garantias enunciados na Constituição não passavam de mera retórica, ainda assim, a Constituição permanecia, o texto permanecia.

Diante da evolução do constitucionalismo no mundo, Nino refere a facilidade de verificação dos diferentes graus da democracia liberal na versão mais robusta do constitucionalismo, sendo que, na experiência norte-americana, a característica do governo limitado tem sido enfatizada, o que se produz parcialmente através da divisão dos poderes,¹¹⁷ e que evita, segundo Ackerman, o fato de algum dos órgãos do poder político reclamarem a representação do povo em sua totalidade.¹¹⁸

Os países da América Latina adotam sistema de governo presidencialista com forte controle judicial da constitucionalidade das leis com caráter federal importante, entretanto, os países têm seguido a tradição europeia em muitas outras áreas, como, por exemplo, na concepção de Estado e de Administração Pública, no papel dos partidos no sistema eleitoral, na estrutura geral do sistema jurídico, nas normas cíveis e penais, como o conteúdo e os procedimentos da estrutura da justiça.

A adoção, desconfortável na América Latina, dos componentes do constitucionalismo liberal democrático se reflete no fato de que ambos, a participação popular e o governo limitado, só têm sido internalizados parcialmente na cultura

¹¹⁷ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

política da população. Com investigação empírica, o autor acredita que a adesão à democracia é mais forte na sua dimensão participativa do que na dimensão liberal de tolerância e respeito aos direitos e, a partir disto, desenvolve o conceito normativo de democracia.¹¹⁹

Os constitucionalistas e os atores políticos preocupam-se com a consolidação de regimes democráticos e consideram as concepções de democracia apenas a partir da perspectiva da legitimidade subjetiva e da estabilidade e funcionalidade do sistema político. A legitimidade subjetiva consiste na crença da população na justificação moral do governo e de suas políticas, a democracia é tida como instrumento para alcançar a estabilidade.

O objetivo relevante de Nino é que, através do enfoque da legitimidade puramente subjetiva, omite-se a dimensão essencial do desenho institucional, assim, o problema não reside na legitimidade subjetiva, mas na legitimidade objetiva, salientando que sua preocupação não é a crença que a comunidade tem acerca do que justifica moralmente o regime político, mas se o que realmente faz é moralmente justificado.¹²⁰

Os atores políticos e os cientistas sociais são partidários da democracia, assumem tratar-se do melhor sistema político, entretanto, não consideram que aquilo que a converte em melhor sistema político é também relevante para determinar os meios de sua preservação. Assumem uma perspectiva hiper-realista caracterizada por um processo orientado por resultados, concluindo que aqueles que entendem que a democracia é o melhor sistema de governo em termos morais atribuem, dentre suas características, mecanismos regulares pelos quais a cidadania pode produzir uma transformação no governo, divisão dos poderes e respeito a direitos básicos. Nino alicerça a crítica no conceito de democracia de Giovanni Sartori, para quem a democracia é conceito normativo e não pode ser identificado com profundidade sem articular um modo completo de concepção valorativa que justifica suas diferentes instituições, "o que a democracia é não pode estar separado do que a democracia deve ser".¹²¹

¹¹⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹²⁰ Como refere o autor aqueles que se encontram envolvidos em uma transição democrática e propõe ou instauram reformas institucionais, tratam de consolidar e estabilizar as estruturas democráticas ao mesmo tempo que intentam evitar as ameaças de regresso a alternativas autoritárias. (Ibid., p.21).

¹²¹ Ibid., p.22.

Sartori estuda as noções de autoritarismo, absolutismo, totalitarismo, ditadura e autocracia para compreender a democracia, que é o oposto do conceito de autocracia. A Autocracia é o poder obtido por autoprocamação, pois alguém assume o poder em nome próprio, sendo que o poder passa a lhe pertencer e, na democracia, o poder pode ser outorgado por terceiros, sendo revogável. A definição de Sartori traz uma versão normativa e empírica do termo democracia, transitando nestas duas percepções.¹²²

Conforme Sartori, a transmissão e o exercício do poder são regulados por instrumentos constitucionais e implementados por estruturas e instituições jurídicas, tais como: investidura no cargo, limitações, substituição e prevenção de abuso de autoridade. Através das regras ocorrem as escolhas periódicas de representantes políticos por meio do processo eleitoral, com base na regra da maioria.

A ideia de povo é trazida como regra de contagem; mais especificamente, é entendida como o princípio da maioria limitada, isto é, nenhum direito de maiorias pode ser ilimitado, mas sim restringido pelos direitos das minorias. A compreensão de povo abrange a maioria e a minoria por um processo de tomada de decisão, entretanto, o povo compõe-se da maioria mais a minoria. Assim, o princípio de todo o poder não é atribuído às maiorias ou às minorias, ainda que o princípio da maioria seja o melhor método para a democracia nas eleições periódicas.¹²³

Das várias indagações realizadas por Nino, três são referenciais para a construção de sua teoria normativa da democracia: indaga se a democracia é um fenômeno de representação ou é, ao contrário, uma instituição auxiliar com grandes dificuldades de democracia direta em uma sociedade de grandes dimensões; se a separação dos poderes executivo e legislativo lhe é inerente; se a democracia no reconhecimento do *bill of rights* (declaração de direitos), é limite às decisões majoritárias postas em vigor por meio das instituições independentes como a Corte Suprema; ou se a democracia é compatível com a completa soberania do parlamento.

Não se tem como identificar instituições democráticas e implementar um método de estabilização sem se referir à teoria moral que as justifica, isto quer dizer:

¹²² SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. v.1.

¹²³ SARTORI, op. cit.

*"la realidad no nos dice cuáles instituciones son esenciales y cuáles son contingentes em relación a un concepto normativo como el de democracia".*¹²⁴

Nino remete à obra de Dworkin, *Law's Empire* para justificar que, semelhante ao argumento dele, caracterizar uma prática necessariamente implica uma atividade interpretativa respectiva, o conceito de democracia representa uma prática social que consiste numa conduta regular e em práticas previsíveis, sendo que tais práticas criam instituições orientadas a determinado fim e valor.¹²⁵ Dessa forma, a prática pode se fazer compatível com certos fins e valores, devendo ser eleitos aqueles que estejam melhor justificados, e não aqueles que sejam frutos da imaginação.

Para Dworkin, a noção de direito como integridade rejeita que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, portanto, voltadas ao passado, mas nega também que sejam programas instrumentais voltados ao futuro como resultado do pragmatismo jurídico. As afirmações jurídicas são opiniões advindas da interpretação que, em virtude desta atividade interpretativa, voltam-se tanto ao passado como ao futuro, pois interpretam a prática jurídica contemporânea como um processo em desenvolvimento.¹²⁶

A fim de desenvolver uma democracia normativa, Nino demonstra que algumas das características da democracia são contingentes, mas outras são centrais ao seu desenvolvimento e expansão, e, como as práticas sociais, a democracia também é imperfeita, não se podendo decidir qual desenho institucional é melhor para assegurar a legitimidade subjetiva e a estabilidade das instituições democráticas sem articular uma teoria completamente desenvolvida que explique os elementos essenciais que dão valor à democracia.

Na análise da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, o autor argumenta que o constitucionalismo combina dois elementos, os direitos e a democracia, o que, por si só, cria problemas, pois não é fácil identificar concepções normativas consentâneas aos dois ideais. A tarefa de combinar os dois ideais, democracia e direito, não é suficiente para explicar a noção de constitucionalismo, uma vez que o

¹²⁴ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.23. Tradução livre: "A realidade não diz quais instituições são essenciais e quais são contingentes em relação a um conceito normativo de democracia".

¹²⁵ *"No podemos participar conscientemente de una práctica, ni la podemos entender como observadores inteligentes, si no adoptamos una actitud interpretativa, que vea la conducta y la actitud a la luz de ciertos fines e valores"*. (Ibid., p.23-24).

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press of University Press, 1986. p.66-67.

constitucionalismo deve incluir o ideal de respeitar a Constituição histórica e o sistema de direitos que deriva dela.¹²⁷

A Constituição histórica reconhece direitos considerados moralmente aceitos, logo, sua observância coincide com o respeito a estes direitos, o único enfoque possível para uma análise profunda do constitucionalismo é através dos elementos do constitucionalismo portadores dos valores associados a uma nação, conforme Nino. Tais elementos consistem na Constituição histórica e nos processos democráticos e participativos dos direitos individuais. Assim, a teoria do autor assenta-se em duas dialéticas da democracia que derivam do fato de que se encontram dentro de uma Constituição complexa, há dialética entre o aspecto ideal da Constituição, que demonstra a dimensão constitucional da democracia e dos direitos, e a Constituição real, que reflete a dimensão histórica do constitucionalismo.

Para Nino, ao proceder à análise entre a Constituição real e ideal, as demandas substantivas, válidas *a priori*, podem entrar em conflito com os resultados que emergem de procedimentos democráticos legítimos, assim, os direitos reconhecidos como pertencentes à dimensão liberal podem entrar em conflito com os resultados dos procedimentos democráticos que constituem a dimensão participativa do constitucionalismo. Ao desenvolver sua teoria sobre democracia deliberativa, combina as dimensões do constitucionalismo vinculado a direitos e a Constituição histórica.¹²⁸

A relação entre as dimensões do constitucionalismo: democracia, direitos, e Constituição histórica são desenvolvidas por Nino, principalmente, no papel que cada uma desempenha no raciocínio prático e, por consequência, na justificação de ações e decisões.

O marco do raciocínio prático é a experiência social, a transformação das decisões diante da realidade vivida. Nino estuda a importância do que denomina como Constituição histórica para o raciocínio prático dos juízes e advogados, sendo que a Constituição histórica exerce papel importante no processo democrático.

¹²⁷ "Por ejemplo, muchos observadores contemporáneos están preocupados por ciertas medidas tomadas por el gobierno que parecen violar el texto constitucional, incluyendo los indultos a personas aún no condenadas por violaciones a derechos humanos y el dictado de medidas por decreto, que deberían ser sancionadas por el Congreso. Pero estas acciones no son atentados directos y obvios contra los ideales de participación y libertad del constitucionalismo; aquellos que los objetan parecen estar formulando un argumento acerca de la constitución histórica". (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.25).

¹²⁸ NINO, op. cit.

Como referido no capítulo anterior, o constitucionalismo exige obediência à Constituição histórica que representa o documento criado na constituinte e interpretado através da história do país, o que permanece até o momento em que a Constituição histórica impeça o desenvolvimento do processo democrático e impulsiona outro momento constitucional.

Nino ressalta que a Constituição histórica sofre uma indeterminação radical para sua interpretação, e é aparentemente supérflua para a justificação de ações ou decisões acerca de temas supostamente regulados, portanto, elabora uma teoria acerca da Constituição histórica e sobre sua indeterminação.

No que tange à indeterminação radical da Constituição, o texto não pode ser impregnado de raciocínio prático, mas deve ser convertido em proposições que possam servir como premissas para o raciocínio de justificação. Tendo em vista que o processo de transformação do texto em proposições é complexo, Nino elabora etapas para o exercício dessa análise e para a atribuição de sentidos às proposições.¹²⁹

Em primeiro lugar, deve-se atribuir sentido aos atos linguísticos; em segundo, deve-se aplicar a abordagem geral para um texto específico em questão; terceiro, devem-se superar as indeterminações que ainda existam; quatro, deve-se inferir as consequências lógicas do material interpretado e, finalmente, deve-se aplicar a proposição normativa aos fatos específicos, objeto da disputa em questão.¹³⁰

A função de dar sentido a atos linguísticos, a textos e a práticas conta, geralmente, com dois critérios concorrentes: o subjetivista, que toma em conta a intenção do agente do ato linguístico, do autor do texto ou dos participantes da prática; e o objetivista, que toma em consideração o uso comum e regular das expressões empregadas nos textos, determinado por certas convenções, porém independente das intenções.

Para os defensores da intenção, o significado da linguagem depende da vontade da pessoa que o emprega. As convenções estabelecem que o uso de determinadas palavras pronunciadas de certo modo, podem implicar a intenção de transmitir uma crença ou de afirmar que a formulação de uma proposição é uma razão para aceitá-la.

¹²⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹³⁰ NINO, op. cit.

Como sustenta Ross, ao fim e ao cabo, a diferença entre uma interpretação subjetiva e uma objetiva não é mais que a concessão de maior relevância às circunstâncias do contexto na qual a norma foi ditada que aquelas do contexto na qual esta é aplicada.^{131,132}

Após a decisão acerca do critério genérico para atribuir significado ao texto constitucional referente à dimensão objetiva e subjetiva, o critério eleito deve ser aplicado em materiais específicos, trata-se de uma etapa empírica, uma vez que se decidiram as matérias relevantes interpretadas de acordo com a intenção de seus autores ou de acordo com o uso comum da linguagem empregada, ou, ainda, de acordo com alguma alternativa intermediária, a pessoas que aplicam a norma a um caso concreto devem descobrir a verdadeira intenção do autor, ou a convenção linguística pertinente à comunidade.¹³³

Dentre as vagezas próprias de certos termos, Nino traz a vagueza resultado da textura aberta da linguagem que afeta os atos e expressões da linguagem natural, reproduzindo o exemplo de Hart acerca da vedação de circulação de veículos inscrita na portaria de um parque e os efeitos da proibição em relação a um triciclo de uma criança, para constatar que as Constituições trazem casos de vagezas, em graus diferentes, ou de ambiguidades.

O terceiro passo descrito, a superação das indeterminações semânticas ou sintáticas, não pode ser solucionado através do recurso à intenção do autor do texto ou do uso corrente da linguagem. Nino demonstra que as indeterminações surgem quando se utiliza um critério mais subjetivo ou objetivo para descrever um significado geral ao texto sem oferecer uma base para a eleição entre construções concorrentes.

¹³¹ As convenções sociolinguísticas fazem associações entre palavras e intenções, entretanto, não permitem atribuir às palavras significados diferentes daquele da convenção, embora as intenções com as quais se usem a linguagem geralmente acatem as convenções linguísticas da comunidade, às vezes cometemos erros a respeito delas e empregamos de forma inapropriada as palavras, pois as intenções do emissor podem ser muito mais profundas que o significado atribuído ao texto pelas convenções linguísticas, isto ocorre, p.ex., na ambiguidade semântica ou sintática. Ex: o banco está vazio.

¹³² Esta disputa se manifesta na divisão entre originalistas, que pretendem considerar as crenças e as atitudes dos pais fundadores; e os construtivistas, que favorecem uma interpretação progressiva que considera o significado objetivo dos termos empregados na Constituição no momento de sua aplicação. (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997).

¹³³ NINO, op. cit.

A solução desses casos de indeterminações, no processo de transformação do texto em proposições por razões práticas, requer o recurso às considerações valorativas.¹³⁴

A quarta etapa são as inferências, as conclusões lógicas advindas dos materiais interpretados, deve-se recorrer às regras de inferência tais como: "*modus ponens* o *modus tollens*", da afirmação do conseqüente e a da negação do antecedente. Em vários casos, tais operações lógicas são simples, porém em outros, não, o que requer o uso do simbolismo formal adequado.^{135,136}

Há Constituições que podem deixar espaços abertos e conduzir a conclusões lógicas contraditórias, como quando a solução normativa que uma norma apresenta é incompatível com a da outra. Nino reitera que a tarefa de solucionar questões de ordem lógica implica a utilização de juízos valorativos.

¹³⁴ "Por ejemplo, en la cultura jurídica continental, un tipo especial de teoría acerca del derecho positivo, llamada 'dogmática jurídica', ha surgido desde la mitad del siglo pasado y busca usar mecanismos de construcción jurídica que se suponen solucionan indeterminaciones en un modo puramente científico y neutral respecto de valores. He tratado de mostrar en varios otros trabajos que esta presentación de la dogmática jurídica como tal constituye un mito y, de hecho, emplea principios valorativos". (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.38).

¹³⁵ NINO, op. cit.

¹³⁶ Para compreender o modo ponens é preciso entender a sentença condicional. Na sentença condicional apresenta-se uma condição do tipo: Se P, então Q. Na lógica formal, ela é escrita da seguinte forma: $P \rightarrow Q$. A proposição P é chamada de antecedente do condicional, enquanto Q é o conseqüente. O modo ponens é uma forma válida de argumento, sendo que, a primeira premissa de um argumento modus ponens é um condicional. Há uma afirmação do antecedente na segunda premissa, ou seja, afirma-se que o antecedente é verdadeiro. Disso, conclui-se que o conseqüente também é verdadeiro. Ex. P1 Se alguém desligar este interruptor, a lâmpada se apaga. P2 Eu desliguei este interruptor. É A lâmpada se apagou. E aqui está a forma geral dos argumentos modus ponens: P1 Se P, então Q. P2 P.É Q. P e Q representam proposições inteiras. Como exemplo de argumento no modus tollens: P1 Se alguém desligar este interruptor, a lâmpada se apaga. P2 A lâmpada não se apagou. É Eu não desliguei este interruptor. E aqui está a forma geral dos argumentos modus tollens: P1 Se P, então Q. P2 Não Q. É Não P. Ou, na lógica simbólica: P1 $P \rightarrow Q$ P2 Q É P. No argumento por modus tollens, há uma negação do conseqüente na segunda premissa, ou seja, afirma-se que o conseqüente é falso. Disso, conclui-se que o antecedente também é falso. A falácia de afirmação do conseqüente é uma forma inválida de argumentação que é enganosamente semelhante ao modus ponens. Eis um exemplo de falácia da afirmação do conseqüente: P1 Se alguém desligar este interruptor, a lâmpada se apaga. P2 A lâmpada se apagou. É Eu desliguei este interruptor. Esse argumento é inválido porque desconsidera o fato de que a luz pode ter se apagado por alguma razão diferente (a lâmpada pode, por exemplo, ter queimado). De qualquer modo, a forma geral da falácia da afirmação do conseqüente é a seguinte: P1 Se P, então Q. P2 Q. É P. Note que esse argumento é praticamente igual ao modus ponens; a única diferença é que a segunda premissa e a conclusão estão em posições trocadas. Entretanto, essa diferença é suficiente para tornar este argumento inválido. De qualquer modo, a forma geral da falácia da negação do antecedente é a seguinte: P1 Se P, então Q. P2 Não P.É Não Q. Por sua vez, esse argumento é praticamente igual ao modus tollens; a única diferença é, novamente, que a segunda premissa e a conclusão estão em posições trocadas. A verdade dos argumentos deve ser analisada com base na Tabela de verdade e demonstrações. (BRZOZOWSKI, Jerzy A. **Modus ponens, modus tollens, e respectivas falácias formais**. Disponível em: <<http://jeiks.net/wp-content/uploads/2012/10/falacias-form.pdf>>. Acesso em: 1.º set. 2015).

A última etapa é a submissão individual ao âmbito da norma, que se limita à tarefa de aplicação de uma norma ao caso específico, requerendo uma nova derivação das consequências lógicas aplicáveis ao caso individual, por outro lado, requer operações empíricas que são necessárias para determinar as propriedades fácticas do caso, um processo em que as considerações normativas intervêm mais uma vez. Não há procedimentos neutros que possam ajudar a produzir essa transformação, o processo de interpretação recorre a juízos morais que devem ser aceitos como resultados de seus próprios méritos.¹³⁷

A ligação entre democracia e constitucionalismo, na obra de Nino, revisita compreensões do constitucionalismo a partir da Constituição como prática social. As Constituições, ao deixarem espaços abertos, podem, efetivamente, gerar contradições, entretanto, esta é a forma de conectá-las à realidade, ou melhor, Constituição é a realidade vivida, portanto, deve a Constituição ser analisada diante da prática social.

A Constituição como prática social ou convenção pode superar o paradoxo da indeterminação radical do texto, como também da superficialidade da Constituição por razões práticas, sendo que os casos de indeterminações, no processo de transformação do texto em proposições por razões práticas, incluem o recurso a considerações valorativas. Neste sentido, a díade democracia e constitucionalismo, após a compreensão do constitucionalismo, conta com a abordagem da democracia deliberativa.

2.2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA: SEU VALOR EPISTÊMICO

Após analisar diferentes compreensões de democracia, a teoria defendida por Nino retrata uma concepção dialógica, apresenta um elo entre a moral e a política ao contrário daquelas compreensões que atraem a respectiva separação.¹³⁸ Assim, o valor da democracia reside em sua natureza epistêmica a respeito da moralidade social, sustenta que, feitos certos reparos, poder-se-ia dizer que a democracia é o procedimento mais confiável para poder alcançar (*acceder*) o conhecimento dos princípios morais, entretanto, Nino ressalta que isto não resulta numa percepção perfeccionista: *"pues presupone una diferenciación entre los*

¹³⁷ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹³⁸ Id. **The Ethics of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

estándares morales, limitando el valor epistémico de la democracia a aquellos que son de naturaleza intersubjetiva".¹³⁹

Nino, ao remeter ao caráter epistemológico da democracia, estabelece a construção do conhecimento do que seja democracia, da análise de sua origem, estrutura, método e validade. Ou seja, constrói da teoria democracia, mas como instrumento para validar o conhecimento, sem a pretensão de obter verdade, sim reflexão.

Nessa construção, Nino não descarta a reflexão individual e a busca da verdade moral da melhor decisão, de forma particular, mas também confere maior grau de legitimidade à decisão coletiva, deliberada e assistida por todos.

Como lembra Godoy, Nino não pretende que a teoria da democracia deliberativa tenha aplicação em toda a dimensão moral, ao contrário, o valor epistêmico da democracia deliberativa tem limites no princípio da autonomia do sujeito. Não se devem admitir, ainda que por meio de um debate público, interferências sobre a vida e a escolha privada do cidadão, como, por exemplo em relação à intimidade do sujeito, sua escolha religiosa, opção sexual, dieta alimentar etc., tais questões não submeter-se-iam ao debate e à decisão pública.¹⁴⁰

A fim de estudar os motivos pelos quais se desenvolve a teoria de Nino, torna-se relevante referenciar as teorias de base que sustentam sua construção. A análise do Autor parte do construtivismo epistemológico entre Rawls e Habermas a fim de explicar a teoria deliberativa da democracia.

Demonstra que, em John Rawls, há uma controvérsia acerca da posição metaética dos dois princípios da justiça. Um intensifica a prioridade da liberdade, e o outro princípio refere-se às desigualdades sociais e econômicas dos menos favorecidos da sociedade, sendo que Rawls utiliza vários argumentos, exceto o teológico, para a

¹³⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.154.

¹⁴⁰ 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. **Co-herencia**, v.8, n.14, Jan./June 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-58872011000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 out. 2015.

justificação intersubjetiva aos juízos morais: o consentimento, o interesse pessoal, as instituições e a estrutura da razão moral.¹⁴¹

Ressalta-se, na teoria da justiça como equidade, que a posição da igualdade original insere-se na teoria tradicional do contrato social, sendo a posição original desvinculada de uma circunstância histórica concreta, portanto, é tida como uma situação hipotética para levar a uma dada concepção de justiça.¹⁴²

A teoria da justiça de Rawls recebeu várias críticas de diversos seguimentos e teorias, o que o motivou a defender uma proposta mais concreta de democracia, levando em consideração a evolução da sociedade e sua característica multicultural, pensando também nas questões internacionais incidentes. Rawls verificou, dessa forma, a necessidade de atentar às questões afetas à diversidade cultural das diferentes localidades e regiões.¹⁴³

O ideal defendido é o de que as pessoas possam viver de forma autônoma, levando em consideração e realizando livremente o plano de vida por elas eleito. Ao revisitar a teoria da Justiça, Rawls prioriza uma crítica em especial, a que afirma que sua teoria da justiça, ao contrário do que pretendia, não traz uma posição neutra diante das diversas concepções de bem que existem.

Em relação à autonomia individual, Nino releva que, sendo valiosa a livre escolha individual de planos de vida e adoção de ideias de excelência humana, o Estado e os demais indivíduos não devem interferir nessa escolha ou adoção, limitando-se a projetar instituições que facilitem a busca individual dos planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um defende, impedindo a interferência mútua no decorrer dessa busca.¹⁴⁴

Para Nino, ao assumir que as justificações básicas são fornecidas por pressupostos formais e por limites de raciocínio moral, a posição originária de Rawls converte-se em pressupostos formais ou em mecanismos de representação:

¹⁴¹ Nino demonstra que o argumento menos explícito utilizado por Rawls para fundamentar os princípios de justiça é os pressupostos formais do discurso. Tal argumentação surge só em certos momentos, como, p.ex., quando sustenta que os princípios de justiça devem satisfazer condições formais tais como: universalidade, generalidade, publicidade e finalidade. A deliberação sobre princípios morais de justiça é tida como um caso de pura justiça procedimental.

¹⁴² RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

¹⁴³ RAWLS, John Bordley. **Political Liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1993.

¹⁴⁴ NINO, Carlos Santiago. **El constructivismo ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.204.

El contrato hipotético alude e a presupuesto del razonamiento moral de acuerdo con el con el cual los principios son válidos cuando son unánimemente aceptados en condiciones ideales por todos los sujetos involucrados. El recurso al autointerés, cuando se lo combina con el velo de la ignorancia, tiene sólo el valor heurístico de permitirnos determinar más fácilmente las restricciones impuestas sobre nuestro razonamiento por el requerimiento subyacente de la imparcialidad. Finalmente, las intuiciones pueden tener valor indicativo si se las considera como expresiones de una forma de teoría moral que toda persona tiene dentro de sí y sirven así como indicadores para la aplicación de los presupuesto formales del razonamiento práctico a juicios realizados acerca de casos particulares.¹⁴⁵

Conforme Nino, Rawls não é claro sobre o método para alcançar a verdade moral porque parece que a reflexão individual seria um método suficiente para perceber questões morais.¹⁴⁶ No entanto, a reflexão individual traz, na teoria de Rawls, o acesso à verdade moral, ao menos na área da justiça, não significando que o intercâmbio de opiniões com outras pessoas não tenha valor.

Ao justificar a democracia como regra da maioria, exhibe seu individualismo epistêmico, pois sustenta que não há nada que demonstre que a vontade da maioria é correta, contradizendo a teoria de Condorcet que assevera que quanto mais pessoas apoiem uma solução, maior é a probabilidade de tal solução ser correta. Rawls aceita que a discussão entre pessoas traz efeitos benéficos, pois se limita à parcialidade e aumenta as perspectivas, e permite-se reconhecer erros no raciocínio de justificação, mas, conforme Nino, o autor oscila entre dar um valor constitutivo, epistêmico ou não atribuir valor algum a tais discussões.¹⁴⁷

Para Nino, Habermas sustenta que o discurso prático está constituído por interações comunicativas, através das quais os participantes coordenam seus comportamentos argumentando a favor ou contra os diferentes reclamos de validade com a finalidade de obter consenso acerca deles, assim, uma norma moral é válida se as pessoas envolvidas a aceitam. Logo, quando se argumenta para convencer os outros, pressupõe-se o princípio da universalização entendido como imparcialidade.¹⁴⁸

¹⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.156.

¹⁴⁶ NINO, op. cit.

¹⁴⁷ NINO, op. cit.

¹⁴⁸ Nino utiliza a orientação de Jürgen Habermas na obra ética do Discurso: notas sobre um programa de justificação filosófica, que apresenta as linhas principais do autor acerca da ética. Através de Peter Strawson, mostra que a justificação dos juízos morais e a culpa derivada deles é parte de uma prática social que impregna a vida e os intercâmbios entre as pessoas.

Habermas critica Rawls por sustentar que o postulado da imparcialidade se satisfaz quando a pessoa que formula juízos morais assume, de forma fictícia, a posição de cada um dos envolvidos, sustenta que a tarefa de argumentação moral não pode desenvolver-se monologicamente, mas requer um esforço cooperativo.

Também enfatiza que a ideia da imparcialidade não pode ser reduzida a um equilíbrio de poderes, sustenta que o discurso prático das pessoas afetadas tenta buscar um interesse comum, porém, a negociação de um acordo traz o equilíbrio entre interesses particulares e opostos. Habermas sustenta que o discurso da ética discursiva pode aspirar validade em relação às normas que alcançam a aprovação de todas as pessoas afetadas em sua qualidade de participantes do discurso prático.¹⁴⁹

Nino reitera que Habermas e Rawls coincidem que há pressupostos formais, como a imparcialidade, que são decisivos para outorgar validade aos princípios morais, entretanto, para Rawls, esses são pressupostos formais de raciocínio moral monológico e, para Habermas, são regras de prática de um discurso intersubjetivo.

Para Rawls, a validade dos princípios morais é dada pela satisfação do requerimento da imparcialidade, em Habermas, de outra forma, requer um consenso de fato para ser construído através da regra da imparcialidade, e apenas através da discussão coletiva na busca da verdade cooperativa tem-se uma forma confiável de buscar o conhecimento moral.¹⁵⁰

Nino, após criticar as teorias de Rawls e Habermas, apresenta tese ontológica e epistemológica, sendo três princípios ontológicos sobre a constituição da verdade moral e três princípios epistemológicos sobre o seu conhecimento.

Denomina os princípios ontológicos básicos de O1, O2 e O3, os epistemológicos de E1, E2 e E3. De acordo com O1, a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático de qualquer indivíduo. O pressuposto de acordo com o qual um princípio moral é válido é se este é aceitável para todas as pessoas que se encontram sob condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento dos fatos importantes. O2 consiste em que a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida à cooperação e a evitar conflitos. Já em O3, a verdade moral se constitui pelo consenso que resulta da prática real da

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

¹⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

discussão moral quando se leva ao acordo algumas restrições processuais acerca dos argumentos debatidos.¹⁵¹

A tese epistemológica E1, refere que o conhecimento da verdade moral se alcança somente por meio da reflexão individual, de sorte que a discussão com outros é elemento auxiliar útil à reflexão individual, mas deve-se atuar conforme a reflexão individual. Na tese E2, a discussão e a decisão intersubjetiva constituem o procedimento mais confiável para ter acesso à verdade moral, porque o intercâmbio de ideias e a necessidade de oferecer justificativas frente aos outros não apenas traz o conhecimento que uma pessoa possui e detecta falhas do seu raciocínio como ajuda a satisfazer o requerimento de atenção imparcial aos interesses de todos os afetados. Isso não afasta o fato de se ter acesso a respostas corretas através da reflexão individual, porém deve-se admitir que se trate de um método menos confiável do que o coletivo, devido à dificuldade de manter-se fiel à representação dos interesses dos outros e ser imparcial.¹⁵²

Em E3, o método da discussão e da decisão coletiva é a única forma de alcançar a verdade moral, já que a reflexão monológica é sempre distorcida pelo senso individual em prol do seu próprio interesse. Somente o consenso real obtido depois de um amplo debate com poucas exclusões, manipulações e desigualdades é uma forma confiável para ter acesso a mandamentos e injunções morais.¹⁵³

Nino, após apresentar as teses epistemológicas e ontológicas, menciona que Rawls sustenta a tese O1 como caracterização da verdade moral, sendo que, na Teoria da Justiça, a prática social do discurso moral não é importante para as regras que definem a validade dos princípios morais, as regras do discurso monológico não parecem ser relevantes para a verdade moral. Atenta, que Rawls, em trabalhos posteriores, atribui maior importância às práticas sociais para a dedução de princípios morais, embora não diferencie a prática do discurso moral de outras práticas de uma cultura democrática, o que Nino chama de posição convencionalista.¹⁵⁴

¹⁵¹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹⁵² Ibid., p.161.

¹⁵³ NINO, op. cit.

¹⁵⁴ NINO, op. cit.

Conforme a teorização de Nino, Habermas, acerca da construção da verdade moral, tem sua teoria identificada na O3, pois sustenta que não há princípios morais válidos a não ser aqueles que tenham chegado através de uma discussão moral levada a termo com observância dos requerimentos de imparcialidade, o que denomina de construtivismo ontológico. Sendo que Habermas se aproxima da tese O2, de acordo com a qual a validade dos juízos morais dá-se através dos seus pressupostos e não pelos resultados da discussão moral. Na questão epistemológica, Habermas defende o E3, crê que o conhecimento moral só se alcança com a discussão real de todas as pessoas envolvidas, a verdade moral não pode ser encontrada através de reflexões individuais, como propõe E2, ela pode apenas contribuir para a discussão coletiva. Nino sustenta que as teses melhores acerca da constituição e do conhecimento da verdade moral são E2 e O2, intermediárias entre os autores por ele analisados.¹⁵⁵

Para Nino, a tese O2 incorpora a melhor de ambas as proposições, pois se apoia em base empírica, assim como O3, inerente à prática social. A circularidade do equilíbrio reflexivo se rompe sem estar ligada aos resultados contingentes do consenso real. A verdade moral sendo definida em relação aos pressupostos do discurso moral e não em relação aos seus resultados reais, faz Nino explicar a argumentação como intenção de conformar os resultados aos pressupostos, sendo que os pressupostos incluem princípios substantivos como o da autonomia, da qual podem deduzir-se outros juízos morais mais específicos. A combinação das teses O2 e E2 retrata uma posição intermediária entre Rawls e Habermas, o que Nino chama de construtivismo epistemológico.

Nino demonstra que as desvantagens da E1 apoiam E3, posição de Habermas, pois, de acordo com esta, devem-se observar os resultados das decisões coletivas, que retratam o único método confiável para determinarem-se soluções corretas. Assim como E1 conduz a um elitismo moral, o E3 pode conduzir a um populismo moral, já que a decisão da maior parte ou de todos é tida como correta. Ademais O3

¹⁵⁵ *"Por el contrario, sostengo que las tesis más plausibles acerca de la constitución y el conocimiento de la verdad moral son E2 y O2. Estas son las tesis intermedias entre Rawls y Habermas. En la esfera ontológica, creo que Rawls y su mentor, Kant, son seriamente deficientes al no incorporar en su perspectiva el aspecto de la práctica social del discurso moral. La inclusión de la práctica sociales permitiría tomar en cuenta un punto que resulta enfatizado por el relativismo acerca de las variaciones históricas en el modo de la argumentación moral, sin entrar en el callejón sin salida en el que nos encontramos cuando admitimos la relativización de los juicios morales substantivos". (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.162).*

e E3 não refletem adequadamente a fenomenologia da discussão moral, a tese E2 resolve os problemas de E3 sem ter os equívocos de E1.¹⁵⁶

Conforme E2, o procedimento da discussão e da decisão coletiva constituído pelo discurso moral é o método mais confiável de aproximação da verdade moral, porém não é o único. É possível, mas improvável, que uma pessoa, através da reflexão individual, possa analisar o conflito de interesses e chegar a uma conclusão correta e imparcial. Isso permite que um indivíduo isolado alcance conclusões mais corretas das tidas nas discussões coletivas. Tal possibilidade explica a contribuição que cada um pode dar para a discussão, inclusive pedindo, legitimamente, que a discussão seja reaberta.

A verdade moral é construída a partir da satisfação de pressupostos formais de uma prática discursiva dirigida à cooperação, sendo que a discussão e a decisão intersubjetiva constituem o procedimento importante ao acesso à verdade moral.

A troca de ideias e a apresentação de argumentos frente aos outros, traz as fragilidades do raciocínio desenvolvido e satisfaz o requerimento de imparcialidade frente aos interesses de todos os afetados. Neste ponto, a teoria dialoga como a verdade moral de Dworkin, pois, como já desenvolvido, a leitura moral associa-se à prática constitucional e se sustenta em bases morais e políticas, principalmente, nas questões afetas aos direitos humanos.

A prática constitucional é um campo de interpretação em que as questões atuais referentes a contextos sociais, culturais e históricos diferentes, podem atribuir às identidades constitucionais novos olhares e interpretações. A identidade circunscrita a um contexto plural exige a releitura do conteúdo da Constituição, necessitando para tanto, de uma leitura moral da Constituição em que se preserve o espaço do político.

Mesmo distante do mito da ampla objetividade ou da ficção da neutralidade do intérprete, o Judiciário deve ser um foro imparcial, onde se respeite e compreenda o pluralismo como fato e valor próprio do constitucionalismo.

¹⁵⁶ *"La probabilidad de que soluciones correctas sean alcanzadas por reflexión individual se incrementa cuando se refiere a los presupuestos de la validez del proceso colectivo. Este es el problema de los derechos a priori, que es más restringido que el contenido del primer principio de Rawls y que, en mi opinión, constituye la única cuestión moral cuyo tratamiento por leyes democráticas puede ser revisado por los jueces o, en última instancia, ser el objeto de desobediencia civil. Dado el hecho de que el proceso colectivo generalmente es más confiable que la reflexión individual y que el primero no sería operativo si siempre decidiéramos estar obligados a seguir los resultados de nuestra reflexión individual, la obligación de observar aquello que ha sido decidido colectivamente se encuentra simplemente justificada".* (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.165).

A verdade moral sendo definida em relação aos pressupostos do discurso moral e não em relação aos seus resultados reais faz Nino explicar a argumentação como intenção de conformar os resultados aos pressupostos, sendo que os pressupostos incluem princípios substantivos como o da autonomia, da qual podem deduzir-se outros juízos morais mais específicos.

Por fim, outra crítica importante acerca da teoria de Habermas atrela-se ao universalismo, o que obstaculiza a compreensão de um sujeito diante das variantes socioculturais de cada comunidade, o que pode levar ao desprestígio das questões locais e traços de identidade histórica e social. A prática constitucional voltada ao caso concreto tende a fazer a ligação entre a Constituição histórica e ideal de direitos e permite a manifestação de novas identidades culturais, sociais, religiosas, etc.

Seyla Benhabib analisa e critica o universalismo expresso na teoria da democracia deliberativa, próprio do modelo Habermasiano, e enfrenta a questão do universalismo através da importância do sujeito contextualizado que pretende fazer parte das democracias liberais, mas não abdica de sua identidade. O dilema da teoria Habermasiana é analisado através do desenvolvimento do tema norma e utopia, sendo que, para a autora, a norma corresponde a uma comunidade de direitos e legitimações que se atualizam através de uma política das suas respectivas realizações, atrelando-se mais a questões de justiça.¹⁵⁷

De outro lado, nas questões referentes à utopia, mantém a visão de uma comunidade de necessidades e solidariedade, correspondendo a uma política de transfiguração que demonstra novas necessidades, novas formas de relações sociais, deixando em aberto o caminho às utopias. Assim, a utopia relacionar-se-ia com a realização de diferentes formas de vida, e o desafio é presente na maneira de conjugar as promessas universalistas de justiça, igualdade, realização dos demais direitos civis, com a visão e linguagem utópicas de uma comunidade de amizade, solidariedade e felicidade.¹⁵⁸

Benhabib demonstra as dificuldades da teoria de Habermas de uma ética comunicativa em relação ao princípio da universalização, as bases institucionais da ética comunicativa e a ligação entre cognição, motivação e afeto. Assim, refere que o princípio da universalização não segue as premissas formais da teoria de Habermas,

¹⁵⁷ BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm and Utopia: A Study of the Foundations of Critical Theory.** New York: Columbia University Press, 1986. p.13.

¹⁵⁸ Ibid., p.13-14.

mas exige questões adicionais. Primeiro, lembra que a universalidade é um bem tautológico, pois a conclusão está contida nas suas premissas, ou é inconsistente porque envolve regulamentos pressupostos não referidos especificamente nas regras, mas na argumentação do conteúdo das regras de argumentação.¹⁵⁹

No que tange às bases institucionais, Benhabib argumenta que a teoria transita entre dois modelos de esfera pública, um clássico liberal, com um modelo de direitos e outro de feição mais democrática e participativa. Questiona se a ética comunicativa poderia ser aplicada na seara jurídica ou quase jurídica, tendo como objetivo principal questões de justiça, em virtude do modelo legalista de esfera pública, ou se tal ética consegue olhar para outras formas de amizade, amor, solidariedade ou identidade. A relação entre o modelo participativo e jurídico sustenta a utilização da teoria discursiva, porque os participantes do discurso atuam com base no seu entendimento da vida cotidiana, interpretações e interesses, sendo, portanto, difícil defender a aceitação consensual de normas que tragam um interesse geral harmônico e preestabelecido, dessa maneira, os discursos são processos pelos quais surgem novas necessidades e interesses e necessitam da controvérsia acerca da regra. Neste sentido, alerta para a necessidade de atender às formas de vida e aos discursos contextualizados, uma vez que os contextos de vida dos participantes do discurso não podem ser negligenciados.¹⁶⁰

Na crítica ao universalismo, Benhabib reconhece sua importância em tempos de fragmentações nacionais, culturais e ofensas aos direitos humanos, uma vez que o universalismo pode estar comprometido com o ideal de respeito universal de cada pessoa diante da humanidade, com a autonomia moral dos indivíduos, com a realização da igualdade e da justiça social e econômica, com a participação democrática, com o mais extenso sistema de liberdades civis e políticas compatíveis com os princípios de justiça e com a formação de associações de solidariedade humana.¹⁶¹

Para Nino, a tese ontológica de que a verdade moral se constitui através da satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva que objetiva e tende à cooperação e a evitar conflitos, bem como, a tese epistemológica de que a discussão e a decisão intersubjetivas constituem o procedimento mais

¹⁵⁹ BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm and Utopia: A Study of the Foundations of Critical Theory.** New York: Columbia University Press, 1986. p.307-308.

¹⁶⁰ BENHABIB, op. cit.

¹⁶¹ Id. **Situating the Self Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics.** Cambridge: Polity Press, 1992.

confiável de acesso à verdade moral, uma vez que a troca de ideias e justificação dos argumentos perante os outros, além de trazer os conhecimentos possuídos pelo sujeito, traz os equívocos dos seus argumentos debatidos, a ponto de analisar os interesses dos afetados pela decisão.

A democracia deliberativa proposta por Nino, baseia-se no elo entre a moral e a política, sendo que o valor da democracia está na sua qualidade epistêmica acerca da moralidade social. Assim, o valor da democracia deliberativa tem limites na autonomia do sujeito.

O construtivismo epistemológico de Nino situa-se numa posição intermediária entre Rawls e Habermas e crê na centralidade dos princípios morais como substratos legitimados dos direitos humanos. Da leitura de Nino constata-se que, quando a deliberação estiver despida de valor epistêmico, a reflexão individual é um meio válido para a solução de questões morais controversas.

Em países periféricos, pautados por desigualdades sociais e econômicas, não se pode olvidar que há um déficit de representação de grupos minoritários e de pautas reprimidas no processo político majoritário, o que legitima a atuação do Poder Judiciário, em certas questões. Esta atuação é trazida por Nino como a expressão da reflexão individual, quando o processo deliberativo estiver desprovido de condições que configurem seu valor epistêmico.

Nino acredita que o equilíbrio reflexivo se rompe sem estar atrelado aos resultados contingentes do consenso real. Assim, crê na argumentação como forma de conformar os resultados aos pressupostos, os quais incluem princípios substantivos como o da autonomia. Nesse caminho, os argumentos e contra argumentos circulam no conhecimento e valorização dos interesses dos outros, aqueles diferentes dos interesses do eu.

2.3 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O CONHECIMENTO DOS INTERESSES DOS OUTROS

Apesar de partir da premissa de John Stuart Mill, de que "nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mesmo", para Nino, uma solução proposta por um indivíduo, em uma discussão moral sobre um conflito, pode ser contrária aos interesses individuais. Entretanto, quando o discurso moral é institucionalizado e substituído, como, por exemplo, pela regra da maioria, faz-se necessário examinar

se tal sucedâneo ainda garante, ainda que em um nível menor, as exigências do substituído, ou seja, do requerimento de imparcialidade. Certamente, um conflito que seja resolvido pela maioria e não por todos os envolvidos no conflito pode ser parcial, pode a maioria ignorar os interesses da minoria.¹⁶²

Ao não confiar a discussão numa regra apenas quantitativa, a passagem da unanimidade para a regra da maioria baseia-se no fato de que a imparcialidade é mais preservada do que através do consenso unânime.

A elaboração de teoria normativa de Constituição, em Nino, pressupõe que, num processo de discussão moral, com certo limite de tempo, em que a decisão majoritária deve ser tomada, tem maior poder epistêmico para as decisões moralmente corretas do que qualquer outro procedimento de tomada de decisão coletiva.¹⁶³

A teoria epistêmica da democracia depende de certas hipóteses, uma é que a falta de imparcialidade dos atores sociais e políticos não se deve a suas inclinações egoísticas, mas à ignorância do conteúdo dos interesses dos demais. O erro acerca dos interesses de certo grupo social, em termos, deve-se a uma ética perfeccionista. Mesmo acerca da interpretação judicial, a discussão e a decisão democrática asseguram melhor os interesses de outras pessoas. Muitas vezes, os juízes estão sujeitos a regras de designação e procedimentos para assegurar sua imparcialidade, esta garantia de imparcialidade se aplica apenas às partes envolvidas no processo, assim, a decisão não alcança outras pessoas que possam ser afetadas pela decisão que o juiz está aplicando.¹⁶⁴

¹⁶² *Quando el discurso moral es institucionalizado y reemplazado, debido a consideraciones operativas, por un sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría, uno debe examinar si ese sucedáneo aún garantiza, aunque sea en un nivel menor, el requerimiento de imparcialidad. Claramente, una solución al conflicto apoyada por una mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto puede ser muy parcial. Es probable que la mayoría ignore completamente los intereses de la minoría. En efecto, la oposición a una minoría puede por sí misma motivar las acciones de la mayoría.* (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.166).

¹⁶³ Para demonstrar que a tomada de decisão tende a favorecer a *status quo*, Nino exemplifica uma situação hipotética de reunião condominial, na qual se discute a manutenção de elevadores, sendo que aqueles que moram em pisos mais baixos e não utilizam muito o elevador, não estariam interessados em participar do pagamento dos custos de reparação, no início, cada um tenta convencer os demais sobre sua posição e argumentos, passadas as discussões, com o horário avançado, há passagem do requerimento de consenso para a regra da maioria, que é uma das regras definidoras do processo democrático. Essa passagem não se relaciona apenas com a impossibilidade de tomar uma decisão por unanimidade, mas pela necessidade de tomar uma decisão num tempo limitado. (Ibid., p.167).

¹⁶⁴ NINO, op. cit.

Nino defende uma visão de democracia em que se atribui um rol de negociações e manifestações de emoções, porém mantendo para elas um lugar subordinado à argumentação na promoção do valor epistêmico do processo de tomada de decisões majoritárias.

Sobre esse ponto de vista, do processo democrático como um sucedâneo da prática informal da discussão moral, requer que todo participante, como sucede na prática original, justifique suas propostas perante os demais, lembrando que os argumentos genuínos devem ser distintos dos válidos.

Dentre os argumentos rechaçados de imediato na prática da discussão apresenta-se: a mera descrição de interesses pessoais; a mera descrição de fatos de uma tradição ou costume que uma autoridade humana ou divindade haja estabelecido; a expressão de proposições normativas que não são genéricas, pois se referem a nomes próprios e situações definidas; a expressão de proposições normativas que não estão preparadas para serem aplicadas, e que, em casos semelhantes a do presente ou sobre as mesmas proposições, apresentam inconsistência pragmática, tais proposições que não levam em conta interesses dos indivíduos, proposições que não objetivam serem morais porque não são aceitas por um ponto de vista imparcial, ou seja, não oferecem razões para justificar um conflito de interesses sobre pessoas diferentes. Tais regras são um limite real à defesa de posições autointeressadas.¹⁶⁵

A discussão intersubjetiva ajuda a detectar erros de fato e erros lógicos. Muitas vezes, uma decisão proposta é injusta não em virtude de motivos egoístas, ou porque a pessoa que propõe a solução diz representar os interesses dos demais, mas porque tal solução ignora certos atos relevantes ou comete alguma falácia lógica. Nestes casos, os outros participantes da discussão podem indicar as falhas para que sejam corrigidas. Nino não pretende defender uma teoria consensual ou majoritária da verdade fática, lógica ou filosófica, como refere: "*Lo que intento defender es sólo una teoría consensual o mayoritaria del conocimiento de ciertos tipos de asuntos morales*". Sustenta que a discussão com os outros permite detectar erros fáticos e lógicos, pois a observação fática e o uso de regras de inferência são produtos de faculdades de todos, mesmo quando a minoria está correta sobre alguns fatos, a

¹⁶⁵ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

dinâmica do conhecimento da verdade tende a ir da minoria para a maioria, e não no sentido contrário.¹⁶⁶

Os fatores emocionais e afetivos desempenham um papel importante na discussão moral e no sucedâneo democrático, sendo auxiliar ao valor epistêmico do processo de argumentação e de decisão coletiva, entretanto, alguns fatores emocionais podem operar contra o descobrimento da verdade moral, o que ocorre com o fenômeno "psicologia de massas". Claro que o carisma e a habilidade de discurso, ao contrário da timidez ou retraimento, pode fazer com que aqueles que adotam posições imparciais tenham dúvidas em relação a seus argumentos. A superação desse problema requer a transformação dessa dinâmica para aquela que leve a sério a possibilidade do descobrimento da verdade moral através da discussão intersubjetiva.¹⁶⁷

Neste jogo, o processo de negociação e de discussão é fundamental para a democracia, a negociação pode contribuir ao valor epistêmico da argumentação e das decisões majoritárias. A percepção do outro, aqui representada pela minoria particular, não pode permanecer sempre isolada, a ponto de ser desconsiderada e abandonada, não importando o resultado da negociação.

A minoria referida consistiria em minoria congelada, pois sempre permanecem fora da maioria. Os fatores sociais condizentes a minorias congeladas podem ser: raça, cor, religião, questões de gênero, etc. Em uma democracia, é essencial que a maioria não seja definida sempre por um dado grupo da população, mas que modifique a maioria conforme o assunto debatido.¹⁶⁸

Assim, a relação entre a maioria e a minoria é alternada diante da temática debatida e dos argumentos trazidos à discussão, sendo que os interesses dos outros restam preservados na dinâmica da negociação e preservação do debate.

A dinâmica da negociação, com suas ameaças e contribuições, pode alcançar a imparcialidade na argumentação, uma vez que os participantes do processo devem prestar atenção aos possíveis interesses no debate, trazendo soluções que

¹⁶⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.174.

¹⁶⁷ Para Nino as emoções contribuem para o processo de argumentação através de sanções informais que atribuam culpa ou isolamento social àqueles que cometem erros evidentes ou falhas no processo de argumentação, tal como: quando as manifestações não representam argumentos genuínos, quando os argumentos são formas de disfarçar posições de interesse próprio, quando alguém não é inclinado a justificar sua posição frente aos demais, ou quando se é inconsistente com as posições adotadas em outras ocasiões ou se está cometido de erros lógicos ou fáticos.

¹⁶⁸ NINO, op. cit., p.174.

os satisfaçam por medo de perder o apoio da maioria, inclusive daqueles que se encontram desinteressados que poderão vir a ser oposição.

Após analisar os fatores democráticos que impulsionam a imparcialidade do indivíduo numa discussão, Nino propõe tal análise a nível coletivo num processo de discussão e decisão majoritária. A materialização desse processo ocorre como resultado de dois fatores: o impacto do teorema de Condorcet e a satisfação de interesses.

Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, o marquês de Condorcet, acreditava que a votação por maioria era um método eficiente de escolha entre duas alternativas. Na efetivação de mais de duas alternativas, deveriam votar-se duas de cada vez, optando-se por aquela que tivesse a maioria dos votos contra todas as remanescentes. Condorcet demonstrou que não é certo que se alcançaria esta alternativa, se as preferências dos votantes singulares fossem lineares em relação às várias alternativas, a votação poderia conduzir uma ordem circular. Votam-se todas as alternativas, uma em relação à outra, podendo ocorrer que nenhuma obtenha a maioria, ou se votam numa certa ordem.¹⁶⁹

Visto o elemento central da teoria, Nino traz o exemplo das bolinhas brancas e azuis aludido por Lewis Kornhauser e Lawrence Sager, sendo que as brancas correspondem às respostas certas, logo, ao se aumentar a proporção de bolinhas brancas, maior será a probabilidade de alcançar a resposta correta. Como consequência da teoria, ao aumentar o número de pessoas que participam da decisão, aumenta-se a probabilidade de que a decisão seja correta, e que as decisões tomadas pela regra da maioria simples são, provavelmente, mais corretas se tomadas, como referência, em grupos pequenos. De outra sorte, quanto mais pessoas aprovam a decisão, aumenta a probabilidade de satisfazerem seus interesses.¹⁷⁰

Nino opõem-se à relação entre a regra da maioria e a imparcialidade, crê ser equivocada a presunção de que o consenso unânime equivalha à imparcialidade, de outra forma, a aproximação da unanimidade não é suficiente para demonstrar a correção de uma solução, mas há casos em que a aproximação à unanimidade equivale a da imparcialidade, entretanto, a aproximação da unanimidade não é, por

¹⁶⁹ ODIFREDDI, Piergiorgio. **Os paradoxos da democracia**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/piergiorgiodifreddi.pdf>>. Acesso: 15 ago. 2015.

¹⁷⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

si, suficiente para demonstrar a correção de uma decisão, entretanto, ressalta que há casos cuja análise será diferente:

*En verdad, hay casos de conflictos insuperables entre derechos. Tales casos se vuelven más frecuentes cuando asumimos que los derechos no son sólo violados por acciones sino también or omisiones. En estos casos, se debería optar por el derecho de orden superior vinculado al valor de autonomía, sin tener en cuenta la cantidad de individuos involucrada a cada lado del conflicto.*¹⁷¹

Em Nino, o princípio de agregação da autonomia pessoal é o único que controla o resultado quando da análise do conflito entre direitos de mesma hierarquia. Diante de um conflito de direitos de igual hierarquia, que não pode ser superado de outra forma, o resultado moralmente correto é aquele que maximize a satisfação dos interesses protegidos por esses direitos. Assim, os arranjos institucionais podem pôr em prática a concepção de representação, sendo que o apoio da maioria para a decisão pode ser um indicativo de que a decisão é correta, pois a maioria dos interesses em jogo restou satisfeita.

A capacidade epistêmica da discussão coletiva e da decisão por maioria para detectar soluções moralmente corretas não é absoluta, porque varia conforme o grau de cumprimento das condições subjacentes ao processo de deliberação.

Dentre as condições do processo de deliberação, Nino destaca que todas as partes interessadas devem participar da discussão e da decisão com igualdade e sem coerção, que os interessados possam se expressar e se justificar com argumentos genuínos, que o grupo tenha uma dimensão apropriada que maximize a probabilidade de um resultado correto, que não haja nenhuma minoria isolada, que a composição das maiorias e das minorias troque materiais e que os indivíduos não estejam sujeitos às emoções extraordinárias. De outra sorte, caso não se alcance as condições para promover o valor epistêmico da democracia, esmorece o seu valor.¹⁷²

¹⁷¹ Tradução livre: "Na verdade, há casos de conflitos intransponíveis entre direitos. Tais casos tornam-se mais frequentes quando assumimos que os direitos não são apenas violados por ações, mas também por omissões. Nesses casos, devem escolher-se o direito associado a uma ordem superior, vinculado ao valor da autonomia, independentemente do número de indivíduos envolvidos em ambos os lados do conflito". (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.179).

¹⁷² Ibid., p.180.

Ao estudar o valor epistêmico da democracia, Nino refere que este deve ser comparado a procedimentos alternativos de decisão coletiva, sendo seu valor considerado alto ou baixo. O valor epistêmico da democracia se aplica ao processo de decisão e discussão em geral, e não a qualquer decisão particular. Essa visão não implica a proposição de que a maioria sempre tem razão (*vox populi, vox dei*), pois podem haver decisões democráticas que estejam equivocadas. O valor epistêmico da democracia traz uma razão para que seja obedecida a decisão democrática, mesmo nos casos em que a reflexão individual a refute.¹⁷³

Caso inverso, ter-se-ia uma contradição diante da conclusão de que o processo democrático de discussão é epistemicamente mais confiável do que o processo de reflexão individual. O processo democrático de valor epistêmico não é uma situação de discussão ideal, mas realista.

Devem-se minimizar os problemas da representação; em primeiro, a representação poderia conceber-se como delegação para continuar a discussão a partir do ponto de vista alcançado pelos eleitores; em segundo, é necessário encontrar formas de democracia direta sob a concepção de democracia deliberativa. Neste sentido, os partidos políticos atuam igualmente como intermediários, devendo melhorar a representação, e podem trazer posições ideológicas para harmonizar interesses em conflito. Outra questão é que a sociedade política deveria incluir todos os cidadãos capazes e todos aqueles cujos interesses possam ser afetados por uma solução adotada pelo processo democrático. Sob essa perspectiva, a descentralização pode ser necessária, não somente para dar possibilidade a uma democracia direta, mas também para assegurar que só aqueles cujos interesses estão em jogo participem da tomada de decisões.¹⁷⁴

A compreensão da democracia deliberativa e de seu valor epistêmico traz vantagens ao compará-las com outras concepções de democracia, sendo que, neste ínterim, as leis sancionadas democraticamente não constituem razões substantivas senão epistêmicas, ou seja, as leis sempre são reduzíveis a circunstâncias fáticas, as decisões e a justificação de ações não são advindas delas mesmas, mas das situações de fato. O resultado do processo democrático deve ser observado, ainda quando se tem a convicção do seu erro e despropósito, desde que respeitadas as condições

¹⁷³ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹⁷⁴ NINO, op. cit.

que sustentam o valor epistêmico da democracia, ou seja, é possível estar-se em desacordo com a maioria.

Em oposição ao coletivismo epistêmico, Nino reconhece a possibilidade de se ter acesso à verdade moral através do processo de reflexão individual, entretanto, isto não significa o desrespeito à decisão majoritária, mas pode justificar o pedido de reabertura do debate. Como refere, o valor epistêmico dos procedimentos democráticos traz motivos exclusivos para que se cumpram seus resultados, mesmo que se duvide da sabedoria moral da decisão.

A teoria de Nino compreende a democracia como a institucionalização de uma prática de discurso moral; seu exercício resulta de um acordo majoritário que tem certo valor epistêmico. Diante do construtivismo epistemológico, que traz uma visão dialógica de democracia, a validade dos princípios morais intersubjetivos se afirma pela satisfação dos pressupostos procedimentais e substantivos da discussão, o consenso é uma forma privilegiada de acesso à validade dos princípios morais.¹⁷⁵

Neste sentido, a compreensão de democracia deliberativa permite a análise individual, o que se correlaciona a análise do poder judiciário. Há questões em que a decisão pode não representar a vontade da maioria, mas que, por critérios de autonomia pessoal e proteção de direitos humanos, transpõem-se à questão majoritária para a tutela de direitos minoritários.

Nino, apesar de reconhecer o valor epistêmico inerente ao processo democrático, acredita que esse processo de discussão e tomada de decisão restringe-se a certas questões. Argumenta, por exemplo, que não se aplica a discussões sobre tópicos científicos, questões religiosas ou filosóficas:

Además, es importante enfatizar que el valor epistémico del proceso democrático de discusión y toma de decisiones es restringido a ciertos temas. Este valor no se aplica, por ejemplo, al contexto de temas científicos o, en general, fácticos, incluso cuando el proceso de discusión pueda implicar un beneficio para estos dominios. No hay ningún presupuesto en favor de los juicios científicos y fácticos en general sólo por que ellos sean apoyados por una opinión mayoritaria. Lo mismo se aplica a asuntos religiosos o filosóficos. No baso la defensa de mi punto de vista de la democracia en el apoyo de la mayoría de mis lectores (aunque no tengo muchas esperanzas de obtenerlo).¹⁷⁶

¹⁷⁵ RODRIGUEZ, Marcela V.; RZONSCINSKY, Nadia (Col.) Igualdad, democracia y acciones positivas. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.), **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: Derechos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. Tomo II. p.619-657.

¹⁷⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.182.

Como justifica, diante do princípio da autonomia pessoal, proíbe-se o Estado de interferir em questões referentes à autonomia e às escolhas pessoais, da mesma sorte, o processo democrático não tem algum valor epistêmico acerca de tais ideais, assim, o Estado, mesmo atuando democraticamente, não pode produzir leis resultantes de valores epistêmicos destes ideais que são consequências de razões individuais.

Importante frisar que escolhas pessoais não se confundem com "escolhas" ou imposições estatais, entretanto, tais escolhas requerem do Estado a garantia e a respectiva proteção. Apenas é possível falar em liberdade de escolha na real possibilidade de implementá-la e respeitá-la em sua integralidade.

Cita-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável de casais homoafetivos, ao analisar a discordância do art. 1.723 do Código Civil com a ordem constitucional, principalmente diante do inciso IV do art. 3.º da Constituição Federal que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça e cor.

Efetivamente, trata-se de coisas diferentes, uma questão são as escolhas pessoais guiadas pela autonomia pessoal, outra é o respeito e a garantia do exercício destas escolhas, lembrando que disso o Estado e a ordem jurídica não podem se furtar. Neste sentido, traz-se um dos fundamentos do voto da Min. Cármen Lúcia que, ao referir argumentos dos advogados que utilizaram a tribuna, reafirmando-os ao mencionar que a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima, sendo que nos termos da Constituição brasileira é manifestação da liberdade individual, como refere:

Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: "enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. [...] o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. [...] a vida não é entendível" (Grande Sertão: Veredas). É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Voto prolatado pela Min. Cármen Lúcia. (Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carmen-lucia-uniao-homoafetiva.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015).

As escolhas pessoais e a realidade das uniões homoafetivas necessitam de proteção, não apenas acerca dos ideais de liberdade e opções pessoais, mais que isto, exigem da ordem constitucional e do Estado a tutela das escolhas pessoais relacionadas à sexualidade e das consequências jurídicas advindas da união estável e do casamento.

Numa realidade pluralista, os novos arranjos e as novas realidades sociais levam a novos direitos, novas identidades e interpretações. A compreensão deliberativa da democracia em Nino compreende que as questões minoritárias devem ser levadas a sério, tanto que sustenta o controle de constitucionalidade das normas em casos específicos, como na proteção da Constituição como prática social e histórica.

Este exercício de Constituição como prática social pode levar à compreensão de novas identidades sociais que necessitam da tutela constitucional. Novas identidades que revelam novos direitos, transfigurados em direitos dos outros que, muitas vezes, representam a parcela minoritária da regra majoritária.

Para Nino, o Estado, inclusive quando atua democraticamente, não pode produzir leis que provenham de razões epistêmicas referentes a ideais que se referem às reflexões e razões de ordem individual e pessoal, lembrando, como referido, que o processo de discussão democrática não é um processo de discussão ideal, mas real.

Outra questão acerca das democracias reais, principalmente no contexto latino-americano, refere-se à representação que, muitas vezes, obstaculiza a comunicação direta e a participação no processo democrático. É claro que num país de dimensões continentais como o Brasil, a representação é um veículo necessário ao processo democrático, mas que deve ser compartilhado com procedimentos de democracia direta, como referendo, plebiscito, iniciativa popular, e instrumentos da democracia participativa, como orçamento participativo. A ligação entre a democracia representativa e instrumentos da democracia direta revela a manifestação da soberania popular de forma ativa.

Retomando a democracia representativa, apesar dos problemas inerentes à representação, esta é a maneira pela qual as pessoas são ouvidas e têm seus interesses declarados e protegidos. Para Nino, a representação deveria ser compreendida como espécie de delegação a fim de continuar a discussão a partir do ponto alcançado pelos eleitores com a eleição. Sendo a representação indivisível, numa eleição presidencial, o representante deveria estar obrigado a implementar sua posição e continuar a reflexão, utilizando seu conhecimento técnico para colocar

em prática as propostas pelas quais fora eleito. Mas se a representação é divisível, como ocorre com a eleição de um corpo coletivo, tal corpo deveria refletir acerca de cada posição manifestada pelos eleitores, sendo que os representantes deveriam continuar as deliberações coletivas e, algumas vezes, pode-se revogar o mandato dos representantes, de forma que o povo discuta diretamente assuntos públicos.¹⁷⁸

Acerca da revogação, Cronin define *recall* como instrumento de democracia formal, através do qual se permite aos eleitores a destituição ou substituição de uma autoridade pública, baseado na compreensão de que os eleitores devem manter o direito de controlar as autoridades eleitas. Os candidatos podem ter sido eleitos por várias razões, até sem manter relação com sua capacidade de cumprir os deveres funcionais e públicos, este pensar vale para revogação, ou seja, o eleito pode ser destituído do cargo por razões e motivos não relacionados à sua capacidade de exercer a função pública.¹⁷⁹

Na democracia representativa, a atuação dos partidos como intermediários no processo democrático ajuda a melhorar a representação, na medida em que se encontram organizados ao redor de questões ideológicas, sistema de valores, modelos de sociedade, e não puramente sobre interesses. O valor epistêmico da democracia requer que o povo participe do processo democrático não só para apresentar seus interesses, mas para justificá-los sobre a base de proposições normativas.

Por fim, ainda em relação aos interesses dos outros, Nino atenta à questão da inclusão na democracia representativa, ou seja, analisa quais pessoas estão incluídas no debate numa sociedade política democrática. Os cidadãos, cujos interesses estejam em jogo, que possam ser afetados pela decisão advinda do processo democrático, devem estar incluídos. As questões de inclusão estão relacionadas à descentralização da decisão não apenas em uma prática democrática direta, mas para que os afetados pela decisão possam participar do debate. Traz a necessidade da capacidade dos cidadãos, ou seja, da pessoa ter o mínimo de capacidade para identificar seu interesse, pô-lo em discussão e justificá-lo perante os demais. Nino defende a ampliação dos mecanismos de democracia direta.¹⁸⁰

¹⁷⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹⁷⁹ CRONIN, Thomas E. **Direct democracy: the politics of the initiative, referendum and recall**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.127-128.

¹⁸⁰ Nessa perspectiva não se justificaria a exclusão da participação do debate democrático, através da suspensão dos direitos políticos, daqueles que cometeram crimes.

Claro que a compreensão da inclusão no processo democrático passa pelos direitos políticos ativo e passivo, ou seja, direito de votar ou ser votado e compreensão dos direitos de cidadania. Neste sentido, estarão excluídos do processo democrático aqueles que tenham declarada a perda ou suspensão dos seus direitos políticos, como os condenados por sentença judicial transitada em julgado.

A perda dos direitos políticos é prevista nos artigos 15, I e IV e 12, § 4.º, II da Constituição Federal, ocorrendo nos casos de cancelamento da naturalização através de sentença transitada em julgado, de recusa ao cumprimento de obrigação a todos imposta ou de prestação alternativa, e perda de nacionalidade brasileira devido à aquisição de outra nacionalidade. Ressalta-se que a recusa ao cumprimento de obrigações legalmente impostas adéqua-se mais aos casos de suspensão, e não perda dos direitos políticos. A suspensão dos direitos políticos é tratada pela Constituição Federal, pelo Decreto n.º 3.927/2002 e pela Lei Complementar n.º 64 de 1990. Dentre as possibilidades, destacam-se a incapacidade civil absoluta, a condenação criminal transitada em julgado, os casos de improbidade administrativa, exercício da cláusula de reciprocidade para os direitos políticos e por procedimento de Deputado ou senador incompatível com o decorro parlamentar.¹⁸¹

Para a inclusão no jogo democrático, quanto menores forem as possibilidades de suspensão ou perda dos direitos políticos, principalmente em relação ao direito de votar, maior será o grau de inclusão no processo democrático. Cita-se, no Brasil, a questão da população carcerária, destinatária final de políticas de segurança, saúde, educação, temas políticos latentes em campanhas políticas e debates, mas que sequer figuram no cenário da participação política através do exercício do direito ao sufrágio, em virtude da suspensão dos direitos políticos. Neste sentido, o outro sequer participa da deliberação. Há casos em que aqueles sujeitos que sofrerão as consequências das deliberações democráticas sequer participam do jogo, o que, por certo, diminui o valor epistêmico da democracia.

Nino advoga a superioridade da concepção epistêmica de democracia, a fim de solucionar questões como o aparente paradoxo entre a superfluidade do direito, a geração de dilemas de ações coletivas e o reconhecimento da existência dos contrapesos

¹⁸¹ Artigos de Referência: 12 § 4.º, 15, I a IV, 55, II, § 1.º da Constituição Federal. Art. 17.3 do Decreto n.º 3.927/2001 e art. 1.º, I, b da Lei Complementar n.º 64 de 1990. Não se fala em cassação de direitos políticos, mas de perda, que ocorre por prazo indeterminado, ou suspensão, que ocorre por prazo determinado, mas em ambas as hipóteses é possível readquirir os direitos políticos.

por outras duas dimensões do constitucionalismo, especialmente, o reconhecimento dos direitos básicos e a preservação de uma prática constitucional contínua.¹⁸²

Claro que, em países com experiências de governos de exceção, como as ditaduras militares em vários países latino-americanos, o valor epistêmico da democracia é comprometido, pois está diretamente relacionado à espécie de governo adotado, à centralização do poder e ao diminuto grau de liberdade individual.

Nino leciona que as leis sancionadas durante um governo não democrático estão sujeitas à sua superfluidade para o raciocínio prático. Somente por uma questão de continuar a prática, tais leis têm significado para o raciocínio prático, entretanto, é improvável que existam princípios morais que justifiquem a preservação de tais práticas.¹⁸³

Ao se tratar de leis sancionadas durante o período da ditadura militar, ressalte-se a orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade superveniente e sobre a revogação. Não obstante o fato de ser o conceito constitucional de inconstitucionalidade superveniente mais adequado às normas anteriores dissonantes com a nova ordem constitucional, a orientação do Supremo Tribunal Federal é pela revogação das normas anteriores incompatíveis com a Constituição nova.

A inconstitucionalidade é originária quando a lei ou ato normativo está em desacordo com a Constituição vigente na data em que o ato foi praticado, mas pode ocorrer que a lei ou ato normativo, ao ser criado, estava em conformidade com a Constituição e, posteriormente, passe a não estar, o que se denomina de inconstitucionalidade superveniente, que pode ocorrer com o advento de uma nova Constituição, com a modificação da interpretação da norma constitucional, ou com a alteração da Constituição via emenda constitucional.

¹⁸² *"Esta concepción de la democracia deliberativa y su valor epistémico tiene numerosas ventajas sobre las otras concepciones analizadas en el capítulo anterior. Demostraré que ello es así al probar que esta concepción logra superar problemas que las visiones alternativas mencionadas más arriba no han podido solucionar: la aparente paradoja de la superfluidad del derecho, la generación de dilemas de acción colectiva y el reconocimiento de la existencia de los contrapesos opuestos por las dos otras dimensiones del constitucionalismo (específicamente, el reconocimiento de los derechos básico y la preservación de una práctica jurídica continua)".* (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.187).

¹⁸³ NINO, Carlos Santiago. **El constructivismo ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Clève lembra que a inconstitucionalidade superveniente é a que se manifesta num momento posterior a sua edição. A lei ou ato normativo passa a ser inconstitucional em virtude, por exemplo, da reforma da Constituição ou diante da nova interpretação de dado dispositivo constitucional.¹⁸⁴

Diante da compreensão de Constituição histórica ou da Constituição interagindo com a prática social, as possibilidades de inconstitucionalidades supervenientes aumentam. Entretanto, importante ressaltar a orientação do Supremo Tribunal Federal em relação às legislações anteriores à Constituição Federal de 1988 que não equivale à inconstitucionalidade superveniente, mas à revogação, ou seja, as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, e com ela incompatíveis materialmente, estarão revogadas, conforme orientação firmada no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 02 de 1992.¹⁸⁵

À justificativa da revogação pode-se agregar o baixo ou inexistente valor epistêmico das discussões legislativas neste período, bem como a distância do regime democrático no momento em que a lei foi promulgada, o que poderia, inclusive, implicar uma presunção de constitucionalidade ao reverso, ou seja, uma presunção de inconstitucionalidade. Voltando às compreensões de Nino, leis sancionadas durante um governo não democrático têm significado para o raciocínio prático, mas é improvável que existam princípios morais que justifiquem a preservação de tais práticas.¹⁸⁶

A visão deliberativa da democracia baseada no seu valor epistêmico resolve a tensão entre processo e conteúdo, e supera o conflito entre estas dimensões do constitucionalismo. Dado que elas se ligam em níveis diferentes e não podem

¹⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁸⁵ A ação direta de inconstitucionalidade n.º 02, ajuizada pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino que requeria a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1.º e 3.º do Decreto-lei n.º 532, de 16 de abril de 1969, e 2.º, 3.º, 4.º, 5.º do Decreto Federal n.º 95.921, de 14 de abril de 1988, que infringiriam os artigos 173, § 4.º, 174 e 269, *caput*, I da Constituição Federal. O Min. Paulo Brossard, relator da ação, posicionou-se contra a utilização da ação direta de inconstitucionalidade para analisar a adequação das normas pré-constitucionais para com nova Constituição, esta foi é continua sendo a orientação do Supremo Tribunal Federal. (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>. Acesso em: 23 maio 2015).

¹⁸⁶ A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem constitucional, e com isto ab-rogou o Texto constitucional anterior. No entanto, é possível que a nova Constituição recepcione alguma das regras da Constituição anterior, o que ocorreu com normas do sistema tributário consoante o art. 34 dos Atos de Disposições Constitucionais transitórias.

competir umas com as outras, a Constituição ideal dos direitos é o produto final a que se deve chegar.¹⁸⁷

Conforme Nino, a visão deliberativa de democracia baseada no seu valor epistêmico resolve a tensão entre processo e conteúdo, o valor do processo não pode ser menosprezado pelos resultados alcançados, pois traz resultados presumidamente valiosos. De maneira similar, o processo democrático não é contingente, presume-se que os resultados sejam bons. Pela forma de produção, a tensão entre o resultado e processo se dilui em virtude de sua conexão e complementaridade. Uma similitude há entre a Constituição ideal do poder e a Constituição ideal dos direitos, que surge entre a dimensão substantiva e a dimensão processual ideal da Constituição complexa.¹⁸⁸

A Constituição ideal de direitos é o fim perseguido, ao passo que a Constituição ideal do poder representa um meio, um instrumento, Nino admite que isso possa ser visto como uma expressão de elitismo epistemológico para determinar os direitos constitucionais anteriores ou independentes ao processo democrático, mas os direitos estabelecidos constituem razões para justificar ações e decisões. O debate no processo democrático deve ser real, não fictício ou imaginário, tendo como atores pessoas de verdade, o que se pressupõe quando a democracia associa-se a um valor epistêmico, não sendo possível excluir alguns direitos básicos da discussão.

Nino adverte que, para alguns autores, parece preferir a Constituição ideal dos direitos à Constituição ideal do poder, pois a primeira é o fim e a segunda somente um instrumento. Refere que, na prática, dá-se prioridade à Constituição ideal do poder, sendo que se trata do melhor meio para alcançar a realização da Constituição ideal substantiva:

En contraste con ello, la constitución ideal del poder es el mejor medio para acceder al conocimiento de la constitución ideal sustantiva y de las razones justificatorias que ella provee. La materialización de la constitución ideal del

¹⁸⁷ "La visión deliberativa de la democracia basada sobre su valor epistémico resuelve esta tensión entre el proceso y el contenido. Bajo esta visión, no hay una tensión entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, dado que el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido alcance y jerarquía de los derechos. Por ello, en este caso no se enfrenta una situación similar a la que deben enfrentar otras justificaciones de la democracia. Específicamente, el valor del proceso no puede ser menospreciado por los resultados alcanza dos a través de él, dado que el valor del proceso yace en producir los resultados que son presumiblemente valiosos. De manera similar, el proceso democrático no es contingente y no nos vemos expuestos a tener que demostrar que esos buenos resultados podrían producirse mediante otros procedimientos. Se presume que los resultados son buenos porque ellos han sido producidos a través de ese proceso". (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.190).

¹⁸⁸ NINO, op. cit.

*poder sólo provee de razones para creer que ciertos derechos son establecidos por la constitución sustantiva. Más que una tensión entre la constitución ideal de los derechos y la constitución ideal del poder, la relación parece mas semejante al proceso e regar la tierra y el efecto consiguiente de que crezca e pasto.*¹⁸⁹

Em Nino, o valor epistêmico da democracia requer que se cumpram certos requisitos, o que denomina de "direitos *a priori*", sem os quais não haveria razões para os resultados da democracia, tais como: a participação livre e igual no processo de discussão e na tomada de decisões, a orientação da comunicação no sentido da justificação, a ausência de minorias isoladas e congeladas e a existência de um marco emocional apropriado para a argumentação. Como elucida, trata-se de direitos reconhecidos como precondições para o reconhecimento do resto da moralidade intersubjetiva, incluindo outros direitos. O respeito a tais direitos induz ao valor epistêmico da democracia.¹⁹⁰

Por consequência, a natureza aberta dos "direitos *a priori*" pode levar a problemas significativos, por exemplo, cita os direitos sociais, que, como extensões dos individuais, podem ser ameaçados e descumpridos, pondo em risco o processo democrático,

*la libertad y la igualdad que sonpre condiciones del proceso democrático no son sólo puestas em riesgo por acciones como las amenazas a la violència misma, sino que también son frustradas por el fracasso de dar a la gente iguales médios para participar efectivamente em el proceso de deliberación y en la toma de decisión mayoritaria.*¹⁹¹

Cita, também, o caso da liberdade de expressão que, além de vedar a censura do conteúdo expressado, deve contemplar o acesso aos meios para comunicar-se com os outros.

Reitera-se, não apenas a liberdade representa uma precondição ao processo democrático que lhe atribui valor epistêmico, mas a igualdade, o acesso aos meios de comunicação, a possibilidade de expressar suas opiniões e, mais que isso, ser efetivamente ouvido, neste sentido, a preservação e a garantia da igualdade é exigência necessária.

¹⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.191.

¹⁹⁰ O autor faz referência aos juízos *a priori* Kantianos. (Ibid., p.201, nota 32).

¹⁹¹ Ibid., p.193.

O valor epistêmico da democracia não é tudo ou nada, mas gradual, ou seja, a insatisfação de algum direito *a priori* pode apenas diminuir o grau do valor epistêmico da discussão, porém, caso a ausência ou fracasso de satisfazer um direito faça o processo democrático débil epistemologicamente, a ponto de que seja inferior à própria reflexão individual, deve-se proceder ao necessário para respeitar esses direitos, inclusive por meios não democráticos. Ainda que trazendo certa tensão, a visão epistêmica da democracia entre o processo e seus resultados, ao contrário de outras teorias que compreendem que o valor dos direitos dão valor à democracia, Nino ressalta que, quando a democracia trata de reconhecer esses direitos, não terá valor algum.¹⁹² O valor da democracia consiste na confiabilidade para conhecer esses direitos, alguns direitos adquirem esse valor, dado que são precondições ao valor epistêmico, porém seu próprio valor epistêmico é o reflexo da democracia.

Nino, no intuito de discutir a tensão entre a democracia e a preservação de uma prática constitucional jurídica, retoma a ideia de Constituição histórica e ideal de direitos que estabelece um grupo válido de direitos e uma organização legítima de poder. Defende a ideia de que a preservação de certa prática jurídica fundada num evento constitucional é relevante, sempre que puder ser legitimada por princípios morais autônomos. A Constituição ideal do poder não leva à Constituição ideal dos direitos sem a interpretação de uma Constituição histórica.¹⁹³

A democracia deliberativa, em virtude do seu valor epistêmico, se alicerça na defesa intransigente de direitos que assegure a autonomia, a inviolabilidade e a dignidade do sujeito.¹⁹⁴ O constitucionalismo se apresenta como instrumento e condição para o exercício democrático, na democracia deliberativa apresentada por Nino.

A concepção de democracia baseada em seu valor epistêmico constrói a relação entre as constituições ideal e histórica, porque traz uma congruência quase

¹⁹² NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

¹⁹³ *"La constitución ideal de los derechos no es inferida del procedimiento hipotético sino del funcionamiento de un proceso real de discusión y toma de decisiones. Por ello, la única posible tensión existe entre la constitución ideal del poder y su materialización a través de la constitución histórica que puede estar más cerca o más lejos de las prescripciones de la primera. Cuando el procedimiento democrático establecido en la constitución histórica se aproxima más adecuadamente a la constitución ideal del poder, la constitución histórica de los derechos presumiblemente coincide con la constitución ideal de los derechos"*. (Ibid., p.195).

¹⁹⁴ GODOY, Miguel Gualano de. Justiça, democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p.4539-4553. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

automática entre os direitos reconhecidos pela prática constitucional e o conjunto ideal de direitos, sempre que o processo democrático não esteja distante do seu ideal. Esse projeto traz razões para qualificar o resultado de certas decisões democráticas que afetam, de forma negativa, a prática constitucional, quando comparada com outras decisões democráticas tomadas no contexto dessa prática.

A democracia deliberativa de Nino é relevante porque demonstra que o constitucionalismo não pode ter uma atuação excessiva a ponto de esvaziar os espaços de deliberação política. Sua compreensão de democracia inclui o cidadão no processo de tomada de decisão. Inclusive deve proteger as condições para tal exercício, o que é abrangido pelas duas primeiras exceções trazidas pelo autor para a realização do controle de constitucionalidade das normas.

Ao mesmo tempo, a defesa da democracia está vinculada à defesa dos direitos dos cidadãos, inclusive de porções minoritárias. Afasta-se de um modelo puramente procedimental, pois os direitos fundamentais e humanos são condições à democracia e à cooperação democrática, como lembra Godoy.¹⁹⁵

Assim, o constitucionalismo, em certos casos, pode limitar ou adequar decisões majoritárias, o que não redundaria em limitação à soberania popular porque os direitos humanos são condições, pressupostos à democracia. Por conseguinte, as decisões majoritárias que contradizem ou violem direitos humanos ao serem limitadas confirmam o princípio democrático, eis que Constituição e democracia são conceitos autorreferentes.

A vinculação do constitucionalismo ao pluralismo permite a ligação entre as identidades constitucionais e outras identidades. Mesmo que esta relação seja travada em procedimentos democráticos de deliberação, as identidades não prevaletentes precisam de espaços para além do processo de deliberação democrática. Neste sentido, a proteção das identidades da Constituição adequa-se à compreensão de democracia deliberativa, uma pela qualidade epistêmica antes descrita, duas, pela defesa intransigente dos direitos humanos que representa um espaço de atuação de novas identidades ou um espaço de interpretação sobre as identidades prevaletentes.

¹⁹⁵ GODOY, Miguel Gualano de. Justiça, democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p.4539-4553. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

2.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NUMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Muitas vezes, as convenções sociais podem não ser favoráveis ao reconhecimento de direitos, há casos em que os interesses próprios de alguns podem apoiar-se na violação de direitos dos outros, o que se resolve através da justificação sobre a base de pressupostos práticos da discussão e pela discussão moral envolvida. Nino trata o controle de constitucionalidade como um instrumento capaz de auxiliar a democracia deliberativa, desde que compreendido como alguns detalhes, como limitado a certos temas e matérias.

A defesa da democracia deliberativa não pode sustentar uma concepção procedimentalista pura e, por conseguinte, a concepção epistêmica é inevitável. Porém, além da justificação instrumental da democracia deliberativa, é necessário uma justificação intrínseca.¹⁹⁶

Pode-se distinguir dois modos principais de justificar a democracia deliberativa: a justificação intrínseca, com base em algumas características intrínsecas do próprio processo; e a justificação instrumental que faz referência à probabilidade da justeza dos resultados. Oferecer uma justificação intrínseca é atribuir valor ao processo em si mesmo, geralmente no que tange a honrar valores tais como autonomia, igual consideração e respeito mútuo, ou igualdade política.¹⁹⁷

A concepção epistêmica da democracia deliberativa, trazida por Nino, refere que a democracia deliberativa está justificada e, então, as decisões políticas tomadas por meio de um processo deliberativo são legítimas porque os procedimentos deliberativos democráticos têm mais valor epistêmico do que outros procedimentos democráticos. Entretanto, isto não afasta a possibilidade de decisões democráticas incorretas, serem moralmente incorretas.

¹⁹⁶ MARTÍ, José Luis. Defesa da Concepção Epistêmica da Democracia Deliberativa: razões, correção e autonomia política igualitária. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.13, n.20, p.15-58, jan./jun.2011.

¹⁹⁷ Ibid., p.27.

O poder dos tribunais em declarar a inconstitucionalidade das normas jurídicas sancionadas por órgãos democráticos é uma das características centrais das democracias constitucionais ou liberais, neste sentido, democracias deliberativas.¹⁹⁸

Nino, após criticar o controle de constitucionalidade levantando a questão contramajoritária na composição dos Tribunais que declaram a inconstitucionalidade, retoma a ideia de que a democracia deliberativa é o melhor procedimento para alcançar a real vigência dos direitos individuais, e que a dimensão ideal da Constituição a respeito dos direitos pode surgir da organização ideal do Poder, se esta organização puder aplicar-se na prática constitucional real.

Agrega-se uma questão substantiva, de defesa dos direitos fundamentais, na compreensão de democracia deliberativa, fundamentando o exercício no controle de constitucionalidade, tanto para a tutela da democracia deliberativa, quanto para a proteção dos direitos humanos.

O fato de um sistema não utilizar o controle judicial de constitucionalidade das normas não gera, por consequência lógica, a supremacia da Constituição, pois a revisão é necessária mas prescinde ser judicial: *"La revisiónes necesaria, pero esta no tiene que ser necesariamente judicial. El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema"*.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A revisão judicial teve como partida o caso *Marbury versus Madison*, em que a decisão teve caráter de imposição, mas, como antecedente histórico necessário, cita-se também o *Bonham's case*, em que se discutiam os poderes atribuídos ao Colégio dos Médicos na concessão de licenças para os médicos na prática da medicina e o poder de expulsão e prisão dos sócios ou daqueles que praticavam medicina sem licença do colégio. Em 1605, o médico Thomas Bonham solicita ao Colégio o direito de administrar medicamentos, o que lhe é negado. Entretanto, Bonham exerceu medicina sem a licença do Colégio o que implicou multas culminando com sua prisão, por desacato. A controvérsia foi instaurada no *Common Pleas* cujo presidente era Edward Coke, Bonham arguia a seu favor o espírito da lei que previa a possibilidade do Colégio de Médicos impor multas, realizar prisões, aduzindo que a lei tinha como intenção evitar práticas médicas incorretas bem como o mau uso da medicina, e que os médicos formados em universidades estariam distantes da jurisdição do Colégio dos Médicos. O Tribunal acabou por decidir a favor do médico Bonham, prevalecendo a orientação ditada por Edward Coke, para que a autoridade do Colégio dos Médicos concedida pelo Rei baseava-se em duas cláusulas, a primeira era a prática ilícita da medicina sem a devida licença, que possibilitaria multa, e a outra era referente a má prática médica, que permitiria prisão, assim, Coke teria antecedido a ideia central da revisão judicial, uma vez que o colégio dos Médicos era parte e julgador, sendo que, basilar a *common law* é a ideia de que não se pode ser parte e juiz ao mesmo tempo, num processo que seja devido, concebendo a limitação da legislação vigente em face de preceitos na *common law*. (MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010).

¹⁹⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.269.

Nino pretende desenvolver uma compreensão de controle de constitucionalidade fraco, como exceção, pois acredita que o controle judicial possa ser um requisito lógico para o reconhecimento de direitos e da democracia.

Mesmo que a ausência do controle de constitucionalidade seja compatível com a supremacia da Constituição, a dimensão ideal dos direitos pode requerer o controle de outra forma, ainda que o controle de constitucionalidade não se depreenda da supremacia da Constituição, poderia derivar do reconhecimento de direitos individuais de uma Constituição ideal.

O processo democrático não pode ser o último recurso na proteção dos direitos individuais, sendo que a ideia de democracia liberal implica uma democracia limitada e que certos direitos não sejam violados, inclusive por decisões majoritárias. Esses direitos podem ser protegidos por mecanismos, tais como o controle judicial da constitucionalidade que se encontra fora do processo político, como já referido.

Para Nino, a visão de que os direitos são limites à democracia num sentido lógico não pode ser concebida. Do ponto de vista conceitual, os direitos protegem explicitamente interesses individuais, impondo limites à considerações referentes a interesses dos outros ou de toda a sociedade. Como exemplifica, é correto dizer que se alguém tem direito a algo, tal direito não pode ser desprezado pelo fato de que o interesse da maioria seria concebido se houvesse a privação do direito desta pessoa, entretanto, disso não se pode inferir que o direito seja uma barreira a todas as decisões majoritárias.²⁰⁰

Nino elabora uma teoria alternativa que conecta o valor da democracia e o controle judicial de constitucionalidade, para tanto, compreende que tal controle requer condições para seu exercício. Em virtude disso, pode-se dizer que não se trata de um controle de constitucionalidade forte, pois, se assim fosse, o valor epistêmico da democracia restaria comprometido. Quando os juízes interpretam a Constituição, e esta prevalece sobre a legislação ordinária, estão, em realidade, protegendo essas condições.

Há duas versões teóricas, uma mais deficiente e outra mais promissora, a versão menos convincente é a que requer qualquer aplicação da Constituição histórica para anular a legislação ordinária, como forma de preservar certas condições da democracia. Muitas vezes, parece que as disposições da Constituição histórica são

²⁰⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.274.

irrelevantes para o valor epistêmico do processo democrático, mas representam maneiras de preservar as condições do processo democrático.²⁰¹

A outra versão dos seus argumentos a favor do controle judicial da constitucionalidade baseia-se nos pressupostos ideais do processo democrático que possuem valor epistêmico, sendo que a superioridade epistêmica não é algo que surge do processo democrático somente pelo mero fato de chamar-se democrático, depende de certas condições positivas e negativas para o desenvolvimento do processo.

Nino traz três exceções que possibilitam e justificam o controle judicial da constitucionalidade das leis, associando-as ao próprio processo democrático. Duas exceções estão baseadas nas condições que fazem as decisões democráticas serem epistemicamente confiáveis. A terceira está fundada no fato de que tais decisões democráticas que são epistemologicamente confiáveis devem ser eficazes.

Considerando que o procedimento democrático não é uma atividade espontânea, mas produto de regras não arbitrarias que pretendem maximizar o valor epistêmico do procedimento, as regras que o regulam devem ser respeitadas e fiscalizadas.

O valor epistêmico depende de vários fatores, como a amplitude da participação na discussão daqueles potencialmente afetados pela decisão, a liberdade dos participantes de poder manifestar-se por si mesmo, a igualdade de condições para a participação, a satisfação de que as propostas sejam efetivamente justificadas, o grau com o qual o debate se fundamenta em princípios e não só em interesses, a necessidade de evitar as maiorias congeladas, a extensão em que a maioria apoia a decisão, a distância do tempo em que a maioria foi alcançada e, por fim, e a reversibilidade da decisão. As regras do processo democrático devem proteger e sustentar que as regras expostas tenham o maior grau de cumprimento e satisfação, para que as leis sancionadas sejam guias confiáveis de princípios morais.²⁰²

Claro que assegurar as regras do processo democrático não deriva exclusivamente do conteúdo das regras, ou seja, é necessário que se assegure seu respeito e cumprimento. Nino lembra John Hart Ely para conceder ao Poder Judiciário uma espécie de arbítrio no processo democrático. O objetivo central do árbitro é

²⁰¹ *"Es obvio que, sin embargo, muchas disposiciones de la constitución histórica parecen ser irrelevantes para el valor epistémico del proceso democrático. Además, incluso cuando ellas sean relevantes, son la mejor manera de preservar esas condiciones. De este modo, parece ser que esta estrategia de argumentación no conduce a la puesta en vigor de una dimensión histórica de la constitución, sino a la de la ideal, que puede o no coincidir con la primera".* (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.273).

²⁰² NINO, loc. cit.

velar para que as regras do procedimento, as condições e discussões democráticas sejam satisfeitas.

Retomando, conforme a primeira exceção, os juízes estão legitimados a controlar as condições internas do procedimento democrático porque os vícios procedimentais que afetam o valor epistêmico da democracia devem ser corrigidos através do controle judicial de constitucionalidade, o guardião dos direitos *a priori* deve ser o juiz, o que aproxima Nino da teoria de John Hart Ely.²⁰³

Nesse contexto, Nino indaga porque os juízes estariam em melhores condições que os órgãos democráticos para fazer tal análise? Inicialmente, aduz que o poder dos juízes não é nada mais do que o poder de qualquer cidadão, dado o fato de que todos podem diferir, em seu julgamento moral, daquele que emerge de um processo de discussão e tomada de decisão democrática. De outra forma, qualquer pessoa que queira pode determinar se as condições que dão valor epistêmico ao processo democrático estão sendo cumpridas, satisfeitas ou não e em que grau a satisfação ocorreu. Assim, o juiz não tem outra alternativa senão determinar se o processo coletivo que conduz a lei teve satisfeitas as condições de legitimidade democrática ou não.²⁰⁴

O princípio da legitimidade requer a continuidade da autonomia assegurada e promovida nas decisões políticas, sociais e econômicas. Postula, assim, que a expressão e capacidades de autogoverno opere tanto nas instituições formais do governo como em questões da vida diária. Neste sentido, é necessário que a ordem democrática estável encontre condições de igualdade e liberdade.²⁰⁵ As estruturas institucionais presentes no Estado Constitucional Democrático deve viabilizar a realização da democracia deliberativa.

Em segundo lugar, tendo em vista que a intervenção dos juízes é de natureza unidirecional, sua atuação dirige-se a ampliar o processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade das partes, mais igualdade e mais concentração sobre a justificação. Sob essa percepção, seria infundada uma decisão judicial de

²⁰³ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

²⁰⁴ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

²⁰⁵ STOTZKY, Irwin P. Crear las condiciones para la democracia. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). **Democracia Deliberativa y Derechos humanos**. Barcelona: Gedisa, 2004. p.189-225.

controle de constitucionalidade que anulasse uma legislação oriunda do amplo processo democrático com alto grau de participação e igualdade:

*Por supuesto, los jueces pueden estar, ya menudo están, equivocados en sus conclusiones acerca del funcionamiento del sistema democrático, pero el efecto más importante de una teoría procesal del control judicial de constitucionalidad es promover las condiciones que le otorgan al proceso democrático su valor epistémico.*²⁰⁶

Nino lembra, muitas das condições do processo democrático envolvem o conteúdo dos direitos individuais e da Constituição ideal, o que denomina, como dito, de direitos *a priori*. Trata como direitos *a priori* porque representam condições de validade do processo democrático, seu valor não está determinado por este processo, mas é pressuposto dele, logo os direitos *a priori* devem ser respeitados pelo processo democrático como pré-requisitos de sua validade.

Alguns dos direitos *a priori* são óbvios, como os direitos políticos ativos e passivos e a liberdade de expressão, entretanto, outros direitos geram indagação se são de natureza *a priori*, tratam-se dos direitos sociais ou do bem-estar. Nino sustenta que os direitos sociais são extensão dos direitos individuais, ou seja, o direito individual à vida, pode ser esvaziado se não houver atenção ao direito à saúde ou à alimentação, pois há bens fundamentais para a preservação e promoção dos direitos humanos; se tais bens não forem previstos, o processo democrático se deteriora.

No entanto, a proporção é inversa, quanto mais se amplia a qualidade epistêmica através da expansão dos direitos *a priori* para promover os bens que asseguram uma participação livre e igual, o número de assuntos que podem ser discutidos em última instância pelo processo democrático decresce.

Quando se ultrapassa certo limite mínimo da distribuição de direitos *a priori*, o sistema democrático, por sua tendência à imparcialidade, pode corrigir-se e melhorar, a fim de promover a participação igual e livre das pessoas. Mas se esse limite não é alcançado, há o aumento da fragilidade do processo de modo que a parcialidade das decisões, promovida pelas participações desiguais ou limitadas conduzirá a maiores desigualdades ou limitações para a participação das pessoas.

²⁰⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.274.

A partir dessa exceção, Nino retoma e modifica algumas conclusões anteriores, pois afirmava que a Constituição ideal dos direitos deriva da operação de uma Constituição histórica ajustada aos requerimentos da organização ideal do poder, agora, agrega o fato de existirem direitos *a priori* implícitos na organização do poder que devem respeitar a Constituição histórica, a fim de definir o grupo ideal de direitos.²⁰⁷

A segunda exceção à negativa do controle judicial de constitucionalidade relaciona-se à autonomia pessoal que surge, também, da relação entre o controle e o valor epistêmico da democracia. Nino traz argumentos que justificam a confiança no processo democrático quando comparado a métodos alternativos de tomada de decisões, para chegar a soluções moralmente corretas, sendo que isso depende de como se definem as soluções válidas ou corretas em termos de imparcialidade ou de igual consideração dos afetados. Saliencia que nem todos os padrões morais ou requerimentos dependem, para sua validade, da satisfação do requerimento da imparcialidade.²⁰⁸

Nino acredita em várias dimensões da moral, sendo que tais ideais de moral podem associar-se, de forma tangencial apenas, com a imparcialidade. Há uma moralidade pública intersubjetiva ou social e uma moralidade privada, aquela representa padrões, *standards*, normas que avaliam as ações através dos seus efeitos sobre indivíduos diferentes dos agentes, e a privada, autorreferente e pessoal, que representa ideais de excelência pessoal e virtude, que valoram as ações e efeitos acerca da vida ou dos agentes quanto a seu caráter. Nino atribui importância aos princípios morais que alicerçam os direitos humanos, não reconhecendo as normas jurídicas que os negam, ainda que produzidas de forma democrática.²⁰⁹

Nino, no livro *A Ética dos Direitos Humanos*, relata que tais direitos são tratados à luz do construtivismo ético de Rawls, que justifica racionalmente princípios morais normatizados. Argumenta que uma das causas do esvaziamento do conceito de moral é a desconfiguração da distinção entre a moral positiva ou social, que é o produto da formulação e da aceitação dos juízos através dos quais se pretende

²⁰⁷ *"Esta excepción a la negativa general al control judicial de constitucionalidad requiere realizar alguna modificación a las conclusiones que tomamos antes. Hemos dicho que la constitución ideal de los derechos deriva de la operación de una constitución histórica ajustada a los requerimientos de la organización ideal de poder. Sin embargo, existe un grupo de derechos ideales a priori implícitos en la organización ideal del poder con los que debe cumplir la constitución histórica para definir lo que queda de ese grupo ideal de derechos".* (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.277).

²⁰⁸ NINO, op. cit.

²⁰⁹ Id. **The Ethics of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

alcançar os princípios de uma moral ideal, ou crítica, que justifica escolhas e decisões. A única diferença entre os juízos da moral ideal e os juízos da moral positiva são sua validade e aceitabilidade respectivas, ou seja, a validade dos juízos da moral ideal e aceitabilidade da moral positiva.²¹⁰

O valor da autonomia moral implícita na prática do discurso moral é o valor mais específico e ilimitado da autonomia pessoal, e consiste na adoção de ideais pessoais por excelência e planos de vida baseados nesses ideais. A validade dos ideais pessoais independe do requerimento da imparcialidade, assim, a discussão e a tomada de decisão coletiva não são a forma mais confiável comparada à reflexão individual e à tomada de decisão para chegar a soluções moralmente corretas.²¹¹ A característica mais importante que permite desqualificar uma lei sancionada democraticamente devido à sua natureza perfeccionista está constituída no fundamento pelo qual esta tenha sido ditada.²¹²

Essa exceção vincula-se à necessidade de assegurar a prática constitucional como condição para a eficácia e operacionalidade do processo democrático, podendo o juiz desqualificar decisões democráticas contrárias à continuidade constitucional. Dito de outra forma, a lei que contrariar a Constituição põe em perigo a prática constitucional como um todo.²¹³

Através da limitação da Constituição ideal do poder às questões de moral intersubjetiva, percebe-se o domínio da Constituição ideal dos direitos acerca do reconhecimento da autonomia pessoal, por consequência, o direito de não ser coagido a partir de modelos de excelência pessoal faz parte do grupo de direitos *a priori* que são condições do processo democrático.

²¹⁰ NINO, Carlos Santiago. **The Ethics of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

²¹¹ Id. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

²¹² *"Un ejemplo extremo respecto del ideal personal es el que surge de la situación en la que el ideal de alguna persona sea matar a otro ser humano. El Estado o terceros individuos no podría interferir con esta acción fundando esta decisión en su objeción al ideal personal sobre el cual la acción se encuentra basada. En lugar de ello, el Estado sólo puede interferir porque este ideal personal implica la adopción de un estándar moral intersubjetivo inaceptable. La razón para no seguir los mandatos de una legislación perfeccionista es que su fundamento real es la imposición de un ideal de excelencia humana. Consideremos las leyes que penalizan la posesión de drogas incluso para consumo personal. Si la razón genuina de una ley como ésta es la de proteger a terceras personas (incluso si la base fáctica de este argumento fuera errónea), su validez debería discutirse a través del proceso democrático, no del judicial. Sin embargo, los jueces podrían invalidar la legislación si su objetivo fuera imponer un ideal de excelencia personal. Por este motivo, es esencial considerar las razones genuinas de las normas jurídicas, dado que ellas determinan la razonabilidad de su aplicación y su constitucionalidad"*. (Ibid., p.279).

²¹³ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p.169.

A exceção se fundamenta na diferença entre moral pública e moral privada, de que o processo democrático carece de valor epistêmico nas relações com questões referentes à moral pessoal. Tal convicção leva a sustentar que os juízes têm boas razões para considerar inválidas todas as normas de conteúdo perfeccionista.²¹⁴ Dito de outra forma, tem razões para invalidar aquelas normas que impõem compreensão sobre a ideia do bem, ou de vida boa, contra planos de vida particulares.

A discussão democrática não tem valor epistêmico para impor ideais pessoais que violem o princípio da autonomia moral. Portanto, qualquer juiz estaria legitimado para afastar a constitucionalidade de uma lei perfeccionista que imponha determinadas concepções de bem.²¹⁵

A terceira, e última exceção trazida por Nino não se baseia, ao contrário das outras, nas condições necessárias para reconhecer o valor epistêmico da democracia. Baseia-se no fato de que essas decisões democráticas que tem valor epistêmico sejam mais eficazes. O propósito do controle judicial de constitucionalidade é preservar a prática social ou a convenção dentro da qual a decisão opera, ou seja, da Constituição histórica.²¹⁶

Desenvolve a compreensão da Constituição histórica, sendo que o raciocínio jurídico ou prático pressupõe a necessidade de justificar uma ação individual ao invés de uma prática coletiva ou de uma convenção em que o agente deveria decidir se contribui ou não; a prática coletiva, para Nino, é a chamada Constituição histórica.

Em Nino, a prática coletiva é a Constituição histórica que, ao se justificar perante a Constituição ideal dos direitos e do poder, serve de base para ações e decisões individuais. Assim, o raciocínio deve levar em consideração qual a alternativa mais realista para respeitar a Constituição ideal dos direitos e do poder, caso não se tenha em conta a Constituição histórica. Em alguns casos, se veriam frustrados em maior medida os requerimentos da Constituição ideal, caso não se respeite a Constituição histórica moralmente insatisfatória, então, se deve seguir uma racionalidade do tipo

²¹⁴ GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría da Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.203-217.

²¹⁵ BUNCHAFT, Maria Eugênia. O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do judiciário à luz de Rawls, Habermas e Nino. **Periódicos da Universidade Federal de Santa Catarina**, v.10, n.3, p.55-83, dez. 2001. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2011v10n3p55/21552>. Acesso em: 12 jan. 2016.

²¹⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

do "segundo melhor", o que pode levar ao afastamento de alguns requerimentos da Constituição ideal:

Los jueces se ven entonces obligados a enfrentar esta tensión. Una decisión democrática puede afectar negativamente de un modo serio la convención que surge de la constitución histórica incluso cuando satisfaga el ideal constitucional respecto del poder y de los derechos.²¹⁷

A decisão democrática pode respeitar as condições da democracia liberal e deliberativa, entretanto, pode ser contrária ao estado de direito, ou, mesmo que não se desrespeitasse direitos, a prática social representada pela Constituição histórica poderia ser enfraquecida, e, em virtude desse enfraquecimento, as decisões democráticas restariam afetadas. A terceira exceção gera um dilema que lhe é inerente, a nulidade de uma norma sancionada democraticamente é revisada com argumentos de poder.

O juiz, ao declarar uma norma inconstitucional, a qual fora sancionada democraticamente, pode parecer que enfraquece a Constituição ideal, mas, na realidade, resulta na preservação da possibilidade de pôr em vigência as dimensões da Constituição complexa, que abrange a Constituição ideal e histórica.²¹⁸

O juiz deve equilibrar o dano imediato e os ideais participativos e liberais do constitucionalismo, *vis a vis*, ou seja, entre o mal que se causaria a esses ideais se a prática constitucional fosse afetada negativamente devido à decisão democrática infringida. Nesse julgamento, se justifica restringir o funcionamento da democracia, não para promover diretamente a democracia, como no primeiro caso judicial de controle da constitucionalidade, mas para preservar uma prática que outorga eficácia às decisões democráticas.²¹⁹

²¹⁷ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.280.

²¹⁸ *"Consideremos el caso en el que la decisión democrática infringe en forma clara el texto, que es el aspecto más saliente de la convención de acuerdo a las reglas tradicionales de interpretación. La decisión democrática puede ser impecable desde el punto de vista de los elementos del constitucionalismo liberal y participativo, pero ésta podría estar en contra del elemento que preserva el estado de derecho. Aunque no se vea violado ningún derecho, si se mantuviera la decisión democrática, la práctica social constituida por la constitución histórica podría verse debilitada y, como resultado de ello, la eficacia de las decisiones democráticas podría resultar enormemente afectada. En esta situación el juez puede intervenir en forma justificada para invalidar la ley democrática a fin de proteger la convención constitucional que garantiza la eficacia de las decisiones democráticas mismas".* (Ibid., p.281).

²¹⁹ NINO, op. cit.

Como visto, Carlos Santiago Nino traz três exceções que viabilizam o controle de constitucionalidade das normas em face da teoria epistêmica da democracia. A primeira exceção refere-se ao controle do procedimento democrático que depende de fatores como a amplitude da participação na discussão dos interessados na decisão; a segunda exceção se refere ao valor epistêmico da democracia pautado pela moralidade pública intersubjetiva ou social que consiste em *standards* que levam à avaliação das ações individuais diferentes dos interesses do povo; e a terceira é a Constituição como uma prática social.

O desenvolvimento da Constituição como prática social induz ao reconhecimento da Constituição histórica e dos valores morais inerentes ao conteúdo da Constituição, o que se entrelaça com a Constituição ideal de direitos. Verifica-se, assim, diálogo entre a democracia e o controle de constitucionalidade das leis, uma vez que se justifica o controle como instrumento para viabilidade das práticas democráticas e para a tutela de direitos fundamentais reconhecidos pela prática social, ou reconhecidos pelo fato social que, muitas vezes, é carente de proteção.

Os conteúdos reconhecidos pela prática social, pelo dinamismo da vida não necessitam da declaração de sua existência, é questão antecedente e pressuposta inerente à Constituição histórica, necessitam, isto sim, de proteção ao exercício dos direitos reconhecidos pela prática social, protegem-se escolhas de vida. Neste campo, o controle de constitucionalidade das leis deve ser tido como instrumento de democracia em virtude da valorização dos conteúdos morais e humanos da prática social.

Nino ressalta que, em muitas situações, a melhor forma de intervenção judicial não é a invalidação total de uma norma, em lugar disso, devem-se adotar medidas que promovam o processo de deliberação pública ou a consideração mais cuidadosa por parte dos corpos políticos. Cita a possibilidade de algumas leis poderem ser objeto de veto pelos juízes, ou seja, a possibilidade destes juízes emitirem "veto suspensivo" sobre uma lei, dando ao Legislativo o poder de anular a decisão dos juízes depois de empreenderem maior discussão e tomarem uma nova decisão sobre o tema.²²⁰

A prática social, a Constituição histórica, diante do dinamismo das relações sociais, pode levar ao reconhecimento de novos direitos alinhados à Constituição ideal ou à novas identidades que trazem direitos de minorias.

²²⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

A Constituição histórica, neste sentido, pressupõe algo já trabalhado na tese, o caráter vivo da Constituição que liga o passado, presente e futuro podendo atribuir novas interpretações àquilo que se compreende como constitucional. Assim, a compreensão da Constituição histórica, em face de novas identidades ou de novos direitos atribuídos a identidades constitucionais existentes, exige a análise da Constituição ideal de direitos no caso concreto, no caso exposto em que se discute a releitura, a atribuição ou cerceamento de um direito referente a certa identidade, constitucional ou não.

Das três exceções trazidas por Nino, a terceira se sujeita à maior parte de críticas e descrenças e deve ser compreendida retomando a ideia inicial do autor, qual seja, de uma teoria alicerçada num controle de constitucionalidade fraco que possibilite o diálogo entre instituições e participação do povo na construção dos sentidos da Constituição, em especial, diante da Constituição histórica como prática social.

Caso contrário, a terceira exceção, a defesa ampla da prática social, poderia resultar num controle de constitucionalidade forte, ou muito forte, o que, diga-se de passagem, sempre foi objeto de críticas de Nino. Dessa forma, serão analisadas as críticas à terceira exceção diante de um dos importantes argumentos de Nino em relação à Constituição histórica que é a ideia de soberania dispersa.

2.5 DESCENTRALIZAÇÃO E SOBERANIA DISPERSA

Nino acredita na capacidade da democracia para alterar as preferências das pessoas porque, através do diálogo, a democracia transforma as preferências autointeressadas em preferências imparciais, lembrando que o diálogo difere do consenso.

As decisões da maioria sofrem limitações através do balizamento dos direitos fundamentais das minorias, pois o cidadão no exercício de sua autonomia política não pode ir contra o sistema de direitos que constitui esta autonomia.²²¹ Ao contrário de Habermas, não compreende o consenso como algo constitutivo de decisões justas, sua posição sustenta que a democracia deliberativa é o método mais confiável para atingir decisões justas. Devem-se resolver as barreiras práticas das desigualdades e

²²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1.

a profunda pobreza nas comunidades político-democráticas. É através das utopias legítimas que se estabelece um modelo ideal de sociedade a que se pretende chegar.²²²

A democracia depende do grau de cumprimento das condições do processo democrático, o que lhe dá valor epistêmico, e requer, também, a satisfação de condições através de arranjos institucionais.

Assim, ao contrastar os contextos sociais e o desenho institucional, vê-se o reflexo de diferentes graus de satisfação das necessidades dos cidadãos. Nino cita: *"los mismos arreglos institucionales pueden producir diferentes grados de satisfacción de las condiciones subyacentes al valor epistémico de la democracia dependiendo de factores históricos, culturales y psicológicos"*.²²³

O autor traz, como conteúdo da Constituição ideal dos direitos, aqueles identificados e fundamentados nos princípios da autonomia, da inviolabilidade e dignidade da pessoa, que derivam da prática social do discurso moral. A justificativa da democracia e a fundamentação do controle judicial de constitucionalidade incluem relações entre as diferentes dimensões da Constituição complexa, estando apoiada, explícita ou implicitamente nessa visão dos direitos.

A ideia de pluralismo vai ao encontro de um sistema democrático no qual ninguém possa falar em nome da totalidade do povo, porque a vontade popular se encontra dispersa em vários espaços, em várias dimensões temporais e funcionais. O constitucionalismo tem sentido no pluralismo, eis que, numa comunidade homogênea, o constitucionalismo seria supérfluo.²²⁴

As diversidades, o pluralismo, nas sociedades atuais são resultado e, ao mesmo tempo, fundamento das diversas concepções do bem, logo carecem de formas eficientes para promover unidade e coerência que tendam a preservar a pluralidade.²²⁵

Nino demonstra que, na dimensão temporal, há uma divisão entre a expressão da Constituição, interpretada por instituições como a Corte Suprema, e expressões atuais refletidas em eleições e sanções legislativas. Seja no aspecto temporal ou espacial, a vontade popular, num contexto plural, é dispersa em vários cenários sociais.

²²² NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

²²³ Ibid., p.203.

²²⁴ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²²⁵ Id. **Just interpretations**: law between ethics and politics. Berkeley: University of California Press, 1998. p.1/4.

Esta dispersão é consequência do pluralismo e deve ser levada em consideração pelo constitucionalismo.

No que tange às funções do Estado, a soberania popular se espalha entre diferentes corpos e funcionários que devem reagir positiva ou negativamente às decisões tomadas, o pluralismo celebra essa dispersão a fim de evitar a tirania, pois impede que alguma facção monopolize o poder, a fim de se representar contando com o apoio de todo o povo.

Nino refere que nem a maioria nem a minoria são capazes de controlar todos os locais de poder quando há tantos atores a se encontrarem tão separados uns dos outros. Inclusive, ao pressupor legitimidade da representação, é necessário decidir como transformar a vontade expressa em níveis temporais, espaciais e funcionais tão diferentes em uma decisão que represente a conclusão aprovada pela maioria depois de um debate aberto e amplo.²²⁶

Mesmo assim, não há nenhuma garantia de que os resultados das várias visões diferentes reflita a conclusão pessoal e majoritária de todas as pessoas envolvidas que participaram do debate livre e aberto.

De acordo com as regras gerais, a falta de decisão faz o *status quo* prevalecer, pode-se argumentar que a dispersão da soberania cria um governo passivo que protege a situação atual, onde a estrutura social contém formações corporativas fortes ou grupos de interesses arraigados, como ocorre na América Latina. A necessidade de acumular muitas volições para tomar uma decisão enfraquece o poder político, produzindo resultado oposto daquele buscado pelo pluralismo.²²⁷

A soberania popular, conforme todo o poder emana do povo, a partir da teoria do discurso compreende: o princípio da ampla garantia legal do indivíduo proporcionada através de uma justiça independente; o princípio da legalidade da administração e seu controle judicial e parlamentar e o princípio da separação dos poderes, que visa impedir que o poder social se tranforme em poder administrativo sem antes passar pelo filtro da formação comunicativa do poder.²²⁸

Em relação à dimensão espacial da soberania dispersa, inclui-se o grau de descentralização da unidade política em questão, como no Brasil e na Argentina, em

²²⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.230.

²²⁷ NINO, op. cit.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1. p.212-213.

que há, ao menos, três esferas diferentes que praticam políticas democráticas, a local, a regional e a federal ou a local, a provincial e nacional, que contemplam uma estrutura complexa de poder.

A avaliação das diferentes formas de federalismo, no contexto da teoria da democracia defendida, resulta de uma tarefa complexa, mais do que outros temas, tais sistemas dependem do contexto histórico e sociológico de cada país. A distorção causada pela dispersão espacial da soberania ou o obstáculo da deliberação coletiva causado pelo tamanho da unidade da qual as decisões são tomadas, poderia ser resolvida através da modificação das estruturas federais onde a distorção é mais evidente. Uma vez que se opere essa reforma, criar-se-ia uma profunda descentralização, de modo que os temas de importância fossem discutidos e decididos a nível estadual e inclusive local.²²⁹

Nino defende que, dentre as reformas da Constituição histórica, poderia-se superar as distorções da representação que ocorrem a nível nacional, por exemplo, o bicameralismo que introduziu o Senado, foi uma invenção importante, em outro momento histórico, uma vez que, nos Estados Unidos da América, existiam indivíduos discriminados em certas regiões. Assim, um tipo de reforma é adotar um parlamentarismo unicameral, isso impediria que o Senado bloqueasse iniciativas que têm apoio popular refletido na Câmara dos Deputados.

O terceiro tipo de reforma da Constituição, para Nino, encontra inspiração numa espécie diferente de federalismo, ao invés de dividir assuntos em federais e provinciais, o que representa uma classificação complexa que enfraquece a cooperação, o tipo novo separa o processo de decisão do processo de implementação. Os representantes das posições majoritárias e minoritárias alcançadas a nível provincial poderiam discutir assuntos no parlamento nacional com representantes de outras províncias. Assim, *"muchas cuestiones podrían resolverse a nivel provincial por las legislaturas o a través de consultas populares. Luego, los senadores y diputados de cada provincia podrían implementar esas soluciones a nivel nacional"*.²³⁰

²²⁹ *"Una vez que se opere esa reforma se crearía una profunda descentralización, de modo que temas de crucial importancia sean discutidos y decididos a nivel provincial o incluso local. Esto podría lograrse si servicios públicos como la educación secundaria y universitaria pudieran ser administrados por los estados o las provincias. Lo mismo podría hacerse en relación con la legislación sustantiva, como los códigos penales y civiles, como ocurre en Estados Unidos pero no en otros países federales tales como Argentina. Por supuesto, esto facilitaría la discusión colectiva sobre estos temas, poniendo énfasis en las peculiaridades de cada provincia o ciudad"*. (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997. p.233).

²³⁰ Ibid., p.235.

Desde o ponto de vista da concepção deliberativa de democracia epistêmica, representação é entendida como uma delegação aos eleitos com o poder de continuar a deliberação, o que permitiria a continuidade do debate e a discussão de temas entre representantes e representados superando o tempo das eleições.

Há regimes democráticos que transitam do parlamentarismo até o hiperpresidencialismo, sendo que a forma de governo tem ligação direta com o exercício da soberania. No sistema presidencialista, o consenso popular apresenta duas expressões da soberania popular, a formação do Legislativo e do Executivo. Outra variável a se ter em conta para definir um sistema de governo se refere ao alcance das diversas expressões do consenso popular.²³¹

Ao estudar os sistemas de governo, Nino demonstra que, no exercício da soberania, o povo protagoniza um processo paralelo, pois sabe que, por anos, nada os interrogará acerca de sua vontade em confirmar ou rechaçar os mandatos daqueles que elegeram, surgindo um certo sentimento de irresponsabilidade. Dessa forma, mais importante que a perda do consenso é a dificuldade em reconstruir esse consenso dentro do sistema presidencialista. Tal conclusão implica a retirada considerável das condições que outorgam o valor epistêmico para o funcionamento do governo democrático, e podem também implicar na pobreza dos seus resultados morais.²³²

Nino estuda o desenho institucional e a formação do Poder Judiciário para compreender os sistemas de direitos e a organização do poder, estando os Tribunais em uma tensão entre o equilíbrio dos reclamos da Constituição histórica e da Constituição ideal. Ressalta-se que a relação entre tais compreensões de Constituição são marcantes e necessárias num contexto pluralista como o latino-americano, pois, se a Constituição como prática social deve estar aberta à compreensão das transformações, deve estabelecer a tutela dos direitos trazidos pela Constituição ideal, principalmente aqueles afetos aos direitos humanos e às conquistas sociais.

²³¹ Para Nino, o sistema presidencialista traz consigo a personificação do poder e isso debilita as estruturas institucionais, pois as expectativas e pressões são concentradas em uma pessoa, qualquer problema, como a perda da popularidade, da credibilidade, enfermidades físicas, necessariamente incidem sobre a totalidade das estruturas institucionais. A transformação entre os partidos gerada por um sistema presidencialista também constitui uma característica disfuncional do sistema. Como assinala Juan Linz, a natureza da soma zero das eleições presidenciais é causada pela indivisibilidade do lugar do poder pelos partidos. (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997).

²³² Ibid., p.242-243.

Assim, a análise de Nino, ao admitir o controle de constitucionalidade em casos excepcionais, traz a ideia dessa tensão e o desafio da atuação dos juízes para promover uma democracia deliberativa dentro do marco de uma Constituição complexa.

Williams, ao explicar a teoria de Nino, assenta que os direitos humanos derivam de princípios morais que podem assegurar acordos e reduzir conflitos a partir de certas condições fixadas para a discussão, estabelecendo como podem ser os princípios morais. Esta concepção, como dito, baseia e valora a autonomia do sujeito diante da capacidade de eleger seus próprios valores.²³³

A prática social do discurso moral levaria a uma concepção normativa da constiução entendida como a afirmação dos direitos humanos. Sendo que a prática social do discurso moral ultrapassa o tempo e supera interpretações:

*Hay, de hecho, paradigmas universales de injusticia y sinrazón. Consisten en gente que utiliza el poder para ejercer coerción sobre otras personas contra su voluntad con el fin de que aseguren lo que las primeras personas quieren simplemente porque lo quieren, y negándose a escuchar lo que otras personas tienen que decir si va contra lo que están haciendo. Éste es un paradigma de injusticia porque las instituciones de la justicia, donde sea que se encuentren y sean las que sean, tienen como fin erigirse precisamente contra ello. Lo posible no es de por sí lo correcto es la primera verdad necesaria, una de las pocas, sobre la naturaleza de lo correcto.*²³⁴

A tutela dos direitos humanos qualifica a prática constitucional e as instituições que exercem jurisdição tem o dever de afastar a coerção ilegítima de pessoas e grupo sobre os demais. A aproximação entre a Constituição ideal e a histórica pressupõem um desenho institucional que aproxime a interpretação das normas às realidades vividas, nesta aproximação posiciona-se o controle difuso de constitucionalidade das leis, sendo que as decisões ligam o passado, presente e futuro.

O recurso a uma Constituição "atrincheirada", arraigada, é tratado por Nino, tendo em vista que a dispersão temporal da soberania influi na qualidade epistêmica da democracia, pois se deve obedecer, no tempo presente, às decisões passadas, desta sorte, as decisões democráticas adquirem um *déficit* democrático com o passar do tempo. Como refere: "*Con el tiempo, la decisión anterior no refleja más los nuevos*

²³³ WILLIAMS, Bernard. En el comienzo era el acto. In: SLYE, Ronald C.; KOH, Harold Hongju (Orgs.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p.65-77.

²³⁴ Ibid., p.70.

intereses de las personas o los intereses de los individuos nuevos".²³⁵ Salienta que não se pode recorrer à ideia de democracia instantânea que se adapte às novas pessoas e demandas, mas pode-se recorrer à compreensão de consentimento tácito a fim de explicar o motivo pelo qual decisões passadas podem ser válidas para obrigar o tempo presente.

De outra forma, se as decisões não se modificam, pode-se presumir que há uma maioria a favor delas, ou que não querem assumir os riscos da respectiva modificação. Neste sentido, no intuito de modificar o *status quo*, devem existir procedimentos que garantam às pessoas decidir com base nos interesses presentes, com base nas maiorias presentes. Nino parte dos argumentos de Stephen Holmes, para quem os limites da regra da maioria adotados no passado expandem-se às maiorias do presente, o que pode ocorrer através do pré-compromisso voluntário.²³⁶

As decisões são tomadas tendo como base decisões prévias, o que leva à indagação, e conseqüente conclusão, de que as maiorias presentes não poderiam decidir sobre tudo, todas as matérias. Nino reitera, para que a democracia tenha valor epistêmico, as decisões precisam ser debatidas e pautadas pela decisão majoritária, não é óbvio que uma maioria passada esteja em melhores condições para decidir e estabelecer procedimentos corretos.

Tendo em vista que a democracia protege interesses que podem ser justificados sobre princípios imparciais, seu funcionamento deve atentar que tais interesses não são instantâneos, mas se estendem pelo tempo, alcançando interesses do futuro:

*Muchos intereses son por cuestiones que sucederán en el futuro. Es por el bien de todos, por lo tanto, que una vez que estos intereses han sido legitimados por la discusión pública y la decisión mayoritaria, la sociedad garantice su cumplimiento a pesar de los cambios de personas o de sus intereses. Estas observaciones no son de mucha ayuda dado que no existe ninguna teoría conclusiva en el presente acerca del peso de las decisiones pasadas y de la justificación de su atrincheramiento, el mejor consejo práctico es proceder con cautela. En mi caso, no recomendaría, por ejemplo, establecer un procedimiento de reforma constitucional que fuera equivalente al de la sanción de una ley.*²³⁷

²³⁵ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997, p.251.

²³⁶ *En su explicación, Holmes recurre, como Ackerman, a la alegada calidad superior de la decisión mayoritaria expresada en la constitución. Esta explicación, como ya lo he sostenido, es dudosa a la luz de las deficiencias democráticas de ese momento. Holmes presenta un argumento más persuasivo cuando señala que no pueden tomarse todas las decisiones a la vez. Entonces, las decisiones presentes pueden ser tomadas sobre la base de algunas decisiones pasadas.* (Ibid., p.252).

²³⁷ Ibid., p.253-254.

Nino atrela o controle de constitucionalidade a casos excepcionais e a reformas formais e explícitas ao desenho institucional do Estado, para que o Poder Judiciário possa reconhecer um sistema de direitos ou uma melhor organização de poder. Isso, como dito anteriormente, reforça a tensão dos Tribunais em estabelecer o equilíbrio entre os reclamos da Constituição histórica e os ditames da Constituição ideal. Em virtude disto, avalia a forma de atuação dos juízes para promover uma democracia deliberativa dentro do marco de uma Constituição complexa.

A identificação da Constituição histórica com uma convenção social, num contexto histórico, que pode ser materializada num texto que inclui regras de reconhecimento e outras normas do sistema jurídico, deve ser compreendida como elo entre o constitucionalismo e o pluralismo.

A Constituição como uma convenção social tem relevância do ponto de vista interno do argumento de justificação, pois as decisões dos agentes políticos não são ações individuais isoladas, sua eficácia deriva de um sistema de ações, atitudes e expectativas mutuamente interconectadas.

Para Nino, a decisão do juiz não é mais que uma contribuição a uma prática social em constante evolução, será operativa apenas se integrante de uma rede de atitudes e condutas que compreendam essa prática. Ademais, essa prática e convenção solucionam problemas de coordenação sobre a base de certos fatores como é o caso do texto constitucional a ser observado.

O tipo de argumento utilizado na prática da justificação de uma ação ou decisão conta com a estrutura em dois níveis: o primeiro, requer avaliar a justificativa da prática baseada em princípios autônomos, tais como aqueles que conformam a Constituição ideal dos direitos, caso o primeiro nível permita justificar a prática, é possível passar ao segundo, no qual se analisa a prática em si para determinar a decisão.²³⁸

As práticas constitucionais e jurídicas não geram resultados unívocos, há passos a seguir. Como dito, na tarefa de interpretar e aplicar a Constituição histórica incluem-se questões de moralidade social que fazem da Constituição substantiva a ideal. Nino refere que, na prática, parte da Constituição histórica tem configuração como um telhado, sendo necessário, em primeiro lugar, buscar apoio em decisões e ações previstas para justificar outras ações e decisões. Ao tomar uma decisão dentro

²³⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

do marco de uma prática constitucional, é então preciso tentar satisfazer os princípios da Constituição ideal, isso faz preservar e aperfeiçoar a prática em sua totalidade.

Na teoria de Nino sobre o controle de constitucionalidade, ao examinar os princípios da moralidade social defendidos sobre a base dos pressupostos da prática social da discussão moral, volta-se aos princípios da autonomia, inviolabilidade e dignidade da pessoa.

Gargarella reitera que Nino se pronuncia a favor de uma democracia deliberativa que parece como um sucedâneo de um discurso moral ideal em que os membros de uma sociedade fixam as bases da organização de sua vida comum. Neste sentido, os resultados desses acordos, num discurso moral ideal, diz-se imparcial, pois expressam pontos de vistas de diferentes integrantes da sociedade.²³⁹

Gargarella analisa a teoria de Nino à luz do constitucionalismo popular, trazendo as três exceções permissivas do controle de constitucionalidade: a garantia do processo democrático, o resguardo da autonomia individual e a preservação da prática constitucional histórica. Entretanto, reitera: a democracia deliberativa propõe o debate e deliberação sobre as questões de moral pública, ou seja, aquelas questões em que os interesses de terceiros podem ser afetados, sendo que questões de moral privada estariam fora da deliberação coletiva.²⁴⁰

Portanto, diante da teoria de Nino, a democracia deliberativa representa a forma mais adequada para alcançar a imparcialidade das decisões, porque é através do debate público que se alcança a verdade moral, já que, no debate, os possíveis afetados pela decisão devem participar das deliberações.

Gargarella elabora uma ligação entre a teoria de Nino e o constitucionalismo popular, a partir de vetores e características dessa espécie de constitucionalismo. Para tanto, demonstra, com base em autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack

²³⁹ GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría da Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.203-217.

²⁴⁰ Conforme a Nino, *"la democracia deliberativa se distingue por su potencia epistémica respecto de aquellas cuestiones de interés común. Ello quiere decir que el proceso de discusión pública nos ayuda, mejor que procesos alternativos, al 'conocimiento' – y finalmente a la adopción de - soluciones imparciales. Las razones que explicarían la fuerza epistémica de la discusión son varias. Entre otras, la discusión puede ayudarnos a corregir errores lógicos o fácticos en nuestras propuestas; puede abrirnos al conocimiento de información relevante, de la que carecemos; nos obliga a argumentar en términos impersonales (ya que nadie votaría la propuesta de otro que dijera: 'debe seguirse este curso de acción simplemente porque es el que más me conviene); nos obliga, consecuentemente, a pensar en las pretensiones de los demás – y en las posibles objeciones de nuestros pares frente a nuestras propuestas-; y contribuye, finalmente, a educarnos en la convivencia cívico-democrática"*. (Ibid., p.204).

Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker e Mark Tushnet, um ponto central da teoria, qual seja, a desconfiança frente ao elitismo do pensamento jurídico contemporâneo do Poder Judiciário.

Retomando a premissa de que o poder pertence ao povo, o constitucionalismo popular assenta-se nas seguintes características, ou objetivos: desafiar a supremacia judicial removendo a Constituição das mãos dos Tribunais; contrariar uma sensibilidade antipopular; buscar uma interpretação extrajudicial da Constituição; realizar uma releitura crítica do controle de constitucionalidade; encontrar o direito fora do direito e estimular a participação popular nas estruturas políticas e econômicas.²⁴¹

Percebe-se que o constitucionalismo popular tende a negar o controle jurisdicional da constitucionalidade das normas. Gargarella analisa as exceções trazidas por Nino e critica o fato de Nino deixar nas mãos da justiça a decisão referente as suas três exceções. Assim, desenvolve o elo entre a teoria de Nino e o constitucionalismo popular sobre a análise do controle judicial da Constituição, a interpretação, a supremacia judicial e a sensibilidade antipopular.²⁴²

Como dito, o poder dos juízes não difere do poder de qualquer cidadão para aplicar determinada regra jurídica, e que a intervenção judicial se justifica para evitar medidas perfeccionistas ou para ampliar o espaço do debate democrático.

Gargarella, ao criticar Nino, menciona que, ao preservar a autoridade judicial às três exceções do controle de constitucionalidade, não implica que os juízes decidam as questões como faria qualquer outro cidadão, mas, ao contrário, não se pode dizer que os juízes tenderão a atuar como qualquer cidadão, mas como um cidadão de um setor bem específico da sociedade.²⁴³

No que tange à interpretação, o fato de Nino agregar às questões de autonomia individual outras questões, como, por exemplo, questões de direitos sociais, traz a ampliação dos casos de controle de constitucionalidade sobremaneira. A questão central é saber se os direitos sociais constituem ou não direitos *a priori* para o debate democrático. Neste sentido, Gargarella argumenta, conforme o constitucionalismo

²⁴¹ GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría da Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.203-217.

²⁴² GARGARELLA, op. cit.

²⁴³ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, n.6, p.55-70, abr. 1997.

popular, que a ampliação das possibilidades do controle jurisdicional implica grande risco às decisões e ao processo democrático.

Acerca da supremacia judicial, Nino demonstra a necessidade de reservar ao Poder Judiciário a proteção de certos direitos, mas, ao mesmo tempo, critica a supremacia judicial. A teoria epistêmica da democracia traz o estudo do desenho institucional do Estado e por consequência, deixa espaços a alternativas para o dizer da última palavra. No mesmo sentido, o constitucionalismo contemporâneo estimula espaços de diálogo e deliberações entre instituições e grupos, como referido.

Parece admissível que os direitos *a priori* podem levar à análise de direitos sociais, principalmente em países periféricos, com graves desigualdades materiais, como o Brasil. Locais em que, apesar de haver políticas públicas tendentes à inclusão social e à diminuição da desigualdade, muitas vezes, os direitos sociais, fruto de conquistas sociais, são espoliados. Parece que neste sentido, é plausível que, dentre os direitos *a priori*, estejam os direitos sociais do trabalhador e demais direitos sociais.

Nino, ao vincular a democracia deliberativa ao desenho institucional escolhido, traz um ideal de conversação contínua, o que pode ser compreendido como manifestação da soberania e da atuação popular. Como refere Gargarella:

En definitiva, y lo que importa para el presente propósito, el legado teórico que dejara Nino parece llevarse bien, en principio, con un modelo institucional diseñado a partir del ideal de una "conversación continua" (ongoing dialogue) de la que participan de modo iguales distintas ramas de gobierno, y en donde se le reserva a la ciudadanía un papel todavía protagónico.²⁴⁴

Gargarella, ao analisar o direito, a sociedade e uma sensibilidade antipopular, lembra que Nino preocupava-se com a filosofia analítica ao invés da sociologia do direito, o que afastou sua investigação das formas alternativas de pensar o direito. Entretanto, Nino defendia uma prática jurídica justificada, recorrendo à metáfora da construção de uma catedral para demonstrar o trabalho conjunto através do tempo, como referido antes.

Verifica-se, Nino enfatiza que direitos reconhecidos como parte de uma Constituição substantiva incluem o direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade de consciência, à liberdade de educação, à privacidade, à intimidade, à propriedade

²⁴⁴ GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.214.

peçoal e ao trabalho, ao comércio, à indústria, às contribuições positivas do Estado para com a autonomia, igual liberdade frente às discriminações ilegítimas, às garantias processuais. A Constituição ideal do poder está baseada sobre uma justificação de democracia apoiada na transformação dos interesses das pessoas através do processo da discussão participativa e da decisão majoritária.

A justificação da característica participativa do constitucionalismo parece não deixar muito espaço para o controle de constitucionalidade judicial. Isso é realidade quando se demonstra que o controle não é uma consequência lógica do reconhecimento da supremacia da Constituição ou dos direitos individuais. Numa teoria epistêmica da democracia, o controle judicial da constitucionalidade se encontra legitimado como um meio de assegurar que se encontrem presentes as condições possíveis para alcançar valor epistêmico à participação coletiva. Tais condições incluem os requisitos do processo coletivo de discussão e tomada de decisões para gerar uma dinâmica tendente à imparcialidade.

Gargarella não afirma a existência de uma sensibilidade antipopular na teoria de Nino, apesar de acreditar na existência de contradições na teoria. De um lado, a teoria institucional de Nino marcava-se pelo liberalismo através de uma grande preocupação com os direitos individuais, baseado na ideia da desconfiança com as maiorias, como criticam os constitucionalistas populares. Entretanto, na última década do seu trabalho, houve um forte impulso democrático e igualitário, o que se deu, para Gargarella, em virtude da reconstrução democrática da Argentina.

Mesmo diante de aparentes contradições, a teoria apresenta-se como importante instrumento para uma visão contemporânea do direito, principalmente no cenário latino-americano, diante da retomada do espaço democrático e das dificuldades impostas nesse caminho.

A complexidade do constitucionalismo traz a relevância dos argumentos de justificação: o componente *a priori* da Constituição ideal de direitos, a Constituição ideal do poder e o desenho institucional, lembrando a necessidade de verificação de se a Constituição histórica está em conformidade com os requerimentos da Constituição ideal do poder, incluindo os pressupostos de uma Constituição ideal de direitos.

Para Nino, a dinâmica da Constituição histórica indica, presumidamente, o conteúdo *a posteriori* da Constituição ideal do poder, incluindo os pressupostos de uma Constituição ideal de direitos. As constituições ideais devem servir como parâmetros

para interpretar a Constituição histórica, de modo a ser possível empregá-la para justificar ações e decisões individuais.

Assim, a justificação da Constituição histórica sobre a base da ideal está condicionada pelo apoio da Constituição histórica para que sejam satisfeitos os requerimentos da Constituição ideal, de outra forma, para Nino, a Constituição histórica tem impacto na Constituição ideal. Deve apoiar-se na Constituição histórica a fim de satisfazer a Constituição ideal.

Os três elementos do constitucionalismo que fazem parte do início da análise de Nino estão em tensão permanente: o reconhecimento dos direitos, a democracia participativa e a preservação do estado de direito (*rule of law*), entretanto, a fim de equilibrar a tensão, todos aqueles que participam da prática jurídica: juízes, legisladores e cidadãos, devem alcançar um equilíbrio permanente entre o perfeccionismo da prática, de acordo com os ideais de democracia liberal, e a preservação da sua continuidade. Por vezes, Nino revela que se torna necessário alterar a prática constitucional para maximizar sua legitimidade moral arriscando sua continuidade, em outras ocasiões, é tão importante prevenir que se quebre a continuidade da prática para permitir-se soluções que são menos satisfatórias do ponto de vista moral, embora estejam justificadas, a longo prazo, sobre a base de outra consideração moral.

Gargarella estuda as exceções que permitem o controle de constitucionalidade na teoria de Nino e indica algumas críticas aos argumentos do autor. Inicialmente, examina a justificação histórica elaborada por Alexander Hamilton no momento da criação da Constituição Americana, em que eram comuns as críticas dirigidas à possibilidade dos juízes impugnarem a validade das leis. Alexander Hamilton foi quem defendeu, então, o controle de constitucionalidade, através do "El Federalista" n.º 78, mas ele advertiu para as seguintes indagações: como podem os juízes terem a capacidade de reverter decisões tomadas pelo legislativo enquanto representante da cidadania? De que forma, numa sociedade democrática, podem os juízes, que não estão sujeitos ao periódico escrutínio popular, ter sua voz prevalecendo sobre a voz da cidadania?²⁴⁵

Afastando as implicações antidemocráticas do controle, Hamilton se encarregou de responder às suas observações, defendendo que o Judiciário tem a capacidade de negar a validade de uma lei, o que não implica sua superioridade sobre o legislativo,

²⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, n.6, p.55-70, abr. 1997.

como também não afronta a vontade soberana do povo; muito pelo contrário, a decisão vem reafirmar a vontade popular, de maneira que, ao se anular a lei, o juiz preserva a supremacia da Constituição, que é o documento que representa a vontade popular. Para Gargarella, Hamilton buscava com esses argumentos, inverter as críticas então presentes ao controle da constitucionalidade das leis, afirmando que essa era uma prática valiosa como forma de assegurar a vontade das majorias. Embora entenda a popularidade das argumentações de Marshall e Hamilton, Gargarella refere que, atualmente, existem, pelo menos, três razões significativas para contraditar estes argumentos em favor do controle judicial.²⁴⁶

Após demonstrar as deficiências de justificação dessa tarefa judicial, o autor faz uma análise crítica de outra série de argumentos contemporâneos em defesa do controle judicial. Suas observações críticas têm como alvo aquelas posturas que defendem o controle de constitucionalidade das leis nas quais os juízes, em especial das Cortes Supremas, se ocupam de decidir todos os tipos de questões constitucionais e conservam, nessa tarefa, a última palavra institucional.

O primeiro argumento reside no caráter histórico, porque a Constituição não reflete, necessariamente, a vontade do povo, pois grande parte do povo era (no caso da Constituição norte-americana), ou ainda continua sendo, ignorado ou excluído (escravos, negros, mulheres), e, assim, não participa direta, ou até mesmo indiretamente, do processo constitucional.²⁴⁷

O segundo é o argumento intertemporal, desenvolvido basicamente por Bruce Ackerman. Acreditando na possibilidade da sociedade se autoconvocar e participar ativamente do processo de criação constitucional, com o passar do tempo, esse consenso popular obtido poderá não mais coincidir com a vontade atual dos cidadãos. Gargarella reitera que Hamilton e Ackerman poderiam argumentar que o surgimento de novos consensos amplos e relevantes, como os obtidos no consenso constitucional original, não é fator que possa, por si, descartar o valor do controle judicial, pois os juízes poderiam declarar inválidas todas aquelas leis que forem contrárias à Constituição ou que sejam contrárias aos acordos sociais surgidos após a sua promulgação.²⁴⁸

²⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, n.6, p.55-56, abr. 1997.

²⁴⁷ Ibid., p.57.

²⁴⁸ GARGARELLA, op. cit.

Ainda que essas objeções feitas pelos defensores do controle judicial ao critério intertemporal estejam sujeitas a uma série de inconvenientes, o fato é que elas já exigem que o controle judicial seja realizado de uma forma diferenciada, mais profunda do que a forma como é exercida.

Outra crítica reiterada por Gargarella refere-se ao argumento de interpretação, que exige a admissão das peculiaridades do momento da promulgação da Constituição e a necessidade de que os juízes façam respeitar os acordos então existentes, anulando as leis que venham a contrariá-los. Ocorre que os defensores do controle judicial não levam em consideração o caráter problemático existente na tarefa de interpretação constitucional; é como se ela fosse automática, como se bastasse ler a Constituição, e assim dizer o que os constituintes diziam e que nós ou algum de nós tivesse esquecido.

Na realidade, os juízes vão muito além da simples leitura da Constituição, e, em alguns casos, incorporam ao texto soluções normativas que não estavam, ao menos explicitamente, contidas nela. Gargarella traz o exemplo do aborto, a maioria das Constituições nada dizem do assunto, a exemplo de uma infinidade de outras questões, mesmo assim, os juízes assumem a tarefa de desentranhar possíveis respostas nos interstícios da Constituição.²⁴⁹

Gargarella rebate o argumento voltado à crise dos órgãos públicos, pois tanto o Poder Executivo como o Legislativo (majoritários) encontram-se em crise e não mais representam adequadamente a vontade da maioria, além do fato de que o Poder Legislativo atende somente a interesses de determinados grupos de poder ou mesmo os próprios interesses. Neste sentido, a decisão judicial poderia suprir essa falta de imparcialidade que distingue as decisões legislativas. Para Gargarella, essas considerações não são plausíveis, caso a visão de democracia aceita diga que há razões para deferir a criação legislativa às maiorias ou a seus representantes, então, o que se pode fazer, diante de uma "crise de legitimidade dos órgãos públicos", é aperfeiçoar esses mecanismos majoritários e não os descartar ou se desfazer deles.²⁵⁰

Acerca dos argumentos mais contemporâneos, contestados por Gargarella, assenta-se a proteção dos direitos das minorias. Tendo em vista que a democracia se orienta a satisfazer as pretensões da maioria, necessita-se de um procedimento

²⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, n.6, p.59, abr. 1997.

²⁵⁰ Ibid., p.62.

que ajude a salvaguardar os interesses das minorias, e isso estaria reservado ao Poder Judiciário. Para o autor, o simples fato do Poder Judiciário possuir o caráter não majoritário (instituído assim para a defesa das minorias, ou seja, não representa as maiorias, numericamente falando), não significa que ele represente ou tenha alguma conexão especial com a infinita diversidade das minorias que existem na sociedade (homossexuais, deficientes, etc.). Além disso, o que levaria a pensar que os juízes pretendem defender as minorias?!²⁵¹

Outro argumento rebatido por Gargarella é a alegação de que, por não estarem os juízes sujeitos a pressões eleitorais, por terem tempo para decidir com relativa tranquilidade, poderiam, assim, realizar um bom raciocínio e tomar decisões imparciais. Para os defensores do controle, os juízes são indivíduos especialmente capacitados para exercê-lo devido às próprias condições de sua função, seriam, portanto, mais idôneos na hora de tomar decisões conflitivas, suscetíveis de afetar a sorte de indivíduos ou grupos com interesses contrapostos.²⁵²

Apesar de não refutar a importância dos argumentos, Gargarella entende que várias razões podem afastá-los. Primeiro, é o caráter elitista na medida em que as reflexões individuais ou até mesmo de pequenos órgãos judiciais colegiados, em matéria de questões constitucionais, não garantem decisões imparciais de um modo mais apropriado que uma decisão coletiva que poderá atingir mais diretamente todos aqueles potencialmente afetados pela decisão a ser tomada.

Para Gargarella, os defensores do controle judicial entendem que o raciocínio judicial constitui um paradigma do tipo de raciocínio devido àquelas questões constitucionais básicas, em especial na sociedade atual marcada pela multiplicidade de concepções do bem em disputa, caracterizada, segundo Rawls, pelo pluralismo. Segundo o autor, mesmo que Rawls negue estar defendendo diretamente a revisão judicial das leis, de modo indireto, promove uma justificação possível a isso, na maneira em que defende que o Poder Judiciário seria o único que, dentre os poderes do Estado, "aparece como uma criatura da razão e somente da razão". Os juízes estão obrigados a dar as razões de suas decisões, buscando bons argumentos. Para Rawls, os juízes devem estar isentos de concepções religiosas ou filosóficas, não podendo

²⁵¹ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, n.6, p.55-70, abr. 1997.

²⁵² Ibid., p.63.

apelar para concepções pessoais acerca de ideais de virtude, moralidade e políticos. Devem adotar valores que formem parte da "concepção pública de justiça".²⁵³

Tendo em vista as críticas trazidas por Gargarella e as exceções permissivas ao controle de constitucionalidade desenvolvidas por Nino, a exceção voltada à Constituição histórica, realmente aumenta as possibilidades do controle jurisdicional das normas.

Compreendida a Constituição histórica como prática social, e permitindo o controle de constitucionalidade para satisfazê-la e protegê-la, abre-se grande espaço de incidência do controle, o que implica deixar de ser uma exceção para tornar-se uma regra. De outra forma, a proteção da Constituição histórica não pode ser um instrumento para justificar um controle de constitucionalidade forte, o que seria inevitável no desenvolvimento da última exceção trazida por Nino.

Em contrapartida, a teoria da proteção da Constituição histórica pode ser lida como ligação à proteção das identidades históricas e culturais, muitas vezes, carente de tutela no contexto do constitucionalismo latino-americano. Isso não como uma forma ampla de sujeitar-se ao controle, mas de ter o controle como instrumento de proteção de identidades, agregada ao debate público, ou seja, que a Constituição histórica, nessa última exceção, esteja vinculada apenas à análise do caso concreto, das especificidades locais e regionais, a ponto de permitir o controle.

Entretanto, isso não retiraria o assunto de retorno ao debate e discussão pública, tampouco da atuação do Poder Legislativo para o diálogo, ao contrário, consoante o sistema constitucional brasileiro, contar-se-ia com o retorno do debate na arena legislativa, ou a outros grupos e espaços institucionais, através de audiências públicas, debates institucionais ou instrumentos de pressão, como o protesto.

A análise da questão constitucional, diante de um caso concreto, poderá alcançar efeitos externos, através de mecanismos constitucionais e procedimentais de expansão dos efeitos da decisão. A questão é que, em relação à terceira exceção trazida por Nino, muitas das críticas podem ser superadas com a ampliação dos espaços de decisões, ou melhor, com a análise da constitucionalidade diante do caso concreto, que pretenda compreender o alcance da Constituição histórica em contextos sociais diversos, ao mesmo tempo que é orientada pela Constituição ideal de direitos.

²⁵³ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, n.6, p.67, abr. 1997.

Se a Constituição histórica imprescinde da prática social, se o pluralismo traz práticas sociais e culturais distintas, a análise da Constituição, diante da teoria de Nino, não pode ser abstrata e distante destas realidades social e do pluralismo inerente ao constitucionalismo.

3 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 trouxe um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos a fim de verificar a adequação e compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e os conteúdos normativos da Constituição, tanto na forma difusa como concentrada.

A verificação da compatibilidade normativa vertical, muitas vezes, é atrelada aos princípios da supremacia da Constituição e da rigidez constitucional. Como refere José Afonso da Silva, a supremacia fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Sendo que, tal conformidade é aferida tanto na forma de ação como na forma de omissão, uma vez que a omissão de providências necessárias à aplicação das normas da Constituição gera inconstitucionalidades.²⁵⁴

A superioridade da Constituição Federal é efetivada na proporção da maior dificuldade para a elaboração e modificação das normas constitucionais, o que traz a ligação entre rigidez constitucional e controle de constitucionalidade. Há necessidade de retirar do ordenamento jurídico normas contrárias à Constituição Federal, pois no sistema se estabelece distinção entre lei constitucional e lei infraconstitucional, principalmente quanto ao processo de elaboração e modificação.²⁵⁵

Em regra, a fiscalização da constitucionalidade manifesta-se nos Estados que adotam Constituições rígidas, porém, não é impossível a existência da fiscalização nos regulados por Constituições flexíveis. Se a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional, revelando a incompatibilidade entre os conteúdos da lei ordinária e da lei fundamental, a inconstitucionalidade formal pode se manifestar em face de uma Constituição flexível.

Acerca da Constituição flexível, embora a normativa constitucional não seja rígida, a violação ao procedimento para a elaboração das leis poderá consistir em inconstitucionalidade. Como explica Clève, a alteração do procedimento ou a modificação do órgão competente dependerão de lei criada de acordo com o procedimento e

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

competência respectiva, logo, "a Constituição flexível possibilita a emergência de inconstitucionalidade formal, mas jamais de inconstitucionalidade material".²⁵⁶

A inconstitucionalidade por ação abrange a produção de atos legislativos ou administrativos contrários às normas e princípios da Constituição, a incompatibilidade vertical pode ocorrer por ofensas materiais ou formais aos preceitos e normas da Constituição.

As ofensas materiais traduzem a incompatibilidade de conteúdo do preceito da lei e ato normativo com o conteúdo da Constituição, enquanto as ofensas formais ligam-se aos procedimentos estabelecidos e às competências trazidas pela Constituição.

Em relação à inconstitucionalidade formal, a incompatibilidade pode estar presente na ofensa ao processo legislativo, na fase de iniciativa legislativa, por exemplo, numa iniciativa reservada a certo órgão ou autoridade que não é cumprida; ou em relação à competência dos entes federados, como ocorre na matéria de competência exclusiva da União que é material e indelegável, conforme o art. 21 da Constituição Federal, em sendo tratada por outro ente federado.

Clève lembra que, no Brasil, a inconstitucionalidade formal assume uma dimensão superlativa, na proporção que a Constituição Federal traz vários dispositivos de natureza regimental, disciplinando, de modo quase minucioso, o processo legislativo. Salienta o autor: "a distribuição de competências, inclusive da legislativa, entre os entes integrantes da federação, incluídos o Distrito Federal e os Municípios, torna a problemática ainda mais relevante".²⁵⁷

Claro que o vício formal não se encontra apenas na fase inaugural do processo legislativo, cuja análise se esgota na verificação da competência e das atribuições dos entes federados, órgãos, e demais pessoas titulares do poder de deflagrar o procedimento legislativo.²⁵⁸

Há vício formal também diante do descumprimento do *iter*, do caminho do procedimento legislativo descrito na Constituição, quando, por exemplo, dado projeto de lei ordinária, após discussão na respectiva casa legislativa, recebe emenda e, ao

²⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.31.

²⁵⁷ *Ibid.*, p.39.

²⁵⁸ Cita-se a iniciativa geral para tratar de matérias indeterminadas, art. 61 da Constituição Federal; a iniciativa privativa do Presidente da República, art. 61 § 1.º da Constituição Federal, a iniciativa reservada ao Tribunal de contas, art. 73 da Constituição Federal, iniciativa concorrente, art. 60, I, II, III, da Constituição Federal; iniciativa exclusiva da Câmara dos Deputados ou do Senado, artigos 51, IV e 52, XIII da Constituição Federal.

invés de retornar a casa inaugural, segue para a sanção ou veto presidencial, encaminhando-se, após, à fase final do procedimento legislativo ordinário.

Salvo simples emendas de redação, a ausência de envio do projeto de lei ordinária emendado para a Casa inaugural desrespeita o trâmite procedimental previsto na Constituição, consoante o art. 66, *caput*, da Constituição Federal. Outra possibilidade debatida é a inconstitucionalidade formal da lei por falta de decoro parlamentar no trâmite do processo legislativo.²⁵⁹

A inconstitucionalidade material é a aferição da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais diante da proteção dos direitos humanos; dos objetivos, princípios fundamentais e fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como dos conteúdos materiais na Constituição.²⁶⁰

Outra análise em relação à ofensa das normas da Constituição é trazida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao trabalhar a inconstitucionalidade por violação das técnicas constitucionais de validação condicional e por violação das técnicas constitucionais de validação finalística. Nessa teoria uma norma imuniza outra quando disciplina sua edição ou quando delimita seu conteúdo.²⁶¹

Para demonstrar a ligação necessária entre conteúdo dos direitos com a inconstitucionalidade material, traz-se Alexy que, ao tratar da força vinculativa dos

²⁵⁹ A discussão sobre a ausência de decoro parlamentar e a consequente inconstitucionalidade formal por vício de decoro parlamentar, surgiu a partir do esquema de corrupção no Congresso Nacional, chamado "mensalão", aferido na Ação Penal 470 no Supremo Tribunal Federal, que levaria aos parlamentares votarem em certo sentido, com base nas diretrizes do governo, através da compra de votos. Neste sentido é questionada a ausência de decoro parlamentar, diante do art. 55, § 1.º da Constituição Federal. Art. 55. § 1.º da Constituição Federal. "É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas". A tese apresentada pelo Ministro Joaquim Barbosa, seguida pela maioria dos Ministros, em síntese defendia que a Emenda Constitucional 41/2003 não representava a vontade popular exercida através dos parlamentares, por que sua promulgação resultou da compra de votos através do pagamento em dinheiro, o que corrompe o sistema de garantias fundamentais do Estado Democrático. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso: 17 fev. 2016).

²⁶⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio da pragmática da comunicação normativa. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

²⁶¹ Dentro dessa teoria, uma norma imuniza outra norma quando disciplina sua edição ou quando delimita seu conteúdo. A norma válida é a norma regularmente imunizada em virtude de qualquer das duas hipóteses. Uma decisão legislativa pode ser elaborada estipulando-se as condições para isso ou estabelecendo-se os fins a serem atingidos. Presentes as condições para a elaboração segue-se a decisão, validade condicional. Na segunda hipótese, liberam-se os meios, desde que alcançado o fim determinado, é a validade finalística. A imunização pode ser do procedimento para a edição da norma, uma vez que a norma superior traz as condições para a elaboração da norma, sem, porém, trazer objetivo. Observados os trâmites previstos, sem perquirir o conteúdo, a norma estará imunizada, será válida do ponto de vista pragmático. Já na imunização do conteúdo, relato da norma, a norma superior determina a finalidade a ser atingida pela norma inferior. (FERRAZ JR., op. cit.).

direitos fundamentais e sua aplicação necessária pelos tribunais, através do que denomina justiciabilidade destes direitos, refere que direitos fundamentais são os direitos dos homens transformados em direito positivo:

Direitos dos homens insistem em sua institucionalização. Assim, existe não somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto, que exista um Estado que concretiza tais direitos. A institucionalização inclui, necessariamente, justicialização.²⁶²

Outra perspectiva que conduz à importância dos conteúdos materiais da Constituição é a mencionada por Chueiri e Sampaio em virtude da fundamentalidade dada aos princípios, sendo que, para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral, o que não implica moralização, mas critérios, ou melhor, conteúdos morais.²⁶³

Ainda em relação aos conteúdos materiais, Kozicki e Barboza ensinam que a doutrina brasileira, como a europeia do pós-guerra, foi influenciada por teóricos da teoria substantiva norte-americana, na qual impera o *judicial review*, que permite um controle substantivo da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo e incompatíveis com os valores substantivos da Constituição.²⁶⁴

Vale lembrar que a manutenção e preservação da Constituição histórica e ideal de Nino revelam atenção a questões morais, pois a norma em si traz conteúdos morais. Assim, o direito como integridade e o caráter interpretativo da norma jurídica trazem a análise da materialidade dos conteúdos da Constituição distante do viés puramente descritivo pregado pelo positivismo.

Os direitos como trunfos são preexistentes e identificados numa comunidade de princípios.²⁶⁵ Reafirma-se a tese dos direitos de Dworkin que, apoiada nos direitos

²⁶² ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.63, jul. 1999.

²⁶³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada n.º 91. **Revista de Direito Fundamental da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, n.9, p.45-66, jan./jun. 2009. Disponível em: <www.direito.fgv.br>. Acesso em: 17 nov. 2013.

²⁶⁴ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/>. Acesso em: 23 nov. 2012.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

individuais principalmente, compreende o direito de igual consideração e respeito como trunfos contra a maioria.

A inconstitucionalidade material expressa uma violação a conteúdos, uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a ordem infraconstitucional e a Constituição. Como lembra Barroso, o vício de inconstitucionalidade material ou formal reproduz a mesma consequência jurídica, "a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada".^{266,267}

Os conteúdos são trazidos por todos os dispositivos da Constituição, trata-se de parâmetros para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos, não há dispositivo constitucional despido de normatividade, o preâmbulo, os princípios, os preceitos, os conteúdos programáticos são normas jurídicas, e, portanto, servem de parâmetros para o controle de constitucionalidade.

Além da inconstitucionalidade por ação, ligada aos vícios materiais e formais, como dito, tem-se a inconstitucionalidade na ausência, na omissão. O constituinte de 1988 trouxe mecanismos de controle da inconstitucionalidade na omissão, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Canotilho assevera que o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não-fazer, a um simples conceito de negação, pois a omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado a fazer.

A omissão legislativa ganha significado autônomo e relevante ao conectar-se a uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional. Assim, as omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição.²⁶⁸

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.49.

²⁶⁷ Tavares faz outra leitura em relação à matéria apresentada, compreendendo inconstitucionalidade material como uma questão de nomoestática, em virtude do conteúdo normativo, enquanto a inconstitucionalidade formal se refere a uma problemática de nomodinâmica, própria da dinâmica do procedimento legislativo. (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.1.021.

Outra questão refere-se à possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão implicar na inconstitucionalidade por ação. Jorge Miranda adverte que algumas omissões parciais implicam inconstitucionalidade por ação em virtude da violação do princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas situações, e não a todas que deveriam ser igualmente contempladas pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção dos Tribunais a declarar inconstitucionais as normas legais que contenham essas omissões ou, eventualmente, a estenderem ou a reduzirem seu âmbito.²⁶⁹

Quer seja a incompatibilidade material ou formal, quer seja a inconstitucionalidade por ação ou omissão, o controle de constitucionalidade das leis no sistema constitucional brasileiro, atualmente, conjuga a forma abstrata e a forma difusa, entretanto, pela análise da evolução do controle de constitucionalidade, constata-se que nem sempre foi assim.

A Constituição Federal de 1988, no que tange ao controle de constitucionalidade das leis, tem regime orientado tanto pela tradição romano-germânica, como pela *common law*, através da técnica do *judicial review*, ao se adotar o sistema de controle abstrato e o sistema de controle difuso, do caso concreto, no controle das leis e atos normativos. Trouxe um modelo misto de controle de constitucionalidade, com as influências do modelo difuso de origem norte-americana, para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

O controle de constitucionalidade também se caracteriza pelo vasto número de instrumentos processuais destinados à fiscalização dos atos normativos, dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais diante do caso concreto. Às várias ações constitucionais, próprias do modelo difuso, acrescem-se os instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade tais como: ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A junção dos dois modelos de controle de constitucionalidade não se deu de forma linear no tempo, pois foram trazidos em momentos distintos fazendo nascer

²⁶⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo V. p.116.

um sistema de controle repressivo de constitucionalidade misto em relação ao processo objetivo de controle, via ações próprias e na análise do caso concreto.

Traçar características históricas do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é relevante para a análise do fato histórico e da normatividade respectiva. No mais, a evolução histórica reflete a ligação entre a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos em momentos históricos e sociais diferentes. Como se verá, o controle difuso inaugura a ideia de controle de constitucionalidade no Brasil e o controle abstrato é trazido em períodos de exceção.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O controle de constitucionalidade no Brasil não contou com o modelo difuso e concentrado, como um sistema misto, desde a primeira Constituição do Brasil, ao contrário. A primeira Constituição sequer trazia um sistema de controle de constitucionalidade. De sorte que o sistema de controle se desenvolve no Brasil à luz de influências estrangeiras. Num primeiro momento não há um sistema previsto constitucionalmente, seguindo-se a tradição francesa.

Noutro momento, na fase republicana, por influência do direito norte-americano e do *Caso Marbury v. Madison*, adota-se o sistema de controle difuso no Brasil; e, posteriormente, agregam-se instrumentos do controle abstrato de constitucionalidade. Como será analisado, a evolução, ou desenvolvimento, não ocorreu de forma linear, entretanto, atrelada ao momento social e histórico ao qual se refere.

A primeira Constituição do Brasil remete à fase imperial. O constitucionalismo forma-se no Brasil através da 1.^a Constituição, lembrando que a engenharia institucional do Estado Moderno parte da premissa de Montesquieu acerca da necessidade de separação de poderes a fim de que um poder limite o outro, caso contrário, o Poder, de forma tendenciosa, iria oprimir o cidadão.²⁷⁰

Mesmo diante das características locais pós-descobrimento, a Constituição brasileira de 1824 sofreu influência das ideias do estado moderno e do liberalismo clássico. Assim, antes de tratar da primeira Constituição brasileira no que tange ao controle de constitucionalidade, evidenciam-se algumas questões históricas.

²⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Devido à ocupação de terras portuguesas por tropas de Napoleão, em 1808, ocorre a vinda da família real para o Brasil e institui-se a colônia brasileira chamada de Reino Unido a Portugal e Algarves. O Brasil sofreu influência do êxito do movimento de libertação das colônias Britânicas da América, iniciando um espírito nacionalista. Como menciona Ferreira, mudou-se o curso da história brasileira, a imprevista instalação da Corte portuguesa no Brasil encerrou um ciclo histórico, como antes ocorreu nas colônias britânicas da América do Norte.²⁷¹

Por exigência da nobreza portuguesa e pela Revolução do Porto, o Rei Dom João VI retorna à Portugal e deixa no Brasil, seu filho Dom Pedro de Alcântara com D. Carlota Joaquina, o que contribuiu para o movimento de independência. Em 09 de janeiro, desrespeitando a ordem da Coroa Portuguesa que determinava seu retorno imediato a Portugal, Dom Pedro I resolve permanecer no Brasil, o que se denomina, na história, como "Dia do Fico", iniciando franco movimento constituinte. A Assembleia Constituinte era composta pela aristocracia intelectual brasileira graduada em Coimbra, e pela nobreza rural assentada sobre a base dos grandes latifúndios, que representavam uma elite mental, cultural e econômica.²⁷²

Após declarada a independência do Brasil em 07 de setembro de 1822, mesmo compreendendo que o processo de independência perpassa o ano de 1822 a 1825, é convocada a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com influências liberais, que restou dissolvida e substituída pelo Conselho de Estado criado por D. Pedro I.

Como referem Bonavides e Andrades, a convocação representou um ponto culminante do processo de articulações políticas, pois a luta pela independência era cotidiana. A Assembleia Constituinte representou elemento decisivo ao processo de independência do Brasil e está ligada ao processo constituinte. Ressaltam os autores que o Brasil não seguiu a orientação de outros países, não seguiu o regime republicano, as ideias liberais não tiveram esse desiderato. "Se, por um lado, os deputados Constituintes tinham sido eleitos livremente para redigir a primeira Carta Magna brasileira, por outro, todos os poderes monárquicos tinham sido preservados". Essa

²⁷¹ FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Conselho Editorial, 2003. 2003.

²⁷² SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

situação motivou D. Pedro I a dissolver a Assembleia e substituí-la pelo Conselho de Estado.²⁷³

Com base no cenário narrado, a Constituição de 1824 foi outorgada, em 25 de março de 1824, e durou cerca de 65 anos, baseada num poder centralizado e absolutista. O texto trazia o sistema monárquico de governo, a assunção ao poder dava-se de forma hereditária, sendo a permanência no poder vitalícia.

A forma de Estado era unitária e as antigas capitanias hereditárias transformaram-se em províncias que se subordinavam a um poder central e tinham um presidente nomeado e removido *ad nutum* pelo Imperador. A Constituição instituiu o sistema bicameral, tendo como órgãos Câmara e Senado e cria o poder Moderador que deveria ser exercido pelo próprio imperador.²⁷⁴

Dentre as funções exercidas pelo poder Moderador, destacavam-se: nomear parte dos Senadores, convocar Assembleia Geral extraordinariamente nos intervalos das sessões, sancionar decretos e resoluções da Assembleia Geral, nomear e demitir livremente os ministros de Estado, suspender magistrados na forma da lei, perdoar e reduzir penas impostas aos réus por sentença irrecorrível, conceder anistia em casos urgentes por conselho da humanidade e do bem do Estado, conforme o artigo 101 da Constituição de 1824.²⁷⁵

A organização dos Poderes compreendia o Legislativo, Executivo, Judiciário e o Poder Moderador, o qual interferia noutros poderes, podendo, inclusive, suspender magistrados. Acerca do Poder Judiciário, como refere Nequete, para a história do Poder Judiciário brasileiro interessa dois momentos legislativos, o decreto de 18 de

²⁷³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

²⁷⁴ BONAVIDES; ANDRADE, op. cit.

²⁷⁵ "Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial. Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condenados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado".

junho e o aviso de 28 de agosto de 1822 que se afastavam do aviso n.º 60 que estabelecia para os pretendentes de cargos públicos a condição de aderirem à causa da união e independência da pátria; e o decreto de 1.º de agosto, confirmado pelo aviso n.º 89, através do qual se declaravam inimigas as tropas enviadas de Portugal e ordenava aos Governadores das Províncias que negassem posse aos empregados despachados de Lisboa para servirem no Brasil.²⁷⁶

Em relação à possibilidade de alteração do texto, a Constituição de 1824 era semirrígida, isto é, parte de seu texto poderia ser modificado por lei e atos normativos de elaboração mais simples do que as normas da Constituição e outra parte das normas da Constituição era mais rígida e exigia um processo de alteração mais solene.²⁷⁷

A Constituição do império, do tipo semirrígida conforme o artigo 178, fazia diferenciação entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, apenas sendo constitucional o que se referisse aos limites e atribuições respectivas dos poderes públicos, aos direitos políticos e individuais. O que não fosse constitucional, isto é, não se referisse a tais temas, poderia ser modificado pela legislação ordinária sem haver ofensa à Constituição.^{278,279}

A Constituição Federal de 1824, sob forte influência do direito francês, inclusive quando a desconfiança com os juízes do velho regime, bem como, por consequência de uma Constituição semirrígida, não trouxe qualquer espécie de controle de constitucionalidade das leis. A extensão do poder atribuído ao Poder moderador também configura um fato que, à época, afastou a possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das normas.

Refere Bonavides, a Constituição do império, com influências do modelo francês no campo teórico, assemelhava-se ao modelo inglês na seara prática, e tendo como base o costume constitucional, viu prosperar uma forma de governo parlamentar híbrida e primitiva:

²⁷⁶ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário a partir da independência, I império**. Brasília: STF, 2000.

²⁷⁷ A Constituição do império era do tipo semirrígida, conforme o artigo 178, que fazia a diferenciação entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais a, apenas sendo constitucional o que se referisse os limites e atribuições respectivas dos poderes públicos, e aos direitos políticos e individuais. O que não fosse constitucional, isto não se referisse a tais temas poderia ser modificado pela legislação ordinária sem haver ofensa à Constituição. (SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011).

²⁷⁸ SILVA, J. A. da, op. cit.

²⁷⁹ "Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias".

Todavia, do ponto de vista doutrinário e fático, essa modalidade deveras se assemelhava ao modelo inglês. A Constituição real, desprezando a Constituição formal, decerto fora inspirar-se ali. Dominada pelas sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamim Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material.²⁸⁰

A influência do direito francês perde espaço diante do movimento em prol da proclamação da República e da instituição do sistema federado, à luz do sistema constitucional norte-americano. A tentativa frustrada de instalar o Estado Federado durante o Império, através das denominadas Assembleias Legislativas Provinciais, com base no artigo 1.º da Lei n.º 12.08.1834, e as insurreições populares, sob argumentos sociais ou separatistas, enfraqueceram o poder imperial e trouxeram o prenúncio dos ideais republicanos.²⁸¹ Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, em 1890 é eleita uma Assembleia Constituinte para elaboração da primeira Constituição Republicana.

Com a proclamação, no Brasil muda-se o eixo dos valores e princípios de organização formal do poder, os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembleia Nacional para a Constituinte de Filadélfia, depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudo-parlamentarismo inglês para o presidencialismo americano, como sintetiza Bonavides.²⁸²

As influências do direito constitucional norte-americano são relatadas por Silva e dão lugar à incorporação de regras básicas sobre o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Argumenta que se recorreu ao velho *writ of error* do Direito Anglo-Americano, segundo a formulação do *Judiciary Act*, traduzido quase

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.329.

²⁸¹ Citam-se como revoltas populares, início e local respectivos: a Revolução Farroupilha de 1835 no Rio Grande do Sul; a Cabanagem de 1835 no Pará; a Sabinada de 1937 na Bahia, a Balaiada de 1838 no Maranhão e a Revolução Praieiras de 1848 em Pernambuco.

²⁸² "Na sociedade o trabalho livre do imigrante, nomeadamente o italiano das lavouras de café, substituiu o braço servil do africano – prolongamento humano da era colonial nas instituições imperiais extintas em 1889". (BONAVIDES, op. cit., p.330).

literalmente no art. 59, § 1.º, do Decreto n.º 510, de 22.6.1890, de onde passou para o art. 59, n.º 2, e seu § 1.º, da Constituição Federal de 25.2.1891.^{283,284}

Ao lado do regramento constitucional, a Lei Federal n.º 221, de 20.11.1894, melhor definiu o modelo a estabelecer (art. 13, § 10) que "os juízes e tribunais apreciarão validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição". Para Clève, a exigência de que a inconstitucionalidade, para ser reconhecida pelo Judiciário, devesse ser "manifesta", derivava da jurisprudência dos tribunais americanos.²⁸⁵

Zavaski conceitua o controle incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos como poder-dever de qualquer juiz ou tribunal, a ser exercido inclusive de ofício, controle difuso, que, no Brasil, é previsto desde a idade da República, originariamente, no Decreto n.º 848 de 11.10.1890, que instituiu a Justiça Federal, reafirmado na Constituição de 1891, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos "quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais" (art. 59, § 1.º, a).²⁸⁶

A Constituição de 1891 era rígida e o sistema de controle de constitucionalidade das leis, difuso, que se efetivava diante do caso concreto. O artigo 90 da Constituição atribuía ao Congresso Nacional ou às Assembleias dos Estados a iniciativa de reforma da Constituição. Havia limites materiais e formais para o exercício do poder de

²⁸³ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁸⁴ "Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete. I - Processar e julgar originaria e privativamente: a) o Presidente da Republica nos crimes communs e os Ministros de Estado nos casos do art. 52; b)os ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade; c) as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros; d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; e) os conflictos das juizes ou Tribunaes Federaes entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e tribunaes de outro Estado. II - Julgar, em gráo de recurso, as questões resolvidas pelos juizes o Tribunaes Federaes, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1.º, e o art. 60. III - Rever os processos findos, nos termos do art. 81. § 1.º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas. § 2.º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos Tribunaes Federaes, quando houverem de interpretar leis da União".

²⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.17/18.

reforma da Constituição, visto que as votações e aprovações contavam com quórum em mais de um turno.²⁸⁷

O artigo 59, § 1.º, a, b, da Constituição de 1891, após a reforma de 1926, referia que competia ao Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso, as questões decididas pelos juízes e tribunais federais ou pelas Justiças dos Estados, quando se questionasse a validade ou aplicação de tratados e leis federais, ou a decisão fosse contra ela; quando se contestasse a validade de lei ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição; ou a decisão do tribunal considerasse válidos os atos ou essas leis impugnadas.

Para Clève, a reforma de 1926 à Constituição de 1891 não trouxe alterações radicais para o sistema, porém trouxe mais clareza aos dispositivos que tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário.²⁸⁸

Bastos tem outra percepção da reforma à Constituição de 1891, em 1926, que, marcada por traços racionalistas e autoritários, introduziu alterações no instituto da intervenção da União nos Estados, no Poder Legislativo, no processo legislativo, no fortalecimento do Executivo, nos direitos e garantias individuais e na Justiça Federal.²⁸⁹

A Constituição de 1891 consagrou os dois decretos de Campos Sales no Governo Provisório, instituindo a Justiça Federal, ao lado da Estadual e também o Supremo Tribunal Federal, como refere Baleeiro.²⁹⁰ O controle de constitucionalidade seria exercido por juízes e Tribunais, nos moldes do *Judicial Review* americano,

²⁸⁷ "Art. 90. A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias dos Estados. § 1.º Considerar-se-á proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, for aceita em três discussões, por dois terços dos votos em uma e em outra Câmara, ou quando for solicitada por dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembléia. § 2.º Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso. § 3.º A proposta aprovada publicar-se-á com as assinaturas dos Presidentes e Secretários das duas Câmaras, incorporar-se-á à Constituição, como parte integrante dela. § 4.º Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado".

²⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁸⁹ Celso Ribeiro Bastos argumenta: "Em conclusão, qualquer que seja o juízo que se faça sobre as virtudes desta Emenda, o certo é que ela não teve o condão de garantir longevidade ao Texto Constitucional. Ele estava fadado a ser varrido das nossas instituições também por um movimento armado em 1930, quando então se fecha o período hoje denominado Primeira República". (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.110).

²⁹⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

apenas para o caso concreto com efeitos entre as partes, por ser a lei incompatível com a Constituição Federal na análise de certo pedido.

No início da República, os juízes ordinários e os do Supremo Tribunal Federal hesitavam em exercer o controle de constitucionalidade. A consolidação do exercício ocorreu através do voto do ministro Pedro Lessa, no Supremo Tribunal Federal, em 1914, no julgamento do Habeas Corpus n.º 3.527. Interpretando a Constituição, art. 59, §1º, e art. 60, reconheceu a faculdade do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de normas do Poder Legislativo, bem como a inconstitucionalidade e ilegalidade de atos do Poder Executivo.²⁹¹

A primeira Constituição Republicana, distanciando-se dos regramentos imperiais, introduz no Brasil a ideia de jurisdição constitucional, ou, como refere José Afonso da Silva, de "justiça constitucional".²⁹² Tal jurisdição constitucional era exercida através do modelo de análise do caso concreto, o que se mantém, com exclusividade, até a Constituição de 1934.

A revolução de 1930 instituiu o Governo Provisório, através do Dec. 19.398 de 11 de novembro de 1930, encerrando a fase denominada "República Velha", resultando a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder. A derrocada da República Velha teve como fatores determinantes as fraudes eleitorais e o domínio das oligarquias. Barroso acresce ainda a crise econômico-financeira de 1929, a ascensão de uma pequena burguesia, o movimento contra o domínio oligárquico no Brasil, o tenentismo e o surgimento e descontentamento da classe operária em virtude do processo de industrialização desencadeado pós-1.ª Guerra.²⁹³

A Constituição de 1934 tem como traços característicos o caráter compromissário assumido pelo texto ante as divergências das forças políticas e ideológicas da época, bem como sua curta duração, pois promulgada em 1934 e abolida em 1937 com a instauração do Estado Novo.

²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n.250, p.197-227, 2009.

²⁹² SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. p.127.

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Trata-se de um estatuto que, apesar de assumir teses da Constituição anterior, rompeu com a tradição até então existente: a velha democracia liberal, e instituiu a democracia social com base nos preceitos propagados pela Constituição de Weimar.²⁹⁴

A Constituição Federal de 1934 manteve as regras referentes ao controle difuso de constitucionalidade, porém trouxe inovações importantes, criou um modo de exercício direto de controle da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção em Estado devido a inobservância dos princípios constitucionais especificados nas letras "a" até "h" do art. 7º, I, conforme o art. 12 § 2º.

Estabeleceu, no artigo 179, que só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, inaugurando então a ideia de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. É a primeira vez que a Constituição menciona a reserva de plenário na declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais.

Outra inovação refere-se à participação do Senado no controle de constitucionalidade. Atribui-se ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, o que se depreende do art. 91, IV da Constituição de 1934.²⁹⁵

A Constituição de 1934 trouxe o controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal, através da representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros devia ser previamente submetida a mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. Em relação ao controle difuso,

²⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁹⁵ "Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. Art. 91. Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; Art. 76. A Corte Suprema compete: III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal".

passou a exigir o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais e previu a suspensão pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional.²⁹⁶

O golpe de Estado levado a cabo por Getúlio Vargas, deflagrado em 10 de novembro de 1937, instituiu o Estado Novo e outorgou uma nova Constituição para o Brasil. A justificativa para sua implantação foi a "descoberta" de um plano, através do qual, os comunistas pretendiam chegar ao poder por meios violentos, o "Plano Cohen".²⁹⁷

Entretanto, a instauração do Estado Novo não representou uma ruptura, uma mudança abrupta, mas a consolidação de um processo de repressão que vinha sendo construído lentamente com a ajuda de intelectuais, políticos civis e militares.²⁹⁸

Além da centralização do poder, a Carta de 1937 trouxe o exercício do poder via decreto-lei; a previsão de um plebiscito para referendar a nova Constituição, que não ocorreu; a personalização do poder através de um líder carismático; a criação de um Conselho de Economia Nacional e a proteção dos trabalhadores pelo Estado.

Seitenfus refere que, entre outros argumentos, Getúlio Vargas justificou a decretação do Estado Novo, um estado de exceção, pela situação política caracterizada pela desorganização, pobreza e pelo caudilhismo regional que coloca em risco a integridade nacional, assim, justifica o reforço do poder central.²⁹⁹

Na manhã de 10 de novembro de 1937, o Congresso foi cercado pelas forças armadas e seus trabalhos suspensos. Oportunidade em que Getúlio Vargas analisa o impacto do plano Cohen. Ao invés de protestos e resistência, os deputados e senadores manifestam sentimentos de "indiferença e alívio". Vargas não se adapta às regras democráticas e ao princípio da alternância no poder, prolongando ao máximo o seu governo Provisório, de 1930 até 1934 e, auxiliado por Francisco Campos, impõe uma nova Constituição em 1937.³⁰⁰

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁹⁷ Como refere Lima, baseado na ameaça comunista, o chamado "perigo vermelho" e tendo como justificativa o plano Cohen (que na verdade foi um artifício astucioso de orientação comunista, cujo objetivo era a obtenção do poder) o chefe das Forças Armadas e o ministro da Guerra encaminharam ao Congresso a decretação de "estado de guerra", a qual foi aprovada pela grande maioria dos parlamentares. Depois de alguns dias, Vargas determinou que a polícia cercasse a Câmara, estabelecendo suspensão temporária das atividades do legislativo e outorgou a nova Constituição. (LIMA, Wesley de. Da evolução constitucional brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.11, n.49, jan. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4037>. Acesso em: 15 fev. 2016).

²⁹⁸ D'ARAUJO, Maria Celina Soares. **O Estado novo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

²⁹⁹ SEITENFUS, Ricardo. **A entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial**. Porto Alegre: EDIPUC RS, 1994. p.90-91.

³⁰⁰ SEITENFUS, op. cit.

A Constituição de 1937, chamada de "polaca" devido à influência da Constituição polonesa fascista de 1935, elaborada por Francisco Campos, não foi clara ao prever a ação direta de inconstitucionalidade, permanecendo o controle difuso de constitucionalidade e a exigência do art. 179 da Constituição de 1934, quanto à reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade.

Outra característica da Constituição de 1937 é a atuação do Presidente da República na determinação dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal, trata-se de outra norma tendente à centralização do poder nas mãos do Poder Executivo.

A Constituição trouxe o regramento de que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras restaria sem efeito a decisão do tribunal.³⁰¹

As características principais da Carta eram a coordenação entregue ao Presidente da atividade dos órgãos representativos, a possibilidade de indicação pelo Chefe do Poder Executivo de um dos candidatos ao cargo, a eleição indireta dos representantes dos Estados-membros na Câmara Federal e a eliminação do princípio da separação e independência dos poderes, de acordo com Pontes de Miranda.³⁰²

Verifica-se o movimento centralizador próprio do desenho do Estado Novo, que é a centralização do poder e a atrofia dos demais poderes, do Poder Judiciário e, principalmente, do Poder Legislativo.

A Carta constitucional de 1937 não disciplinou expressamente a ação interventiva, tampouco da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei

³⁰¹ "Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal". O artigo 96 parágrafo único restou revogado em 11 de dezembro de 1945, através da Lei n.º 18.

³⁰² PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**: 1937. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v.4.

declarada inconstitucional. Entretanto, como lembra Clève, pretendeu mitigar, diminuir a supremacia do Poder Judiciário.^{303,304}

Outra questão importante em relação à análise do caso concreto é que o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional e passou a ser disciplinado por legislação infraconstitucional. Além disto, o Código de Processo Civil de 1939 excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).³⁰⁵

Quando a Segunda Guerra já se aproximava do fim, Getúlio Vargas procurou atualizar o cenário do direito constitucional às novas realidades políticas com o término da Guerra. No início de 1945, através da Lei Complementar e Lei Constitucional n.º 9, realizaram-se Emendas na Carta de 1937, como a fixação de data para eleições, 2 de dezembro de 1945. Não se objetivava uma nova Constituição, apenas a continuação da Carta de 1937.

Além do cenário internacional, o acirramento na campanha eleitoral agregado à previsão de eleições para governos estaduais e para as assembleias legislativas estaduais redundaram na queda de Getúlio Vargas, em 29 de outubro de 1945, substituído pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares. Após esse fato, ocorreu a transformação do projeto inicial de reforma da Carta de 1937 para um projeto mais grandioso de elaboração de uma nova Constituição.³⁰⁶

José Linhares trabalhou para o retorno à ordem democrática, para tanto, tomou algumas providências e medidas de transição: substituiu os interventores nos estados por membros do Poder Judiciário, concedeu ao novo parlamento poderes de elaboração constitucional, extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional, terminou com o estado de emergência trazido pela Constituição de 1937. Revogou o artigo 177

³⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³⁰⁴ Em relação à opressão ao poder legislativo cumpre lembrar a conhecida passagem de Francisco Campos, jurista importante no desenvolvimento dos regimes ditatoriais, Estado Novo e ditadura militar: "A incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas, em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar". (CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal: 2001. p.47).

³⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008).

³⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

da Constituição que trazia a possibilidade de aposentadoria ou reforma de servidores civis ou militares, a juízo exclusivo do Governador, por interesse do serviço público ou conveniência do regime.³⁰⁷

Ainda, realizou a extinção do Conselho de Economia Nacional, concedeu autonomia às Universidades do Brasil, revogou a regra que permitia a intervenção do Presidente nas questões decididas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, art. 96, § único da Carta de 1937. Como referido, em dezembro de 1945 foram realizadas eleições para a Presidência da República e a Assembleia Nacional Constituinte, sendo que José Linhares permaneceu no cargo até a posse do presidente eleito, Eurico Gaspar Dutra.³⁰⁸

A Lei complementar n.º 13, de novembro de 1945, conferia ao Parlamento poderes constituintes, sendo que, em 1.º de fevereiro de 1946, ocorre a convocação da Constituinte e, em 18 de setembro de 1946, é promulgado o texto da nova Constituição.³⁰⁹

A Constituição de 1946 reintroduz no texto a tradição do controle judicial de constitucionalidade difuso, a partir da competência para o julgamento dos recursos extraordinários. Manteve-se a exigência da maioria absoluta para o julgamento e para eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade e a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.³¹⁰

O recuso extraordinário seria cabível quando a decisão fosse contrária aos dispositivos da Constituição, tratado ou lei federal ou quando se questiona a

³⁰⁷ José Linhares permaneceu na presidência de 29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946. (CENTRO DE INFORMAÇÕES DE ACERVOS DOS PRESIDENTES DA REPÚBLICA. **Apresentação**. Disponível em: <http://www.an.gov.br/crapp_site/default.asp>. Acesso em: 10 fev. 2016).

³⁰⁸ Centro de Informação de acervos dos Presidentes da República. Disponível em: <http://www.an.gov.br/crapp_site/default.asp>. Acesso em: 19 fev. 2016.

³⁰⁹ Ressalta-se, o Brasil no período da Segunda Guerra encontrava-se ao lado dos Aliados, destacando-se como principais potências: China, França, Grã-Bretanha, URSS, e os Estados Unidos. Lutavam contra os países do Eixo: Alemanha, Itália e Japão.

³¹⁰ Artigos 101, II, a, b, c; art. 200 e art. 64 da Constituição Federal de 1946. "Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". "Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal".

validade da lei. Referia-se às causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes, quando fosse questionada a validade de lei federal em face da Constituição, quando a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada; ou caso contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, ou, ainda, se a decisão recorrida julgasse válida lei ou ato local. Para a defesa dos princípios constitucionais sensíveis contra atos do poder público Estadual, a Constituição previu ação direta de inconstitucionalidade interventiva.³¹¹

Em outro momento, já através de Emenda constitucional, novidades foram introduzidas na sistemática do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. A Emenda constitucional n.º 16, de 6 de dezembro de 1965 criou a ação direta de inconstitucionalidade de caráter genérico.³¹² O controle de constitucionalidade sofreu inovação quanto a sua origem e tradição, através da Emenda Constitucional n.º 16, na vigência da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar.

A Emenda possibilitou que a lei pudesse estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado-membro. Lembra que esta possibilidade não foi repetida nas Constituições de 1967 e 1969, que confirmaram a ação direta interventiva, pela qual o Procurador-Geral da Justiça promoveria, perante o Tribunal de Justiça do Estado, a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município contrário a princípios indicados na Constituição Estadual, com pedido de intervenção pelo respectivo Estado-membro.³¹³

Clève ressalta ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída pelo regime militar, uma vez que pode

³¹¹ "Art. 8.º A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos n.ºs VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do n.º VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção". "Art. 7.º O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para: [...] VI - reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida externa fundada; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário".

³¹² Emenda Constitucional n.º 16/1965, alterou o artigo 101 da Constituição que trazia a competência do Supremo Tribunal Federal. "Art. 2.º da E/C 16: As alíneas c, f, i e k do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

³¹³ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

prestar-se a proteção de direitos e garantias fundamentais quando bem utilizada, o que vai de encontro à dinâmica de qualquer ditadura. A representação instituída não se confundia com a representação interventiva: "Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma coletividade política estadual. Por isso, apenas a violação dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador-Geral da República".³¹⁴ Já a representação genérica era instrumento apto à observância de todos os dispositivos da Constituição.

O problema constitucional para a ditadura militar surge desde o início, porque o novo regime requer uma nova Constituição. Barbosa expõe, da mesma forma que, em 1930, Vargas manteve em vigor a Constituição de 1891, em 1964 manteve-se a Constituição de 1946, contudo, "abertamente desrespeitada: João Goulart ainda se encontrava em solo brasileiro quando foi declarada vaga a Presidência da República, na madrugada do dia 2 de abril de 1964, pelo senador Auro de Moura Andrade, então presidente do Congresso Nacional". Seria difícil acreditar que o movimento civil e militar que depusera Goulart era uma revolução, pois se manteriam as regras do jogo, mas as excepcionavam casuisticamente, daí a emergência do ato institucional n.º 09 de 1964.³¹⁵

O Presidente Jango foi destituído pelo movimento militar de 31 de março de 1964, que inauguraria o período da ditadura militar até 1985. Foi instituído o denominado Supremo Comando da Revolução, chefiado pelos Militares, Gen. Costa e Silva, Brig. Francisco Correia de Mello e o Alm. Augusto Rademaker. O ato institucional n.º 01 dispunha sobre "a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução Vitoriosa".³¹⁶

³¹⁴ Prossegue explicando que a representação interventiva traz uma fiscalização concreta da constitucionalidade, apensar de realizada através de ação direta, porque se presta a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato, de um dispositivo normativo infraconstitucional em face da Constituição Federal. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.88-89).

³¹⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós 1964**. Brasília: Edição Câmara dos Deputados Edições Câmara, 2012. p.52.

³¹⁶ "Art. 6.º O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de trinta (30) dias; o seu ato será submetido ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação, dentro de quarenta e oito (48) horas. Art. 7.º Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. § 1.º Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as

Em 09 de abril de 1964, através do Ato Institucional n.º 01, de autoria de Francisco Campos, houve várias restrições ao regime democrático. Atribuía-se ao Comando da Revolução o poder de decretar estado de sítio, aposentar servidores civis e militares, cassar mandatos legislativos, suspender direitos políticos, excluindo da apreciação do Poder Judiciário tais atos, ou seja, não havia qualquer espécie de controle, iniciando um longo período de exceção.

A Constituição de 1946 continuava em vigor, pois não havia sido revogada por outro texto, entretanto apenas vigia sob um aspecto formal, pois, no âmbito material, fora aniquilada, o Estado passa a ser governado por atos institucionais.

Como relatado pela Comissão de Verdade, a ordem jurídica do regime militar era híbrida, uma vez que vigorava a Constituição de 1946, nos limites estabelecidos pelos atos institucionais. Ao lado da base constitucional, havia uma ordem de base institucional, de caráter transitório, que vigoraria para consolidar o projeto político dos militares. As Constituições de 1946 e de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n.º 1/1969 e os atos institucionais editados durante o regime, eram normas fundacionais pelas quais os militares construíram o ordenamento jurídico da ditadura.³¹⁷

Em 1966, o Congresso Nacional é fechado, reabrindo em 1967, com base no Ato Institucional n.º 4, a fim de aprovar a Constituição de 1967. Mesmo "aprovado", trata-se de um texto outorgado, fruto do regime autoritário.³¹⁸

vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. § 2.º Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1.º lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito municipal. § 3.º Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República. § 4.º O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade. Art. 10. No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos".

³¹⁷ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume1_pagina_593_a_958.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

³¹⁸ Barbosa cita trecho do discurso de Nelson Carneiro, quando da votação das emendas à Constituição de 1967. "Ao fim da votação das emendas ao projeto de Constituição em 1967, Nelson Carneiro lançou uma profecia às avessas: "Desta vez, Sr. Presidente, ocupo a tribuna para, em nome do Movimento Democrático Brasileiro, exaltar o modo como V.Exa. procurou conduzir os trabalhos, levá-los a termos, dentro do exíguo prazo trançado, infelizmente, pelo Ato Institucional n.º 4, impondo a um Congresso em recesso as canseiras da votação de um projeto que, aperfeiçoado que tenha sido pela colaboração de todos, há de durar muito pouco – e Deus permita que dure

O sistema de controle de constitucionalidade, na Constituição de 1967, sofreu poucas alterações, manteve o sistema de fiscalização da constitucionalidade iniciado em 1891, com as alterações posteriores, inclusive aquelas constantes da Constituição de 1946 e da Emenda Constitucional 16/65.³¹⁹ Em relação às alterações, não manteve a representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual e na representação interventiva, a competência para suspender o ato estadual foi transferida do Legislativo para o Presidente da República.

Em 13 de dezembro de 1968, foi baixado o Ato Institucional n.º 5 que propiciou uma série de violações de direitos humanos, restringindo sobremaneira os direitos de liberdade. Após a decretação do Ato Institucional n.º 5, o Congresso Nacional foi fechado, iniciando um período de violências e violações a direitos.

A Emenda Constitucional de 1969 representou a manifestação do poder constituinte originário. Apesar de expressar-se através de Emenda, foi outorgada outra Carta constitucional, em que se mantinham as eleições indiretas, as restrições a direitos fundamentais, pois estavam em vigor os atos institucionais, inclusive o de número 05, que apenas seria revogado no pacote de junho de 1978. A Carta de 1969 constitucionalizou a utilização de atos institucionais.³²⁰

A Carta 1967/1969 representou uma Constituição centralizadora, trazendo para o âmbito federal uma série de competências que antes pertenciam a Estados e Municípios. Houve uma ampliação dos poderes do Executivo, reforçando os poderes do Presidente da República. Bastos argumenta que, a despeito do Texto Constitucional afirmar a existência de três Poderes, no fundo existia um só, que era o Executivo,

pouco – para que um outro texto venha a ser apreciado com mais serenidade e mais clareza, capaz de traduzir por muitos anos os anseios democráticos do povo brasileiro". (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós 1964**. Brasília: Edição Câmara dos Deputados Edições Câmara, 2012. p.139).

³¹⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³²⁰ "As crises não cessaram. E veio o Ato Institucional n.º 5, de 13-12-1968, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiu mais uma dezena e muitos Atos Complementares e decretos-leis, até que insidiosa moléstia impossibilitara o Presidente Costa e Silva de continuar governando. É declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência pelo Ato Institucional n.º 12, de 31-8-1969, que atribuiu o exercício do Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo de novo texto constitucional, afinal promulgado em 17-10-1969, como Emenda Constitucional n.º I à Constituição do Brasil, para entrar em vigor em 30-10-1969". (SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. p.45).

visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências do Legislativo e Judiciário.³²¹

A Emenda n.º 1 de 1969 não modificou o sistema de controle de constitucionalidade, mas previu, pela primeira vez, a instituição pelos Estados-membros de representação interventiva para provocar a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios sensíveis elencados na Constituição Estadual, assemelhando-se ao sistema federal.³²²

A Emenda Constitucional n.º 7/77 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo federal e estadual, artigo 119, I, / da Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n.º 1 de 1969. Trouxe também a previsão de medida cautelar solicitada pelo Procurador Geral da República nas representações realizadas, art. 119, I, p.³²³ Durante a vigência da Constituição de 1967 sucederam-se os governos militares: Governo Médici, Geisel e Figueiredo, recrudescendo a repressão e a violação dos direitos humanos.

Em 1978, com o chamado "pacote de junho" inicia o movimento de redemocratização do país com a revogação do ato institucional número 05. Dentre as leis do período de redemocratização, destacam-se a discutida Lei da Anistia, a Lei da Reforma Partidária, que regulamentava o pluripartidarismo, e o projeto de Emenda à Constituição Dante de Oliveira que propunha eleições diretas para Presidente e Vice-presidente da República, mas que restou rejeitado em 25 de abril de 1984. Os defensores das eleições diretas resignaram-se com o Colégio Eleitoral que, em 1985, elegeu Tancredo Neves e José Sarney.³²⁴

³²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.134.

³²² Art. 15, § 3.º, "d" da Emenda a Constituição de 1 (art. 15, § 3.º, d, da Constituição). "Art. 15. A autonomia municipal será assegurada: [...] § 3.º A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade; [...]".

³²³ "Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; [...] /)a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; [...]".

³²⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós 1964**. Brasília: Edição Câmara dos Deputados Edições Câmara, 2012.

Apesar da morte de Tancredo Neves ocorrer antes de sua posse, seu sucessor natural, José Sarney, assumiu o cargo de Presidente da República. Tendo em vista o compromisso assumido pela Aliança Democrática, instituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em 1985, Comissão Afonso Arinos, para fazer um ante-projeto de Constituição. Depois de muito trabalho, a Constituição Cidadã, como chamada por Ulysses Guimarães, foi promulgada em 05 de outubro de 1988.³²⁵

A partir da evolução histórica traçada, a previsão do controle incidental era delineada desde 1891, através da competência recursal, originariamente prevista no Dec. 848, de 1890, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos quando questionada a validade ou a aplicação de tratados e leis federais.

A Constituição de 1934 foi um importante vetor no sistema do controle diante do caso concreto porque estabeleceu a ideia de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, e a participação do Senado no controle de constitucionalidade, com competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A Carta constitucional de 1937 não disciplinou a ação interventiva, tampouco a suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional, mas mitigou a atuação do Poder Judiciário e centralizou o poder nas mãos do Executivo.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade abstrato, foram trazidos durante o período da ditadura militar, cita-se a Emenda Constitucional n.º 16, de 26.11.1965, que criou a representação por inconstitucionalidade, sendo que, em 1977, o controle abstrato é delineado com a atribuição de efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal. O controle abstrato, no Brasil, é delineado e trazido para o constitucionalismo brasileiro durante períodos de super-atuação do Presidente da República e do Poder Executivo.

³²⁵ "Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos. A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo". (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.41).

A tradição do controle de constitucionalidade no Brasil se faz presente na Constituição de 1988, mas se acrescentam ao sistema novos instrumentos de controle. O texto manteve o sistema eclético ou misto que combina o controle por via incidental e difusa, presente desde a República, com o controle concentrado, implantado pela Emenda Constitucional 16 de 1965.

Além de conjugar dois modelos, Barroso cita algumas inovações trazidas pela Constituição de 1988: ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade; a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta e o mandado de injunção; a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais.³²⁶

Ressalta-se, ainda, a Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, que estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade e a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 que ampliou o rol dos legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade e acrescentou matérias para o cabimento do recurso extraordinário, ao mesmo tempo em que trouxe a exigência da repercussão geral para a análise do recurso extraordinário.

Sendo a Constituição a conjugação das tradições, da história, ao lado do caráter normativo da Constituição, a ligação entre a Constituição histórica e a ideal de direitos de Nino conjuga o passado e o futuro a fim de compreender o sistema constitucional vigente.

As perspectivas pluralistas inauguradas pela Constituição, sob diversos ângulos: político, cultural, religioso deve contribuir para a atribuição de sentidos daquilo que é a Constituição. Constituição que "viva" requer uma leitura e releitura, construção e desconstrução, para que novas identidades possam fazer-se presentes ao mesmo tempo em que se afirmam conquistas humanas. Volta-se à ideia de Dworkin de que a leitura moral está imbricada à prática constitucional, sustenta-se em bases morais e políticas, principalmente nas questões afetas aos direitos humanos.

As novas identidades, sempre em tensão com as identidades da Constituição, podem ver no sistema de controle difuso de constitucionalidade instrumentos de

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

realização, posto que ampla seja sua legitimidade e alcance, eis que em qualquer processo, juízo ou grau de jurisdição a discussão constitucional pode se fazer presente.

Ressalta-se, o sistema brasileiro não atribui a um único tipo de ação ou de recurso à função primordial de proteção de direitos fundamentais e exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis. As ações constitucionais como habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular são instrumentos de proteção de direitos humanos capazes de proporcionar, ao lado de tantos outros instrumentos, a proteção dos valores substanciais da Constituição.

Por ser de acesso universal, a discussão sobre questões constitucionais podem aportar ao Judiciário, em qualquer dos rincões do País, em diferentes contextos socioculturais, o que afirma a compreensão de Constituição Viva. Ante a diversidade de instrumentos do controle difuso, e pelas recentes alterações, optou-se em analisar algumas formas e exercícios do controle difuso nos tribunais e em juízos originários. Iniciando pela característica mais relevante do controle do caso concreto, a sua legitimidade ampla.

3.2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE E DA RESERVA DE PLENÁRIO

Seguindo a tradição, a Constituição Federal de 1988 trouxe o controle difuso de constitucionalidade das leis, que representa a análise da constitucionalidade material ou formal paralela ao pedido principal. Ao lado do pedido principal é vertida e analisada a matéria constitucional como questão pressuposta à análise do pedido ou da matéria da defesa.

O controle difuso continuou previsto de forma expressa, mas oblíqua na disciplina de cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.³²⁷ Trata-se de controle *incidenter tantum*, por via de ação, exceção ou defesa que representa um modo mais acessível às pessoas que pretendem a tutela de um direito que não prescinde da discussão constitucional.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Os instrumentos do controle difuso, em regra, contam com a característica da legitimidade ampla, ao contrário dos legitimados específicos, para o ajuizamento das ações do controle abstrato elencados no art. 103 da Constituição Federal.³²⁸

A legitimidade universal, em comparação à legitimidade exigida para o ajuizamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade, faz as matérias a serem interpretadas, significadas e ressignificadas estarem ligadas às pessoas e às suas realidades sociais, culturais e históricas.

O maior acesso à discussão constitucional, além de popularizar os debates e discussões, traz a possibilidade de as pessoas poderem, através do processo, apresentar novas situações, fatos e direitos, ainda mais diante da compreensão de uma Constituição que é e se faz Viva.

Claro que a pronúncia de invalidade da lei requer a existência de um processo, um conflito de interesses que envolva questão constitucional. O debate constitucional pode ser suscitado pelas partes, sendo que, qualquer juiz ou tribunal, na análise da incompatibilidade da norma com a Constituição, diante do caso concreto, deve declarar a invalidade da norma, com efeitos atrelados ao caso concreto.

Vanossi classifica o controle de constitucionalidade em relação à possível "participação propulsora das pessoas", referindo que há dois modelos; um que não admite a participação dos interessados, em que haverá uma restrição de legitimidade, cabendo a certas autoridades, órgãos e funcionários, e outro que qualquer pessoa interessada no debate constitucional pode participar.³²⁹

Num modelo, a participação no debate constitucional representa um *munus* público, pois, muitas vezes, é imposta pelo sistema normativo e não pelo interesse na defesa da Constituição.

Ao contrário, no modelo em que qualquer pessoa interessada possa participar do debate constitucional, há uma "nota subjetiva na raiz do sistema" que faz o cidadão converter-se em artífice da defesa da Constituição, na medida em que defende a Constituição por seu interesse, discute-a para não sofrer as consequências

³²⁸ Ressalta-se que, alguns dos legitimados elencados no art. 103 da CF, além desta condição, deverão comprovar a relação interesse na representação, trata-se comprovação da pertinência temática, o que se exige da Mesa da Assembleia Legislativa dos Estados e do Distrito Federal, dos Governadores, da confederação sindical e das entidades de classe de âmbito nacional.

³²⁹ VANOSSO, Jorge Reinaldo. **Recurso Extraordinario Federal**: Control de Constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

da violação da Constituição: *"Todas esas modalidades son importantes pero no constituyen de por si el núcleo sustantivo de separación en sistemas. En nuestra opinión, lo que realmente constituye la línea divisoria, es la participación propulsora de las personas"*.³³⁰

A legitimidade ampla, inerente ao controle difuso, é um mecanismo de aproximação das pessoas, dos interessados, à atribuição de sentidos da Constituição. Num país de várias identidades, a Constituição histórica é compreendida e partilhada a partir de questões afetas a cada uma das identidades envolvidas, a diversidade de argumentos e realidades representam importantes instrumentos à compreensão da Constituição histórica para realização da Constituição Viva.

A legitimidade universal conta com maior participação dos atores, partes, terceiros, no debate acerca da Constituição. Mesmo não dispensando a existência do processo, representa um mecanismo para a proteção de pessoas excluídas ou vulneráveis que desejam a tutela de um direito, o qual não dispensa a análise da constitucionalidade.

Nesse sentido, a ampliação dos mecanismos e dos órgãos para o acesso ao Poder Judiciário, representam importantes instrumentos à atribuição, construção de sentido e construção da Constituição. Salienta-se o papel das Defensorias Públicas da União e dos Estados, como os organismos não governamentais que trabalham na defesa dos direitos das pessoas vulneráveis, excluídas e das minorias. O controle difuso, ao trazer a participação propulsora das pessoas no debate constitucional, transforma-se num mecanismo de proteção de direitos humanos atendendo a diferentes contextos sociais.

Barroso lembra que a arguição incidental de inconstitucionalidade é denominada via de defesa ou de exceção porque, inicialmente, era tida como argumento deduzido pelo réu a fim de se desobrigar do cumprimento de uma norma inconstitucional: "A parte, em lugar de atacar o ato diretamente, aguardava que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional".³³¹

³³⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Recurso Extraordinario Federal**: Control de Constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. p.47.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.112.

O autor no pedido inicial, ou posteriormente, pode requerer a declaração de inconstitucionalidade da norma. A arguição da inconstitucionalidade pode se fazer presente nas ações constitucionais, nos mecanismos de tutela preventiva, nas medidas cautelares, na tutela antecipada e demais medidas liminares.

A questão pode ser suscitada também pelo representante do Ministério Público, quando officie como parte ou fiscal da lei, ou por terceiros que intervenham no processo por meio das figuras de intervenção de terceiros. A declaração de inconstitucionalidade pode ser realizada de ofício pelo juízo, ressalvada a cláusula de reserva de plenário.

Há quem entenda, apesar de não corresponder à ideia majoritária, como Streck, que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade por força do artigo 97 da Constituição, apenas deixa de aplicar a norma. Sustenta não haver decretação de inconstitucionalidade com declaração de nulidade da lei, no controle difuso. Analisando as lições de Paulo de Tarso Brandão, menciona que o juiz nunca declara a inconstitucionalidade, e sim o conteúdo de sua decisão recai sempre sobre a relação jurídica. Em virtude disso é que não há problema de que a coisa julgada tenha efeito *erga omnes*, pois se refere à relação jurídica.³³²

Nos tribunais de segunda instância, o controle difuso requer o incidente de inconstitucionalidade, caso em que o processo fica suspenso e remete-se ao pleno ou órgão especial a análise da questão constitucional, conforme o artigo 97 da Constituição Federal.

O quórum para a declaração da inconstitucionalidade é de maioria absoluta, ou seja, metade mais um dos integrantes do órgão devem posicionar-se pela inconstitucionalidade. Nos Tribunais que não contam com órgão especial, a análise é realizada pelo tribunal pleno.

Com base na cláusula de reserva de plenário, consoante o artigo 97, o órgão fracionário, a câmara, a turma ou a seção, ao deparar-se com a matéria constitucional, deve suscitar questão de ordem para que o exame da matéria seja enviado ao pleno ou órgão especial.³³³ Entretanto, havendo pronunciamento do respectivo Tribunal ou

³³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.362-363.

³³³ Súmula 513 de Supremo Tribunal Federal. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito. Publicada em 03 de dezembro de 1969.

do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria constitucional vertida, os órgãos fracionários ficam dispensados do envio ao pleno ou ao órgão especial.³³⁴

De acordo com a súmula vinculante n.º 10, viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência. O incidente pode ser suscitado pelas partes e pelo Ministério Público.

Depois do julgamento do incidente, o órgão fracionário volta ao julgamento do processo, estando obrigado a seguir o entendimento fixado pelo pleno ou pelo órgão especial acerca do exame da constitucionalidade, lembrando que a decisão do plenário não enseja recurso extraordinário.

A regra da reserva de plenário comporta algumas exceções, situações em que o órgão fracionário realizará a análise da adequação da norma à Constituição, sem a exigida remessa do tema ao pleno ou órgão especial, uma possibilidade é a da análise das normas anteriores à Constituição de 1988.

O órgão fracionário examinará se a norma foi recepcionada ou revogada diante da nova ordem constitucional. Em tese, não se trata de controle de constitucionalidade, mas da análise das normas no tempo, em face da nova Constituição.³³⁵ Agrega-se a isso o campo de incidência da arguição de descumprimento de preceito fundamental

³³⁴ "A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial. Precedentes. Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo órgão especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no art. 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. [...] Precedentes (STF)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 591.373-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/09/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 11/10/2007). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>>. Acesso em: 29 fev. 2016).

³³⁵ "[...] a incompatibilidade entre uma lei anterior [...] e uma Constituição posterior [...] resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie hierarquicamente inferior [...], não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade [...]. Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional..." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 582.280/RJ-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 06/11/06. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2655176&tipoApp=RTF. Acesso em: 29 fev. 2016).

que comporta a análise de normas anteriores à Constituição, mas que a decisão circulará acerca da revogação ou recepção da norma e não da declaração de inconstitucionalidade.

Outra exceção é a existência de pronunciamento do órgão especial ou plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão debatida, o que dispensa a reserva de plenário.

A presunção da constitucionalidade das normas fundamenta a terceira exceção, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando há o reconhecimento de que a lei é compatível com a Constituição através da interpretação conforme à Constituição. Nesse caso, não há declaração de inconstitucionalidade, segundo o Supremo Tribunal Federal.³³⁶

A regra não incide nos acórdãos e nos casos em que se utiliza a técnica da interpretação conforme a Constituição, porque não se configura uma decisão de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativo é interpretado à luz da Constituição, não sendo afastada no caso concreto.

Ressalta-se, os órgãos fracionários dos Tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade da norma, entretanto podem reconhecer a constitucionalidade da norma, hipótese na qual deve-se seguir o julgamento, não havendo motivos para o envio do julgamento ao plenário ou órgão especial.³³⁷

³³⁶ "Alegação de violação da Súmula Vinculante 10. [...] Decisões reiteradas desta Corte têm respaldado a prerrogativa de conferir determinada interpretação à lei como atributo inerente à própria atividade jurisdicional, o que, em consequência, afasta a equiparação proposta pela parte vencida entre as hipóteses de interpretação desfavorável a seus interesses e de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo analisado". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 12.107-Ag. R.** Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 13/06/2012. Órgão Julgador: Plenário. Publicação: DJE 01/08/2012.) No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 15.717-Ag. R.** Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25/02/2014. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJE 20/03/2014. "[...] resta evidente que não ocorreu violação à reserva de Plenário, pois o embasamento da decisão em princípios constitucionais não resulta, necessariamente, em juízo de inconstitucionalidade". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 575.895-Ag. R.** Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 15/03/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJE 05/04/2011). "A cláusula constitucional de reserva de plenário, insculpida no art. 97 da CF, fundada na presunção de constitucionalidade das leis, não impede que os órgãos fracionários ou os membros julgadores dos tribunais, quando atuem monocraticamente, rejeitem a arguição de invalidade dos atos normativos, conforme consagrada lição da doutrina (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V – Arts. 476 a 565, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p.40)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.359 – Ag. R segundo.** Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 03/11/2011. Órgão Julgador: Plenário. Publicação: DJE 25/11/2011). (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3330922&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 01 mar. 2016).

³³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Tendo em vista que a Constituição determina que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o procedimento é disciplinado nos artigos 948 a 950 do Novo Código de Processo Civil.³³⁸ Caso qualquer dos participantes do processo levante questão de lei ou ato normativo, ou a questão seja arguida de ofício, o tribunal apenas analisará o tema através do seu plenário ou órgão especial, sob pena de nulidade da decisão.³³⁹

Abboud acredita ser maior a polêmica pela não utilização do incidente de inconstitucionalidade do art. 97 naquelas decisões em que se utiliza a arguição de nulidade sem redução de texto. Nestas, ocorre a declaração de inconstitucionalidade de uma variante de sentido, mesmo que o texto seja constitucional. Nas sentenças interpretativas, "o controle de constitucionalidade não incide sobre o texto da lei em si e, sim, sobre suas variantes interpretativas".³⁴⁰

Essas modalidades de sentença são sistematizáveis a partir da distinção entre texto normativo e norma. A reserva de plenário, *full bench*, deve ser suscitada quando for declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, tendo em vista que, nas sentenças interpretativas, o controle incide numa variante interpretativa, dita exigência não é necessária. Como regra geral, caso a decisão atinja o texto da lei, é preciso suscitar o incidente de inconstitucionalidade, o

³³⁸ Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo. Art. 949 Se a arguição for: I - rejeitada, prosseguirá o julgamento; II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Art. 950 Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1.º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. § 2.º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3.º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁴⁰ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.207.

que não ocorre na decisão interpretativa em que afeta apenas uma interpretação da lei.³⁴¹

Virgílio Afonso da Silva traça diferença entre a interpretação conforme a Constituição, a qual pretende dar significado ao texto legal compatível com a Constituição e localiza-se no âmbito da interpretação; e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto que se localiza no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos de aplicação da lei. Prossegue:

[...] enquanto a técnica da interpretação conforme se aplica tanto ao controle de constitucionalidade abstrato quanto ao concreto, a de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é inerente ao controle abstrato e concentrado, cujos efeitos se estendem erga omnes. Isso porque no Brasil a competência para declaração de nulidade de uma lei, no todo ou em parte, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, podendo os demais juízes apenas deixar de aplicar a norma tida por inconstitucional.³⁴²

Barroso explica que o processo de interpretação conforme a Constituição traz a escolha de uma interpretação da norma legal que esteja em harmonia com a Constituição, sendo que a interpretação encontra sentido na norma. Assim, a eleição de uma linha de interpretação implica na exclusão expressa de outras interpretações possíveis que levariam a um resultado distante da Constituição. Finaliza, acrescentando aos elementos que a interpretação conforme a Constituição não é um mero preceito hermenêutico, mas um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma dada leitura da norma.³⁴³

A interpretação conforme a Constituição ampara-se na presunção de constitucionalidade das normas, diante da conduta do legislador. Logo, numa democracia, quanto seja possível, deve-se privilegiar e resguardar a manifestação dos representantes do povo na tarefa de elaboração das leis. Não cabe, portanto, ao Judiciário anular a lei quando puder preservá-la, trata-se de corolário do princípio da separação dos poderes. Bastos, ao comentar as decisões do controle de constitucionalidade, explica que o "afastamento de uma norma legal deve ser sempre a última *ratio* do Tribunal Constitucional, o que não significa que este não deva ter

³⁴¹ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v.2, n.1, p.201, jan./jun. 2006.

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. p.195.

firmeza na rejeição de uma lei francamente inconstitucional, que não pode ser resgatada de forma alguma em seu conteúdo".³⁴⁴

Pelo debate, quer seja na interpretação conforme a Constituição, que privilegia a presunção da constitucionalidade das normas e não declara a inconstitucionalidade, quer seja através da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, na qual, apesar de tratar da declaração de inconstitucionalidade, refere-se apenas a uma hipótese interpretativa, não ao texto normativo, pode-se dispensar a reserva de plenário.

Em relação aos juizados especiais, por orientação do Supremo Tribunal Federal, o artigo 97 não se aplica às turmas recursais por não se tratarem de Tribunais no sentido do termo utilizado pelo artigo, apesar de serem órgãos recursais.³⁴⁵ Por consequência, as elas podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei sem ofender a regra da reserva de plenário. Inclusive das decisões das turmas recursais, havendo ofensa a Constituição, cabe recurso extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal.

Não obstante tratar de controle abstrato, a Lei n.º 9.868 de 1999, que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, trouxe a possibilidade de manifestação, no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal, do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato questionado e dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Além destas possibilidades, prevê a participação e a manifestação de outros órgãos ou entidades através de decisão do relator.³⁴⁶ Assim, os envolvidos na discussão

³⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³⁴⁵ "A regra chamada reserva do plenário para declaração de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) não se aplica, deveras, às turmas recursais de Juizado Especial". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE (AgR) 453.744**. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicação: DJ 25/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>>. Acesso em: 1.º mar. 2016).

³⁴⁶ O Tribunal julgou dois recursos extraordinários interpostos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social nos quais se pretendia cassar acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial Federal que determinava a revisão da renda mensal de benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei n.º 9.032/95, independentemente da norma em vigor ao tempo do óbito do segurado. Por maioria, o Tribunal, considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei n.º 10.259/2001 (arts. 14, § 7.º, e 15), resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos - COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso que não a admitiam, sob o fundamento de que o instituto do *amicus curiae* restringe-se ao processo objetivo, não sendo extensível, ao Supremo, que não é Turma de

constitucional, diante do caso concreto, e aqueles que debatem a mesma questão em recursos paralelos, poderão contar com a manifestação de órgãos e entidades. Tais participações mostram o intuito de ampliar o debate constitucional pela participação de entidades envolvidas no debate sugerido no recurso.

A extensão das questões trazidas, no sentido de ampliar o debate em relação aos argumentos vertidos em demandas paralelas, e a admissão da figura do *amicus curiae* induzem à deliberação e formação mais sedimentada de argumentos em relação à matéria constitucional apresentada.

Resta analisar a reserva de plenário perante os Tribunais superiores. Eles podem realizar o controle incidental de constitucionalidade, deixando de aplicar leis ou atos normativos, declarando-as inconstitucionais, no caso concreto, porque contrárias à Constituição. Tal faculdade será exercida nas ações de competência originárias dos Tribunais e, alguns casos em competências recursais, como por exemplo, via recurso ordinário perante o Superior Tribunal de Justiça.³⁴⁷

Em regra, a questão constitucional não é debatida através de recurso especial no qual a discussão atrela-se às questões infraconstitucionais, exceto quando a questão constitucional surge posteriormente ao julgamento do Tribunal de origem.³⁴⁸ Os órgãos fracionários dos Tribunais superiores submetem-se também à regra da reserva de plenário, assim como são alcançados pelas exceções antes descritas.

Diferente é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao julgamento realizado pelo próprio Tribunal através de recurso extraordinário, por

Uniformização, o procedimento previsto no § 7.º do art. 14 da Lei n.º 10.259/2001. RE 416827/SE E RE 415454/SC Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2005, RE 416827. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo402.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2016).

³⁴⁷ "Nas causas de sua competência originária (CF 105 I) ou em sede de recurso ordinário (CF 105 II), ou, ainda, nas de recurso especial (CF 105 III), quando a questão da constitucionalidade tenha surgido no próprio julgamento do REsp (juízo de revisão), poderá o STJ, por meio da Corte Especial, declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, para que essa decisão possa ser aplicada pelo órgão fracionário (Turma ou Seção) no julgamento da ação ou do recurso. Em face do que dispõe a CF 97, não pode a Turma, nem a Seção, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo [...]" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.638).

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

uma de suas turmas.³⁴⁹ O posicionamento firmado afasta a necessidade do envio ao pleno da matéria constitucional, distante do que prevê o artigo 97 da Constituição, lembrando que, os fundamentos da decisão são baseados nas atribuições regimentais do Supremo Tribunal Federal, não na Constituição.³⁵⁰

Ainda que o Regimento Interno traga a possibilidade do Relator afetar a questão ao plenário quando for relevante a arguição de inconstitucionalidade, não decidida, no caso das turmas divergirem entre si ou entre uma delas e o plenário, ou em razão da relevância da questão jurídica, para prevenir divergência entre as turmas, a disposição regimental não pode afastar a incidência da norma do artigo 97, por uma simples questão de hierarquia legislativa. Entretanto, esta não representa a orientação do Supremo Tribunal Federal, como visto.

A construção da decisão, a partir da avaliação e análise dos argumentos expostos no caso concreto, liga ao caráter normativo do texto o sentido vivo da Constituição, que se altera e adequa às novas demandas, ora como um instrumento de modificação, ora como um aparato de frenagem. O caminho é realizado através da construção e desconstrução de argumentos sem distanciar-se da realidade vivenciada no caso concreto.

A legitimidade ampla para análise da inconstitucionalidade das leis, via caso concreto, implica no fato de que, no exercício da jurisdição, qualquer juízo poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo com restrição de efeitos. A questão da reserva de plenário pode sofrer algumas exceções conforme explicado, casos em que a análise poderá ser feita pelo órgão fracionário do Tribunal.

³⁴⁹ O Supremo Tribunal Federal exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF. (**RE 361.829-ED**. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 02/03/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJE 19/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>>. Acesso em: 03 mar. 2016).

³⁵⁰ A orientação leva em consideração os arts. 9.º, III; 11, I e 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. "Art. 9.º Além do disposto no art. 8.º, compete às Turmas: [...] III – julgar, em recurso extraordinário, as causas a que se referem os arts. 119, III, 139 e 143 da Constituição, observado o disposto no art. 11 e seu parágrafo único. Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta. [...] Parágrafo único. Poderá a Turma proceder da mesma forma, nos casos do art. 22, parágrafo único, quando não o houver feito o Relator. Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário. b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno**: atualizado até setembro de 2015 – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015).

A contar com a legitimidade ampla para arguição de inconstitucionalidade o controle difuso representa uma via de acesso no caminho da construção de sentidos da Constituição. Mesmo àqueles que acreditam não haver declaração de inconstitucionalidade, mas apenas ausência de aplicação da norma, uma questão é certa, o controle difuso de constitucionalidade tem maior acesso às pessoas, havendo uma "nota subjetiva na raiz do sistema", como mencionado por Vanossi.³⁵¹

O elo dos fatos à norma, da Constituição histórica à Constituição ideal, no contexto plural, dá vida à Constituição no caminho dos seus sentidos. O dirigismo, a normatização pura, não é suficiente para compreensão da Constituição complexa de Nino ou para Constituição Viva, é preciso o recâmbio entre esses campos. O caminho, a construção e a ligação entre diferentes contextos sociais, históricos e sociais, ou seja, entre diversas identidades, constroem a Constituição, e, para isso, o controle difuso pode ser importante instrumento diante da sua legitimidade ampla.

3.3 O CONTROLE DIFUSO, VIA INCIDENTAL E CONTROLE PREVENTIVO

A tese transita na análise do controle difuso de constitucionalidade das leis, sendo que são os instrumentos de controle de constitucionalidade inerentes à própria jurisdição constitucional, como as ações constitucionais. Além disto, levando em consideração o momento da realização do controle, pode ser preventivo e repressivo. Serão trabalhadas as formas de controle preventivo, para que se analisem as possibilidades de controle preventivo no caso concreto.

O Poder Executivo e o Legislativo realizam o controle preventivo da constitucionalidade da lei, cabendo o controle repressivo, em regra, ao Poder Judiciário. O controle repressivo pode ser realizado pelo Poder Legislativo, a partir da análise da competência constitucional traçada no artigo 49, V da Constituição Federal.

Dito inciso atribui ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa. Nestes casos, o Congresso Nacional editará um decreto legislativo sustando o decreto presidencial que ultrapassou o limite regulamentar ou a lei delegada que extrapolou a delegação respectiva.

³⁵¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Recurso Extraordinario Federal**: Control de Constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

Outra possibilidade relaciona-se à medida provisória, pois, uma vez editada a medida provisória pelo Presidente da República, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, ela terá vigência e eficácia imediata e força de lei, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la.

Caso o Congresso Nacional rejeite a medida provisória, com base em inconstitucionalidade demonstrada no parecer da comissão mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo. A medida provisória já está produzindo seus efeitos, com força de lei, e o congresso Nacional a retira do ordenamento jurídico por inconstitucional. Logo, "o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que se converta em lei, ou mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo".³⁵²

Diz-se preventivo o controle de constitucionalidade operacionalizado antes de a lei ingressar no mundo jurídico, incide, portanto, no processo legislativo. Tratar-se de controle de matriz francesa, considerado por muitos como o terceiro grande modelo de controle de constitucionalidade, ao lado do modelo norte-americano (difuso-concreto) e do modelo austríaco (abstrato-concentrado).

Em regra, o controle preventivo ocorre através da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo diante do processo legislativo. O caminho a ser seguido para a produção legislativa é abrangido pelo princípio da legalidade e pelo devido processo legislativo. Assim, a produção legislativa, o iter do procedimento legislativo, deve estar em consonância com a Constituição para que estejam satisfeitos tais princípios. Nesse sentido, todos têm o direito de ter a lei produzida, ou participar do procedimento legislativo conforme as regras previstas na Constituição.

Os poderes Legislativo e Executivo exercem *a prima facie* o controle preventivo de constitucionalidade. No percorrer do processo legislativo, os projetos de lei ou propostas de emenda são submetidos às Comissões de Constituição e Justiça, assim como são submetidos à sanção ou veto do Chefe do Executivo.

O controle atribuído ao Poder Legislativo é exercido pelas comissões permanentes de Constituição e Justiça, que têm a função de analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da

³⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.719-720.

Constituição Federal. As comissões são constituídas na forma do respectivo regimento interno da Casa, como preceitua o art. 58 da Constituição Federal.³⁵³

O controle inicia já na inauguração do processo legislativo, antes mesmo de ir a plenário ou se procederem a debates e votações, o projeto passa pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Casa do Congresso Nacional em que estiver o projeto de lei.³⁵⁴ Na casa que atuar como inaugural e na que atuar como revisora, antes dos debates e votações relacionados ao projeto de lei, este é analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O plenário das referidas Casas poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei durante as votações.

Em relação ao Senado, a comissão após analisar o projeto de lei, deverá elaborar um parecer que, se contrário à constitucionalidade do projeto, impede seu prosseguimento. No entanto, o Regimento interno do Senado refere que, em se tratando de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda a fim corrigir o vício da inconstitucionalidade parcial. Em regra, quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade de qualquer proposição, ela será rejeitada e arquivada definitivamente, exceto se não for unânime o parecer e houver recurso na forma do Regimento interno.³⁵⁵

Na Câmara dos Deputados, o Regimento interno estabelece ser terminativo o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à

³⁵³ O regimento interno da Câmara dos Deputados disciplina os campos temáticos da comissão de Constituição justiça e cidadania no artigo 32, IV. Menciona os seguintes campos: aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial; Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições; registros públicos; desapropriações; nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração; intervenção federal; entre outras matérias. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**. 16.ed. Brasília: Edição Câmara dos Deputados, 2016).

³⁵⁴ Os artigos 72 e 101 do Regimento interno do Senado Federal trazem entre as comissões permanentes a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Destaca-se nas suas atribuições, opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário. (BRASIL. Resolução n.º 93, de 1970. Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 04 mar. 2016).

³⁵⁵ Artigo 101, § 1.º e § 2.º do Regimento interno do Senado.

constitucionalidade ou juridicidade da matéria, porém, há previsão de recurso para o plenário da Casa contra essa deliberação.

O Executivo também realiza o controle no caminho do processo legislativo naqueles procedimentos em que a lei necessita de sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo, Presidente da República. Ressalta-se que há espécies que dispensam a atuação do Executivo, como: emenda constitucional, resolução, decreto legislativo, lei delegada e lei advinda da conversão de medida provisória sem alteração.³⁵⁶

No veto parcial à lei, a parte não vetada estará sancionada. Ao contrário da sanção, que pode ser expressa ou tácita, o veto é sempre expresse e fundamentado nas questões de contrariedade ao interesse público, trata-se do veto político, ou contrariedade a Constituição, veto jurídico. Mendes, Coelho e Branco afirmam que o veto parcial não pode deixar de incidir sobre o texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea e, com isso, procura-se prevenir a desfiguração do teor da norma que poderia acontecer pela supressão de apenas algum de seus termos.³⁵⁷

A sanção representa a aquiescência do Chefe do Executivo com o texto da lei, já o veto demonstra a discordância, podendo ser fundamentado em motivos de contrariedade ao interesse público ou em inconstitucionalidade. Ressalta-se que o veto pode ser total ou parcial, abrangendo artigos, incisos, alíneas, mas não pode alcançar apenas expressões e palavras. O veto é irreatável e deve ser expresse e fundamentado na inconstitucionalidade do projeto ou na contrariedade ao interesse público, dispondo o Presidente da República de quinze dias úteis para firmá-lo, e o silêncio importa sanção.³⁵⁸

Claro que o veto é relativo na medida em que o Congresso Nacional pode rejeitá-lo, mantendo o projeto como votou e saiu da última Casa congressual. Conforme o artigo 66 § 4.º, a rejeição do veto acontece na sessão conjunta que deve ocorrer dentro de trinta dias da comunicação ao Congresso, sendo o veto rejeitado por maioria absoluta dos votos dos deputados e dos senadores. A Emenda Constitucional n.º 76 de 2013 retirou a forma de votação em escrutínio secreto.

Quando o veto é mantido, o projeto de lei é tido como rejeitado e arquivado. Como consequência, a teor do art. 67 da Constituição não poderá constituir objeto

³⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁵⁸ Artigo 66, § 1.º, 2.º, 3.º, 4.º da Constituição Federal.

de novo projeto na mesma sessão legislativa, a não ser mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso.³⁵⁹

Trata-se de análise da constitucionalidade exercida através do plenário, quando se discute o veto pautado na inconstitucionalidade, a rejeição do veto também representa uma espécie de controle preventivo.

Essa hipótese de controle poderá ser realizada, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade ou, antes, no procedimento legislativo nos debates e votações em plenário após a atuação das comissões de Constituição e Justiça.

Ainda em relação ao exercício do veto jurídico presidencial, seu campo de incidência é menor do que o referente ao controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário. No controle repressivo difuso ou concentrado, o juiz ou tribunal pode se manifestar pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade de artigos, alíneas, incisos, expressões, interpretações, palavras do texto da lei, o que, por consequência, gera um campo de incidência maior referente ao controle exercitado.

Barroso analisa a possibilidade de descumprimento da lei inconstitucional e afere que os Poderes da República interpretam e asseguram o cumprimento da Constituição. O Judiciário detém a interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição, o Legislativo, ao pautar sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental. O Executivo submete-se, ao traçar a atuação de seus órgãos, aos mandamentos da Constituição.³⁶⁰

Antes da Constituição de 1988, havia entendimento consolidado no sentido de ser legítimo o Chefe do Executivo deixar de aplicar uma lei que considerasse inconstitucional, bem como expedir determinação àqueles submetidos a seu poder hierárquico para que procedessem da mesma forma.

Após a Constituição, surgiram argumentos contrários baseados no fato de que a Constituição retirou o monopólio do Procurador-Geral da República para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação cautelar, passando a admitir como legitimados os Chefes do Executivo Federal e Estadual. Sem desmerecer argumentos diversos, a compreensão tradicional de que o Estado descumpra lei inconstitucional

³⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.91.

não foi superada. Uma razão porque a ampliação da legitimidade como argumento para afastar o controle pelo Executivo traria a estranha situação de que o Presidente ou Governador não poderia deixar de cumprir a lei inconstitucional, mas o Prefeito, por não constar nos legitimados do artigo 103, poderia. Outro motivo, o indivíduo pode recusar a cumprir a lei que considera inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção em sendo demandado, "com mais razão deve fazê-lo o chefe de um país".³⁶¹

Entretanto, ressalta-se que, em havendo decisão definitiva de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, os efeitos serão *erga omnes* e vinculantes, relativo aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, artigo 102, § 2.º da Constituição Federal.

Questão que induz maior controvérsia é o controle preventivo exercido pelo Poder Judiciário, especialmente através do controle difuso. Há entendimento de que o Poder Judiciário, no caso o próprio Supremo Tribunal Federal, possa ser chamando a exercer o controle preventivo de propostas de emendas à Constituição, tendo em vista o disposto no § 4.º do art. 60, pois a mera apresentação de proposta que viole algumas das matérias enunciadas no dispositivo contrariaria a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, embora admita o controle preventivo nessas hipóteses, apenas o admite em caráter incidental, através da impetração de mandado de segurança por parlamentar violado em seus direitos de parlamentar, qual seja, de não ver tramitando proposta de emenda à Constituição tendente a abolir as cláusulas pétreas.³⁶²

O mandado de segurança é repressivo, porque trata de ação individual e está ancorado na violação de direitos do parlamentar, não é mandado de segurança preventivo. O controle é um instrumento com objetivo principal de dar segurança não às normas constitucionais, mas sim aos direitos do parlamentar.

Estando o processo de elaboração da lei orientado pelo devido processo e pelo princípio da legalidade, qualquer parlamentar que verifique o desrespeito às regras procedimentais, como quórum, trâmite, competência e iniciativa, tem o poder de ingressar com mandado de segurança diante do seu direito líquido e certo de participar do processo legislativo conforme preceitua a Constituição.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Tendo em vista as manifestações do controle preventivo, o Poder Executivo e Legislativo realizam o controle com primazia, entretanto, excepcionalmente, porque não inerente ao processo legislativo, o Poder Judiciário pode ser instado a se manifestar acerca de uma inconstitucionalidade ocorrida no processo legislativo.

Através de ações específicas, como ajuizamento de mandado de segurança, o controle preventivo via difusa pode pretender, diante do caso concreto, por via paralela, garantir normas da Constituição. Duas abordagens distintas podem ser traçadas, mesmo que atinente ao mesmo fato procedimento legislativo, uma em relação ao trâmite do processo legislativo, critério formal; outra em relação ao conteúdo da norma, questão substancial.

No que concerne às questões formais, parece mais clara a possibilidade de que o Poder Judiciário realize o controle, sob argumento do devido processo legislativo que atribui ao parlamentar a garantia de participar do procedimento legislativo com base na Constituição, de outra forma, os parlamentares têm direito público subjetivo ao respeito às leis norteadoras do processo legislativo. Assim, o direito à impetração do mandado de segurança adviria da violação das normas procedimentais, seria o controle incidental, concreto e preventivo.

O controle preventivo é realizado normalmente pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, como dito, cabendo ao Judiciário o exercício do controle somente excepcionalmente. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela inviabilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei, controle preventivo de normas em curso de formação. A exceção é a legitimidade de parlamentar para coibir atos contrários ao processo de elaboração da lei, previstos na Constituição.³⁶³

³⁶³ Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.667**. Relator: Min. Carlos Velloso. Órgão Julgador: Pleno. Publicação: DJ 23/04/04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais

A participação do Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição, no debate de questões materiais inibiria e restringiria a amplitude das análises e deliberações congressuais. Sendo o Poder Legislativo o espaço adequado para o exercício político, orientado pelo diálogo e deliberações à elaboração da lei, admitir o controle prematuro do Judiciário na função legiferante representaria afronta direta ao princípio da separação dos poderes e reduziria o espaço político sobremaneira.

Caso os debates e deliberações, na arena política legislativa, impliquem na elaboração de lei inconstitucional, o controle repressivo de forma incidental ou abstrata teria a função de declarar a inconstitucionalidade. Pensando em redução de dano, maior é o dano produto da restrição do debate e deliberação do que o gerado por uma declaração de inconstitucionalidade após a entrada em vigor da lei.

A ligação da Constituição complexa que abrange a Constituição histórica e ideal conta com a compreensão de democracia deliberativa para viabilizar o controle de constitucionalidade. Tanto que Nino traz os casos que ensejam o controle, indicando uma interpretação mais restrita para a realização.

Das três exceções que viabilizam o controle de constitucionalidade, uma está ligada ao procedimento legislativo. Parece que esta seria a única forma de controle jurisdicional preventivo correlata ao exercício da democracia e ao princípio da separação dos poderes. Quanto à análise das questões materiais, admitir o controle jurisdicional preventivo seria aniquilar a instância política e deliberativa, reduzindo, portanto, a compreensão de democracia deliberativa.

Se as identidades impescindem de espaços de discussão e deliberação, se é necessária a discussão sobre as identidades para que sejam protegidas constitucionalmente, a declaração de inconstitucionalidade preventiva representaria

eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32033/DF**. Relator: Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Pleno. Publicação: 10/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28controle+preventivo+%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de mar. de 2016.

um óbice no processo legislativo e seria um instrumento apto a afastar a discussão e a manifestação de novas identidades.

O importante nesse campo é o diálogo, a deliberação na construção da lei, não se olvida a possível restrição de direitos advinda das deliberações, hipótese em que o controle repressivo poderá atuar, quando, por exemplo, por motivos perfeccionistas, tiver-se a restrição de direitos fundamentais. Mas o argumento de produção de leis possivelmente inconstitucionais não é suficiente para inviabilizar ou até restringir o diálogo e o debate, inerente ao procedimento legislativo. Nesse campo, a sociedade civil organizada, as instituições governamentais, as instituições não governamentais, as pessoas interessadas, os grupos interessados podem ter ingerência no diálogo travado, devendo, quanto ao seu conteúdo, ser amplo.

3.4 INSTRUMENTOS DO CONTROLE DIFUSO REPRESSIVO

As questões constitucionais podem ser levantadas pelo réu, quando da resposta, contestação, reconvenção ou exceção, e pelo autor nas ações de qualquer natureza, cível, criminal, trabalhistas, eleitoral, militar. Também, nos processos de conhecimento com eficácia declaratória, condenatória, mandamental, constitutiva ou executiva, no processo de execução ou cautelar. Podem ser levantadas as questões pelas partes, membros do Ministério Público ou pelo juiz.

Em relação ao controle difuso, as ações constitucionais e os remédios constitucionais representam importantes instrumentos de controle, sendo assim, por questões metodológicas, serão analisados o habeas corpus, a ação popular e também a ação civil pública, em virtude da amplitude de seus efeitos.

Entretanto, lembra-se que, ao lado destas ações, outras se afiguram como instrumentos aptos ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, como: mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção e habeas data. Em qualquer destes casos, a declaração é questão acessória à análise do pedido principal, à apreciação do bem da vida pretendido.³⁶⁴ Cita-se também o recurso extraordinário e a edição de súmulas vinculantes a partir de questões com repercussão geral.

³⁶⁴ A Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal enuncia que não cabe mandado de segurança contra lei em tese. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Não pode assim, ser impetrado contra lei em tese.

Diante da tese defendida, por questões metodológicas, analisa-se o habeas corpus, a ação popular e a ação civil pública, bem como em seus efeitos em relação ao controle de constitucionalidade. Como dito, várias são as ações aptas ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, mas isso não quer dizer que todas as matérias sujeitam-se a este controle.

Algumas matérias escapam ao controle difuso de constitucionalidade, dentre estas se destacam: a análise das leis e atos normativos anteriores à Constituição, as normas constitucionais originárias, ato inconstitucional com efeitos *erga omnes*, crise de legalidade, leis e atos de efeitos concretos, súmulas, ementas de leis diversas de seu conteúdo, respostas do Tribunal Superior Eleitoral às consultas, convenções coletivas de trabalho.³⁶⁵

O habeas corpus, previsto no artigo 5.º, LXVII, é um mecanismo, uma garantia voltada à defesa do direito de liberdade individual, protegendo o que lhe é mais caro, o direito de ir, vir e permanecer. O manejo do habeas corpus será cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ameaça ou abuso de direito.

Assim, o habeas corpus poderá ser ajuizado repressivamente, ou preventivamente, levando em consideração a ocorrência da violência ou coação à liberdade de ir e vir. Trata-se de remédio constitucional universal, pode-se assim dizer, uma vez que pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem e pelo Ministério Público.³⁶⁶

Como qualquer pessoa, entenda-se, nacional, estrangeira, pessoa física ou jurídica, neste último caso, requerendo a ordem em favor de pessoa física. De outra forma, no curso do processo, juízes e tribunais, diante da violência ou coação, poderão concedê-lo de ofício. O constrangimento ilegal pode ocorrer de nulidade processual, facultando ao juiz ou tribunal, nesse caso, conceder a ordem de ofício. O habeas corpus não admite dilação probatória, devido seu procedimento sumaríssimo.³⁶⁷

Outras questões que se agregam à ampla legitimidade é a ausência de forma específica, a desnecessidade de ajuizamento através de advogados e a

³⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁶⁶ Art. 654 do Código de Processo Penal.

³⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

gratuidade. Dito isso, são várias as possibilidades de debate constitucional através do habeas corpus, sendo que, em regra, a decisão surtirá efeitos entre as partes, sendo a declaração em si *ex tunc*, ou seja, retroage no tempo ao início dos efeitos da lei declarada inconstitucional, porém os efeitos, no caso concreto, dependerão da eficácia da decisão.

A questão constitucional, através do habeas corpus, poderá ser debatida em qualquer dos órgãos do Poder Judiciário via competência originária ou recursal. O direito à livre locomoção, trazido pelo artigo 5.º, XV da Constituição Federal, engloba o direito de acesso e ingresso no território nacional, direito de saída do território nacional, de permanência e deslocamento dentro do território nacional, podendo haver restrições nos termos da Constituição. A matéria constitucional poderá estar presente na ação originária, no recurso ordinário constitucional, no recurso especial ou no recurso extraordinário sendo que, havendo empate, deverá ser proclamada a decisão mais favorável.³⁶⁸

A realização e efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto, principalmente em relação ao conteúdo do direito de ir e vir pode ensejar a análise da compatibilidade prática entre a norma infraconstitucional e a Constituição. Como exemplo, cita-se parte do voto da Ministra Relatora Carmem Lúcia em habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal contra decisão monocrática da Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC n.º 329.235/SP.

Em resumo, os pacientes foram presos em flagrante delito, e, posteriormente, denunciados pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, tipificados no art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006. O magistrado de primeiro grau converteu o flagrante em prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. A Defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a medida cautelar. Submetida a questão à apreciação do

³⁶⁸ Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO CONCESSIVO DA ORDEM. JULGAMENTO. EMPATE. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE. PREVALÊNCIA. 1. A jurisprudência do STF é no sentido de que, ocorrendo empate na votação de recurso especial interposto contra decisão concessiva de habeas corpus, deve prevalecer a regra do art. 41-A, parágrafo único, da Lei 8.038/90. 2. Ordem concedida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 113518 GO**. Relator: Teori Zavaski. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação 13/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+e+corpus+e+empate+e+decis%E3o+e+favor%E1vel++%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zordpt5>>. Acesso: 07 mar. 2016).

Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus n.º 329.235/SP, a Ministra Laurita Vaz indeferiu a liminar. Desta, opôs-se o habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, onde o Impetrante pugna, preliminarmente, pelo afastamento da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal.³⁶⁹

Na análise do caso concreto, a Ministra assevera que a custódia cautelar, por sua característica de medida excepcional, exige demonstração inequívoca de sua necessidade em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipação da reprimenda a ser cumprida quando da condenação, lembrando a decisão do habeas corpus n.º 105.556/SP, da 2.ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, de 30 de agosto de 2013.

Prossegue na análise do aprisionamento e do princípio da não culpabilidade ou presunção da inocência diante das questões concretas debatidas, arguindo que o decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura colocará em risco a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, conforme art. 312 do Código de Processo Penal. Indica que, "na hipótese, sem qualquer alusão ao caso concreto e ao desamparo de base empírica idônea, o magistrado de primeiro grau fez referências genéricas e abstratas acerca da necessidade da custódia cautelar". A Ministra prossegue referindo: "Sem vincular meu entendimento ao julgamento do RE n.º 635.659/SP, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, (pedido de vista pendente do Ministro Teori Zavascki), reputo, na hipótese, desproporcional a

³⁶⁹ Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Em casos excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura, ou a manutenção em liberdade, do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 3. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo juízo de primeiro grau. 5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva dos pacientes, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feitiço legal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 129554 SP**. Relator: Min Rosa Weber. Publicação: 15/10/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uso+e+droga+e+inconstitucionalidade+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2orx7x>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

consideração deste delito de menor potencial ofensivo como mau antecedente ensejador, por si só, da constrição cautelar".³⁷⁰

Nas razões de decidir, presencia-se o elo entre os requisitos da lei, no caso da medida cautelar, e a norma constitucional, o princípio da não culpabilidade. A partir dos argumentos do voto da Ministra Relatora, a decisão é construída diante da norma constitucional, ou seja, a interpretação parte da norma constitucional para relacionar a decisão impugnada, a incidência do artigo da lei de drogas e a norma constitucional da presunção da inocência ou não culpabilidade. A excepcionalidade da medida cautelar analisada parte do princípio da presunção de inocência.

A ação popular prevista no artigo 5.º, LXXIII da Constituição Federal, regulada pela Lei n.º 4.717 de 1965, no caminho traçado pelos objetivos da Constituição e na ideia de que todo poder emana do povo, que o exerce por meios dos seus representante ou diretamente, apresenta-se como instrumento voltado à invalidação de atos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público.

A legitimidade ativa para ingressar com ação popular é atribuída a qualquer cidadão, compreendido como aquele indivíduo apto ao exercício do direito de votar, ou seja, o brasileiro nato ou naturalizado, desde que no gozo dos seus direitos políticos.³⁷¹ Ao lado da ação civil pública e da por improbidade administrativa, a ação popular propõe-se à defesa da coisa pública, atribuindo o manejo desse mecanismo a qualquer cidadão.

A lesividade ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural é suficiente ao ajuizamento da ação, não necessitando do requisito da ilegalidade, estando a lesão por si como fundamento para a nulidade do ato.^{372,373}

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 129554 SP**. Relator: Min Rosa Weber. Publicação: 15/11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uso+e+droga+e+inconstitucionalidade+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2orx7x>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

³⁷¹ Ressalta-se a hipótese, em tese, do português ajuizar ação popular conforme o art. 12, § 1.º da Constituição Federal.

³⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁷³ Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Ausência de impugnação específica aos fundamentos do acórdão recorrido. Incidência das súmulas 283 e 284 do STF. Ação Popular. Cabimento. Desnecessidade de demonstração de prejuízo material aos cofres públicos. Entendimento reafirmado no julgamento do Are. 824.781-RG. Rel. Min. Dias Toffoli. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 722483 AgR DF**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 08/09/2015. Órgão Julgador: 2.ª Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28a%E7%E3o+popular%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l4e4dvj>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

A questão da incompatibilidade com a Constituição é acessória ao pedido principal que versará sobre a proteção da coisa pública e, especialmente, sobre a lesividade antes exposta.

O autor da ação não objetiva a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas a declaração de anulação ou a suspensão de ato administrativo fundado em norma inconstitucional. O objetivo é a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Para que isso ocorra, pode ser necessária a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

O fato de analisar questões constitucionais via ação popular, não a faz sucedâneo dos instrumentos de controle concentrado, porque não se almeja através a ação a análise *in abstracto* da lei ou ato normativo. Pelo contrário, a parte busca um provimento jurisdicional para anular um ato lesivo à coisa pública.

Os efeitos da ação popular na sentença de procedência do pedido são a invalidade do ato impugnado; a condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos; a condenação do réu em custas e honorários e produção de efeitos *erga omnes* da coisa julgada.³⁷⁴ A declaração de nulidade do ato não implica na condenação de todos que dele participaram ou subscreveram, pois há de se provar a ocorrência do dolo ou culpa.

A sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes*, exceto quando a improcedência fundar-se na ausência de provas. Caso em que, qualquer cidadão com novas provas poderá ajuizar novamente a ação, não sendo abrangida pela coisa julgada.³⁷⁵

Mesmo diante do efeito *erga omnes* da decisão, a ação popular não é capaz de substituir as ações do controle abstrato de constitucionalidade que, em relação à adequação para com a Constituição Federal, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.³⁷⁶ A extensão dos efeitos *erga omnes* não é atribuída à declaração de inconstitucionalidade sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

³⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.191.

³⁷⁵ Artigo 18 da Lei n.º 4.717 de 1965.

³⁷⁶ Julgada procedente, a apelação será recebida no duplo efeito, suspensivo e devolutivo, artigo 19 da Lei n.º 4.717 de 1965.

A ação popular, ao zelar pela boa administração do patrimônio pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e às entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado, defende não somente interesses particulares dessas pessoas, mas de toda coletividade, "eis aí plasmada, portanto, a transindividualidade dos interesses tutelados".³⁷⁷

A Lei n.º 7.347 de 1985 traz como objeto da ação civil pública a tutela ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica e da economia popular; e a ordem urbanística, não obstante outras previsões em leis esparsas.

A ação civil pública, prevista pela Lei n.º 7.347 de 1985, serve de paradigma de análise para outras ações civis públicas, previstas em outros diplomas, como no Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da criança e adolescente, Estatuto do idoso, Estatuto de defesa do torcedor, etc. Trata-se de ação voltada à tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, direito e interesses difusos e coletivos.

A constitucionalização da ação civil pública é verificada na enumeração das atribuições dos membros do Ministério Público, art. 129, III da Constituição Federal, ao incumbir-lhes a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ao lado do Ministério Público, tem legitimidade para propor a ação civil pública e a ação cautelar a Defensoria Pública; a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e as associações que estejam constituídas há mais de um ano e incluam nas suas finalidades a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Tendo em vista o direito tutelado em sede de ação civil pública, em regra, não há óbice ao controle difuso, entretanto, discute-se, pois se a decisão do juiz ou tribunal declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal, com efeitos *erga omnes*, haveria, em tese, usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Os argumentos contrários à utilização da ação civil pública como instrumento no controle difuso, fundamentam-se no fato de que a ação, por sua natureza, não

³⁷⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p.87.

tutela apenas pretensão concreta, mas interesse público genérico e no caráter *erga omnes* da decisão.³⁷⁸

Devido sua natureza e forma, a ação civil pública não se confunde com os denominados processos subjetivos, pois a parte ativa não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender interesse público devidamente caracterizado. Assim, é difícil sustentar que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.³⁷⁹ Em virtude dessa questão, a lei, ao disciplinar a ação civil pública, lhe atribui efeitos *erga omnes*.

Os que traziam argumentos contrários ao controle aduzem que não se trataria de controle sobre a discussão de aplicação da lei ao caso concreto, pois de caso concreto não se cuida, ao contrário, a própria requerente se legitima em razão de interesse genérico de interesse público e não em virtude de interesse específico.

É preciso retornar ao objeto da ação civil pública que é a defesa de um direito tutelado pela Constituição, pelo Código de Defesa do Consumidor ou por demais legislações que o prevejam, independente do fato de que isso implique, por via acessória e pressuposta, na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Gilmar Ferreira Mendes defendia inviabilidade do controle através desse instrumento, pois a admissibilidade outorgaria maiores poderes à jurisdição ordinária do que o atribuído ao Supremo, que precisaria da ratificação do Senado para proporcionar efeito *erga omnes* à declaração que teria eficácia *inter partes* nos termos do art. 52 inciso X da Constituição.³⁸⁰

Ao contrário do entendimento do Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de controle incidental de constitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional não se identifique com o objeto único da demanda.³⁸¹

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnold (Org.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁸¹ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o

Abboud afirma que a eficácia *erga omnes* decorre da pretensão difusa tutelada na ação civil pública, tal eficácia alcança o dispositivo da sentença, o provimento com eficácia condenatória ou mandamental que atinge o sujeito passivo da ação civil pública. O Supremo Tribunal Federal, como a jurisdição ordinária, ao julgar ação coletiva que tutela interesses difusos, terá seu provimento com eficácia *erga omnes*.³⁸²

Por se tratar de controle diante do caso concreto, a eficácia *erga omnes* atinge a sentença na sua parte mandamental e condenatória, não alcançando a fundamentação em que foi considerada inconstitucional certa lei ou ato normativo, portanto, não estão os demais tribunais, nem os particulares abrangidos pelo efeito vinculante da decisão.³⁸³

Paralelo aos remédios constitucionais e à ação civil pública, pode-se incluir como mecanismos de exercício do controle difuso a participação como *amicus curiae* do Ministério Público ou de outros interessados no incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais.

Permite-se a manifestação, no incidente de inconstitucionalidade, do Ministério Público, das pessoas jurídicas responsáveis pela edição do ato e dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e de outros órgãos e entidades. O Relator pode admitir, através de despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos e entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.³⁸⁴

pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 424993 - DF**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 19/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28424993%2EENUME%2E+OU+424993%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mqslid7l>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

³⁸² ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.133.

³⁸³ Abboud cita como exemplo ação civil pública em que o fundamento do pedido é a declaração de inconstitucionalidade de um tributo municipal e o pedido principal consiste na obrigação de não fazer, não realizar o lançamento do tributo em sede de motivação. Sendo deferido esse pedido, a sentença proveniente da ação civil pública terá eficácia *erga omnes*, consoante o art. 103 do Código de Defesa do consumidor. A sentença, apesar de ter eficácia contra todos, não poderá deferir a inconstitucionalidade como pedido da ação coletiva, mas apenas como fundamento, o pedido principal deverá consistir na condenação à obrigação de não fazer. (Ibid., p.131-132).

³⁸⁴ Art. 7.º, § 2.º da Lei n.º 9.868 de 1999.

A estrutura mais ampla e plural para o debate no modelo difuso nos Tribunais implica abertura maior ao debate, possibilitando diversidade de argumentos sem levar a objetivação pura da demanda, ou seja, a sua análise puramente abstrata.

O relator, com base na lei que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, poderá admitir a manifestação de qualquer pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, científica, qualquer órgão ou entidade que tenha reconhecimento científico ou representatividade a fim de opinar sobre a matéria objeto da questão constitucional. O *amicus curiae* poderá apresentar razões, manifestações por escrito, documentos, memoriais, etc.³⁸⁵

Dessa maneira, o habeas corpus, a ação popular, ação civil pública, a manifestação do *amicus curiae* em ações de controle diante do caso concreto, assim, como o recurso extraordinário, são mecanismos tendentes à compreensão das normas constitucionais e seu alcance diante da realidade trazida no caso concreto.

Claro que outras tantas ações podem trazer o debate constitucional em diversas vias e instâncias. Tais ações são instrumentos que ligam a interpretação das normas constitucionais ao contexto social e histórico a partir da análise concreta, constroem e reconstroem sentidos e caminhos. Da mesma forma, o recurso extraordinário que, devido suas nuances e efeitos da decisão, é apto a aproximar o controle difuso do abstrato.

3.5 A REPERCUSSÃO GERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, competindo-lhe o julgamento do recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado e lei federal; julgar válida a lei ou ato de governo local contestado diante da Constituição; e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.³⁸⁶

³⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1229.

³⁸⁶ Ressalta-se que o recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória, ficará retido nos autos. Para que seja apreciado o recorrente deverá reiterar seu interesse quando for impugnar a decisão final.

A Emenda Constitucional n.º 45 acrescentou a alínea "d" ao inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, incluindo entre decisões que comportam recurso extraordinário aquela que julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Barroso argumenta que, mesmo antes da mudança, havia entendimento de que o conflito entre lei local e lei federal, muitas vezes, envolvia questões constitucionais relativas à divisão de competências legislativas entre os entes da federação. Assim, identifica-se o vício de inconstitucionalidade tanto nos casos em que um ente invade a esfera de competência reservada com exclusividade ao outro ente, como nos casos que, tendo a Constituição estabelecido competência concorrente, um dos entes extrapole os limites possíveis de atuação.³⁸⁷

Como consequência, contata-se que nem todas as questões entre a lei local e a lei federal aferem questões constitucionais, "nos casos de competências concorrentes o choque pode decorrer, não propriamente de uma invasão de competências, mas sim de mera incompatibilidade entre determinado regramento específico e as normas gerais pertinentes".³⁸⁸

Passando a admissão do recurso, ao lado de outros requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais debatidas na ação, sendo que o Tribunal apenas poderá recusar o recurso através da manifestação de dois terços dos seus membros.

Em relação à figura de guardião da Constituição, diferente da posição de Hans Kelsen e Carl Schmitt, compartilha-se da compreensão de Peter Häberle, para quem, numa democracia cívica e pluralista, todos os cidadãos são guardiões da Constituição. Todos têm a tarefa de proteger as normas da Constituição e contribuir para a construção de seus sentidos.

Em uma sociedade aberta de intérpretes, Häberle propõe que no processo de interpretação da Constituição, estão potencialmente vinculados todos os que vivem a norma e acabam por interpretá-la, como os órgãos estatais, as potências públicas, os grupos e os cidadãos. A interpretação da Constituição é elemento da sociedade aberta, todos os participantes materiais do processo social estão envolvidos na interpretação.³⁸⁹

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁸⁸ Ibid., p.125.

³⁸⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista da e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

O contrário da sociedade aberta é a atribuição do poder de interpretação da Constituição exclusivamente a um órgão. A sociedade fechada de intérpretes crê num número fechado de intérpretes da Constituição, negando a outros grupos o poder de interpretá-la, de sorte que, as formas de interpretação da Constituição deverão ser tão mais abertas quanto mais pluralista for a sociedade:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente um intérprete da norma [...]. Como não são apenas os intérpretes jurídicos que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.³⁹⁰

Assim, não é somente o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, que tem a exclusividade de interpretar a Constituição, não se trata de única palavra. Tendo como base o catálogo analisado por Häberle, junto aos intérpretes jurisdicionais, como juízes, tribunais e Corte, no caso Supremo Tribunal Federal, têm participado do processo de construção da interpretação da Constituição outras pessoas e órgãos. Citam-se os órgãos do Estado; partes, interessados ou assistentes no processo, pareceristas e experts; peritos; representantes em audiências públicas; grupos de pressão; entidades da sociedade civil organizada e também a doutrina.

A ampliação dos participantes no processo, em sede de recurso extraordinário, como a possível manifestação de terceiros no processo, por exemplo, através do *amicus curiae*, aumentam o espaço para o debate e, também, a construção da decisão jurisdicional.

A Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do recurso extraordinário, o que pressupõe o esgotamento dos meios recursais ordinários. Surge a competência constitucional extraordinária cabendo ao tribunal a análise da questão constitucional sem haver o reexame da matéria fática.

Tendo em vista o elemento principal da tese versar sobre o controle de constitucionalidade como vetor na construção das identidades constitucionais, não serão tratados os requisitos para a admissibilidade do recurso extraordinário, mas, sim, dos requisitos constitucionais, o instituto da repercussão geral.

³⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista da e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p.15.

Três requisitos são previstos na Constituição para o cabimento do recurso extraordinário: pré-questionamento, ofensa direta e frontal à Constituição e repercussão geral das questões constitucionais.³⁹¹ A ofensa deverá ser direta à Constituição não se admitindo ofensas reflexas, que ocorre quando a ofensa à Constituição depender do reexame das normas infraconstitucionais aplicadas pelo Poder Judiciário no caso concreto.

Muitas vezes, a delimitação do que seja ofensa direta e indireta à Constituição é problemática, porque, em tese, qualquer desrespeito à Lei, poderia ser tido como ofensa ao princípio da legalidade, o que enfraqueceria a jurisdição constitucional.

No mesmo sentido, Tavares elenca os requisitos constitucionais do recurso extraordinário aludindo à necessidade de uma causa e de um sentido preciso; de uma decisão, do esgotamento prévio das instâncias inferiores, da impossibilidade da revisão da matéria de fato e da repercussão geral.³⁹²

O pré-questionamento pressupõe que a matéria já tenha sido debatida em outras instâncias, em regra, devendo ser explícito. Justifica-se pela necessidade de verificar o enquadramento do recurso em um dos permissivos constitucionais, devendo assim, o órgão recorrido ter se manifestado sobre o tema.³⁹³

³⁹¹ Ementa - DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL. REAJUSTE DE MENSALIDADE. ABUSIVIDADE. LEIS N.º 9.870/99 E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 27.4.2015. 1. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356/STF: "Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada", bem como "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Agr. R em Rec. Ext. 923759-SP**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 22/02/2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28prequestionamento+e+embargos+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kwl87ka>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

³⁹² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁹³ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 517 DO STF. 1. O recurso extraordinário esbarra nos óbices previstos nas Súmulas 282 e 356 do STF, por ausência de prequestionamento e não oposição de embargos declaratórios. 2. A competência é da Justiça Federal quando a União intervém como assistente nos casos envolvendo sociedades de economia mista. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL Supremo Tribunal Federal. **RE 750142 Agr. R. ES**. Relator: Min Edson Fachin. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 23/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28prequestionamento+e+embargos+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kwl87ka>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

A repercussão geral foi inserida no texto da Constituição Federal através da Emenda constitucional n.º 45 de 2004 e regulamentada através da Lei n.º 11.418 de 2006. A técnica funciona como um filtro constitucional, ou um divisor de águas, para evitar que o Supremo Tribunal Federal julgue questões destituídas de repercussão geral, ou seja, que não tenham relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.³⁹⁴

Tal requisito, como os antes mencionados, deverá ser provado pela parte recorrente de forma preliminar. Ademais, a tendência de aproximação do controle difuso ao abstrato, foi revelada pela alteração do Código de Processo Civil de 1973. O artigo 543-A, § 5.º, acrescentado pela Lei n.º 11.418 de 2006, declarava que, sendo negada a existência de repercussão, a decisão valerá para todos os recursos que versarem sobre igual matéria, que serão liminarmente indeferidos, exceto na ocorrência de revisão da tese.

Nos debates travados na reforma do Judiciário, em 2004, estava presente a proposta de restrição do acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal. Falava-se da comprovação de alta relevância, exigência da arguição de relevância, para que o recurso extraordinário fosse aceito, sem afastar o aspecto de subjetivação e humanização deste instrumento do controle difuso. Contudo, a ideia de filtragem de matérias permaneceu presente, mas a expressão arguição de relevância foi substituída por repercussão geral.³⁹⁵

A repercussão geral baseia-se nos fundamentos da efetividade no provimento jurisdicional, da segurança jurídica e da duração razoável do processo, entre outros. Porém, trata-se de barreira ao seguimento de recurso extraordinário, devendo as decisões que declarem a inexistência da repercussão geral serem tomadas por dois terços dos votos, conforme a Constituição.

É tido como filtro constitucional porque discrimina que somente à questão constitucional, em relação à qual se reconheça a repercussão geral, caberá o recurso extraordinário, as outras questões destituídas desta característica estão fora

³⁹⁴ ALVIN, Arruda. A EC n.º 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Wilian Santos. **Reforma do Poder Judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.63-79.

³⁹⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.343.

da possibilidade do recurso, estabeleceu-se, portanto, um veto constitucional para o não cabimento do recurso extraordinário.³⁹⁶

Admitida a repercussão geral, o recurso é julgado pelo órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, salvo disposição do regimento interno, e não reconhecida a repercussão geral, o recurso não será conhecido. Por questões intertemporais, não será possível aplicar os mecanismos de verificação da repercussão geral aos recursos interpostos antes da lei regulamentadora, entretanto, negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos com a mesma matéria.³⁹⁷

O Relator ou o Presidente submeterá por meio eletrônico aos demais Ministros a sua manifestação sobre a repercussão geral que será dispensada caso a repercussão geral já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ou quando impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.³⁹⁸ E o julgamento de mérito acerca das questões com repercussão geral, na reafirmação da jurisprudência dominante da Corte também poderá ser realizado por meio eletrônico.

Introduzida pela Emenda Regimental n.º 42 de 2010, é que reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos os processos relacionados ao tema ao Relator do recurso paradigma, por prevenção.³⁹⁹ A fim de dar publicidade e celeridade processual, o Presidente do Tribunal promoverá a divulgação do teor da decisão acerca da repercussão geral.

Os tribunais ou turmas recursais de origem devem verificar se a matéria tratada no recurso extraordinário é isolada ou refere-se a processos múltiplos. Caso seja matéria isolada, o órgão julgador de origem realizará o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e, no que tange a repercussão geral, deverá verificar sua existência de preliminar formal.

³⁹⁶ ALVIN, Arruda. A EC n.º 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Wilian Santos. **Reforma do Poder Judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.65.

³⁹⁷ "[...] seja em relação aos recursos extraordinários interpostos antes da vigência da Lei 11.418 de 2006, (que não poderão deflagrar o mecanismo de verificação de repercussão geral) seja em relação aos recursos extraordinário interpostos após a vigência da Lei 11.418, em tramite no Supremo Tribunal Federal, uma vez proferida decisão por 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal negando a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, cabendo ao Ministro-relator indeferi-los liminarmente (efeitos vinculantes a serem aplicados pelo próprio STF). (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.603).

³⁹⁸ Artigo 323, § 2.º do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁹ Artigo 325-A do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, caso trate-se de matérias atinentes a processos múltiplos, a Corte de origem deverá escolher recursos extraordinários que apresentem todos os requisitos de admissibilidade e que representem fielmente a controvérsia, a fim de submetê-los ao Supremo Tribunal Federal. Os demais recursos extraordinários que versarem sobre a matéria ficarão sobrestados até a decisão sobre a repercussão geral.

O recurso extraordinário não representa terceiro grau de jurisdição, nem admite que fatos sejam rediscutidos e provas reexaminadas, mas isto não quer dizer que haja o desprendimento do debate constitucional ou desapego às questões advindas das alterações sociais, culturais e históricas para com a interpretação da Constituição.

Entre as matérias reconhecidas com repercussão geral, citam-se alguns campos temáticos como: aposentadorias e pensões, princípios constitucionais administrativos, direito à saúde, estatuto dos congressistas, princípios e garantias trabalhistas, transação penal, direitos individuais etc, campos que abrangerão diversas matérias constitucionais.

O instituto da repercussão geral afasta a percepção do Supremo Tribunal Federal como simples Corte de Cassação. Podendo levar à construção de um raciocínio, uma construção de decisões tendentes a analisar questões que sejam realmente relevantes ao cenário social.

Algumas matérias com repercussão geral deveriam estar relacionadas ao instrumento escolhido para a proteção do direito. Dito de outra forma, entre as matérias objeto de repercussão, poderiam estar presentes as questões constitucionais debatidas via ações coletivas, devido à extensão dos efeitos da decisão referente ao seu pedido principal, que não prescinde da análise constitucional acessória. Portanto, as ações coletivas que trouxessem debate constitucional como questão acessória ao pedido principal, por si, já apresentaria repercussão geral.

A hipótese traçada poderia ser uma espécie de reconhecimento legal de repercussão geral, ao lado daquela que reconhece sempre que o recurso impugna decisão contrária à súmula ou decisão contrária à jurisprudência dominante do Tribunal.

É importante ressaltar que os recursos e decisões trabalham argumentos e leituras realizadas pelas partes e interessados daquilo que creem ser a norma constitucional. A interpretação e a construção da decisão judicial conta com uma história processual, e é conectada a fatos, assim tem maior probabilidade de trazer argumentos próximos às pessoas e suas realidades, fundamentos que tragam a realidade vivida para a compreensão da norma através da interpretação, que a conecte com a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A repercussão geral poderá ampliar o espaço de discussão da matéria, não apenas pela possibilidade de manifestação dos interessados, mas também pelo maior espaço dado à discussão da matéria vertida. Não se trata somente da importância da matéria e da manifestação dos interessados, a repercussão geral traz a possibilidade de conhecimento de realidades vividas pelas pessoas, muitas vezes traduzidas em decisões de instâncias ordinárias e peças recursais.

O Novo Código de Processo Civil trata do recurso extraordinário no artigo 1029 e seguintes. Sua análise requer a compreensão de uma diferente atribuição dada às Cortes no Direito Brasileiro, o que levou à outorga de eficácias diversas em se tratando de recurso extraordinário e especial. O Código traz duas alterações relevantes em relação à decisão do recurso, a propósito, a concentração dos julgamentos em blocos, caso dos recursos repetitivos, artigos 1036 a 1041; e a eficácia do precedente a partir das razões de sua decisão, artigos 926 e 927.

A mudança de tratamento dado, principalmente, às decisões do recurso extraordinário deve-se à alteração da compreensão do significado do direito em geral, consequência da teoria da interpretação, ao invés da alteração cifrada ao tecido processual. A partir do pressuposto de que a norma jurídica constitui resultado e não objeto da interpretação, conclui-se que a tarefa da Corte não pode ser a de tutela da norma do legislador contra eventual arbítrio do Judiciário, mas deve ser de colaboração com o legislador para que se logre unidade no direito.⁴⁰⁰

A repercussão geral é tratada no artigo 1.035 do Novo Código de Processo Civil que elenca os termos de análise da repercussão geral.⁴⁰¹ A repercussão geral

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.962.

⁴⁰¹ Art. 1035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1.º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2.º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3.º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. § 4.º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 5.º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. § 6.º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

exige relevância e transcendência da causa constitucional debatida. A repercussão geral poderá surgir a partir do julgamento de casos repetitivos, versando a decisão sobre questão constitucional relevante do ponto de vista político, econômico, social ou jurídico.

A transcendência da controvérsia constitucional pode ser encarada de uma forma qualitativa ou quantitativa, numa, trata-se da importância da matéria constitucional debatida, noutra, importa o número de pessoas atingidas pela decisão: "Observe-se que eventuais questões envolvendo a reta observância ou a frontal violação de direitos fundamentais, materiais ou processuais, tendo em conta a dimensão objetiva desses, apresentam a princípio transcendência".⁴⁰²

A sistemática do Novo Código de Processo traz novos desafios à compreensão da repercussão geral. Dentre as transformações previstas no artigo 1.029 e seguintes citam-se: o cabimento de impugnação contra as decisões das instâncias de origem que aplicam a sistemática da repercussão geral; fim do duplo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário; o estabelecimento de prazo para que o Supremo Tribunal Federal julgue os processos paradigmas da repercussão geral; e a possibilidade de descon sideração de vício formal de recurso tempestivo.⁴⁰³

A nova legislação diz que o recurso extraordinário poderá ser julgado em bloco, evitando que o Supremo Tribunal Federal decida várias vezes a mesma questão. O procedimento para julgar recursos repetitivos desenvolve-se em cinco etapas: seleção dos recursos fundados em idêntica controvérsia, artigo 1.036; afetação da questão como repetitiva, artigo 1.037; instrução da controvérsia, artigo 1.038; decisão da questão repetida, artigo 1.038, § 3.º e irradiação dos efeitos da decisão para casos repetidos, artigos 1.039 a 1.041.⁴⁰⁴

§ 7.º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6.º caberá agravo, nos termos do art. 1.042. § 8.º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica. § 9.º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal. § 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.977.

⁴⁰³ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁴⁰⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, op. cit., p.980.

Na disciplina constitucional e no contexto do novo diploma legal, devido ao grau de importância dos direitos fundamentais, que trazem valores de determinada sociedade em dado contexto histórico, sua violação ou ameaça terão repercussão geral que se apresenta como consequência do devido grau de consideração e respeito atribuído a tais direitos. De outra sorte, as demandas atinentes a direitos coletivos, individuais homogêneos, difusos, tem transcendência na perspectiva quantitativa.

No que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso ou não, Virgílio Afonso da Silva propõe algumas ideias no exercício do controle de constitucionalidade. Em relação à deliberação, o Supremo Tribunal Federal deve interagir entre si, para que represente uma instituição que tenha voz própria, não a soma de vozes de onze Ministros. Deve haver deliberação, busca de consenso, sendo o local de deliberação e da razão pública. Requer-se, também, o diálogo entre pessoas e instituições, e a afirmação da vinculação das decisões dependem da unidade institucional. O controle de constitucionalidade não pode ser encarado como um mero processo, mas como parte do jogo democrático, devendo-se, assim, ampliar as formas de debate.⁴⁰⁵

O diálogo representa peça fundamental no constitucionalismo contemporâneo, seja travado internamente nas instituições, seja externamente, entre instituições, órgãos, grupos e pessoas. Representa um aparelho adequado à construção e interpretação da norma, voltando à ideia de que a norma não é objeto da interpretação, mas é resultado da interpretação.

Da evolução histórica do controle de constitucionalidade constata-se que o controle difuso representou o instrumento que inaugurou o sistema, e a partir daí sempre esteve presente na sistemática constitucional. As Constituições sucederam-se e mantiveram o controle diante do caso concreto, o que se adequa ao pluralismo inerente à realidade do Brasil, mesmo em contextos históricos diferentes.

A legitimidade universal amplia e permite a discussão das matérias constitucionais em contextos sociais e históricos diferentes. A multiplicidade de debates e de processos pode levar a melhor qualidade dos argumentos na construção da decisão que verse sobre questões constitucionais por estarem conectados à realidade, sem olvidar conquistas do passado e as garantias do futuro.

⁴⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n.250, p.197-227, 2009.

A crítica contrária ao controle do caso concreto, que argumenta a ofensa ao princípio da segurança jurídica, enfraquece diante da possibilidade de extensão dos efeitos da decisão a outras demandas. Nesse rumo estão as alterações da Constituição e da legislação infraconstitucional que trouxeram, desde a Emenda Constitucional n.º 45, modificações significativas para a forma de julgamento e a extensão dos efeitos da decisão, tais como: a repercussão geral, a sistemática da reserva de plenário, o julgamento de recursos repetitivos, a afetação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de certas questões, a recente compreensão de "precedente à brasileira", a reclamação, entre outras.

As alterações conduzem à valorização da análise da constitucionalidade a partir do caso concreto, em detrimento daquela oriunda de um processo objetivo, o qual tem maior probabilidade de desconsiderar argumentos que aproximariam o texto da Constituição com a realidade vivenciada pelas pessoas.

A unidade institucional não redundava em exclusão institucional ou miopia, ao contrário, pressupõe seu oposto que é complemento, pressupõe diálogo travado interna e, de modo principal externamente, entre instituições e poderes.

O caminho da construção das normas necessita conexão à realidade vivenciada e aos argumentos trazidos por pessoas e grupos. A engenharia institucional deve trazer espaço de deliberação, de participação, voltando-se à sociedade aberta dos intérpretes para a construção dos sentidos das normas constitucionais.

4 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O controle de constitucionalidade difuso no Brasil é assegurado desde 1891, e mantido pelo desenho institucional do Estado e pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5.º XXXV da Constituição Federal, já que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A Constituição Federal, ao inaugurar uma nova ordem constitucional baseada no Estado Democrático de Direito, se funda, entre outros alicerces, na cidadania, na dignidade humana e no pluralismo político. Na era constitucional contemporânea, diante da sua complexidade, reaparece a relação do constitucionalismo como uma experiência universal e estrutural, e também com base nas tradições constitucionais históricas.

Nessa relação de tensão e completude, as experiências históricas, ao lado do caráter universal do constitucionalismo, trazem à discussão o pluralismo e os direitos fundamentais a ponto de se indagar qual o alcance do termo identidade constitucional numa ideia universalizante. Como se verá, num contexto plural, comportam-se várias identidades, pois vários são os cenários políticos, sociais e históricos. A identidade em si caminha paralelamente à compreensão de pertencimento, como inclusão.

Todas as identidades abrangidas por uma Constituição são passíveis de proteção de suas características, assim como de mudança. Uma análise possível é a relação entre identidade e pertencimento, o que implica a percepção de várias identidades que se constroem em vários grupos e interagem entre si. O pertencimento não necessita ser territorial, mas de característica afeta a grupos de indivíduos.

A interação não está livre de tensão e embates, entretanto deve orientar-se pelo respeito aos direitos, tidos como trunfos, e pela tolerância. Os acordos e desacordos devem ser travados prioritariamente no campo político, no qual o diálogo amplo orienta a construção do caminho traçado pelo Constitucionalismo, por um lado, através das experiências históricas e sociais das pessoas, e por outro, pela proteção dos direitos fundamentais. Rosenfeld enfatiza a apropriação crítica da história constitucional de um povo para que se construa e se contextualize o Direito Constitucional, sendo a identidade do sujeito constitucional aberta, complexa e sempre incompleta.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

As experiências históricas podem ser amparadas e completadas pelo conceito jurídico de Constituição Histórica de Nino, em que a compreensão de uma Constituição Complexa pressupõe as percepções históricas de um povo, de sua trajetória social e cultural.

Em relação ao sujeito constitucional, a identidade pode referir-se àqueles que se sujeitam à Constituição como os que elaboraram o texto. Parece que, em relação aos elaboradores, a discussão não se limita ao Poder Constituinte originário, mas se expande também ao poder de reforma da Constituição. Em relação aos que se sujeitam, parece possível agregar-se a característica do pertencimento a uma ordem constitucional, o que não equivale traçar um limite territorial apenas. Pertencimento, no sentido de fazer parte da construção dos sentidos da norma constitucional, utilizando-se, então, a compreensão de Constituição Viva.

"Viva" no passado, no presente e no futuro. No passado, devido à história de um povo, suas batalhas e conquistas. "Viva" no presente, principalmente em relação ao exercício dos direitos fundamentais num contexto pluralista, e "Viva" no futuro, no significado de ser aberta à construção dos sentidos diante de novas realidades.

O Viver da Constituição implica na formação das decisões acerca de questões constitucionais, sendo que tais decisões teriam o comprometimento com a Justiça, que é compreendida como caminho, como um exercício de construção e desconstrução, que traz sua oposição e completude.

A *aporia* como um não caminho, a Justiça será a experiência daquilo que não se pode experimentar, não existindo Justiça sem tal experiência. A concepção ética da Justiça compreendida por Derrida, a partir de Levinas, é uma concepção política, não apenas em relação à ética com o outro, mas um modo de transformação e possibilidade de mudanças. Em Derrida a Justiça não é desconstrutível, a desconstrução é a Justiça, assim, elenca três aporias para explicar a desconstrução como Justiça, o porquê de a desconstrução ser a Justiça. A partir das aporias argumenta que o Direito não é a Justiça, o Direito é o elemento do cálculo e a Justiça é incalculável.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ DERRIDA, Jacques. **Força da lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

A primeira aporia é a *epokhé* da regra,

não se pode dizer que um ser desprovido de liberdade, ou que não é livre em tal ato, que sua decisão é justa ou injusta [...] se o ato consiste simplesmente aplicar uma regra, desenvolver um programa ou efetuar um cálculo, ele será talvez legal, conforme o Direito, e talvez, por metáfora, justo. Simplesmente porque não houve decisão.⁴⁰⁸

A Justiça se caracteriza pela sua indefinição, assimetria, já o Direito encontra-se na seara da legalidade. A Justiça é uma experiência do que não se pode experimentar. A desconstrução pode representar o caminho, o clamor por Justiça.⁴⁰⁹ Como refere não se pode dizer que uma decisão é justa ou não, tampouco que alguém é justo ou não, mas pode-se dizer se é legal, legítimo ou não. No fundamento do direito, a questão da Justiça colocar-se-á violentamente resolvida.⁴¹⁰

A segunda aporia, a assombração do indecível: "Nenhuma Justiça se exerce, nenhuma Justiça é feita, nenhuma Justiça se torna efetiva, nem se determina na forma do Direito, sem uma decisão indiscutível".⁴¹¹ Derrida lembra que se associa o tema de indecidibilidade à desconstrução, mas o indecível não representa apenas a tensão entre suas decisões, mas é a experiência do que, estranho à ordem do calculável e da regra, deve entregar-se a decisão impossível, levando em conta o Direito e a regra. A decisão que não enfrentasse a prova do indecível não seria livre. A Justiça requer uma decisão, requer o indecível.⁴¹² Refere que se há desconstrução de toda presunção de certeza determinante de Justiça, ela própria opera a partir de uma ideia de Justiça infinita. Infinita porque irreduzível, porque devida ao outro, o outro em sua singularidade.

A terceira aporia, a urgência que barra o horizonte do saber: "Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. Ela é aquilo que não deve esperar. Para ser direto simples e breve, digamos isto: uma decisão justa é sempre requerida imediatamente, de pronto, o mais rápido possível".⁴¹³

⁴⁰⁸ DERRIDA, Jacques. **Força da lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.43.

⁴⁰⁹ DERRIDA, loc. cit.

⁴¹⁰ DERRIDA, op. cit.

⁴¹¹ Ibid., p.44.

⁴¹² Ibid., p.46.

⁴¹³ Ibid., p.51.

A Justiça compreendida como caminho, como infinita, porque devida ao outro em sua singularidade dialoga com a figura da identidade do sujeito constitucional, que sofre de indeterminação de sentidos, como, por exemplo, por ser passível de se alterar no tempo, devido à alteração das identidades culturais, sociais e étnicas.

Rosenfeld demonstra que a dificuldade de determinação daquilo que seja sujeito constitucional transcende a indeterminação dos seus sentidos, não se trata apenas de a identidade constitucional ser propensa a se alterar com o tempo em consequência das alterações das identidades culturais, sociais e étnicas. Através do tempo, é preciso firmar um laço entre o passado dos constituintes com o presente e o futuro.⁴¹⁴

A incompletude do texto constitucional escrito não é consequência exclusiva das várias interpretações que comporta, mas também da incapacidade de abranger todas as questões que podem surgir a partir das matérias que ele trata. Além disso, da incompletude do texto constitucional demonstra-se que as Constituições devem permanecer abertas as interpretações, o que significa estarem abertas a várias interpretações possíveis mesmo que conflitantes.⁴¹⁵

O confronto entre identidade constitucional e outras identidades relevantes, como nacional, étnicas, religiosas e culturais são inevitáveis por consequência da tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo e a tradição. Por exemplo, pode-se imaginar, no Brasil, a tensão da identidade que traz o país laico e o domínio de uma só religião, mesmo que não seja declarada como religião oficial, a tensão entre o pluralismo religioso e a instituição de uma fé, ou da crença em algo.⁴¹⁶

Para Rosenfeld, a identidade constitucional não seria tão problemática se pudesse ser definida apenas como oposição às importantes identidades mencionadas. A identidade constitucional contemporânea é orientada pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão, porém, se desvinculados de todos os laços e identidades nacionais ou culturais relevantes, esses direitos constitucionais fundamentais ficariam sem forma determinada.

⁴¹⁴ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴¹⁵ ROSENFELD, op. cit.

⁴¹⁶ Cite-se a controvérsia da utilização dos crucifixos nas repartições públicas ao lado do país laico, não confessional. No âmbito do poder judiciário, foi tratado como símbolo cultural e não religioso. Alguns locais retiraram os crucifixos outros não. A discussão foi levantada inicialmente através dos pedidos de providências 1344 e outros no Conselho Nacional de Justiça.

Os intérpretes constitucionais não podem se despir de sua identidade nacional ou cultural. Assim, a questão chave passa a ser de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela previa forjar sua própria imagem enquanto ao mesmo tempo incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior do seu ambiente sócio político.⁴¹⁷

Nas lições de Rosenfeld, a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, principalmente no contexto de uma Constituição Viva, sendo a identidade constitucional um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. A identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes.

A análise de Rosenfeld da identidade do sujeito constitucional parte daquilo que ele não é para o que é, assim, explora a tese segundo a qual, em última instância, é preferível considerar o sujeito e a matéria constitucionais como uma ausência mais do que como uma presença. "Em outros termos, a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional".⁴¹⁸

O sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência, em pelo menos dois sentidos distintos: num sentido, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; noutro, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, sempre aberto a uma necessária e impossível busca de completude.⁴¹⁹

O fato de o sujeito constitucional estar constantemente carente de reconstrução não induz a uma construção completa e definitiva, ao contrário. A identidade, em Rosenfeld, deve ser construída em oposição a outras identidades na medida em que não deve sobreviver, mas, de outra forma, a identidade constitucional não pode simplesmente dispor dessas outras identidades, devendo, então, lutar para incorporar e transformar alguns elementos tomados de empréstimo.

⁴¹⁷ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.23.

⁴¹⁸ Ibid., p.26.

⁴¹⁹ ROSENFELD, op. cit.

Como refere Menelick de Carvalho Netto, a contemporaneidade da abordagem realizada por Rosenfeld é demonstrada no compromisso com a Democracia e o pluralismo universalizantes, próprios do Constitucionalismo, e na necessária densificação institucional dessas exigências vivenciadas nas complexas tramas da vida cotidiana das distintas ordens constitucionais.⁴²⁰

Ao tratar de identidade constitucional e utilizar as compreensões de Rosenfeld, é importante esclarecer que o autor trata da identidade do sujeito constitucional, e que a tese proposta analisa a identidade constitucional, ou as identidades constitucionais, presentes num contexto plural e democrático.

Quando Rosenfeld trabalha o sujeito constitucional, traça algumas definições quanto ao alcance do termo sujeito, partindo de sua natureza evasiva, que pode abranger os súditos, aqueles que se sujeitam à Constituição, como os que elaboraram a Constituição. Refere que a questão travada na dificuldade relativa à identidade constitucional não equivale apenas ao fato de ser propensa a se alterar com o tempo: passado, presente e futuro, mas de estar diante de complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes, como identidades nacionais, étnicas e culturais.

Para estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário o entrelaçamento entre o passado dos constituintes com o presente e o futuro. Em relação às Constituições escritas, a identidade constitucional é problemática com ela mesma, pois o texto é incompleto e sujeito a várias interpretações.⁴²¹ A identidade constitucional disputa com outras identidades relevantes opondo-se a elas, sendo que a identidade constitucional contemporânea é conformada, dentre outras coisas, pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade.

O centro da análise de Rosenfeld passa pela questão de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades importantes, contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico.

⁴²⁰ NETTO, Menelick de Carvalho. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. s/p.

⁴²¹ É incompleto porque não traz todas as matérias que deveria abordar, mas também porque não consegue contemplar todas as questões referentes às matérias que ele aborda. Logo da incompletude do texto ressaí que as constituições devem estar abertas a interpretações, isto que dizer, abertas a interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis. (ROSENFELD, op. cit.).

A diversidade, incompletude e complexidade da identidade constitucional fazem dela o produto do processo dinâmico e aberto de interpretação, ainda mais, num contexto de Constituição Viva, apta a se adequar às novas realidades.

Retomando a questão do sujeito, Rosenfeld parte da análise do confronto entre o eu e o outro, o eu constitucional pluralista enfrenta o seu outro, que é a ordem sociopolítica pré-moderna. Noutra aspecto, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um eu (*self*) coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros. Em contraste com o outro externo, este último, precisamente pode integrar a comunidade política constitucional, pode ser denominado o outro interno: "Não somente o passado, mas o presente e o futuro constitucional obrigatoriamente limitam os constituintes revolucionários, tornando falso o conceito segundo o qual o autêntico eu constitucional só pode impor a sua vontade ao eliminar ou desconsiderar o outro".⁴²²

O sujeito constitucional que emerge do encontro do eu com o outro, fundado na ausência e na alienação, requer que ele esqueça a sua identidade utilizando-se do médium de um discurso constitucional, com base numa linguagem comum que vincula e une o multifacetado eu constitucional aos múltiplos outros, esse discurso constitucional deve ser construído a partir de um texto. Porém, o texto é dependente do contexto, que é aberto a finalidades e sujeito a transformações ao longo do tempo, o sujeito constitucional precisa percorrer o discurso constitucional para inventar e reinventar a sua identidade.⁴²³

Logo, a personificação do sujeito deve ser evitada, como diz Rosenfeld, já que circunscrito a um discurso constitucional, porque nem os constituintes, intérpretes da Constituição, ou os que estão sujeitos às suas prescrições são propriamente sujeitos constitucionais. Entretanto, todos juntos pertencem ao sujeito constitucional, que só pode ser aprendido, mediante expressões de sua autoidentidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo

⁴²² Lembra que seja em Hegel ou Lacan, o sujeito emerge como consequência de uma carência e requer a mediação em sua busca de identidade. Enquanto detentos do poder constituinte, o sujeito constitucional parece se encontrar em condições de impor sua vontade, neste sentido, molda uma nova ordem política à sua imagem, a partir do seu domínio. Mas após uma análise mais profunda a aparência quase divina do sujeito constitucional se decompõe, não só porque a geração dos constituintes de se distanciam do passado...., mas nem mesmo a ruptura radical possibilita a diferenciação da ordem política pré-revolucionária e pós-revolucionária. (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.35).

⁴²³ ROSENFELD, op. cit.

conjunto de normas constitucionais, lembrando que a autoidentidade constitucional circula entre fatos e normas, entre o real e o ideal.⁴²⁴

A ligação entre norma constitucional e fato histórico, em relação a autoidentidade, pode ser abordada diante do desenvolvimento do conceito complexo de Constituição. Complexo porque vincula o passado, através da compreensão da Constituição Histórica, e alcança o presente e futuro com a Constituição Ideal de Direitos e a Constituição Ideal do Poder.

Nesse sentido, o desenho institucional e a abertura das instituições ao diálogo próprio das Democracias Deliberativas refletem o trabalho conjunto entre instituições, indivíduos e grupos, na construção das interpretações da Constituição Viva.

A relação entre a Constituição e o pluralismo é delineada por Wolkmer, ao ensinar que ela não deve ser apenas matriz geradora de processos políticos, mas consequência de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade: "Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas".⁴²⁵

A Constituição representa um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, assim, congrega e reflete os horizontes do pluralismo.

O conceito de pluralismo também se amolda no tempo e caracteriza-se pela dinamicidade, assim como pela identidade, que reconhece o valor da diversidade e da emancipação. Pluralismo representa "a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si".⁴²⁶ Assim, há várias faces do pluralismo: social, religioso, político, cultural, social.

⁴²⁴ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p.143. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴²⁶ Id. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p.172.

O pluralismo compreende alguns princípios valorativos descritos por Wolkmer como: a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; a descentralização, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; o localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; a diversidade, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras "pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação".⁴²⁷

Para Cittadino, o pluralismo possui, no mínimo, dois significados diferentes, um, para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna, outro, para assinalar a multiplicidade de identidades sociais específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. Aduzindo que os representantes do pensamento liberal adotam o primeiro significado, ao passo que os representantes do pensamento comunitário adotam o segundo pensar. Entretanto, todos reconhecem a impossibilidade de fundamentar ou justificar ideais de justiça distributiva sem enfrentar a discussão do papel da Constituição, da efetivação dos direitos fundamentais e da atuação e função do Poder Judiciário.⁴²⁸

O Pluralismo no Direito pretende demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abre-se espaço para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, dos seus vários sujeitos, grupos sociais, coletividades.⁴²⁹

Uma Constituição que traz o pluralismo dentre seus princípios basilares elabora um projeto para uma sociedade intercultural, que transcende o constitucionalismo individualista, liberal e estatal.⁴³⁰

⁴²⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p.175-177.

⁴²⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

⁴²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p.144. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴³⁰ Na América Latina, na cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, quanto as instituições jurídicas formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições) vem da tradição legal europeia. Na formação da cultura jurídica e do processo de constitucionalização latino-americanos pós-independência, há de se ter em conta a herança das

O pluralismo jurídico revela a multiplicidade de práticas existentes em contexto e espaço sociopolítico influenciados por diálogos, conflitos e consensos, oficiais ou não, atendendo razões materiais, culturais ou existenciais. O pluralismo jurídico implica releitura das compreensões tradicionais da origem ou da criação do que é o Direito, ou dito de outra forma, o que cria o Direito nas sociedades contemporâneas permeadas por alterações e rápidas mutações do contexto social e dos fatos, a ponto de as fontes tradicionais e de origem puramente estatais não conseguirem, satisfatoriamente, soluções dos conflitos no mundo contemporâneo.

Ressalta-se que Rosenfeld trabalha em seu texto a ideia de identidade constitucional, mas, parece que, mesmo estando a expressão no singular, é possível abranger várias identidades que compõem a constitucional que, diga-se de passagem, afirma sua existência através da tensão com outras identidades não constitucionais.

Nesse arranjo em que todos constroem compreensão da identidade do sujeito constitucional, agregado à abertura dos intérpretes da Constituição, no contexto pluralista o repensar das instituições do Estado em suas várias atuações impõe a prática de abertura e de diálogo nas atuações institucionais, diálogo entre instituições e instituições e sociedade civil organizada, bem como demais grupos.

O desenho institucional do Estado, como lembrava Nino, ou o desenho do poder, como refere Gargarella, deve sofrer uma nova rodada de análises e recâmbios como um aparato próprio do constitucionalismo contemporâneo. Gargarella, ao estudar as novidades e avanços trazidos pelas novas Constituições latino-americanas, critica-as ao mencionar que elas pecam pelo modo com que mantiveram fechada a sala de máquinas da Constituição.⁴³¹ Logo, o diálogo entre instituições e entre o poder e demais grupos parte da necessária abertura da sala de máquinas da Constituição.

O desenho institucional traçado se mostrou insuficiente para tratar a complexa estrutura social, restando fora da estrutura institucional parte da sociedade existente. As instituições, para Gargarella, se moldaram assumindo uma imagem de sociedade

cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, e provenientes agora da nova modernidade capitalista, de livre mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal-individualista. (WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p.146. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴³¹ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución dos siglos de constitucionalismo en américa latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

simples, dividida em poucos grupos, compreendidos como coletividades homogêneas e com interesses perenes e estáveis no tempo:

El resultado es que, con el paso del tiempo, y como ocurriría con un antiguo traje, las viejas instituciones fueron quedando, cada vez más, demasiado "estrechas" para sociedades que crecieron de los modos más diversos. Hoy, por tanto, tales instituciones pueden ser vistas, más que como un modo de expresión de la diversidad social, como un "corset" que se impone sobre sociedades renovadas: un "corset" que contribuye a generar e intensificar tensiones sociales entre la ciudadanía y el poder público.⁴³²

A diversidade cultural, a existência de várias identidades, inclusive constitucional, exige a abertura da sala de máquinas da Constituição, reconstruindo o seu desenho institucional, o que deve ocorrer à luz de um Constitucionalismo pautado pelo diálogo. O desenho institucional deve servir como duto de ligação entre tais diversidades, o poder do Estado e suas instituições, como forma de afirmarem sua própria existência, e não simplesmente servirem como um elemento de contenção, um *corset*.

Portanto, a identidade constitucional, ou as identidades constitucionais compreendidas pelo termo, pressupõe um caminho, um processo de construção e reconstrução influenciado pelo passar do tempo e pela tensão inerente a seu conceito. Trata-se da tensão entre a assimilação da(s) identidade(s) constitucional(ais) e rejeição de outras identidades.

Assim, as identidades inicialmente não abrangidas pela identidade constitucional, poderão com o passar dos tempos e afirmações ingressarem à identidade constitucional. Reitera-se que, o conceito identidade constitucional trata de um processo permeado pela incompletude e complexidade, ou seja, que nunca está acabado, ao contrário, sempre está a caminho.

O Constitucionalismo depende do pluralismo e pode ser um instrumento através do qual se viabilizam meios para institucionalizar o pluralismo. A construção da identidade constitucional, ou das identidades constitucionais, parte de uma ética pluralista, sendo que o constituinte, ao fundar um Estado Constitucional, deve renunciar à sua identidade pré-constitucional, afirmando o pluralismo como sua característica mais importante.⁴³³

⁴³² GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución dos siglos de constitucionalismo en américa latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014. p.360.

⁴³³ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.36-37.

O Constitucionalismo contemporâneo, como aquilo pertencente ao seu tempo, está centrado no pluralismo político, sob a diversidade de opiniões em relação aos bens da vida e aos ideais de vida boa de vários grupos que buscam reconhecer e realizar os direitos fundamentais e humanos.

A convergência entre identidades culturais e sociais e as identidades constitucionais como mencionado no início da pesquisa, fez com que algumas Constituições latino-americanas incluíssem no seu texto o reconhecimento de uma sociedade plúrima étnica e originária.

4.1 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: A SOBERANIA E O POVO

A identidade constitucional no Brasil será analisada a partir do repensar da questão da soberania. Antes de compreender a noção contemporânea da soberania, é preciso adentrar em conceitos que trazem elementos e influenciam a denominada crise contemporânea do conceito de soberania.

A soberania, do ponto de vista externo, é o poder que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar perante outras nações: interno, trata-se de um conceito jurídico e social, essência do ordenamento estatal que traz superioridade e supremacia.

Bodin compreendeu a soberania como uma potência legiferante, a fim de conter o caos das guerras civis e religiosas, assim como dos pensamentos anarquistas. Tratava-se de uma vocação normativa fundamental do poder político. Representava um poder perpétuo e absoluto, incondicionado e indivisível de uma República, sendo mais um atributo de Estado do que do rei.⁴³⁴

O objetivo de Bodin, como ressalta Arguelhes, não é a arbitrariedade, pois o soberano estava vinculado às leis do império e às leis naturais, porém era a afirmação da indivisibilidade da soberania a o repúdio do governo misto, o que foi

⁴³⁴ O autor elenca direitos próprios da soberania, que seriam: o poder de legislar sem os consentimentos dos súditos e sem reconhecer poder superior; declarar a guerra e paz; instituir os funcionários públicos; determinar a unidade de medida e o valor da moeda; impor taxas e impostos ou isenções, ter a última palavra em qualquer assuntos outorgar vantagens ou imunidades. (BODIN, Jean. **Os seis livros da república**: livro primeiro. Tradução de José Carlos. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito). p.179.

retomado no século XX por Carl Schmitt. Bodin criava sua noção de soberania com base numa ordem metafísica de fundo teleológico, ao contrário de Thomas Hobbes que, no *Leviatã*, compreende o Estado soberano como uma construção racional dos homens.⁴³⁵

Um elemento novo é reconhecido na obra de Bodin, refere-se a uma ordem de governo político legítimo, *un droit gouvernement*, e consistia em dois aspectos: definiu *res publica* como uma ordem de força caracterizada por poder soberano, afastando-se da ordem de contrato, e alterou também a ideia medieval de suserania.⁴³⁶

A soberania em Hobbes não está alinhavada ou fundada na tirania, pois o poder soberano dá-se mediante assembleia dos homens, trata-se do consentimento do povo reunido. Do Estado instituído advêm todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante consentimento do povo reunido.⁴³⁷ A passagem do Estado de natureza para o Estado civil seria realizado através de um contrato firmado entre iguais em que criam uma figura para agir em nome de todos eles, evitando a guerra de todos contra todos.

Rousseau, na obra "O contrato social", também compreendia a instituição de uma sociedade civil como indispensável à existência humana, mas, para tanto, não deixou de fora da discussão a questão da liberdade. O ponto de ruptura de Rousseau com seus antecessores consiste no seguinte fato, se um povo transfere seu direito a qualquer soberano, não se pode considerar este povo senhor de si mesmo. A soberania, assim como a vida e a liberdade, não pode ser alienada como um bem ordinário, não é propriedade de seu titular, e o Estado *Leviatã* precisa de um soberano. Assim, as decisões tomadas pelo corpo coletivo dos cidadãos seria a manifestação de uma vontade geral, não apenas como soma de vontades individuais.⁴³⁸ Seja qual for a orientação acerca da formação do conceito de soberania, sua delineação é construída a partir do Estado moderno.

⁴³⁵ ARGUELLES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2009. p.764.

⁴³⁶ PREUß, Ulrich. K. Os elementos normativos da soberania. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003. p.158-194.

⁴³⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴³⁸ ARGUELLES, op. cit., p.765.

A soberania guarda ligação direta com a formação do Estado moderno, com o fim da Guerra de Westfália, logo a soberania é tida como um atributo do Estado que detém poder supremo sobre seu território. O objetivo do termo soberania é articular poder e autoridade, dando-lhe justificação, condições e limites, "a soberania é, em última instância, expressar uma posição acerca de como o poder político é ou deveria ser exercido na comunidade política estatal".⁴³⁹

A soberania que manifesta o mais alto poder do Estado tem faces distintas, a soberania interna significa o *imperium* que o Estado tem sobre o território e a população, a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais, que lhe ficam sujeitos, de forma mediata ou imediata, e a soberania externa é a manifestação independente do poder do Estado perante outros Estados.⁴⁴⁰

As características da soberania como um poder absoluto e indivisível, não acompanharam os avanços históricos a partir da formação do Estado, nem os arranjos institucionais que permeiam a figura do Estado.

Bonavides, a partir das características da soberania e sua evolução no tempo, chega à crise do conceito. Sendo que tal crise contemporânea envolve aspectos fundamentais como a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania do Estado implica sacrifício maior ou menor do ordenamento internacional e vice-versa.⁴⁴¹ Do ponto de vista interno, que mais interessa à abordagem ora proposta, para Bonavides, a crise da soberania é a crise do próprio Estado.

O conceito de soberania pode dialogar com o constitucionalismo através da compreensão rousseauiana de soberania popular, sendo possível dizer que a separação de poderes e os direitos fundamentais visam a garantir que o poder exercido pelo aparato estatal não se afaste da vontade do povo, que é o detentor da soberania.⁴⁴²

A soberania popular entra em crise nas Democracias representativas, pois o povo manifesta sua vontade diretamente de forma esporádica e limitada, porém a soberania perpétua, absoluta e incondicionada, parece ser atribuída ao povo quando da manifestação do poder constituinte originário.

⁴³⁹ ARGUELLES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2009. p.763.

⁴⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.138.

⁴⁴¹ Ibid., p.156.

⁴⁴² ARGUELLES, op. cit.

No século XIX, a soberania emerge como expressão do poder político, nesse sentido, a Constituição limita o poder soberano, ainda que o povo seja o seu titular. Tais limites podem ser expressos por diversas vozes do constitucionalismo contemporâneo. Os limites da vontade da maioria estariam traçados pelo devido respeito aos direitos humanos, às garantias previstas na Constituição. Tais limites podem ser exigidos através do controle de constitucionalidade, mesmo diante do seu caráter contramajoritário.

Sob outro aspecto, mas também em relação à limitação do poder do soberano, Fioravanti, ao analisar a tendência constitucional a partir da Constituição americana, constata três pontos essenciais à compreensão desse modelo, a propósito: a supremacia da Constituição, a cidadania e a divisão e equilíbrio entre os poderes, diferente do modelo europeu continental, fundado na soberania: *"Due parole di conclusione. Nel modello costituzionale che abbiamo esaminato, tre sono dunque i ponti essenziali: la supremazia della costituzione, la cittadinanza come condivisione di diritti, l'equilibrio e il bilanciamento fra i poteri"*.⁴⁴³

Com os ventos do pluralismo, a soberania do Estado na era contemporânea mantém o monopólio do uso da força, mas alarga o espaço de deliberação e decisão, alcançando instâncias externas ao poder estatal, como, por exemplo, através de processos de integração e formação de blocos internacionais e, no âmbito interno, através dos diálogos entre instituições e entre instituições e cidadãos.

Agambem propõe uma análise contemporânea, arguindo que o paradoxo da soberania se apresenta com o fato do soberano estar, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, sendo que a expressão ao mesmo tempo não é à toa, podendo ser analisada como: "a lei que está fora dela mesma" ou "eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei".⁴⁴⁴ Demonstra a medida que a soberania assinala o limite, como o fim e como princípio do ordenamento jurídico.

Após ver a questão do estado de exceção de Schmitt, Agambem refere: se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito

⁴⁴³ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009. p.67. Tradução livre: "Algumas palavras de conclusão. No modelo constitucional que examinamos, três pontes são essenciais: a supremacia da Constituição, a cidadania como uma partilha dos direitos e o equilíbrio de poderes".

⁴⁴⁴ AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.19.

(Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen), ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui através da própria suspensão.⁴⁴⁵

O conceito de soberania é complexo e comporta análise em vários enfoques diferentes, Agamben salienta que a soberania possui uma relação estreita com a suspensão do direito vigente através do desenvolvimento do estado de exceção.

A teoria clássica da soberania centrada na ideia do contrato social pactuado entre Estado e cidadãos, através de um vínculo jurídico, não se adapta à análise concreta da multiplicidade das relações de poder que se estabeleceram entre o soberano e seus respectivos súditos.⁴⁴⁶

Para Agambem, a relação política original é o "bando", e a função do soberano é a produção da vida nua.⁴⁴⁷ O paradoxo da soberania traz a questão do poder constituinte em relação ao poder constituído. Enquanto os poderes constituídos existem no Estado, de acordo com ele e com a ordem constitucional preestabelecida; o poder constituinte posiciona-se fora do Estado, a quem nada deve.

Voltando à questão do bando, a manifestação do poder constituinte pode orientar-se na inclusão de novas identidades, ao lado da identidade prevalecente, devendo resgatar a compreensão de identidade como pertencimento e direito a não exclusão.

Neste sentido de pertencimento e não exclusão, o caráter complexo da soberania revive e questiona a posição do povo no exercício da soberania. Ou seja, em que espaço está posicionada a soberania. Ao tratar de uma democracia deliberativa, com o alargamento dos espaços de decisão em vários cenários da vida social, e, diante de preceitos do constitucionalismo popular, parece necessário o resgate desse espaço pelo povo.

Bercovici lembra que a Constituição imporia limites aos poderes do soberano, hoje traduzidos em órgãos do Estado, da mesma forma que imporia limites ao poder soberano do povo, eis que a característica do Estado Constitucional é a imposição de limites, sendo que a Constituição deve honrar as conquistas sociais e históricas, como o pluralismo político, a vedação da tortura, a liberdade de expressão e o sufrágio

⁴⁴⁵ AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.35.

⁴⁴⁶ AGAMBEM, op. cit.

⁴⁴⁷ Id. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I - profanações. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

universal.⁴⁴⁸Nesse caminho, destaca-se a importância da compreensão da soberania e da Constituição como potência, como poder, como energia dividida no tempo.

A ideia de resgatar a importância e o papel do povo no exercício da soberania tem ligação com o objeto da tese, com o controle de constitucionalidade, tanto que a análise trazida por Nino, que argumenta em prol do controle em três situações, parte do desenvolvimento da teoria da democracia deliberativa, passando por questões da soberania no constitucionalismo popular para chegar às exceções afetas ao controle de constitucionalidade.

Esta limitação tem a finalidade principal de excluir algumas questões na arena jurisdicional, como, por exemplo, questões de cunho nitidamente político que se fundamentam em argumentos de política.

Agrega-se a essa potência soberana e às exceções trazidas por Nino, os argumentos de Kramer, para quem o povo assume um papel ativo na interpretação e aplicação do direito constitucional, afirmando que o inimigo da democracia é a supremacia judicial, arguindo que juízes tenham a última palavra na interpretação da Constituição, o que valerá para todos.⁴⁴⁹

O argumento de Kramer, pertencente ao constitucionalismo popular, de que os Tribunais devem ter relação com o público, induz à diferença entre a compreensão da decisão exarada pelos Tribunais, distinção entre última palavra e única palavra. Num contexto plural, a diversidade de argumentos e as compreensões de vida precisam ser levadas em consideração no controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Nesse caminho, o exercício da jurisdição mais próxima às pessoas tem maior probabilidade de realizar a leitura e a ligação entre os fatos e a Constituição Viva, sob pena de deslocamento entre a realidade vivida e a decisão firmada. Isso não quer dizer que a pautada decisão firmar-se-ia pela ideia de democracia conforme a lógica majoritária, mas orientar-se-ia pela afirmação dos preceitos substantivos da Constituição diante da realidade trazida a efeito e pelos argumentos que construiriam a decisão.

⁴⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁴⁴⁹ KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Tradución de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

A supremacia judicial como instrumento do estado constitucional não deve se confundir com soberania judicial, pois a soberania como potência pertence ao povo, sendo que a definição da última palavra não se confunde com a única palavra.

As identidades constitucionais desenvolvidas, construídas ou resultantes de um processo histórico de conquistas devem ser consideradas na interpretação, o que é abrangido pela Constituição histórica e ideal, de Nino, aqui, auxiliares da construção da Constituição Viva.

A soberania pertencente ao povo não subtrai o poder do Estado, mas impõe que o exercício desse poder leve em consideração um importante sujeito, o próprio povo, mencionado aqui a partir de suas particularidades, composto por pessoas e grupos pertencentes a um meio, que visam a não exclusão e a proteção de direitos humanos. A abertura da sala de máquinas da Constituição requer um constitucionalismo pautado pelo diálogo atento às identidades do povo.

Ampliar os sujeitos da Constituição liga o povo, como sujeito, com a participação da construção dos sentidos da Constituição, sem esquecer conquistas históricas e sem desapegar-se de questões culturais e sociais. Isso quer dizer que, ao lado da Constituição histórica e da Constituição ideal, que possui caráter normativo, a Constituição Viva requer o entrelaçamento entre o povo e o sentido da Constituição, ou melhor, entre o povo e a construção desse sentido. O povo, para além de sujeito, em relação a sujeitar-se, é ator, é agente.

A Constituição Viva reconstrói-se diariamente, revisitando institutos do direito constitucional, sendo que a prática constitucional, o viver da Constituição baseia-se na valorização dos direitos humanos e nas garantias para o exercício de tais direitos, levando ao reconhecimento da decisão pelos seus destinatários.

A questão da última palavra não se confunde com única palavra e, assim, impõe-se o fato de saber quais as matérias que se sujeitam ao controle, orientação trazida por Nino, o que protege o espaço do jogo político. O controle deve ser limitado, atendendo, entre outras coisas, à defesa de direitos humanos. A contrário senso, o risco do descumprimento é compreendido pelo conceito do estado de exceção trazido por Agambem, no qual, através do direito, objetiva-se legitimar algo que não pode ser legitimado, como a ofensa aos direitos humanos e garantias da Constituição.

Para finalizar a questão da soberania traz-se a compreensão de soberania distribuída, de Richardson, como espaço próprio do povo e suas manifestações, que deve dialogar com instituições do Estado na construção dos sentidos da Constituição.

A ideia democrática da vontade popular tem uma relação complexa e simbiótica com a ideia de uma Constituição. Para que possa existir uma vontade popular, faz-se mister uma estrutura constitucional. De outra parte, os monistas acreditam que a vontade do povo emanará de algum ponto central daquela estrutura. Se o engajamento adequado dos cidadãos realmente exige que a vontade popular se traduza na tarefa de criação de leis, cumpre buscar um modo, através do qual se possa distribuir a formação da vontade popular por vários segmentos da estrutura constitucional.⁴⁵⁰

Richardson resume sua defesa ao governo pelo povo, referindo que o ideal político do governo pelo povo ou a ideia de que a lei deverá expressar a vontade do povo, que participa ativamente da formação de seu governo através do voto ou de outro modo, reside no ideal liberal, segundo o qual o processo político deve respeitar os cidadãos como pessoas autônomas livres e iguais. Sendo essa a base do governo pelo povo, separa-se das perigosas reivindicações de infalibilidade e de obediência constitutiva de liberdade.⁴⁵¹

Igualmente, descreve-se a essência dessa ideia da vontade do povo, sem a apresentar como um objeto a ser descoberto, nem a chave para resolver questões controversas no âmbito da interpretação das leis. Trata-se de algo simples, o processo político tem que ser estruturado de modo tal que respeite a autonomia dos cidadãos individuais. Se o processo for estruturado dessa forma, as decisões daí decorrentes serão um reflexo da vontade popular. Seria impossível garantir a participação ativa de cidadãos autônomos no processo de decisão, se fosse preciso remontar às origens históricas da Constituição ou se isso tivesse de ser expresso num único momento dentro do processo político, portanto, a formação da vontade popular distribuída ao longo da estrutura constitucional é o meio para sua manifestação.⁴⁵²

Reitera-se, ao dizer-se povo, compreende-se o princípio da maioria limitada, como já referido, não há direito da maioria que possa ser ilimitado, assim, a compreensão de povo alcança a maioria e a minoria por um processo de tomada de decisão. Logo, o princípio de todo o poder emanar do povo não é atribuído às maiorias ou às

⁴⁵⁰ RICHARDSON, Henry S. Em defesa de uma democracia qualificada. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Livio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p.174-194.

⁴⁵¹ RICHARDSON, op. cit.

⁴⁵² RICHARDSON, op. cit.

minorias, ainda que o princípio da maioria seja o melhor método para a democracia nas eleições periódicas.⁴⁵³

Visando à formação da vontade popular, chega-se à ideia de sistemas distribuídos institucionalmente ou, resumidamente, soberania popular distribuída institucionalmente, neste íterim, o desenho institucional e o constitucionalismo pautado no diálogo, desde as instâncias jurisdicionais originárias, qualificam o debate acerca do que é a Constituição.

A abertura da sala de máquinas da Constituição impõe o redesenho institucional, lembrando a importância desse desenho institucional para a implementação de uma democracia deliberativa, como já assinalou Nino. A soberania como conceito complexo e multifacetado, deve levar em consideração o sujeito da Constituição, como aquele que se sujeita as normas constitucionais, o povo. A discussão ganha fôlego ao migrar para outro espaço, o do poder constituinte e dos poderes constituídos.

4.2 OS SUJEITOS DA CONSTITUIÇÃO ENTRE O PODER CONSTITUINTE E O PODER CONSTITUÍDO

A análise tratada neste tópico liga-se àqueles que se sujeitam à Constituição, ao poder que escreveu o texto de forma originária bem como aos poderes constituídos, aos poderes do Estado. Aqueles que se sujeitam à Constituição alcançam e definem o campo da Constituição histórica, o que fazem através das lutas e conquistas do povo. Ao lado da Constituição baseada na história do povo, há Constituição ideal, consoante seu campo normativo, em relação à atribuição de direitos e à organização dos poderes. A troca entre os poderes, em épocas diferentes, em contextos históricos diferentes, geram a vida e o reconhecimento da Constituição.

O poder constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, organizado jurídica e socialmente. De certa forma, liga-se ao surgimento das constituições escritas a fim de limitar o poder do Estado, trazendo a organização de poderes e instituições e preservando direitos e garantias fundamentais. O constitucionalismo traz em si a ideia de limite da vontade popular, através de uma Constituição fundada na manifestação popular e no poder constituinte originário.

⁴⁵³ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. v.1.

O poder constituinte é considerado a fonte da qual a nova ordem constitucional advém, é o poder de fazer a nova Constituição, do qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura e organização. O poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova, nessa perspectiva.⁴⁵⁴

O paradigma do poder constituinte é o de uma força que irrompe, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está vinculado à ideia de democracia como um poder absoluto. O conceito de força que irrompe e se faz expansiva é ligado à pré-constituição da totalidade democrática. A dimensão pré-formada entra em choque com o constitucionalismo de maneira direta, forte e duradoura, sendo que nem a história alivia as contradições do presente.⁴⁵⁵

Ao analisar Negri, Chueiri refere que o poder constituinte não emana de algum poder constituído, não é uma instituição desse poder. É um ato de escolha, de determinação radical dispositiva de algo que ainda não existe e cujas condições de existência pressupõem que o ato criador não perca suas características na criação.⁴⁵⁶

É preciso recuperar a ideia e a práxis de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, com toda radicalidade que está no ato constituinte, impondo-se regras e limites, o que se estende, no mesmo sentido, à regulamentação dos poderes constituídos.⁴⁵⁷

A relação entre o poder constituinte e os poderes constituídos deve ser entendida como potência de transformação diante de uma esfera pública democrática. Lembrando que a democracia tem seu valor epistêmico, levando em consideração valores, compreensões da convenção e dos tempos presentes.

É possível traçar uma relação paralela de influência entre o poder constituinte e o constituído com a compreensão de Constituição histórica e ideal, sendo que a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos relacionam o presente e o passado, trazendo o dever de consciência para com a história passada, percebendo também a conquista dos direitos como trunfos.

⁴⁵⁴ CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n.159, p.161, jan. 2010.

⁴⁵⁵ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. 2.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

⁴⁵⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the law**: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Michigan: UMI, 2005.

⁴⁵⁷ CHUEIRI; GODOY, op. cit.

Nesse momento, reporta-se ao capítulo em que se analisou o valor epistêmico da democracia deliberativa em Nino, que traz uma concepção dialógica e a ligação entre a moral e a política, através do desenvolvimento de teses ontológicas e epistemológicas. Sendo que o valor da democracia reside em sua natureza epistêmica a respeito da moralidade social. A democracia é um importante procedimento para alcançar o conhecimento dos princípios morais.

Ao preservar a convenção constitucional, diante da compreensão do poder constituinte como potência originária, mantém-se o impulso inicial. Diante do valor epistêmico da democracia em Nino, além dos procedimentos para se chegar aos melhores princípios morais, de uma época, de uma história, o impulso constituinte está presente onde houver manifestação do povo. Como referem Chueiri e Godoy, "está presente onde quer que o povo se manifeste".⁴⁵⁸ Nino crê no fortalecimento do ideal constitucional como meio para o processo democrático.

O poder constituinte como potência, no caso da Constituição Federal de 1988, não se inaugurou com a formação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, mas muito antes, e continua a manifestar-se:

[...] no exemplo recente da história constitucional brasileira, o poder constituinte (como potência) remonta aos movimentos ou as ações empreendidos pela sociedade civil brasileira e iniciados em 1985 e reaparece, como força, toda vez que se pretende atingir a Constituição com golpes como a convocação de uma nova assembleia nacional constituinte ou com mutações constitucionais provocadas por quem não tem competência constitucional, como, por exemplo, o poder executivo.⁴⁵⁹

Podem-se agregar ao impulso da manifestação desta força motriz as ações da sociedade civil organizada como resposta à atuação de outros poderes, não só do Executivo, que se apropriam do discurso constitucional sem levar a efeito o diálogo com outras instituições, grupos e pessoas, aniquilando o espaço político. Ou melhor, diga-se de passagem, essa prática não é exclusiva do Poder Executivo. A democracia e o constitucionalismo não prescindem do diálogo, as instituições que representam o poder do Estado, nas respectivas funções, precisam travar trocas e recâmbios de experiências e compreensões do que diz a Constituição, do que é a Constituição, do que faz viver a Constituição.

⁴⁵⁸ CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n.159, p.165, jan. 2010.

⁴⁵⁹ CHUEIRI; GODOY, loc. cit.

A Constituição do social é uma potência baseada na ausência, a potência humana determina um deslocamento contínuo do desejo e aprofunda a ausência em que o evento inovador tem lugar. Negri continua arguindo que a expansividade da potência e a sua produtividade alicerça-se num vazio de limitações, na ausência de determinações positivas. A potência constitutiva não se esgota nunca no poder, nem a multidão tende a se tornar totalidade, mas um conjunto de singularidades, multiplicidade aberta.⁴⁶⁰

O poder constituinte originário, como a soberania popular, é aceito como potência inicial. A Constituição, consequência dessa potência criadora, simboliza o alicerce de todo ordenamento jurídico. Diz-se que o poder constituinte originário é primário, representando a potencialidade de elaborar e pôr em vigência a Constituição em sua totalidade, de reconhecer direitos e garantias fundamentais, organizar o Estado, seus poderes, distribuir competências aos entes estatais.

Sendo o povo titular do poder constituinte, do poder que cria a Constituição e as instituições, a ideia de potência pode ser compreendida, tanto em relação ao poder constituinte originário como o derivado.⁴⁶¹ O poder constituinte originário é analisado como um poder de fato, vinculado à realidade concreta da vida social em dado espaço territorial. Um poder de fato que se sobrepõe ao poder político, neste sentido, como argumenta Brito "estamos a falar de um poder exclusivamente político, porque originariamente imbricado em toda a *polis*, naqueles raros instantes em que a *polis* se sobrepõe ao Estado para dizer, por ela mesma, sob que tipo de Direito-Constituição quer viver".⁴⁶²

O poder constituinte originário representa um poder de natureza pré-jurídica, sem ter referência a qualquer ordem jurídica que o precedeu, não tem limitações e tampouco condições para a manifestação, podendo exteriorizar-se através de uma Assembleia Nacional constituinte ou por meio de outorga.

Para Preuß, a feitura da Constituição envolve duas questões, ou uma ruptura revolucionária, ou a domesticação de forças revolucionárias, tornando-as canalizadas pela nova ordem constitucional. O poder constituinte de um povo traz um

⁴⁶⁰ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. 2.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015. p.15.

⁴⁶¹ Para Sieyès a titularidade do poder constituinte pertencia à nação, que era a fonte legítima de capaz de elaborar a Constituição, para ela a nação existe antes de tudo, antes de tudo, é a origem de tudo. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azeredo. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997).

⁴⁶² BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.31.

componente ético e outro demótico, sem os quais o sujeito seria reduzido a algo sem raiz, sem vida ou seria dirigido por forças pré-políticas incapazes de gerar qualquer ordem constitucional, a racionalidade da Constituição transforma o poder indominável do *ethos* para a autoridade do responsável do *demos*.⁴⁶³

As Constituições são também de origem democrática ou autocrática, em relação ao aspecto político. Apenas se consideram democráticas aquelas que efetivamente são emanadas em condições mínimas de liberdade e participação dos cidadãos, e não impostas pelos governantes: "Não interessa a forma utilizada; o que interessa é a genuinidade da vontade política do povo nela expressa".⁴⁶⁴

Vanossi também compreende o poder constituinte originário como uma potência de energia que atua na etapa fundacional, é o poder constituinte que atua na reforma ou revisão, que é uma competência, é a manifestação e aplicação da própria legalidade prevista pelo poder constituinte originário. A diferença entre potência e competência precisa as fronteiras dos termos, porque a potência não tem limites jurídicos, embora possa ter limites metajurídicos, como por acatamento de certa realidade social subjacente, por crenças ou ideologias.⁴⁶⁵

Já os poderes de revisão ou de reforma da Constituição encontram limites determinados pelo poder constituinte originário, trata-se de limites materiais, formais, temporais e circunstanciais, como se verá.

O movimento do poder constituinte, em Negri, permeia a política como vida societária que se orienta à sua finalidade: transcender a multidão e ter o poder como consumação da potência. Nessa dinâmica, Negri define cinco oposições, a primeira é a criação contra o limite e a medida, o poder constituinte é desmedido, sua única medida é a ilimitação da multidão. A segunda oposição é a do procedimento-processo, contra o mecanismo dedutivo do direito substantivo e da máquina constitucional, não se aplicam normas gerais e abstratas, mas se constituem constelações de interesses, acordos e relações que são sempre reavaliados.⁴⁶⁶

⁴⁶³ PREUß, Ulrich K. Constitutional powermaking for the new polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.143-164.

⁴⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo II. p.98.

⁴⁶⁵ VANOSSE, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, , Rio de Janeiro, n.1, p.11-25, jan. 1983.

⁴⁶⁶ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. 2.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015. p.343.

A terceira oposição é a da igualdade contra o privilégio:

Se o poder constituinte está radicado na relação entre *multitudo* e *potentia*, se a racionalidade dessa relação é definida pelo movimento da criatividade contra o limite e a medida, e do procedimento contínuo contra a rigidez institucional, é evidente que o privilégio não pode ter lugar, pois ele é contraditório com o movimento constitutivo do trabalho vivo.⁴⁶⁷

Neste sentido, a igualdade não se apresenta como um direito inalienável, a não ser no sentido – fundamentalíssimo – de que ela é a condição do processo constitutivo, condição, não objetivo.⁴⁶⁸

A quarta oposição é a diversidade contra a uniformidade. A racionalidade, para além do moderno, vê na diversidade e na riqueza de individualidades iguais e irreduzíveis a chave mestra da sua lógica, assim, o poder constituinte não se forma da redução das singularidades ao uno, mas da sua imbricação e expansão. A nova racionalidade contraria a uniformidade e revela-se como a impossibilidade de uniformizar o mundo da vida no instante que o reconstrói de forma criativa.⁴⁶⁹

A última oposição é a oposição para o comando. A racionalidade abstrata transforma-se no seu avesso, isto é, na racionalidade em concreto. A cooperação é compreendida como pulsação viva da *multitudo*, é a articulação de um número infinito de singularidades que entram em decomposição como essência produtiva do novo: "A cooperação é a forma pela qual as singularidades produzem o novo, o rico, o potente, a única forma de reprodução da vida. A cooperação define a sua racionalidade por meio da potência".⁴⁷⁰

Como potência, o poder criador da Constituição é inicial por instaurar uma nova ordem jurídica, autônomo e ilimitado juridicamente, não condicionado à forma de manifestação prevista anteriormente, representa um poder de fato e político que tem o povo como seu titular numa compreensão pluralística.

No que tange ao poder constituinte derivado, porque advém do originário, como poder instituído, como competência, traz limites às formas de atuação e exercício.

⁴⁶⁷ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Tradução de Adriano Pilatti. 2.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015. p.343.

⁴⁶⁸ NEGRI, op. cit.

⁴⁶⁹ Ibid., p.344.

⁴⁷⁰ NEGRI, loc. cit.

Dividido em poder constituinte derivado reformador e decorrente, sua manifestação e alcance é vinculado pelas normas da Constituição.

O poder constituinte derivado decorrente consiste no poder de os Estados membros se organizarem através de suas Constituições, diante do pacto federado e em virtude da autonomia política dos entes federados.⁴⁷¹ Chamado de poder constituinte estadual manifesta-se na criação e reforma das Constituições Estaduais.

O poder constituinte derivado revisor como criação do poder constituinte originário foi previsto na Constituição de 1988, representando um poder limitado, vinculado e condicionado. O artigo 3.º dos Atos das disposições Constitucionais Transitórias determinou que a revisão constitucional fosse realizada após cinco anos da promulgação da Constituição, através do voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Tratava-se de um procedimento mais simples do que o trazido para o exercício do poder de reforma da Constituição via Emenda Constitucional, que exige três quintos dos votos para aprovação em cada uma das Casas do Congresso Nacional. A manifestação do poder constituinte derivado revisor manifestou-se, como previsto na Constituição, uma vez, resultando, daí, seis emendas constitucionais de revisão.

A imutabilidade da Constituição colide com a vida, que é mudança, rotação, admiti-la num sistema constitucional significa cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe a solução das crises.⁴⁷²

A maneira através da qual a Constituição prevê a alteração do seu texto é pela edição de Emendas à Constituição, sendo que, como manifestação de um poder limitado, encontra restrições materiais e formais trazidas pela própria Constituição. As restrições formais são atinentes ao procedimento legislativo de Emendas à Constituição, como legitimidade inaugural, forma de votação e trâmite do procedimento.

Como limite circunstancial, a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, como regras de processamento, a proposta de Emenda à Constituição será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Como limite

⁴⁷¹ Artigo 25 da Constituição Federal e art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁴⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

formal, o artigo 60, § 4.º traz matérias que não serão objeto de deliberação: as propostas que visem abolir a forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. O artigo prevê também a regra da irrepetibilidade de proposta rejeitadas ou prejudicadas, na mesma sessão legislativa.

O artigo 60, I, II e III traz como legitimados para proporem emendas à Constituição um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Como limite formal para deflagrar o procedimento legislativo de Emenda Constitucional, a maior crítica reside na ausência do povo no seu rol de legitimados. Numa democracia deliberativa em que a ampliação da participação direta dos cidadãos vai ao encontro da própria compreensão de Constituição viva, parece que a impossibilidade de deflagrar o procedimento legislativo é um óbice ao exercício da democracia e da cidadania. Ao contrário do previsto no artigo 61, § 2.º, da Constituição Federal, que prevê a iniciativa popular e regulamenta seu exercício, o artigo que trata da emenda não faz referência ao povo para o exercício do poder constituinte reformador via Emenda à Constituição.

Em posição diversa, José Afonso da Silva aduz que a iniciativa popular para a o projeto de Emenda à Constituição pode ser admitida diante das normas gerais e dos princípios fundamentais da Constituição, bem como de uma interpretação sistemática. Assim, a iniciativa popular do projeto dependerá do desenvolvimento e das práticas da democracia participativa, lembrando que tais questões fazem parte dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.⁴⁷³ Entretanto, na verdade, a Constituição não trouxe, de forma expressa, a participação popular, o que cria um entrave, mas não inviabiliza, em tese, o exercício.

Ressalta-se que os limites circunstanciais impedem a Emenda à Constituição na vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa. Parece oportuno incluir, dentre tais possibilidades, aquelas situações em que, mesmo sem haver formalmente a decretação destes estados de exceção, a instabilidade da política e das instituições democráticas não recomenda a alteração da Constituição.

⁴⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Admitir possibilidade diversa pode implicar na constitucionalização de práticas que envolvam, de certa forma, um golpe de estado. Dito de outra forma, há matérias que podem ser incluídas na Constituição em tempos de instabilidade política e democrática que em outro momento não seriam abrangidas pelo poder de reforma.

Como limites materiais, as cláusulas pétreas explícitas, ou implícitas, impõem restrições aos projetos que visam a alteração da Constituição em relação à matéria a ser objeto do projeto de emendas à Constituição. As explícitas são elencadas no artigo 60, § 4.º, como a forma federativa de Estado; o voto secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Há cláusulas pétreas implícitas, que não estão elencadas no artigo, mas gozam desse status como, por exemplo, o sistema republicano.

Visto a alteração formal do texto, a adequação das normas da Constituição pode decorrer do exercício ou da construção do sentido das normas constitucionais. A compreensão de diversas identidades constitucionais necessita de canais que possibilitem o diálogo a fim de firmarem suas pretensões, releituras ou reconhecimento. O reconhecimento pode ser compreendido como pertencimento, como já falado, no sentido de não exclusão.

As pretensões encaminhadas ao Poder Judiciário através de ações judiciais são canais para a alteração do que se diz a Constituição, Constituição que é viva e se altera no tempo, ao lado de outros instrumentos. Os mecanismos de ampliação do debate jurisdicional, como a implementação das audiências públicas em 1.º grau, a figura do *amicus curiae*, a reserva de plenário nos Tribunais, o reconhecimento da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, a legitimidade universal do controle difuso, além dos instrumentos dialógicos inerentes a compreensão de processo, são canais de demonstração das identidades em contextos plurais e diversos que possibilitam o diálogo e expansão de argumentos acerca das questões constitucionais.

Há uma potência, uma força latente que liga os fatos à Constituição, que liga a Constituição histórica à Constituição ideal, e revisita inclusive o caráter normativo e a determinação de fins e tarefas do Estado.

Se a Constituição é viva e se adequa às alterações sociais, deve acompanhar a Constituição histórica e a Constituição de direitos, assim, como não há iniciativa popular expressa no texto, mais um motivo para que as alterações possam surgir da vivência da Constituição por parte das pessoas, dos grupos e também das instituições. O poder constituinte derivado pode manifestar-se a partir da Constituição histórica,

da Constituição como prática social pautada na proteção dos direitos humanos. A alteração teria como fundamento a afirmação substancial de direitos humanos a partir da Constituição histórica, ou seja, da Constituição como prática social.

As sociedades pluralistas, na diversidade que abarcam, devem atribuir à Constituição a tarefa de trazer condições e possibilidade para um projeto de vida comum, compreendendo a diversidade e a pluralidade social, cultural e histórica que abrange: *"el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales"*.⁴⁷⁴

Negri reafirma a tensão entre poder constituinte, que traz consigo a inovação, a criatividade e a versatilidade, ele é o sujeito, que é revolucionário e criador; e o poder constituído, referindo o antagonismo travado nessa relação. O movimento do poder constituinte é inesgotável, o trabalho da sociedade entrará em confronto com o trabalho morto acumulado pelo poder, é dessa crise que vive o poder constituinte, a sua potência.⁴⁷⁵

A Constituição Viva permite que a espontaneidade da vida e os limites constitucionais passem a dialogar na construção do sentido da Constituição. O poder constituinte reformador pode ser exercido via controle de constitucionalidade, respeitando alguns critérios e limites, tais como os limites materiais traçados pelo constituinte originário.

Nino, após explicar seu conceito de democracia deliberativa com base na sua potência epistêmica e discussão de questões de interesse comum, e, ao examinar os princípios da moralidade social defendidos sobre a base dos pressupostos da prática social da discussão moral, chega ao princípio da autonomia, inviolabilidade e dignidade da pessoa.

⁴⁷⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. p.156.

⁴⁷⁵ O movimento do poder constituinte é inesgotável, a "virtù" enfrentará a "fortuna", o trabalho da sociedade entrará em confronto com o trabalho morto acumulado pelo poder. É nessa crise continua que o poder constituinte vive, em busca de seu próprio devir. "Espinosa recupera e aprofunda a definição maquiaveliana, transferindo-a para o horizonte da grande metafísica. Aqui, a trama da Constituição do político é sustentada pela expansão progressiva e irrefreável da *cupiditas* como força determinante do processo de Constituição do social, por sua vez determinada, na formação das instituições políticas, como resultante do entrelaçamento de uma multidão de singularidades. Portanto, ela é superada e sublimada pelo caráter absoluto da síntese democrática, como momento de plena interpenetração entre a vontade de todos e a soberania". (NEGRI, Antonio. **O poder constituinte ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. 2.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015. p.318).

Voltando às exceções apresentadas por Nino, a primeira exceção permite o controle de constitucionalidade em relação às regras do procedimento democrático, como a amplitude da participação na discussão dos interessados na decisão. A segunda se refere ao valor epistêmico da democracia, a partir de critérios de moralidade pública intersubjetiva ou social, são *standards* que levam à avaliação das ações individuais diferentes dos interesses do povo; e a terceira que é a Constituição como uma prática social.⁴⁷⁶

A terceira e última exceção trazida por Nino, não se baseia, ao contrário das outras, nas condições necessárias para reconhecer o valor epistêmico da democracia. Baseia-se no fato de que essas decisões democráticas, que tem valor epistêmico, sejam mais eficazes. O propósito do controle judicial de constitucionalidade é preservar a prática social ou a convenção dentro da qual a decisão opera, ou seja, da Constituição histórica.⁴⁷⁷

Além das três exceções trazidas por Nino, apontam-se mais dois critérios que orientariam o controle de constitucionalidade difuso, a fim de auxiliar a construção da decisão, revelando seu sentido e fundamento. Tais critérios encontram-se ao lado da terceira exceção, como consequência ou sequência dela, portanto, devem ser analisados junto a ela, o primeiro liga-se à identidade constitucional e o outro à organização do poder.

O primeiro critério atrela-se às questões sociais, históricas, culturais que trazem novas identidades, ou leituras diferentes das identidades constitucionais vigentes, levando em consideração que o controle de constitucionalidade difuso deve servir de instrumento à Constituição complexa e viva, e, portanto, fundamenta a construção de uma decisão na inclusão ou leitura de outras identidades.

Essas identidades orientar-se-iam pelo conteúdo e princípios dos direitos humanos. O primeiro critério agregado à terceira exceção refere-se ao reconhecimento de novas identidades ou da sua releitura à luz dos direitos humanos. Nino constatou que os direitos humanos devem fazer parte de um sistema global de valores morais e políticos. A ideia de direitos expressa uma concepção particular de certo lugar em

⁴⁷⁶ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

⁴⁷⁷ NINO, op. cit.

que os indivíduos devem ocupar um sistema moral conforme suas vidas, ações e interesses.⁴⁷⁸

A partir de Nino, Nagel diz ser apropriado pensar direitos como questões de status, como parte do que significa ser um membro de uma comunidade moral:

*La idea de derechos expresa una concepción particular del tipo de lugar que los individuos deberían ocupar en un sistema moral, como sus vidas, acciones e intereses deberían ser considerados por un sistema de justificación y autorización que constituya una moralidad.*⁴⁷⁹

Assim, como defendido, a Constituição histórica, ou a Constituição como prática social, permite a ligação entre as identidades da Constituição e as identidades sociais, culturais e históricas que permeiam aquelas identidades. Dessa exceção, ressaí a possibilidade de que novas identidades, identidades que não pertençam à Constituição, ou que não tenham tratamento de igual dignidade e respeito, possam ser abrangidas pelo discurso da Constituição e pelo seu viver.

As identidades não abrangidas pela Constituição, identidades latentes de tutela, poderiam agregar-se às identidades constitucionais. O controle diante do caso concreto serviria de mecanismo aberto para que demandas, pessoas e grupos que não tenham sua identidade reconhecida, ou não se sintam pertencentes ao jogo vivo da Constituição, sejam incluídos nesse jogo. Neste sentido, a legitimidade universal própria do controle difuso fundamenta o critério inserido na terceira exceção.

A inclusão de novas identidades, ou a nova leitura dessas identidades, orientada por princípios de direitos humanos, não pode menosprezar ou refutar as conquistas históricas de um povo, sua cultura, suas lutas. A decisão que se refere às novas identidades, novas no sentido de agregar-se às antigas, ou novas por permitir uma nova roupagem a um direito antigo, podem ser lembradas em alguns casos decididos em instâncias iniciais como: o reconhecimento, com igual respeito, de direitos, em razão das relações homoafetivas, do aborto do feto anencefálico, da concessão do benefício

⁴⁷⁸ *"Pero comprendió también que los derechos humanos deben formar parte de un sistema comprensivo de valores morales y políticos, y buscó la comprensión teórica que conectara las muy distintas cuestiones incorporadas bajo ese título. En Ética y derechos humanos, investigó las características especiales de los derechos de todos los tipos que podrían resultar de importancia para mí: su diferenciación respecto de los bienes agregativos y la prioridad que detentan por sobre otros valores".* (NAGEL, Thomas. Los derechos personales y el espacio público. In: SLYE, Ronald C.; KOH, Harold Hongju (Orgs.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p.48).

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p.49.

assistencial para estrangeiros, assuntos que iniciaram nas instâncias originárias e depois foram objeto de controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal.

Em Nino, a prática coletiva é a Constituição histórica que, ao se justificar perante a Constituição ideal dos direitos e do poder, serve de base para ações e decisões individuais. O segundo critério, na verdade, parece uma condição que se agrega à terceira exceção, pois refere que a construção da decisão deve priorizar o diálogo e a aproximação entre a Constituição ideal dos direitos e a Constituição histórica.

A alteração da interpretação da Constituição, ou a interpretação em si, faz parte do poder constituinte derivado reformador, logo, encontra limites na Constituição. Sendo compreendido também como competência, as instituições e órgão estatais devem lembrar que o titular do poder constituinte é o povo, entretanto seu exercício dá-se em regra, através da representação. A dinâmica da Constituição histórica correlaciona-se e impulsiona a Constituição ideal do poder e de direitos, assim, as Constituições ideais devem servir como parâmetros para interpretar a Constituição histórica de modo a ser possível empregá-la para justificar ações e decisões individuais.

O critério relacionado à organização do poder é referido por Nino ao trabalhar a Constituição ideal do poder como instrumental necessário para a proteção dos direitos humanos, da Constituição histórica e da Constituição ideal de direitos.

Gargarella adverte que é preciso abrir a sala de máquinas da Constituição e repensar a organização do poder e das instituições, pautando-se pelo diálogo e pelo reconhecimento de novas instâncias de deliberação, como movimentos e grupos sociais.⁴⁸⁰ Esta também era uma preocupação de Nino, a Constituição ideal do poder, ou seja, a organização constitucional. É preciso que o Poder Judiciário tenha em conta a necessidade do diálogo, da troca de experiências no caminho da Constituição Viva.

Como já dito, o procedimento democrático tem uma vantagem epistêmica frente à reflexão individual como método para conhecer os princípios de moral intersubjetiva. Assim, Nino conclui haver razões para justificar que, em certas indagações, o juiz deva julgar questões trazidas pelo legislador democrático.

Nino afirma que o processo democrático tem uma vantagem epistêmica frente à reflexão individual como um método para encontrar os princípios de moral intersubjetivos. Por consequência disso é que conclui existirem razões para justificar

⁴⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución dos siglos de constitucionalismo en américa latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

que juízes decidam, refutando ou afastando um juízo do legislador democrático, no momento de identificar o conteúdo e o alcance dos direitos morais das pessoas que são garantidos pela Constituição.⁴⁸¹

Os direitos humanos, para Nino, derivam de princípios morais que podem assegurar acordos e reduzir conflitos, sob certas condições fixadas na discussão, condições que trazem limites a respeito de como podem ser os princípios morais.⁴⁸²

Além da exigência de práticas dialógicas entre as instituições e grupos, deve-se lembrar que ao Poder Judiciário cabe, muitas vezes, a última palavra, mas não a única palavra, principalmente na compreensão de novas identidades e na proteção dos direitos humanos.

O controle difuso, por ter legitimidade universal, como explicado por Vanossi, traz a possibilidade de grupos e pessoas percorrerem a via jurisdicional, caso tenham sido alijados ou não tenham tido reconhecimento os seus direitos ou identidades. Claro que esta defesa caminha ao lado da abertura da sala de máquinas da Constituição, impondo a revisão e mitigação da estrutura hierarquizada e fechada do Poder Judiciário.

Gargarella demonstra que, apesar do intenso movimento constitucional produzido na América Latina no final do século XX, as novas Constituições não subverteram de forma relevante o modelo constitucional vigente, o que fizeram, como importante esforço, foi incorporar demandas e integrar grupos sociais, grupos indígenas, consumidores, demandas multiculturais. Porém, noutra questão permaneceram idênticas ao que eram, afirmaram sua tendência democrática e inclusiva em relação aos direitos e sua vocação hierárquica e verticalizada na secção da organização do poder.⁴⁸³

Ao compreender-se a Constituição como algo vivo, suscetível de mudanças, a legitimidade ampla, que orienta o debate na construção dos sentidos da Constituição, por consequência, sustenta e prioriza o controle de constitucionalidade difuso em comparação ao abstrato. Entretanto, isso deve ser acompanhado da abertura das instituições em relação à organização do poder, através de participação por práticas dialógicas, conforme o objeto da demanda, e pela legitimidade universal para deflagrar, no âmbito jurisdicional, questões que envolvam o viver e o sentido da Constituição.

⁴⁸¹ COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p.166.

⁴⁸² NINO, Carlos Santiago. **The Ethics of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1991. p.72.

⁴⁸³ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución dos siglos de constitucionalismo en américa latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

4.3 PLURALISMO E IDENTIDADES CONSTITUCIONAIS – NO CAMINHO DA CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA E IDEAL

A Constituição complexa em Nino pode ser vista em relação à sua expressão e estrutura compreendendo a Constituição histórica e a ideal, expressão em relação aos direitos subjetivos da Constituição e estrutura em relação ao desenho trazido à organização dos poderes. A ideia de Constituição complexa elaborada por Nino abrange a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos e poder, sustentada por uma visão democrática deliberativa, e diante da tensão entre o presente, passado e futuro, desloca a relação para a Constituição histórica, ideal de direito e de poder.

A Constituição histórica é validada, e, ao mesmo tempo, alicerçada pela prática social. Já a Constituição ideal de direitos, o é pelo reconhecimento de princípios morais e pela previsão de direitos substantivos que lhe darão vida. Em ambas as compreensões de Constituição, há espaço para manifestações de identidades constitucionais e também de outras identidades, o que deve acontecer em um país que, como o Brasil, adota a cidadania, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana como fundamentos.

A Constituição histórica é o espaço da Constituição como prática social passível de manifestações culturais, sociais e linguísticas de um povo, num local ou em vários, no tempo, trazendo especificidade e peculiaridade que lhes são inerentes. Nesse contexto, cita-se o exemplo do constitucionalismo latino-americano que traz a questão indígena e sua influência na Constituição Equatoriana que celebra a *Pacha Mama* e invoca formas de espiritualidade, de sabedoria popular e cultural, resultado de conquistas populares e de demandas de minorias.

Pode-se afirmar que a Constituição histórica, ao contrastar-se com a Constituição ideal de direitos ou de poder, traz um dever de consciência em relação às experiências passadas, ao mesmo tempo em que percebe a conquista dos direitos como trunfos.

A Constituição ideal de direitos, tida como a previsão substantiva da Constituição, contempla várias identidades que foram trazidas para o texto e são ligadas ao contexto plural. Mas a Constituição não é só texto, ao contrário, passa pela atribuição de sentidos, "é texto e contexto". É aberta e adequa-se ao tempo, principalmente diante de outras identidades, que se tencionam com as identidades constitucionais, resultantes da diversidade social, cultural e do pluralismo.

A compreensão de Constituição ideal também pode dialogar com seu caráter normativo, principalmente em países ditos de modernidade tardia, em que o discurso de igualdade e inclusão é novo e suscetível de implementação de forma contínua. Nesse pensar, a Constituição ideal de direitos, em relação à Constituição Federal de 1988, possui importante caráter normativo nas suas previsões, impondo ao Estado tarefas e fins ligados não apenas aos direitos individuais, mas coletivos e, principalmente, à área dos direitos sociais.

A previsão constitucional, ao trazer os objetivos da República Federativa do Brasil, encontrou vetores, caminhos para alicerçar uma prática, que é a prática constitucional, devendo orientar políticas públicas e ações dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao traçar objetivos, são impostas metas a serem alcançadas, o caráter normativo da Constituição de 1988 desemboca na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento social, na erradicação da pobreza, na redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos sem preconceito de raça, cor, sexo, idade, ou qualquer forma de discriminação.

Ocorre que a Constituição histórica e a ideal necessitam da Constituição ideal do poder, ou seja, precisam que o desenho institucional do Estado e das suas instituições, à luz de uma democracia deliberativa, priorizem o debate e o diálogo.

Ao preservar a convenção constitucional, como diz Nino, mantém-se o respectivo valor epistêmico da democracia. A isso se agrega o caráter transformador da Constituição Viva, seu caráter vivo, já que a convenção constitucional requer a interpretação da convenção diante da prática social e da tutela de direitos humanos. A Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos relacionam o presente e o passado afirmando dado dever de consciência para com as experiências vividas no passado ao lado da ideia de direitos como trunfos.

A organização do poder, ou a Constituição ideal do poder, é um instrumento para implementação da Constituição, havendo direitos *a priori* implícitos na organização do poder que devem respeitar a Constituição histórica, como referiu Nino, bem como o conteúdo da Constituição ideal dos direitos fundamentados nos princípios da autonomia, da inviolabilidade e dignidade da pessoa, que derivam da prática social do discurso moral.

O pluralismo nas diversas áreas: religiosa, política, cultural, social, implica a percepção de que a vontade popular está dispersa em vários espaços e lugares,

indicando que o ponto de convergência entre tais áreas pode ser alcançado através do diálogo e do discurso inclusivo dos direitos fundamentais e humanos. Assim, a democracia é aberta ao conflito e o povo é o seu protagonista.

A Constituição histórica e a Constituição ideal trazem identidades. A questão é compreender a adequada relação entre a identidade, ou identidades da Constituição e a preservação da diversidade diante de outras identidades, característica próprias de sociedades plurais.

Como lembra Rosenfeld, a relação entre as funções assumidas pelo constitucionalismo e pelas Constituições, no que tange à interação entre identidade e diversidade é complexa e multifacetada. Os nexos entre identidade e diversidade são numerosos, não se trata de uma questão referente à única identidade emergente em um cenário de múltiplas diferenças, ao contrário, questões relacionadas com o constitucionalismo e Constituições surgem em contextos sociopolíticos demarcados por confrontos entre identidades concorrentes.⁴⁸⁴

Cada uma das três características gerais do constitucionalismo, a propósito: o governo limitado, a adesão ao Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais, adquire a sua legitimidade em relação a uma realidade sociopolítica orientada para polos conflitantes. A ideia de Estado de direito tem força normativa, principalmente em um contexto marcado pela implantação de ligações entre identidade parcial e diferenciação parcial.⁴⁸⁵

O governo limitado é justificado como um meio de reconhecer e, de alguma forma, usar o conflito produzido entre a identidade parcial e a divisão que caracteriza a relação entre governantes e governados. O compromisso com o Estado de direito traz a demarcação entre a geração de regras de conduta destinadas a regular os governados, e a aplicação de tais regras a casos particulares. Sem a existência de uma identidade predominante, como a de nação soberana, seria difícil compreender a imposição de uma ordem constitucional. A proteção dos direitos fundamentais também implica uma tensão permanente entre identidade e diferença.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ "Among other identities, there are likely to be national, regional, linguistic, religious, ethnic, political, generational, class, and ideological identities. Moreover, it is far from obvious how these competing identities ought to be combined or divided to frame the kind of interplay between identity and diversity that is likely to conform with the fundamental tenets of constitutionalism". (ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.4).

⁴⁸⁵ ROSENFELD, op. cit.

⁴⁸⁶ ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.5.

Rosenfeld refere que a proteção e o compromisso com os direitos fundamentais normalmente implicam a ligação de dois tipos de identidades relacionadas. Em primeiro, o consenso entre os direitos fundamentais da Constituição, o que evidencia certa identidade entre os autores da Constituição e aqueles que se sujeitam a ela. Por segundo, seja na identidade, ou na falta de identidade, há uma identidade que liga cada membro da sociedade como portador dos mesmos direitos constitucionais.^{487,488}

A ordem constitucional gira ao redor de uma ordem predominante. A ligação ao Estado de direito adquire uma força normativa marcada pelo avanço de ligações intrincadas entre a identidade parcial e a diferença parcial. O compromisso com o Estado de direito vai marcar uma geração de regras para regular os governados e a aplicação de tais regras a casos específicos, normalmente esta diferenciação é feita através do espaço político.⁴⁸⁹

A ligação ou tensão entre identidades predominantes e identidades parciais ou diferenças parciais possibilitam a assimilação de identidades constitucionais, trazendo um caminho para as novas identidades. O poder constituinte reformador, através da atuação do Poder Judiciário e dos demais poderes, pautado pelo diálogo e pela compreensão de Constituição Viva, pode servir de instrumentos para inclusão de novas identidades à luz do discurso dos direitos fundamentais.

Com o dinamismo da vida e a presença do pluralismo social, histórico, cultural e também jurídico, o viver da Constituição impõe sua adequação às questões novas. As novas identidades se afirmam ou são repelidas pela tensão, pela oposição das identidades predominantes e as novas identidades. As novas identidades devem ser compreendidas como aquelas que ainda não são abarcadas pela Constituição, ou que exigem uma nova roupagem, ou melhor, uma nova interpretação, para seu reconhecimento ou releitura.

A identidade predominante não pode aniquilar outras identidades oriundas de um contexto pluralista, é possível que, ao se valorizar certa identidade, tenha-se, ao invés de atitudes exclusivas, ações de inclusão. Uma abordagem inclusiva procura por

⁴⁸⁷ Rosenfeld cita o respeito a dignidade, trazido por uma Constituição, extensivo a todos, gerando uma base de identidade. *"For example, if a constitution postulates that all persons are entitled to equal respect and dignity, it generates a basis of identity among persons who may in several other respects conceive of themselves as being more "different than alike".* (Ibid., p.6).

⁴⁸⁸ ROSENFELD, op. cit.

⁴⁸⁹ ROSENFELD, op. cit.

semelhanças que podem ligar um grupo de pessoas, de outra forma, uma abordagem excludente tende a procurar e a isolar, a fim de produzir uma associação negativa.⁴⁹⁰

A importância da proteção dos direitos fundamentais também implica certa tensão entre identidade e diferença, traz duas diferenças, embora dois tipos relacionados de identidade. Primeiro, o consenso relacionado a quais direitos seriam fundamentais e garantidos pela Constituição, mantendo alguma identidade entre aqueles que criaram o texto da Constituição e os sujeitos à ordem constitucional. Há também outro tipo de identidade que faz a ligação com cada membro como detentor dos mesmos direitos.⁴⁹¹

Essa relação gera ações e processos que enfatizem certas identidades e diminuam certas diferenças, ainda mais num país de grandes dimensões, em que diversidade cultural parece ser traço preponderante, como é no Brasil. O respeito à diversidade e ao pluralismo depende da manutenção de um processo que enfatiza certas identidades e minimiza diferenças, minimiza aqui, não no sentido de banir ou excluir, mas no sentido de incluir e proteger.

Como referido, a valorização de certas identidades pode ser lida por meio de uma abordagem inclusiva ou exclusiva, inclusiva na busca por similitudes, exclusiva na busca por diferenças, sendo que a desigualdade pode ser perpetrada através da promoção de uma identidade forçada.⁴⁹²

Rosenfeld analisa que a igualdade, frequentemente, é compreendida em termos de desconsiderar diferenças específicas, eis que, na igualdade abstrata, é necessário ignorar todas as diferenças factuais que distinguem um indivíduo do próximo. Entretanto, o constitucionalismo é compatível à proteção dos direitos de igualdade, envolvendo questões de igualdade que são mais concretas do que aquelas de igualdade abstrata.⁴⁹³

Dependendo das circunstâncias, as identidades constitucionais relevantes podem surgir de maneiras diferentes pelas diferenças, às vezes ao ignorá-las, às vezes em levá-las em consideração e valorizá-las.

As identidades constitucionais variam de espaço para espaço, de tempo em tempo. Logo, seria despiciendo prever identidades prevalecentes, sob uma ótica imutável ou de um local para outro, distante do contexto social e histórico, apesar de

⁴⁹⁰ ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.3-35.

⁴⁹¹ ROSENFELD, op. cit.

⁴⁹² ROSENFELD, op. cit.

⁴⁹³ ROSENFELD, op. cit.

poder tratar-se a questão sob outro enfoque, como uma identidade transnacional. A igualdade, assim, deve ser compreendida num contexto concreto, como vários outros direitos fundamentais.

No constitucionalismo, as identidades prevalecentes e as outras identidades necessitam de uma construção institucional apta a propiciar e permitir o movimento de contensão e aceitação de novas identidades.

A ideia de uma identidade constitucional flexível pode servir para acomodar as diferenças que surgem com o passar dos tempos, que trazem o distanciamento entre o tempo atual e o tempo da feitura da Constituição. Richards estuda a evolução da Constituição, as mudanças revolucionárias e a preservação da identidade constitucional com o passar dos tempos, analisando a experiência norte-americana. A abstração da identidade constitucional predominante é uma faca de dois gumes, ela não só facilita a integração de diferenças, mas permite a subversão do constitucionalismo através da introdução de certos problemas ou parâmetros problemáticos entre os níveis abstrato e concreto de identidade.⁴⁹⁴

As identidades abstrata e concreta são conceitos presentes numa concepção de Constituição histórica, assemelhada a uma prática concreta ou a uma identidade concreta, e a Constituição ideal de direitos, trazendo uma identidade abstrata. A complexidade das identidades e sua interrelação é presente na Constituição histórica e ideal.

A compreensão de uma identidade flexível traz a abertura para que novas identidades ou a releitura de identidades constitucionais existentes possam ingressar nas identidades constitucionais, de forma inaugural ou trazendo outra forma de interpretação. A identidade flexível não se confunde com ausência de identidades constitucionais, apenas traz a possibilidade, a abertura às novas identidades que podem surgir com o passar dos tempos.

O surgimento de uma identidade constitucional pode ocorrer sem ruptura com a identidade passada, por meio da pluralidade de comunidades organizadas da sociedade civil. A modificação da Constituição pode derivar de um processo formal, via emendas à Constituição, o que traz à tona a indagação sobre as ligações e consequências entre o intercâmbio da política normal e da política constitucional.

⁴⁹⁴ RICHARDS, David A. J. Revolution and Constitutionalism in America. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.85-143.

Ou seja, algumas Constituições sofreram alterações significantes, sem haver o surgimento de uma nova Constituição.

Arato argumenta que a feitura da política constitucional não pode ser deixada para a soberania popular apenas. Propõe que o sujeito constitucional contemporâneo combine referência da soberania popular e da esfera pública, compassada pela sociedade civil como um modo de promover um tipo de política constitucional democrática, propõe um sujeito constitucional que desempenha simultaneamente o papel de uma soberania popular e das identidades coletivas produzidas pela sociedade civil.⁴⁹⁵

Numa identidade flexível porque aberta às novas realidades e o respeito às identidades coletivas, o controle de constitucionalidade das leis, nas exceções trazida por Nino, é um caminho para a percepção de novas identidades, ao mesmo tempo que também é um instrumentos para manter as identidades prevaletentes.

As instituições estatais precisam instrumentalizar-se para propiciar a manifestação das identidades coletivas. É necessário, diga-se mais uma vez, abrir a sala de máquinas da Constituição, com a previsão de diálogos entre grupos, instituições, e mecanismos de controle de atuação do Poder Judiciário, que, como se disse, tem o poder de ditar a última palavra, mas não a única palavra.

A identidade flexível permite que novas identidades surjam da análise de um caso concreto, podendo utilizar-se aqui a explicação, antes referida, da igualdade abstrata e concreta. A relação como caso concreto contribui para a análise das transformações sociais, culturais e históricas, pois não as cria ou as omite em tese, mas depara-se com suas carências e pretensões no caso real, no caso vivo.

Nino estuda o papel do juiz constitucional na revisão judicial em relação ao estabelecimento de um significado constitucional, sem que isso implique numa prática autoritária. Aharon Barak lembra que não há interpretação verdadeira do texto constitucional, ele enfatiza que há, geralmente, várias interpretações apropriadas, deixando assim um lugar legítimo para a discricionariedade, tal discricionariedade judicial, no entanto, não é ilimitada, a prática interpretativa constitucional do juiz deve ser enraizada na história e tradição.

⁴⁹⁵ ARATO, Andrew. Dilemmas arising from the power to create constitutions in Eastern Europe. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.165-183.

A ideia de uma interpretação enraizada na história e tradição interage com a Constituição histórica como prática social, limitando a atividade de interpretação do juiz. A interpretação jurisdicional deve ser consistente com os objetivos propostos na Constituição Federal de 1988, revelado pela Constituição ideal por seu caráter normativo e pelas conquistas sociais e históricas, baseada, nesse sentido, na Constituição histórica e nos valores contemporâneos apresentados na proteção dos direitos fundamentais.⁴⁹⁶

A revisão judicial, desenvolvida à luz da democracia deliberativa, como explicada por Nino, é um meio para a construção das identidades constitucionais e da democracia constitucional, para isto, é preciso uma estrutura institucional apta ao debate e às manifestações populares e de grupos e de outras fontes de poder.

Nino, por uma análise filosófica, fundamenta o controle de constitucionalidade, realizado por uma elite judicial não representativa, a fim de descrever os objetivos e fundamentos dos direitos constitucionais fundamentais, porque tais direitos não podem sujeitar-se apenas à regra majoritária, sob pena de silenciar direitos de minorias.

A justificação filosófica da prática da revisão judicial pode ser articulada numa estrutura dialética, ou seja, enquanto nenhuma linha reta de argumento pode levar a uma justificação satisfatória da revisão judicial, tal justificação pode ser formulada pela análise de argumentos que, se tomados separadamente, levariam a direções opostas. A fundamentação filosófica da revisão judicial na dialética entre constitucionalismo e democracia, pois na extensão em que o constitucionalismo é concebido como antidemocrático, a revisão é necessária para se livrar dos excessos democráticos, assim, de antagônicos passam a ser necessários e complementares, onde um justifica a existência do outro.⁴⁹⁷

A democracia deliberativa em si, depende, para sua sobrevivência, da operação de certos obstáculos não democráticos desenhados para manter a integridade do processo democrático e da autonomia individual. A revisão judicial é um veículo apropriado para a implementação dos obstáculos desenhados para salvar a democracia,

⁴⁹⁶ "Aharon Barak examines the relationship between judicial interpretation and the establishment of authoritative constitutional meaning; he brings to this task his unique perspective as both a justice on the Supreme Court of Israel and a prominent legal scholar. Departing from the observation that there is no 'true' interpretation of the constitutional text, Barak emphasizes that there are usually several 'proper' interpretations, thus leaving a legitimate place for the exercise of judicial discretion. Such judicial discretion, however, is not unlimited, as Barak asserts that the constitutional judge's interpretive practice must be rooted in history and tradition". (ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.24).

⁴⁹⁷ ROSENFELD, op. cit.

para sua tendência à autodestruição.⁴⁹⁸ A partir de Nino, o constitucionalismo legitima a revisão constitucional não como regra, mas como exceção.

A construção da identidade constitucional, no enfoque trabalhado, requer a relação entre Constituição histórica e ideal de direitos, entre identidades preponderantes e outras identidades, entre a proteção constitucional do indivíduo e as diferenças de grupos, entre identidades e diversidades.

As relações entre gerações, desde a criação da Constituição até dias atuais, impõe a relação dialética e complementar entre a Constituição como prática social e histórica e a Constituição ideal, diante da ideia das identidades e das diferenças. Assim, o poder constituinte não se esgota na criação da Constituição, ele se mantém como potência, como um *link* entre o passado e o futuro.

O constitucionalismo baseado na igualdade, na identidade e diversidade requer a existência das esferas de assimilação e de diferenciação, havendo diferenças legítimas suscetíveis de proteção constitucional. As diferenças legítimas podem ser analisadas diante de uma realidade monocultura ou multicultural.

O monoculturalismo é associado à promoção de valores dominantes ou homogêneos e requer uma predominância forte de esferas de assimilação sobre as esferas de diferenciação, já o multiculturalismo acorda com um papel mais importante nas esferas de diferenciação e podem ser divididos em duas posições principais: o pluralismo, que é individualista por natureza, e o separatismo que é o predicativo de uma visão coletiva, como resume Rosenfeld e os ensinamentos de Frederick Schauer. O pluralismo, em relação ao monoculturalismo, reconhece a diferença, trazendo uma assimilação voluntária e gradativa de educação relacionada à esfera pública, ao lado do encorajamento e da preservação da diversidade, dentro da esfera privada.⁴⁹⁹

Muitas vezes, nas decisões judiciais, quando a linguagem constitucional falha em oferecer uma diretiva, é preciso olhar para a questão específica. Há decisões nas quais Fletcher menciona que o recurso do juiz nem sempre é olhar para fora, em direção a princípios que se sobressaiam da moralidade política, para

⁴⁹⁸ ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994.

⁴⁹⁹ Ibid., p.29.

resolver as disputas e explicar as decisões, é preciso voltar-se para dentro e refletir na cultura legal na qual a disputa está inserida.⁵⁰⁰

A construção da decisão judicial no controle de constitucionalidade no caso concreto, além de trazer a igualdade ao plano real, interrelaciona a Constituição com a prática social e seus preceitos normativos. Compreendendo que, no Brasil, o juiz tem função constitucional de adequação às novas realidades vividas, a Constituição Viva requer uma prática jurisdicional que ligue a Constituição histórica à ideal de direitos.

Vale à pena voltar ao constitucionalismo vivo, em que juízes são atores importantes para que as mudanças constitucionais acompanhem as mudanças sociais, culturais e históricas, entretanto, não são atores únicos, porque compartilham o desafio com outros atores sociais e políticos.

Os ramos políticos da Constituição viva não podem ser cortados através da atuação forte do Poder Judiciário no exercício do controle judicial da constitucionalidade. Ao contrário, a atuação jurisdicional deve atender-se ao trabalho conjunto de juízes e atores políticos e sociais na atribuição dos sentidos da Constituição, é o trabalho compartilhado no exemplo da construção da Catedral de Nino, ou no desenrolar do romance em cadeia de Dworkin.

Como refere Strauss, ao analisar o sistema da common-law, a Constituição é flexível, mas não sem lei, ela se adapta às circunstâncias, ao mesmo tempo em que traz longa tradição, além disso, protege os direitos fundamentais da opinião pública transitória e se adapta a tempos de mudança sem tornar-se um brinquedo dos juízes.⁵⁰¹ A tomada de decisão combina estabilidade e adaptação, porque permite modificações e evita modificações efêmeras.

Balkin enfatiza que muitos elementos do regime explicado por Strauss não são decisões judiciais em si, mas advieram de construções políticas do Estado, pelos galhos políticos apoiados pelo Judiciário. Apesar de Strauss enfatizar e analisar precedentes, práticas e tradições, o regime constitucional é institucional e foi construído através de regulamentações estatutárias e administrativas.⁵⁰²

⁵⁰⁰ FLETCHER, George. P. Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.223-232.

⁵⁰¹ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵⁰² BALKIN, Jack M. **The roots of the living constitution: originalism and living constitutionalism**. **Boston University Law Review**, v.92, n.4, p.1129-1160, July 2012. Disponível em: <<http://www.bu.edu/bulawreview/symposium/originalism-and-living-constitutionalism-a-symposium-on-jack-balkin%E2%80%99s-living-originalism-and-david-strauss%E2%80%99s-the-living-constitution/>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

A Constituição Federal de 1988, mesmo rígida quanto aos processos formais de modificação, comporta interpretações e mudanças baseadas na realidade vivenciada e na proteção dos direitos humanos. A realidade vivida é acompanhada do conceito de Constituição histórica, que embasa a terceira exceção ao controle de constitucionalidade trazido por Nino.

Em virtude dessa ligação, além das três exceções trazidas por Nino, dois outros critérios foram desenvolvidos para orientar o controle de constitucionalidade difuso nas questões referentes à Constituição histórica, trata-se do critério ligado à identidade constitucional e à organização do poder.

A Constituição histórica vive da ligação entre as identidades da Constituição e as identidades sociais, culturais e históricas que permeiam aquela identidade. Novas identidades, ou identidades que não pertençam à Constituição, ou dela não tenha tratamento de igual dignidade e respeito, devem ter a potencialidade de incluírem-se ao conteúdo da Constituição Viva.

Mesmo afirmando a importância do controle difuso no controle de constitucionalidade brasileiro como forma de privilegiar a igualdade concreta, os direitos humanos, as identidades, o pluralismo e as práticas sociais, resta saber se a tendência atual da jurisprudência e legislação brasileiras em aproximar o controle difuso do abstrato afirmam a tese ou afastam suas hipóteses.

4.4 A ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO CASO CONCRETO

A abstrativização dos efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade difuso trouxe a aproximação dos dois sistemas que influenciaram o controle de constitucionalidade judicial no Brasil, o abstrato e o difuso. A ligação entre a Constituição histórica e ideal de direitos e a formulação da engenharia do poder representa um objetivo da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional, sob a ótica processual, é a atividade jurisdicional que tem por objetivo decidir, de forma imparcial, com base no direito objetivo e com procedimentos e órgãos especiais preestabelecidos, o cumprimento, tutela e aplicação de normas jurídicas constitucionais escritas e consuetudinárias.⁵⁰³ A expressão de normas escritas e consuetudinárias, comporta a análise da Constituição ideal, em

⁵⁰³ VERDU, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1981. v.2.

seu aspecto normativo e organizacional, e também da Constituição histórica, em sua compreensão de prática social.

Nessa atividade, o controle de constitucionalidade é um instrumento da jurisdição constitucional e, apesar de não se tratar de uma função mecânica, não deve substituir a função do legislador diante do Estado democrático de direito.⁵⁰⁴

Entretanto, a função do controle de constitucionalidade transcende a função processual e a atuação do Poder Judiciário como legislador negativo, e passa a se fundamentar em um critério substantivo de proteção de direitos constitucionais, em especial de proteção de direitos fundamentais e sociais.

O texto normativo em si não contém as normas jurídicas, elas são fruto de um processo de concretização, representam o ponto de partida do trabalho prático jurídico. A norma resulta da problematização do caso concreto, real ou fictício, não se confundindo com o texto legal.⁵⁰⁵

As sentenças interpretativas ganham expressão nesta função, sendo compreendidas como aquelas pronunciadas através da jurisdição constitucional e que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei. Abboud, partindo da classificação de Ricardo Guastini, lembra que as decisões interpretativas comportam a interpretação conforme a Constituição, chamadas de sentenças interpretativas de rechaço, tendo em vista que essa técnica exclui outras possibilidades interpretativas que não sejam aquelas adotadas pela Corte; e abarcam também a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Esta trata de sentença interpretativa de aceitação, ou de anulação, uma vez que a decisão exclui ou anula o sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas.⁵⁰⁶

O princípio da interpretação conforme a Constituição objetiva a exegese do texto legal, sem atrelar-se apenas à leitura filológica, mas sim, observando a necessidade de preferir-se a interpretação que mais se coadune com os preceitos constitucionais. Trata-se de escolher, dentre as possíveis formas de interpretação, aquela que vá ao encontro dos preceitos constitucionais, harmonizando-se com o catálogo. Ressalta-se, se nenhum dos caminhos encontrados para a solução do caso concreto é adequado

⁵⁰⁴ VERDU, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1981. v.2.

⁵⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁰⁶ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.185-186.

à Constituição, alternativa não há, a não ser a declaração de inconstitucionalidade da norma.

A norma infraconstitucional deverá ser interpretada em consonância com os preceitos constitucionais, em busca da maior efetivação de suas regras, ressaltando-se que a força normativa da Constituição representa exatamente a pretensão de efetividade da norma constitucional, por isso, quanto mais uma Constituição tem força normativa, mais condições terão suas normas de serem aplicadas e eficazes.⁵⁰⁷

A interpretação conforme a Constituição possibilitou a flexibilização de normas e regras sem o esvaziamento do núcleo essencial da Constituição. De acordo com Clève, ao comentar a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ensina que a multiplicidade de técnicas de decisão dá mostras da complexidade que o direito constitucional vai assumindo na atualidade, assim, apenas o estudo profundo da disciplina e "o despertar do interesse das escolas de direito e o compromisso com a normatividade da Constituição fundadora da socialidade democrática possibilitarão a conquista de soluções ajustadas aos desafios que o fim do século vai impondo aos juristas".⁵⁰⁸

Talvez seja possível abandonar conceitos e ideias acerca da justiça formal, para adotar-se a justiça concreta, a justiça material, pois tal forma de interpretação, que paira sobre as outras tantas formas, permite o afastamento do formalismo jurídico e das interpretações convencionais contrapostas à realidade, para a ideia de justiça material, o que implica a manutenção do Estado Democrático de Direito e a defesa dos direitos humanos.

A interpretação conforme a Constituição traz a prevalência pela interpretação da lei em harmonia com a Constituição, sendo viável a interpretação não se deve ter declaração de inconstitucionalidade. Logo, havendo vários sentidos possíveis, na análise em abstrato, apenas um caminho é constitucional diante do caso concreto, levando em conta o controle difuso.

Trata-se de uma técnica interpretativa que ajusta a lei à Constituição, lembrando que as normas partem da presunção de constitucionalidade, portanto, havendo uma

⁵⁰⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

⁵⁰⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.269.

possibilidade de interpretação conforme à Constituição, a inconstitucionalidade não deverá ser declarada. A declaração de nulidade parcial relaciona-se a uma das variantes interpretativas proporcionadas pelo texto, podendo a decisão acerca da inconstitucionalidade declarar que apenas uma das variantes de interpretação da Constituição é desconforme a Constituição.⁵⁰⁹

As duas técnicas de interpretação podem ser utilizadas no controle do caso concreto, tanto a que realiza a interpretação consentânea com a Constituição como a que afasta uma dada interpretação devido à sua inconstitucionalidade, a incompatibilidade material ou formal com a Constituição.

Diante da interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal fixa a interpretação que entende constitucional para aquele dispositivo, já na arguição de nulidade, ao invés de declarar qual é a interpretação adequada (conforme a Constituição) do texto normativo, limita-se tão somente a declarar a inconstitucionalidade de uma das variantes interpretativas do texto. A sentença, ao permitir outras interpretações do dispositivo normativo, anula uma de suas interpretações.^{510,511}

O controle incidental de constitucionalidade, muitas vezes, se confunde com a própria jurisdição constitucional, em que, no caso concreto, a questão da inconstitucionalidade se demonstra uma questão acessória e pressuposta ao pedido principal. No exercício da jurisdição, a decisão poderá declarar a inconstitucionalidade da norma, realizar interpretação conforme a Constituição ou declaração de nulidade sem redução de texto, em regra qualquer dos casos impõe o efeito para as partes.

Os efeitos da decisão em sede de controle difuso afetam as partes, não extrapolando os limites demarcados pela lide, sendo que a declaração em si produz efeitos pretéritos, diante da teoria da nulidade. Assim, a regra geral é que os efeitos da decisão serão *inter partes* e *ex tunc*, porém, a utilização do artigo 27 da Lei n.º 9.868, de forma analógica, tem possibilitado a modulação da decisão em sede de controle difuso. A inconstitucionalidade, como observa Barroso, no controle do caso concreto, não é objeto dos pedidos exarados no processo, mas apenas a razão de

⁵⁰⁹ ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁵¹¹ Abboud atenta que a importância de distinguir a interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução de texto consiste no fato de que uma traz a viabilidade de atribuir-se efeitos vinculantes ao passo que a outra não. Tal possibilidade estaria presente na declaração de nulidade sem redução de texto apenas, porque na declaração interpretação conforme a Constituição não há declaração de inconstitucionalidade. (ABBOUD, op. cit.).

decidir.⁵¹² Tais efeitos podem ser, inclusive, quanto à interpretação conforme a Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

A Constituição Federal, a fim de ampliar os efeitos das decisões firmadas no caso concreto, trouxe, originariamente, a suspensão senatorial da lei declarada inconstitucional, que, além do caráter *erga omnes* da resolução de suspensão, confirmava verdadeiro exercício conjunto, entre poderes, para a declaração de inconstitucionalidade.

Posteriormente, através da Emenda Constitucional n.º 45, incluiu-se na sistemática constitucional a súmula vinculante ao lado da suspensão senatorial. Paralelo a esses instrumentos, o Supremo Tribunal Federal ampliou os efeitos das decisões para além do caso concreto através da interpretação analógica do artigo 27 da Lei n.º 9.868 de 1999. Cita-se, com o mesmo fim, a decisão de recursos repetitivos no novo sistema de precedentes no direito processual civil, também como mecanismo de ampliação dos efeitos da decisão exarada no caso concreto.

Diante da sistemática do Novo Código de Processo Civil, a coisa julgada material é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Assim, a eficácia da sentença é a aptidão para produzir efeitos, e a autoridade da sentença é a sua imutabilidade e indiscutibilidade. A coisa julgada não é a eficácia da sentença, mas é a qualidade que se agrega à sentença de mérito que transita em julgado.⁵¹³

De acordo com o antigo Código de Processo Civil, nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integrariam os limites objetivos da coisa julgada, não se estendendo a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais. Entretanto, na nova sistemática, a coisa julgada também incide sobre o dispositivo da sentença que, além do pedido das partes, pode abranger a resolução da questão prejudicial.⁵¹⁴ A coisa julgada torna imutável certa questão resolvida na decisão de mérito, num dado território, em certo espaço de tempo e para certas pessoas. Há limites que cercam questões territoriais, espaciais, temporais e atingem sujeitos.

⁵¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.146.

⁵¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵¹⁴ O Novo Código de Processo Civil, artigo 502, denomina coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito que não mais se sujeita a recurso. Sendo que a disciplina do artigo 502 aplica-se a questão prejudicial decidida no processo se desta depender o julgamento do mérito, se tiver havido contraditório prévio e efetivo e se o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão.

Passando à questão prejudicial, o artigo 504 do Novo Código de Processo Civil declara que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença, mantendo a direção anterior. Parece que a imutabilidade da coisa julgada está atrelada ao conteúdo da parte dispositiva da decisão, não estando abrangida pela coisa julgada os motivos da decisão, mesmo que relevantes, nem a versão dos fatos que serviram como fundamento da decisão.

A sentença que julgar o mérito tem força de lei nos limites da causa e das questões expressamente debatidas, de sorte que as questões não expressamente decididas, mas que dizem respeito ao mérito da causa, não estão abrangidas pela coisa julgada, mas pela preclusão.

O sistema que compreende a coisa julgada a partir de um contexto argumentativo dinâmico e cooperativo, pode ser objeto do dispositivo sentencial não apenas o pedido das partes, mas também a resolução de questão prejudicial evidenciada no curso do processo, ou seja, apenas a questão prejudicial que constitui fundamento necessário à resolução do mérito.⁵¹⁵ No que tange ao sujeito que sofre os efeitos da coisa julgada, ou os limites subjetivos, a sentença faz coisa julgada entre as partes não prejudicando terceiros.

A decisão de inconstitucionalidade, estando no campo das nulidades, a decisão da inconstitucionalidade tem eficácia declaratória e, portanto, reconhece um vício preexistente retroagindo os efeitos da decisão, em regra, ao início da vigência da lei, ou seja, a decisão, a declaração no controle difuso, terá efeitos *ex tunc*.

O Supremo Tribunal Federal tem decisões de controle incidental em que deixou de dar efeitos retroativos a decisões de inconstitucionalidade devido à ponderação entre os valores e os bens jurídicos que seriam afetados na decisão. A modulação dos efeitos temporais da decisão tem levado a efeito a interpretação analógica do artigo 27 da Lei n.º 9.868 de 1999.⁵¹⁶

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵¹⁶ Em recurso ordinário, em habeas corpus interposto pelo Ministério Público Federal no qual se discutia a possibilidade de conhecimento do recurso de apelação interposto em favor de condenado foragido, o Min. Joaquim Barbosa, relator, proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de que o tribunal local profira novo juízo de admissibilidade da apelação, por entender que o princípio constitucional da presunção de inocência impõe, como regra, que o acusado recorra em liberdade, podendo-se determinar o seu recolhimento, se preenchidos os requisitos para a prisão cautelar. Salientou, ainda, que o não conhecimento da apelação pelo fato de o réu ter sido revel durante a instrução ofende o princípio que assegura a ampla defesa, bem como a regra do duplo

Em relação à eficácia temporal dos efeitos da decisão, no controle difuso da constitucionalidade, cita-se a orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento em que se discutia o número de Vereadores nas Câmaras Municipais. Inicialmente, o Supremo entendia que o número de representantes no Poder Legislativo Municipal poderia ser fixado pelas Leis Orgânicas Municipais, observados os parâmetros do art. 29, IV da Constituição Federal.

Ao analisar os Recursos Extraordinários de números 197.917 e 266.994, ambos de 2004, o Supremo Tribunal Federal optou por exigir proporcionalidade matemática entre o número de habitantes e o número de Vereadores. A decisão surtiu efeitos a partir da legislatura imediatamente subsequente ao julgamento, o que representa modulação de efeitos da declaração da inconstitucionalidade. A decisão declarou a inconstitucionalidade da lei municipal, entretanto reconheceu-a com efeitos para o futuro.⁵¹⁷

Na época, Gilmar Mendes afirmou que o controle difuso comportava a modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade para o futuro porque o reconhecimento dos efeitos retroativos traria repercussões e atingiriam decisões anteriores às eleições que influenciaram na atual composição da Câmara Municipal, tais como a fixação do número de candidatos e a definição do quociente eleitoral. Antes mesmo do artigo 27 da Lei n.º 9868, o Supremo Tribunal Federal já utilizava a regra de modulação dos efeitos da decisão em casos de controle difuso, sob o argumento de segurança jurídica e proporcionalidade.

Ressalta-se que a decisão de Mira Estrela antecedeu a alteração da Constituição Federal que, através da Emenda Constitucional n.º 58 de 2009, modificou o artigo 29, IV da Constituição e trouxe correlação entre o número de habitantes do Município e o número máximo de vereadores que comporão a Câmara Municipal.⁵¹⁸

grau de jurisdição prevista em pactos internacionais, como o de São José da Costa Rica, assinados pelo Brasil posteriormente à edição do Código de Processo Penal. Após os votos dos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes - que, na linha da tese defendida no voto por ele proferido na Rcl 2391 MC/PR, acima noticiada, emprestava efeitos *ex nunc* à decisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 83810/RJ**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 17 e 18.12.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo334.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 197.917** de 24 de março de 2004 e **RE 266.994** de 31 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 dez. 2015.

⁵¹⁸ O Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n.º 4. 307-2, de 08 de outubro de 2009, com efeitos *ex tunc, ad referendum* do Plenário, para sustar os efeitos do inciso I do art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 58/2009, posteriormente julgou procedente a ação direta. A citada emenda constitucional alterou os limites máximos de vereadores dos Municípios, instituindo no inciso I do artigo 3.º a retroatividade da norma, segundo

Nas decisões com efeitos para o futuro, o Supremo Tribunal Federal vêm firmando posicionamento para adotar tal regramento naquelas decisões que importem alteração da jurisprudência dominante anterior, ainda em relação à modulação dos efeitos. Outros critérios podem balizar a decisão, tal como extensão dos efeitos da decisão para além das partes. Como ocorreu no Habeas Corpus n.º 82.959-7, em que se discutia a progressão de regime em crime hediondo e, no mesmo sentido, o Recurso Extraordinário n.º 600.885 em que se questionavam os critérios editalícios para ingresso nas forças armadas.

Houve modulação na decisão dada em sede de *habeas corpus* que analisava a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos ao vedar a progressão de regime prisional, eis que determinava o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado. Ao analisar a situação concreta, o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que veda a progressão de regime, consoante a interpretação do art. 5.º, XLVI da Constituição Federal.

Mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo que vedava a progressão de regime, a decisão afastou a responsabilidade civil estatal nos casos em que a lei declarada inconstitucional tivesse sido aplicada. Assim, os efeitos não poderiam retroagir ao surgimento da lei declarada inconstitucional no caso concreto, não obstante a declaração de inconstitucionalidade material.⁵¹⁹

O Habeas Corpus n.º 82.959-7/SP versava sobre decisão em instância originária que aplicou a pena de doze anos e três meses a um indivíduo que cometeu crime com violência presumida e que deveria cumprir a pena em regime integralmente fechado, diante do artigo 2.º, parágrafo 1.º da Lei n.º 8.072/90. Em votação apertada, seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime de cumprimento de pena em crime hediondo,

o qual as regras valeriam para o processo eleitoral de 2008. A regra foi suspensa por liminar concedida pela relatora, ministra Cármen Lúcia, em 2 de outubro de 2009, e referendada pelo plenário em 11 de novembro do mesmo ano, em virtude da contrariedade ao artigo 16 da Constituição Federal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Confirmada liminar em ADI sobre emenda dos vereadores. **Notícias STF**, 11 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235715>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

De acordo com a ministra, a regra fere o artigo 16 da Constituição Federal, segundo o qual a lei que alterar o processo eleitoral não se aplicará a nenhuma eleição que ocorrer dentro do prazo de um ano de sua publicação.

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959 SP**. Relator: Marco Aurélio; Julgamento: 23/02/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

levando em consideração que as espécies de regime de cumprimento da pena têm como fundamento maior a ressocialização do preso.⁵²⁰

Os argumentos que demonstravam a contrariedade do artigo da Lei de Crimes Hediondos com a Constituição operavam na defesa do princípio da individualização da pena, da humanização no cumprimento da pena, além do conteúdo material do devido processo legal e do princípio da igualdade.⁵²¹ A referida Lei representava, salvo opiniões em contrário, uma lei de iniciativa popular, em que a sociedade civil organizada inaugurou o procedimento legislativo.

A decisão do Habeas Corpus, de 23 de fevereiro de 2006, passou a ser interpretada com efeitos *erga omnes*, a fim de estender-se a outros casos em que a progressão de regime prisional era negada, sob argumento de cumprimento do artigo 2.º, § 1.º da Lei dos Crimes Hediondos.

O controle de constitucionalidade do artigo da lei, que, diga-se de passagem, foi fruto da iniciativa popular exercida nos parâmetros democráticos estabelecidos na Constituição, foi realizado por órgão contramajoritário, diante do caso concreto, na interpretação de um direito fundamental, qual seja, o princípio da individualização e humanização da pena.

Como argumentos favoráveis à constitucionalidade da vedação, cita-se o voto da Ministra Ellen Gracie para quem, ao vedar a progressão de regime nos crimes hediondos, o legislador nada mais fez do que seguir a trilha do constituinte que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. A individualização da pena não fica comprometida apenas porque o legislador não permitiu ao juiz certa opção, ressaltou a ministra, e acrescentou que a escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade:

⁵²⁰ PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k5azyos>>. Acesso em: 20 jan. 2016).

⁵²¹ Restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim.

É difícil admitir desse grande complexo de normas que constitui o arcabouço do instituto da individualização da pena e da sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto.⁵²²

De outra sorte, em votação unânime, ficou determinado que declaração incidental de inconstitucionalidade não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data, pois esta decisão plenária envolvia, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.⁵²³

Acerca da retroatividade dos efeitos, o Ministro Gilmar Mendes defendeu os efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, pois a decisão afetaria os demais processos com pedidos semelhantes nas instâncias inferiores. Para fundamentar sua decisão, utilizou os argumentos do Ministro Leitão de Abreu no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 79.343, baseado na presunção de constitucionalidade das normas e na boa fé.⁵²⁴ Há de se ressaltar que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2007, a Lei n.º 11.464 permitiu a progressão de regime em crime hediondo, e determinou que o cumprimento inicial da pena dar-se-á em regime fechado.

A modulação dos efeitos não trata de opção discricionária, ao contrário, deve submeter-se a análise de adequação e necessidade. Ela pode ser compreendida a partir do modelo norte americano em que a defesa de posições subjetivas é marcante.

⁵²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959 SP**. Relator: Marco Aurélio; Julgamento: 23/02/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

⁵²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959 SP**. Relator: Marco Aurélio; Julgamento: 23/02/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

⁵²⁴ Acertado se me afigura, também, que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. [...] Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 79.343**. Relator: Min. Leitão de Abreu. Publicação: RTJ 82, p.794/5. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

Afasta-se, em certos casos, a eficácia retroativa, principalmente nas decisões em que há alteração da jurisprudência, *prospective overruling*.

Pode a nova regra afirmada na decisão ser aplicada a processos pendentes, *limited retrospectivity*, ou também pode afastar a eficácia *ex tunc*, não sendo aplicada a decisão inclusive no processo que lhe deu origem, *pure prospectivity*.⁵²⁵ Partindo das experiências norte-americanas, a regra da nulidade na declaração de inconstitucionalidade que implicaria efeitos retroativos da decisão, passa a ser mitigada, em nome da segurança jurídica ou de outros princípios ou garantias constitucionais.⁵²⁶

A interpretação da Constituição sofre influências da cultura, do pluralismo e das conquistas do povo num dado momento histórico, o que ressaí da ligação entre Constituição histórica e ideal de direitos e da compreensão de Constituição Viva. Assim, como o fato social é mutante, a interpretação da Constituição também será.

A interpretação é a atividade que se presta a transformar textos, disposições, preceitos e enunciados em normas, de sorte que as normas resultam da interpretação e o ordenamento no seu valor histórico e concreto é o conjunto de interpretações.⁵²⁷

Apresenta-se a mudança de orientação da Suprema Corte diante de um caso concreto. A modificação da orientação do Tribunal pode ocorrer em virtude do compasso ou descompasso entre a norma e a realidade vivida, trata-se da evolução, ou melhor, da modificação jurisprudencial pela alteração da interpretação da norma que fundamentava o caso concreto, trata-se, na verdade, da mudança de regra, ou *overruling*.

Na modificação da regra, o Tribunal deve atentar para a produção dos seus efeitos, ou seja, se decisão deverá valer para o caso concreto ou para os casos

⁵²⁵ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁵²⁶ "One of the landmark decisions in this field was made by the Supreme Court of Illinois in 1959, abrogating immunity of school districts from tort liability, and limiting the new rule to prospective effect, except for the case before the court. The court gave two reasons for applying the new rule to the instant case: 'First, if we were to merely announce the new rule without applying it here, such announcement would amount to mere dictum. Second, and more important, to refuse to apply the new rule here would deprive appellant of any benefit from his effort and expense in challenging the old rule which we now declare erroneous. Thus there would be no incentive to appeal the upholding of precedent since appellant could not in any event benefit from a reversal invalidating it'". (FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting". **Marquette Law Review**, v.51, n.254, 1968. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3>>. Acesso em: 23 mar. 2016).

⁵²⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.26-27.

posteriores em virtude da segurança jurídica, o que levaria a uma decisão com efeitos prospectivos.

De outra forma, para esclarecer, o *distinguishing*, ao contrário do *overruling*, ocorre quando, ao analisar o caso concreto posto em julgamento, verificam-se características e peculiaridades que afastam a jurisprudência do tribunal. Há distinção, diferenciação entre normas jurídicas e normas da decisão.⁵²⁸

Os precedentes, diante da matriz norte-americana, não podem ser aplicados de qualquer forma pelos juízes, deve-se comparar o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. Consideram-se as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial para verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado. Trata-se do *distinguishing*, compreendido como o método pelo qual o juiz verifica se o caso sob julgamento pode ser análogo ou não ao caso paradigma.⁵²⁹

No Brasil, o Novo Código de Processo Civil traz um regramento referente aos precedentes com características próprias à realidade brasileira.⁵³⁰ Precedentes devem ser invocados, não reproduzidos, e levam em conta o contexto de seu nascimento e da análise face a um outro caso. Há possibilidade de não serem aplicados, uma vez que pode ser demonstrado que o caso em tela possui particularidades que fogem ao caso que gerou o precedente.

A súmula vinculante, trazida pela Emenda Constitucional 45, introduzida pelo art. 103-A ao sistema constitucional brasileiro, também atribui efeitos *erga omnes* a dada orientação do Tribunal. Entretanto, representa o conjunto de teses jurídicas reveladas pela jurisprudência reiterada e dominante do Tribunal, sendo traduzida por verbetes sintéticos, numerados e editados. O objetivo da súmula é fixar teses jurídicas em abstrato que devem ser seguidas pelos membros do Poder Judiciário e da administração pública.⁵³¹

⁵²⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁵³⁰ Artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1.º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2.º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁵³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A diferença entre a fixação de teses jurídicas partindo de questões ou análises abstratas foge da lógica do precedente que é construída a partir da interpretação da norma constitucional, da prescrição abstrata ligada à realidade concreta.

Fazendo um paralelo com as súmulas vinculantes, os precedentes vinculam a partir de uma análise posterior dos casos, enquanto as súmulas vinculam a partir de uma análise a priori, a súmula já nasce vinculante e como resposta a mais de um caso. O tempo da decisão é eternizado, consolidando um paradigma jurídico-prático-decisório atemporal, limitado às escolhas sumulares de um intérprete solipsista:

Há um evidente desenraizamento da decisão do mundo, da história, uma desindexação da tradição, o que possibilita a construção de um espaço-tempo decisório viciado pelas (pré) compreensões inautênticas do caso pretérito em relação ao caso concreto – novo temporal.⁵³²

O fundamento da limitação da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade é diverso daquele em que há revogação de precedente, pois, enquanto nessa situação se tutela o passado, em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais naquela tutela excepcionalmente, protegem-se as situações que se formaram na vigência da lei inconstitucional. Assim, nos casos de revogação de precedente, as razões estão longe de ser a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.⁵³³

Além da interpretação analógica que atribui eficácia *erga omnes* e *ex tunc* a decisão de inconstitucionalidade, a súmula vinculante e a suspensão senatorial trazem a ampliação dos efeitos, porém partem de pontos de análises diferentes. A súmula vinculante atribui eficácia *erga omnes* a enunciados advindos de decisões sobre certa matéria, porém segue a lógica da inconstitucionalidade *in abstracto* porque faz uma análise *a priori* da questão.

Outra questão, no caminho da afirmação do controle difuso, por ser mais próximo às pessoas, é a ampliação dos legitimados para o cancelamento e revisão de súmula. Conforme a Lei n.º 11.417 de 2006, entre os legitimados estão os Tribunais Superiores, os Tribunais dos Estados e do distrito Federal, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Os Municípios

⁵³² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; HOFFMAM, Fernando; SALVADORI GRACIA, Thaís. Teoria dos precedentes à brasileira e a destemporalização da decisão jurídica. **Prisma Jurídico**, v.12, n.1, p.319-346, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93428124011>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

⁵³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.171-172.

poderão propor, incidentalmente, ao curso do processo em que forem partes a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

A ampliação dos legitimados para requerer, de forma ampla, a revisão do preceito sumular parece encontrar fundamento na ideia de que a maior legitimidade leva a ampliação do debate e da participação, sendo a legitimidade universal traço característico do controle de constitucionalidade difuso. Não se está dizendo que a legitimidade no caso da revisão da súmula é universal, mas que quanto mais forem os legitimados, mais se amplia o debate e mais argumentos poderão ser analisados a favor ou contra a súmula.

A inclusão dos Municípios nos legitimados corrobora sua autonomia política e administrativa, dando-lhes mais um canal de voz, já que não têm legitimidade para ajuizamentos de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, nem arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inclusão trazida pela lei representa possibilidade de que argumentos voltados a questões e peculiaridade locais sejam levados em consideração para a revisão do preceito sumular.⁵³⁴

Outra possibilidade que traria maior diálogo institucional e qualificaria a democracia deliberativa seria o resgate da suspensão senatorial para ampliar os canais de intersecção entre o debate político e a decisão jurídica.

Ao se reconhecer a última palavra ao Supremo Tribunal Federal, não se pode aniquilar o debate político, tampouco esvaziá-lo, como já referido, não se trata de única palavra. A compreensão da justiça se afirma no caminho, a construção da norma requer diálogo sendo que o caminho nunca finda.

Ao invés de norma obsoleta, como dizem alguns, a suspensão senatorial é um canal de diálogo interinstitucional que pode levar a abrir a sala de máquinas, em especial naquelas questões que versam sobre direitos humanos, ou melhor, em qualquer das exceções trazidas por Nino que, mesmo objeto de declarações de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, não se afastam do debate político, ao contrário, podem reafirmá-lo.

A decisão jurisdicional não pode banir o debate, nas duas questões trazidas como exemplo de expansão dos efeitos, temporalmente e subjetivamente, ou seja,

⁵³⁴ A arguição de descumprimento de preceito fundamental possibilita a análise da Lei Municipal que viole preceito fundamental, entretanto os Municípios não figuram dentre os legitimados. (Art. 1.º, parágrafo único, I da Lei n.º 9.882 de 1999).

no caso do Município de Mira Estrela e na progressão de regime em crime hediondo, originadas no controle difuso, voltaram ao debate na arena política. Esse retorno redundou na alteração da Constituição, via Emenda Constitucional, e em legislação ordinária que reviu a vedação da progressão de regime em crime hediondo.

Algumas questões induzem a proposição de que o controle de constitucionalidade difuso é mais compatível com o exercício de uma democracia deliberativa. A sua legitimidade universal traz a ampliação dos intérpretes da Constituição demonstrando que o acesso à discussão e à interpretação da Constituição pode ser travada em diversos contextos socioculturais. À proporção que a interpretação aproxima-se da realidade e do pluralismo constitucional distancia-se de uma prática autoritária no sentido de conectar-se às alterações geradas pelo fato social.

A soberania dispersa requer a participação de grupos e pessoas na interpretação da Constituição com base na abertura dos círculos de intérpretes, ao mesmo tempo que reconhece o poder em várias dimensões institucionais do Estado, sendo que a soberania popular se espalha em vários corpus e instituições.

O controle difuso, por sua extensão e acesso, pode ser exercido a partir das exceções trazidas por Carlos Santiago Nino, em especial, a terceira exceção, que permite o controle de constitucionalidade como manejo da Constituição histórica. É na especificidade da Constituição histórica que podem aparecer as tensões entre identidades prevaletentes e demais identidades.

O constitucionalismo latino-americano demonstra a compreensão de novas identidades através dos saberes locais, levados em consideração na construção dos conteúdos da Constituição. Podem, também, apresentarem-se novas formas ou novos direitos referentes à identidades constitucionais, impondo-se uma releitura, ou outra interpretação acerca do conteúdo da Constituição. Parece que este é o caminho da Constituição Viva, que traz a adequação entre o poder constituinte e o poder constituído, entre as identidades prevaletentes e as demais identidades, num eterno exercício de complementaridade entre democracia e constitucionalismo.

O controle jurisdicional vincula-se à preservação ou proteção de certos direitos e se apresenta como sistema de abertura e controle de identidades constitucionais, quando vinculado especificamente à Constituição histórica.

As diversas maneiras de se apresentarem pretensões em juízo, como a utilização das ações coletivas ou dos remédios constitucionais, são instrumentos que viabilizam a conexão da Constituição ideal de direitos com a Constituição histórica.

A interpretação da Constituição é um espaço, ao lado de outros, de compreensão das identidades, o que pode ser realizado através do exercício de exclusão e inclusão de grupos, pessoas, indivíduos à atribuição de direitos.

Partindo do caso concreto, vários instrumentos levam à ampliação do debate da questão constitucional, bem como a expansão dos efeitos da decisão, como a repercussão geral, modulação de efeitos da decisão por analogia ao controle abstrato, a suspensão senatorial, ou, ainda, os novos mecanismos procedimentais, cuja interpretação deverá partir do conteúdo da Constituição. A atribuição de efeitos *erga omnes* não leva a desvinculação da norma ao fato social, ao contrário, amplia os efeitos, fruto da interpretação do que é concreto e vivo, do fato social.

Trata-se de um caminho em construção, porém para que seja eficiente à compreensão de Constituição como prática social e espaço de tutela de identidades, é necessária a conexão ao caso concreto, o que é possível através do controle difuso. A ampliação dos efeitos de uma decisão que parta do caso concreto não esmorece a conexão à realidade, ao contrário, confirma sua prioridade.

Instrumentos de diálogo inseridos no exercício da jurisdição constitucional como um todo, inclusive exercíveis em instâncias originárias, baseiam-se na ideia de trabalho em conjunto necessário ao exercício de uma democracia deliberativa. O que também leva à constatação que o controle do caso concreto, a partir dessa perspectiva, é mais democrático que o controle abstrato, ou processo objetivo.

A teoria da democracia deliberativa não descarta a reflexão individual e a busca da verdade moral da melhor decisão. Porém, o valor epistêmico da democracia deliberativa encontra limites na autonomia do sujeito. Dito de outra forma, a democracia deliberativa, proposta por Nino, alicerça-se entre a moral e a política, o valor da democracia está na sua qualidade epistêmica acerca da moralidade social, contudo tem limites na autonomia do sujeito. A reflexão individual como equivalente a atuação jurisdicional é representada pelas exceções que comportam o controle de constitucionalidade.

A prática constitucional e as questões de identidades são um espaço de interpretação influenciada por diversos contextos sociais, históricos e políticos, que contribuem à construção da Constituição histórica. As identidades num contexto plural exigem a releitura do conteúdo da Constituição, de uma leitura moral da Constituição em que se preserve o espaço do político e a autonomia do sujeito.

Os novos arranjos, as novas realidades sociais induzem a novos direitos, novas identidades ou novas interpretações de antigas identidades. O exercício da interpretação jurisdicional é parte do trabalho conjunto na atribuição do conteúdo da Constituição. A abertura institucional e o diálogo entre instituições, pessoas e grupos qualificam o controle difuso de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que impõem seu aperfeiçoamento ante o equilíbrio entre as tensões inerentes ao conceito de identidades constitucionais.

A ligação entre o presente, passado e futuro traduz o desafio da Constituição Viva e, por conseguinte, da Constituição histórica, alicerçada nas conquistas e aspirações históricas de um povo que se transformam ao longo do tempo. A relação entre o desenho institucional do Estado e a atuação jurisdicional, à luz da compreensão de trabalho conjunto, impõem ao exercício da interpretação, a realização da Constituição histórica e ideal de direitos, bem como a afirmação das identidades da Constituição, trazidas, num primeiro momento, pelo poder constituinte originário.

A conexão trazida entre a análise da norma e o caso concreto revela o elo entre a Constituição histórica, como prática social, e a Constituição ideal de direitos, devido seu caráter normativo. Assim, as identidades constitucionais são recriadas e, ao mesmo tempo, confirmadas, levando em consideração o contexto plural e aberto inerente a tudo que é, e se faz vivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese elaborada defendeu a construção e reconstrução das identidades constitucionais por meio do controle de constitucionalidade difuso. Analisaram-se quatro frentes principais na pesquisa: o pluralismo e a Constituição Federal de 1988, a democracia constitucional, o controle de constitucionalidade difuso no constitucionalismo brasileiro e as identidades constitucionais compreendidas a partir do controle de constitucionalidade difuso e da Constituição Viva.

Os temas foram abordados de forma circular e complementar. A ligação entre a realidade vivida e a normatividade constitucional alicerçou-se na teoria da democracia deliberativa e no desenvolvimento do conceito de Constituição complexa, de Carlos Santiago Nino.

A Constituição Federal de 1988 iniciou um novo ciclo no constitucionalismo brasileiro, ligando-a a diversidade dos fatos da vida. A Constituição ao mesmo tempo como construção histórica e como mecanismo de abertura do sistema jurídico às transformações sociais amplia a discussão acerca dos direitos protegidos pelo texto/contexto e possibilita a construção e/ou a desconstrução de uma identidade constitucional.

A imbricação entre o desenho institucional e a atuação do Poder Judiciário deve se orientar pelos compromissos democráticos e constitucionais, como conceitos complementares que trazem nova compreensão acerca da soberania, do poder constituinte, da revisão judicial e da identidade da Constituição.

O constitucionalismo latino-americano ensina a importância da diversidade cultural e do pluralismo no debate constitucional, principalmente na atribuição dos conteúdos da Constituição. A diversidade e os saberes locais levam à resignificar a Constituição, ligando questões históricas às questões atuais. Tal relação impescinde de uma prática constitucional, afirmada pela proteção dos direitos humanos e à diversidade cultural e social. Nesta experiência, faz-se lembrar de que a Constituição Brasileira participa do primeiro ciclo do constitucionalismo latino-americano.

A tensão entre identidades constitucionais abrangidas pela Constituição e as novas ou outras identidades, ou novas leituras de identidades antigas, deve ser realizada diante do pluralismo, que contempla diversidade cultural, religiosa, histórica. O discurso de proteção aos direitos humanos traz muitas vezes a afirmação de identidades minoritárias, que, no contexto latino-americano, resulta de lutas e conquistas populares.

Significar a Constituição como prática e espaço de proteção de direitos humanos, pressupõe o conceito da Constituição complexa de Nino, como Constituição histórica e Constituição ideal de direitos e de poderes. O conceito de Nino é traço fundamental ao constitucionalismo contemporâneo porque está imiscuído nas conquistas históricas, na proteção de direitos humanos e nas alterações ditadas pelos novos arranjos socioculturais e políticos.

O constitucionalismo, como conceito fundamental e afirmativo da democracia e vice-versa, baseia-se no pluralismo para a construção de novos caminhos com base em novas ligações pautadas pela análise dos direitos humanos à luz da filosofia e sociologia do direito. O pluralismo não partilha de objetivo único e comum, compreende, pois, que cada indivíduo tem direito legítimo distinto do daqueles que compõem a comunidade, com base em múltiplas compreensões de vida boa, de diversidade cultural, histórica e social. A homogeneização representaria a morte do constitucionalismo, o mesmo se diga, para o não reconhecimento de novas identidades constitucionais.

O pluralismo dialoga com a Constituição Viva. A prática constitucional faz parte da Constituição Viva, consoante à proteção dos direitos humanos e também às garantias previstas na Constituição material. A Constituição em sentido complexo lecionada por Carlos Santiago Nino compartilha em essência da Constituição como texto e contexto, com aspectos normativos e outros ligados à prática social da Constituição, num contexto plural e diversificado.

No contexto histórico-social plural e aberto, o controle de constitucionalidade difuso contribui para a interpretação de novas identidades ou para a releitura das identidades constitucionais existentes. O pluralismo social, cultural e jurídico, requer a pluralidade de atores e argumentos na construção da Constituição Viva.

No caso concreto, na análise subjetiva da Constituição, porque ligada a um sujeito, é que a Constituição histórica, como prática social, interage com a Constituição ideal de direitos, que traz a característica normativa da Constituição. A dimensão ideal da Constituição complexa se relaciona com os direitos fundamentais, e, a partir deles, com a justa distribuição de bens sociais e naturais, e seu reconhecimento pelo Estado.

O exercício da jurisdição constitucional aproxima-se do diálogo. O processo judicial e o exercício da jurisdição já são ontologicamente dialógicos, entretanto, em tempos contemporâneos exige-se a ampliação dos intérpretes da Constituição, através de diálogos travados no âmbito interno e externo ao Poder Judiciário. Isso como

instrumento para a construção do sentido da Constituição Viva. Vários arranjos institucionais, inclusive aqueles que priorizam o diálogo constitucional, contribuem para a leitura moral da Constituição na construção dos argumentos da decisão.

A interpretação dos conteúdos morais, não atribui ao Poder Judiciário a única palavra, ou a última palavra sem compreensão dos argumentos morais e factuais do povo, verdadeiros destinatários e atores da interpretação da Constituição, mas impõe o compromisso de justificação das decisões através de conteúdos substantivos e também pelo diálogo.

A democracia deliberativa de Nino não se traduz pela prerrogativa de eleger governantes apenas, nem só pelos processos formais majoritários. Ela requer um debate público amplo, com liberdade de manifestação de opiniões e informações, observados os direitos fundamentais. As decisões judiciais devem observar a realidade subjacente num frequente trabalho de contensão, conformação e transformação, num verdadeiro trabalho conjunto.

Mesmo diante de uma Constituição rígida, como a de 1988, presencia-se a abertura da Constituição através da interpretação que faz adaptação do texto à realidade da vida, no caminho do seu conteúdo como característica de uma Constituição Viva. Tal adaptação requer o alargamento do espaço de decisão e a análise de critérios de identidade, tais como traços históricos, culturais, sociais, ambientais. A vida como adjetivo da Constituição traz a característica ontológica do substantivo, quais sejam a modificação, a adaptação ou a ruptura. Em virtude da rigidez, impõe-se à interpretação o limite traçado pela Constituição substancial como as cláusulas pétreas.

A Constituição Viva traz o seu oposto que é, ao mesmo tempo, seu complemento, Constituição morta. Neste sentido, a interpretação deve alcançar os preceitos e compromissos que tem dificuldade em se afirmar, principalmente em relação às normas de igualdade material e direitos sociais, como forma de dar condições a implementação da democracia deliberativa.

A conexão entre o povo e as decisões na área jurídica deve contar com um desenho institucional que pressuponha a construção de um trabalho comum de compreensão da Constituição histórica e ideal de direitos. O trabalho comum liga o povo e as instituições do Estado, no intuito de viver a Constituição, principalmente através do diálogo que deve ser oportunizado no desenho institucional estatal, neste sentido, é preciso abrir a sala de máquinas da Constituição em relação à organização dos poderes.

A compreensão de direitos como liberdade, igualdade, vida, ou demais direitos humanos, não deve partir de contextos e realidades baseadas em compreensões solipsistas de vida, egoístas, que não abrangem a proteção do outro, mas apenas assistam à interesses pessoais ou aos interesses dos outros a partir das suas próprias compreensões de vida boa. A Constituição Viva requer a noção de identidade, uma vez que pertencimento e identidade são conceitos que compartilham a alteração dos fatos da vida e a alteração do fato social.

A Constituição Viva representa uma variante, uma transformação, um comprometimento com a Constituição em níveis temporais diferentes: com o passado, em virtude das conquistas de direitos equivalentes à Constituição histórica; com o presente, na realização de direitos, na garantia de proteção de valores aprendidos no passado e reinventados no presente, e com o futuro, completando o círculo, do que Nino denomina de Constituição complexa, em face dos valores contidos no texto e na sociedade.

Aquele que vive num contexto regulado pela norma, acaba sendo seu intérprete. Logo, impõe-se a abertura do círculo de intérpretes da Constituição, até como forma de conectar a realidade com a normatividade. O controle de constitucionalidade difuso, em virtude da sua legitimidade universal acerca da arguição de inconstitucionalidade é o instrumento mais compatível com a ampliação dos intérpretes da Constituição, que se pretende Viva.

As identidades constitucionais e demais identidades estão abrangidas pela construção de uma Constituição Viva. Mantém-se o ideal de realização de direitos previstos na Constituição, em virtude do risco de sua morte, e, ao mesmo tempo, as relações entre as diversas identidades pressupõem a construção e reconstrução de sentidos da Constituição através da interpretação.

A Constituição complexa, que abrange a prática social e a Constituição ideal de direitos, assenta-se na interpretação como caminho marcado pela construção e desconstrução de sentidos. Leva em consideração que a interpretação requer a construção e desconstrução de significados, sendo que a desconstrução traz um critério de integridade. A desconstrução pressupõe um universo intersubjetivo entre o semelhante e o outro, entre a compreensão de identidade e exclusão.

No caminho construção e desconstrução, ou no não caminho, o exercício da interpretação traz desacordos e conflitos interpretativos, inclusive em relação às identidades prevaletentes na Constituição e outras identidades. As realidades locais

próprias de um país plural, lembrando que o pluralismo anda ao lado do constitucionalismo, podem ser melhores compreendidas, pelo exercício do controle difuso de constitucionalidade, que leva em consideração as realidades locais. Por conseguinte, a legitimidade universal em relação à arguição da inconstitucionalidade e a soma de argumentos em contextos sociais diferentes, contribuem a uma decisão pautada pelo pluralismo, traço fundamental do Constitucionalismo,

Os atores institucionais devem trabalhar conjuntamente a fim de ampliar o diálogo, tal modelo convive melhor com a ideia de autogoverno dos povos e com o discurso dos direitos fundamentais, pois traz pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional. A prática constitucional e a interpretação da Constituição precisam do trabalho coletivo, não apenas em relação ao presente, passado e futuro, mas também no que tange às diferentes concepções de vida boa inerentes a uma sociedade plural e a respectiva compreensão de diversas identidades que formam a identidade da Constituição.

O constitucionalismo não tem sentido sem o pluralismo, a interpretação da Constituição não tem sentido sem o diálogo. E o diálogo é mais bem compreendido na proporção de sua maior extensão, assim, o controle difuso tem uma importante vantagem em relação ao controle abstrato.

A crítica em relação à segurança jurídica, diante de diversas compreensões do conteúdo da Constituição em realidades sociais diferentes, pode ser superada pelo próprio caminho traçado pela Constituição Federal, no exercício da jurisdição constitucional. Ou seja, a construção de uma interpretação conectada ao presente, passado e futuro, e com as identidades constitucionais, permite, através de mecanismos específicos, a ampliação dos efeitos da decisão baseada em argumentos conectados ao caso concreto, que podem versar sobre certa identidade.

A partir de Nino, a ideia de povo abrange a maioria e a minoria por um processo de tomada de decisão, entretanto, o povo compõe-se da maioria mais a minoria. Na relação entre constitucionalismo e democracia inclui-se o respeito à Constituição histórica e o sistema de direitos que deriva dela.

A Constituição histórica reconhece direitos considerados moralmente aceitos, logo, sua observância coincide com o respeito a estes direitos. A análise do constitucionalismo necessita da compreensão dos valores associados a uma nação. Tais elementos consistem na Constituição histórica e nos processos democráticos e participativos e na proteção dos direitos individuais, dos direitos humanos. O

constitucionalismo exige obediência à Constituição histórica que representa o documento criado na constituinte e interpretado através da história do país, o que permanece até o momento em que a Constituição histórica impeça o desenvolvimento do processo democrático, e impulse outro momento constitucional. A indeterminação da interpretação da Constituição histórica pode ser resolvida pela transformação do texto em proposições práticas, conforme a teoria de Nino.

Em países periféricos, pautados por desigualdades sociais e econômicas, há *déficit* de representação de grupos minoritários e pautas reprimidas no processo político majoritário, o que legitima a atuação do Poder Judiciário, em certas questões. Esta atuação trazida por Nino, sob a expressão reflexão individual, quando o processo deliberativo estiver desprovido de condições que configurem seu valor epistêmico. Nino acredita que o equilíbrio reflexivo se rompe sem estar atrelado aos resultados contingentes do consenso real, assim a argumentação é uma maneira de conformar os resultados aos pressupostos, os quais incluem princípios substantivos como o da autonomia.

O controle de constitucionalidade das leis pressupõe a fundamentação da democracia deliberativa de Nino, devido seu valor epistêmico, pois se fundamenta na defesa de direitos que assegurem a autonomia, a inviolabilidade e a dignidade do sujeito. O constitucionalismo pode limitar ou adequar decisões majoritárias, o que não redunde em limitação à soberania popular, porque os direitos humanos são condições, pressupostos à democracia.

A vinculação do constitucionalismo ao pluralismo permite a ligação entre as identidades constitucionais e outras identidades. Mesmo que esta relação seja travada em procedimentos democráticos de deliberação, as identidades não prevaletentes precisam de espaços para além do processo de deliberação democrática. Neste sentido, a proteção das identidades da Constituição adequa-se a compreensão de democracia deliberativa, a uma pela qualidade epistêmica, a duas, pela defesa intransigente dos direitos humanos, que representa um espaço de atuação de novas identidades ou um espaço de interpretação sobre as identidades prevaletentes.

Na elaboração da tese foram examinadas três exceções elencadas por Nino, as quais viabilizam o controle de constitucionalidade das normas em face da teoria epistêmica da democracia. A primeira, que depende de fatores como a amplitude da participação na discussão dos interessados na decisão; a segunda exceção que se refere ao valor epistêmico da democracia, pautado pela moralidade pública intersubjetiva

ou social que consiste em *standards* que levam à avaliação das ações individuais diferentes dos interesses do povo; e a terceira que é a Constituição como uma prática social. Entretanto, fundamento principal da tese encontra-se na exceção referente à Constituição como uma prática social e histórica no intuito de satisfazer um traço fundamental do constitucionalismo, preservar o pluralismo.

A prática social, portanto a Constituição histórica, diante do dinamismo das relações sociais pode levar ao reconhecimento de novos direitos, alinhados a Constituição ideal, ou à novas identidades, que podem trazer direitos de minorias.

A Constituição histórica, no caráter vivo da Constituição, que liga o passado, presente e futuro pode atribuir novas interpretações a aquilo que se compreende como constitucional. Assim, a compreensão da Constituição histórica em face de novas identidades ou de novos direitos atribuídos a identidades constitucionais existentes exigem a análise da Constituição ideal de direitos no caso concreto, ou seja, no caso exposto em que se discute a releitura de uma identidade, ou a atribuição ou cerceamento de um direito referente a certa identidade, constitucional ou não.

A soberania popular se espalha entre diferentes corpos e funcionários que devem reagir positiva ou negativamente às decisões tomadas, o pluralismo celebra essa dispersão a fim de evitar a tirania, pois impede que alguma facção monopolize o poder, a fim de se representar contando com o apoio de todo o povo. Acerca da dimensão espacial da soberania dispersa, o grau de descentralização da unidade política, como o Brasil, propicia políticas democráticas atinentes a realidades que conjungam identidades locais, regionais e federais.

Nessa descentralização, o desenho institucional do Estado e do Poder Judiciário deve trazer espaço para o equilíbrio entre os reclamos da Constituição histórica e da Constituição ideal. A Constituição como prática social deve estar aberta a compreensão das transformações, deve estabelecer a tutela dos direitos trazidos pela Constituição ideal, principalmente aqueles afetos aos direitos humanos e às conquistas sociais.

O discurso dos direitos humanos qualifica a prática constitucional, e as instituições que exercem jurisdição tem o dever de afastar a coerção ilegítima de pessoas e grupos sobre os demais. O desenho institucional propicia a aproximação da interpretação das normas às realidades vividas. Esta aproximação conta com o controle difuso de constitucionalidade das leis, sendo que as decisões ligam o passado, presente e futuro.

A teoria da proteção da Constituição histórica pode ser lida como forma de proteção das identidades históricas e culturais, muitas vezes carentes de tutela no contexto do constitucionalismo latino-americano. Isso não como uma forma ampla de sujeitar-se ao controle, mas de ter o controle como instrumento de proteção de identidades, inclusive minoritárias. A Constituição histórica, na última exceção trazida por Nino, deve estar vinculada à análise do caso concreto, das especificidades locais e regionais, a ponto de permitir o controle.

Se a Constituição histórica imprescinde da prática social, se o pluralismo traz práticas sociais e culturais distintas, a análise da Constituição, diante da teoria de Nino, não pode ser abstrata e distante destas realidades sociais e do pluralismo inerente ao constitucionalismo. A análise da questão constitucional, diante de um caso concreto, poderá alcançar efeitos externos, através de mecanismos constitucionais e procedimentais de expansão dos efeitos da decisão.

As incompatibilidades das normas infraconstitucionais com a Constituição podem ser materiais ou formais, sendo que a Constituição histórica liga-se a análise das incompatibilidades de conteúdo do preceito da lei e ato normativo com a Constituição. Mas, como visto, o controle difuso também é um instrumento válido para o controle das incompatibilidades formais, e, quanto ao momento, pode dar-se de formas preventiva, com as peculiaridades trabalhadas. O que serve para garantir o trâmite político de deliberações e produções normativas, principalmente com respeito às competências traçadas na Constituição.

O controle de constitucionalidade difuso se caracteriza pelo vasto número de instrumentos processuais destinados à fiscalização dos atos normativos, dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais diante do caso concreto, assim, amplia as manifestações atinentes a Constituição histórica, afirmando a relação entre o pluralismo e o constitucionalismo.

As características históricas do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil mostram a correlação entre o fato histórico e a existência do controle abstrato e difuso. O controle difuso inaugura a ideia de controle de constitucionalidade no Brasil e o controle abstrato é trazido em períodos de exceção.

O controle abstrato, no Brasil, é delineado em períodos de super-atuação do Presidente da República e do Poder Executivo. Ressalta-se que durante o período da ditadura militar o Poder Judiciário não podia analisar questões relativas a Lei de Segurança Nacional, inclusive quando à constitucionalidade de ato e ações baseadas

nela. Pode-se dizer que a Constituição trazia direitos apenas no campo formal, o que ampliava o estado de exceção, levando a ampla violação de direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 aumenta a incidência do controle abstrato com o alargamento da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade; a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta e o mandado de injunção; a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais.

As perspectivas pluralistas inauguradas pela Constituição, sob diversos ângulos: político, cultural e religioso devem contribuir para a atribuição de sentidos daquilo que é a Constituição. Constituição que "viva" requer uma leitura e releitura, a construção e desconstrução, para que novas identidades possam fazer-se presentes ao mesmo tempo em que se afirmam conquistas humanas. Assim, a ideia da leitura moral está imbricada à prática constitucional, sustenta-se em bases morais e políticas, principalmente nas questões afetas aos direitos humanos.

As ações constitucionais são importantes mecanismos de defesa de direitos humanos e afirmação de identidades constitucionais: como habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular. Por ser de acesso universal, a discussão sobre questões constitucionais podem aportar ao Judiciário, em qualquer das localidades do país de dimensões continentais.

O maior acesso à discussão constitucional, além de popularizar os debates e discussões, traz a possibilidade de as pessoas poderem, através do processo, apresentar novas situações, fatos e direitos. Há uma "nota subjetiva na raiz do sistema" que faz o cidadão converter-se em artífice da defesa da Constituição, na medida em que defende a Constituição por seu interesse.

A legitimidade universal conta com maior participação dos atores, partes, terceiros, no debate acerca da Constituição. Mesmo não dispensando a existência do processo, representa um mecanismo para a proteção de pessoas excluídas ou vulneráveis que desejam a tutela de um direito, o qual não dispensa a análise da constitucionalidade.

O papel das Defensorias Públicas da União e dos Estados, como dos organismos não governamentais que trabalham na defesa dos direitos das pessoas vulneráveis, excluídas e das minorias, as audiências públicas travadas em instâncias

originárias são instrumentos que contribuem para um controle difuso propulsor do debate constitucional. Transforma-se num mecanismo de proteção de direitos humanos atendendo a diferentes contextos sociais.

De outra sorte, mecanismos como a reserva de plenário, a interpretação conforme à Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, seja no âmbito da aplicação ou da interpretação, também devem caminhar ao lado da Constituição Viva, a fim de conectar a Constituição histórica à ideal de direitos.

O controle difuso de constitucionalidade preventivo exercido pelo Poder Judiciário, respeitando o espaço político de deliberação, mantém a higidez do processo legislativo e contribui para a realização da democracia deliberativa. Mesmo compreendendo que os poderes Legislativo e Executivo exercem *a prima face* o controle preventivo de constitucionalidade.

Das três possibilidades de controle de constitucionalidade das leis, elencadas por Nino, uma está ligada ao procedimento legislativo. O adequado trâmite legislativo permite o controle jurisdicional preventivo por estar em sintonia com o exercício da democracia deliberativa e como o princípio da separação dos poderes. De outra sorte, em relação às análises das questões materiais arguidas no processo legislativo, admitir o controle jurisdicional preventivo seria aniquilar a instância política e deliberativa, reduzindo, portanto, a compreensão de democracia deliberativa.

As identidades, constitucionais ou não, prevaletentes ou não, exigem espaços de discussão e deliberação. Sendo necessária a discussão sobre as identidades para que sejam protegidas constitucionalmente, a declaração de inconstitucionalidade preventiva representaria um óbice no processo legislativo e seria um instrumento apto a afastar a discussão e a manifestação de novas identidades na arena política.

As ações constitucionais como o habeas corpus, a ação popular e, no mesmo sentido, a ação civil pública, em virtude da amplitude de seus efeitos, são mecanismos essenciais ao controle difuso de constitucionalidade, assim como a recurso extraordinário e o instituto da repercussão geral.

Em virtude da sociedade aberta dos intérpretes e do caráter universal do controle difuso, reafirma-se a teoria de que todos têm a tarefa de proteger as normas da Constituição e contribuir para a construção de seus sentidos. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, ao interpretar a Constituição pode ditar a última palavra, mas não a única. A ampliação dos participantes no processo, inclusive

no recurso extraordinário, como a possível manifestação do *amicus curiae*, aumentam o espaço para o debate para a construção da decisão jurisdicional.

Os recursos trabalham argumentos e leituras realizadas pelas partes e interessados daquilo que creem ser a norma constitucional, no caso concreto. A conexão a fatos, mesmo que não comporte sua reanálise, aproxima a norma às pessoas e suas realidades. O Novo Código de Processo Civil ao tratar do recurso extraordinário, traz mecanismos que privilegiam o controle difuso, mas, ao mesmo tempo, requerem o aperfeiçoamento das estruturas trazidas pelo desenho institucional do poder.

A concentração dos julgamentos em blocos, os recursos repetitivos, a eficácia dos precedentes e a relevância e transcendência da causa constitucional debatida são instrumentos que privilegiam a análise do caso concreto no caminho da construção da Constituição como prática social e histórica, fundamental à percepção das identidades constitucionais.

Tais modificações levam à valorização da análise da constitucionalidade a partir do caso concreto, em detrimento daquela oriunda de um processo objetivo. O desenho institucional deve contar com espaços de deliberação, de participação, tais como audiências públicas, *amicus curiae*, voltando-se à sociedade aberta dos intérpretes para a construção dos sentidos das normas constitucionais, no exercício da jurisdição.

A realidade plural comporta várias identidades que caminham ao lado da compreensão de pertencimento e inclusão. As experiências históricas são abrangidas pelo conceito jurídico de Constituição histórica de Nino, com experiências históricas do povo em sua trajetória social e cultural.

A identidade constitucional pode referir-se àqueles que se sujeitam à Constituição como aos que elaboraram o texto. Aos que se sujeitam agrega-se a característica do pertencimento a uma ordem constitucional, o que não equivale traçar um limite territorial apenas, pertencer, estando a identidade na área da interpretação, leva a ideia de fazer parte da construção dos sentidos da norma constitucional, utilizando-se, então, a compreensão de Constituição Viva, no passado, no presente e no futuro.

A Constituição viva influencia na formação das decisões acerca de questões constitucionais, que tem comprometimento com a Justiça, como construção e desconstrução, que traz sua oposição e completude. Neste sentido, o controle de constitucionalidade difuso traz um mecanismo mais universal para a construção dos

sentidos e das identidades da Constituição, ou para a releitura e nova interpretação acerca das identidades existentes.

A Justiça como (não) caminho, compartilha a ideia de construção e desconstrução das identidades constitucionais, porque devida ao outro em sua singularidade e caracterizada por sua incompletude. A incompletude da Constituição gera abertura às interpretações, até possivelmente conflitantes.

O exercício da interpretação e a compreensão de novas identidades constitucionais ou a releitura de identidade constitucional existente encontram limites nas cláusulas pétreas materiais e impõe uma interpretação extensiva de direitos humanos. O confronto entre identidade constitucional e outras identidades relevantes, como nacional, étnica, religiosa e cultural são inevitáveis, por consequência da tensão entre o pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo e a tradição.

A Constituição Viva, ao lado da Constituição como prática social traduzida na Constituição histórica, junto à previsão normativa de direitos elencada na Constituição ideal de direitos, trazem a possibilidade da interpretação orientada às identidades da Constituição, apontando a novos arranjos e interpretações em relação às identidades prevaletentes e as novas identidades.

O desenho institucional e a abertura das instituições ao diálogo próprio das democracias deliberativas, refletem o trabalho conjunto entre instituições, indivíduos, grupos, na construção das interpretações da "Constituição Viva" e de novas identidades constitucionais.

Todos constroem a compreensão das identidades constitucionais na abertura dos intérpretes da Constituição em um contexto pluralista. As instituições do Estado devem buscar a prática de abertura e de diálogo principalmente com a sociedade civil organizada e demais grupos sociais. A diversidade cultural e, pois, de identidades, inclusive constitucional, não prescindem da abertura da sala de máquinas da Constituição, reconstruindo o seu desenho institucional, o que deve ocorrer à luz de um Constitucionalismo pautado pelo diálogo.

A tensão entre a identidade constitucional, ou as identidades constitucionais compreendidas pelo termo pressupõe um caminho de construção e reconstrução de sentidos e pertenças. Manifesta-se na tensão entre a assimilação da(s) identidade(s) constitucional(ais) e rejeição de outras identidades. As identidades inicialmente não abrangidas pela identidade constitucional poderão, com o passar dos tempos e afirmações, ingressarem à identidade constitucional, eis que o Constitucionalismo

contemporâneo está centrado no pluralismo com a diversidade de opiniões em relação aos bens da vida e aos ideais de vida boa. Tanto que as identidades culturais, sociais e as identidades constitucionais fizeram com que algumas Constituições latino-americanas incluíssem no seu texto o reconhecimento de uma sociedade plúrima étnica e originária.

O resgate do papel do povo no exercício da soberania tem ligação com o objeto da tese, com o controle de constitucionalidade. A análise trazida por Nino, que argumenta em prol do controle em três situações, parte do desenvolvimento da teoria da democracia deliberativa, passando por questões da soberania no constitucionalismo popular para chegar às exceções que levam ao controle de constitucionalidade.

A supremacia judicial, como instrumento do estado constitucional não deve se confundir com soberania judicial, pois a soberania como potência pertence ao povo, sendo que a definição da última palavra não se confunde com a única palavra. As identidades constitucionais desenvolvidas, construídas ou resultantes de um processo histórico de conquistas, devem ser consideradas na interpretação da Constituição histórica, como prática social.

O controle de constitucionalidade deve ser limitado atendendo, entre outras coisas, a defesa de direitos humanos. O processo político tem que ser estruturado de forma que respeite a autonomia dos cidadãos individuais. O princípio de que todo o poder emana do povo não é atribuído às majorias ou às minorias, ainda que o princípio da maioria seja o melhor método para a democracia nas eleições periódicas. A formação da vontade popular, numa soberania dispersa, conta com o desenho institucional e com o constitucionalismo pautado no diálogo, desde as instâncias jurisdicionais originárias.

A soberania como conceito complexo e multifacetado, deve levar em consideração o sujeito da Constituição, como aquele que se sujeita as normas constitucionais, o povo, ao lado do poder constituinte e instituído. O poder constituinte como potência, no caso da Constituição Federal de 1988, supera os trabalhos constituintes. O poder constituinte originário e a soberania popular representam uma potência original e criadora da Constituição.

O poder constituinte originário como uma potência de energia age na criação da Constituição, enquanto o poder constituinte que atua na reforma ou revisão, que é uma competência. Manifesta-se em virtude da legalidade prevista pelo poder constituinte originário tendo limites traçados na Constituição, como as cláusulas

pétreas. Neste sentido, a leitura da Constituição viva, tem limites trazidos pelas cláusulas pétreas.

As pretensões encaminhadas ao Poder Judiciário através de ações judiciais são canais para a alteração do que se diz como conteúdo da Constituição viva, que se adequa as alterações sociais. Devem acompanhar a Constituição histórica e a Constituição de direitos. Como não há iniciativa popular expressa no texto para alteração da Constituição, mais um motivo para que as alterações possam surgir da vivência da Constituição por parte das pessoas, dos grupos e também das instituições.

O poder constituinte derivado reformador pode manifestar-se a partir da Constituição histórica, como prática social orientada pela proteção dos direitos humanos. O poder constituinte reformador pode ser exercido via controle de constitucionalidade, respeitando alguns critérios e limites, tais como os limites materiais traçados pelo constituinte originário.

Entretanto, o controle de constitucionalidade difuso, com base no conceito de democracia deliberativa de Nino, assenta-se em três exceções: nas regras do procedimento democrático, no valor epistêmico da democracia, a partir de critérios de moralidade pública intersubjetiva ou social, são *standards* que levam à avaliação das ações individuais diferentes dos interesses do povo; e na terceira exceção que é Constituição como uma prática social.

Na terceira exceção o propósito do controle judicial de constitucionalidade é preservar a prática social ou a convenção dentro da qual a decisão opera. Ao lado da terceira exceção, é que deve ser analisada a questão das identidades constitucionais, e, com ela, a organização do poder.

O primeiro critério, que fundamenta a tese, posiciona-se na terceira exceção, leva em conta questões sociais, históricas, culturais que trazem novas identidades, ou leituras diferentes das identidades constitucionais vigentes. O controle de constitucionalidade difuso de constitucionalidade deve servir de instrumento à Constituição complexa e viva, é um instrumento de trabalho conjunto na construção de decisões que abordem novas identidades constitucionais ou, através da interpretação, tragam outra leitura das identidades constitucionais existentes.

O critério agregado à terceira exceção conduz ao reconhecimento de novas identidades ou da sua releitura à luz dos direitos humanos. A Constituição histórica, como prática social, traz o elo das identidades da Constituição e as identidades sociais, culturais e históricas que permeiam aquela identidade.

O controle diante do caso concreto serviria de mecanismo para pessoas e grupos que não tenham sua identidade reconhecida, possam participar das identidades da Constituição.

A Constituição histórica conta com um trabalho coletivo, assim, o segundo critério, na verdade, parece uma condição à terceira exceção, pois refere que a construção da decisão deve priorizar o diálogo e a aproximação entre a Constituição ideal dos direitos e a Constituição histórica.

O critério relacionado à organização do poder tende a uma estrutura estatal que propicie o intercâmbio entre a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos. Neste sentido é necessário abrir a sala de máquinas da Constituição e repensar a organização do poder e das instituições, pautando-se pelo diálogo e pelo reconhecimento de novas instâncias de deliberação, como movimentos e grupos sociais.

Apesar da rigidez constitucional, é possível no direito constitucional brasileiro desenvolver a compreensão de Constituição Viva, ou seja, como um corpo vivo, suscetível de mudanças. O caminho para a construção dos sentidos, ou do conteúdo da Constituição é mais qualificado com a ampliação da área de debate, o que é trazido pela legitimidade ampla, e pela maior proximidade entre a situação concreta e a análise da constitucionalidade. O que deve contar com a abertura das instituições à práticas dialógicas, a fim de abrir a sala de máquinas da Constituição.

O exercício do poder constituinte como competência, limitado pelo poder constituinte originário, como potência, não exclui do campo da interpretação a compreensão de novas identidades ou nova leitura de identidades constitucionais já existentes. O dinamismo dos acontecimentos e o pluralismo social, histórico e cultural impõe sua adequação às questões novas, bem como revivem a característica de contensão do constitucionalismo. Neste caminho, as novas identidades constitucionais ou a modificação da interpretação de uma dada identidade se afirmam, ou não, pela tensão das identidades predominantes e das novas identidades, ou novas interpretações.

A tensão é que faz o caminho, é ao mesmo tempo seu oposto e seu conteúdo, na proporção inclusão e exclusão, pertencimentos ou não pertencimentos, para a compreensão das identidades constitucionais. Novas identidades revelam as não abarcadas pela Constituição, ou ainda, aquelas que trazem uma nova interpretação para seu reconhecimento, ou para a atribuição de um direito.

Em um contexto pluralista, a identidade predominante não pode aniquilar outras identidades, é possível que, ao se valorizar certa identidade, se tenha ao

invés de atitudes exclusivas, ações de inclusão. A abordagem inclusiva procura por semelhanças que podem ligar um grupo de pessoas de certa comunidade. A proteção dos direitos fundamentais revela a relação entre identidades e diferenças, ao mesmo tempo em que demonstra consenso com relação a quais direitos são trazidos pela Constituição traz a ligação entre os membros da comunidade detentores dos direitos fundamentais. Num país de grandes dimensões e pluralista, o respeito à diversidade depende da manutenção de um processo que enfatiza certas identidades constitucionais e minimiza diferenças, no sentido de inclusão. Por conseguinte, a igualdade é melhor analisada num contexto concreto, assim como outros direitos fundamentais.

As identidades constitucionais variam de espaço para espaço, de tempo em tempo, são incompatíveis com a ótica da imutabilidade. As identidades abstrata e concreta são conceitos presentes numa concepção de Constituição histórica, assemelhada a uma prática concreta ou uma identidade concreta e a Constituição ideal de direitos, trazendo uma identidade abstrata.

O surgimento de uma identidade constitucional específica pode ocorrer sem ruptura com a identidade passada, através da pluralidade de comunidades organizadas da sociedade civil. Claro que o reconhecimento de uma nova identidade ou sua nova interpretação, pode derivar de processo formal, via Emendas à Constituição. Neste sentido é preciso ressaltar a distinção entre a política normal e a constitucional, sendo que o povo não consta no rol de legitimados para inaugurar o processo formal de modificação da Constituição. Vale lembrar que algumas Constituições sofreram alterações significantes, sem haver o surgimento de uma nova Constituição, através de processos formais ou informais de alteração.

No caminho da interpretação da Constituição a revisão judicial é um instrumento para a compreensão/construção das identidades constitucionais e da democracia constitucional. Neste percurso, é preciso uma estrutura institucional apta ao debate, às manifestações populares, de grupos e de outras fontes de poder.

A fundamentação filosófica da revisão judicial na dialética entre constitucionalismo e democracia aponta para a análise de que o constitucionalismo seria antidemocrático e a revisão judicial seria necessária para se livrar dos excessos democráticos, porém, o pretense antagonismo, na verdade reafirma sua complementariedade e justifica suas existências. A democracia deliberativa depende para sua sobrevivência da

operação de certos obstáculos não democráticos desenhados para manter a integridade do processo democrático e da autonomia individual.

A construção da identidade constitucional conecta as relações entre gerações, desde a criação da Constituição até dias atuais, impõe a relação dialética e complementar entre a Constituição como prática social e histórica e a Constituição ideal. Para isso, o poder constituinte não se esgota na criação da Constituição, ele se mantém como potência, como um *link* entre o passado e o futuro.

O constitucionalismo baseado na igualdade, na identidade e diversidade requer a existência das esferas de assimilação e de diferenciação, havendo diferenças legítimas suscetíveis de proteção constitucional.

Há institutos que cooperam com o debate constitucional diante do caso concreto, como é o caso das ações constitucionais e das ações coletivas. Outros afirmam a relevância de certas matérias constitucionais impondo-lhes o julgamento colegiado, como a repercussão geral, a afetação ao plenário de certas matérias constitucionais, a cláusula de reserva de plenário no julgamento de alguns órgãos colegiados.

Ademais, novos instrumentos do direito processual parecem valorizar o julgamento da inconstitucionalidade perante o caso concreto, como a inserção do instituto dos precedentes e sua invocação, o julgamento dos recursos repetitivos, a aferição do recurso paradigma. As súmulas vinculantes distanciam-se na essência dos precedentes, os quais vinculam a partir de uma análise posterior dos casos, enquanto as súmulas vinculam a partir de uma análise *a priori*, a súmula já nasce vinculante, como resposta a mais de um caso, logo, o tempo da decisão é eternizado.

Por outro lado, a interpretação analógica que atribui eficácia *erga omnes* e *ex tunc* a decisão de inconstitucionalidade, e a suspensão senatorial trouxeram a ampliação dos efeitos da decisão analisada a partir do caso concreto. Entretanto, o sistema constitucional brasileiro desconsiderou a suspensão senatorial, a ponto de torná-la norma obsoleta. A afirmação da suspensão senatorial reafirmaria a necessidade do diálogo entre os poderes, em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que contribuiria ao debate. Em relação à súmula vinculante, o instrumento se aproxima mais da análise abstrata do que ao caso concreto, apesar de trazer a ampliação dos efeitos de certa orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal.

De outra sorte, a interpretação analógica para a expansão dos efeitos a partir do caso concreto contribui para a formação da decisão conectada ao caso concreto, portanto, privilegia a Constituição como prática social e histórica. Nesse

sentido, a expansão dos efeitos do caso concreto esvazia as críticas baseadas no princípio da segurança jurídica.

O reconhecimento da última palavra ao Supremo Tribunal Federal, não pode aniquilar o debate político, não se trata de única palavra, a justiça se afirma no caminho da construção da norma, o que requer diálogo. Há questões em que a decisão jurisdicional reintroduz certo assunto na pauta e no debate político, o que também qualifica a democracia, como ocorreu na decisão referente à progressão de regime em crime hediondo, por exemplo.

A ampliação dos efeitos da decisão que parte da análise do caso concreto, não esvazia a tese, ao contrário, confirma, pois pressupõe a realidade, o pluralismo, partindo da Constituição como prática social, ou seja, da Constituição histórica. A análise concreta da Constituição histórica impulsiona ao reconhecimento de novas identidades constitucionais ao mesmo tempo em que mantém identidades prevaletentes. Talvez este seja o desafio, encontrar o ponto de equilíbrio entre tais identidades, que permita a manutenção de conquistas e a abertura ao que é novo, ao que é contemporâneo, como tudo que faz parte do seu tempo.

A Constituição como prática social abrange as conquistas históricas e sociais que impõem um dever de consciência, pois liga o presente, passado e futuro, ao mesmo tempo em que permite a percepção de novas identidades. As conquistas sociais e históricas, principalmente na área dos direitos humanos, não podem ser enfraquecidas nem tornadas vazias, na mesma proporção em que novas identidades podem ingressar na interpretação substancial da Constituição, impondo a ideia de justiça como uma "responsabilidade inafastável". Na aporia da justiça como um (não) caminho, as identidades constitucionais são recriadas e ao mesmo tempo confirmadas ou negadas, num contexto plural e aberto, como algo Vivo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

_____. The Living Constitution. **Harvard Law Review**, n.126, p.1737-1812, 2006/2007.

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

_____. **O que é o contemporâneo?** E outros ensaios. Tradução de Vinícius Nikastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I - profanações**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.55-79, jul. 1999.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2011.

ALVIN, Arruda. A EC n.º 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octávio Campos; FERREIRA, Wilian Santos. **Reforma do Poder Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.63-79.

ARATO, Andrew. Dilemmas arising from the power to create constitutions in Eastern Europe. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.165-183.

ARGUELLES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2009. p.762-768.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

BALKIN, Jack M. **The roots of the living constitution: originalism and living constitutionalism**. **Boston University Law Review**, v.92, n.4, p.1129-1160, July 2012. Disponível em: <<http://www.bu.edu/bulawreview/symposium/originalism-and-living-constitutionalism-a-symposium-on-jack-balkin%E2%80%99s-living-originalism-and-david-strauss%E2%80%99s-the-living-constitution/>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós 1964**. Brasília: Edição Câmara dos Deputados Edições Câmara, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BENHABIB, Seyla. **Critique, Norm and Utopia**: A Study of the Foundations of Critical Theory. New York: Columbia University Press, 1986.

_____. **Situating the Self Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics**. Cambridge: Polity Press, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**: livro primeiro. Tradução de José Carlos. São Paulo: Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito).

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume1_pagina_593_a_958.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**. 16.ed. Brasília: Edição Câmara dos Deputados, 2016.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRZOZOWSKI, Jerzy A. **Modus ponens, modus tollens, e respectivas falácias formais**. Disponível em: <<http://jeiks.net/wp-content/uploads/2012/10/falacias-form.pdf>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. O Supremo Tribunal Federal e a anencefalia: uma reflexão sobre a legitimidade democrática do judiciário à luz de Rawls, Habermas e Nino. **Periódicos da Universidade Federal de Santa Catarina**, v.10, n.3, p.55-83, dez. 2001. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2011v10n3p55/21552>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **"Brançosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CENTRO DE INFORMAÇÕES DE ACERVOS DOS PRESIDENTES DA REPÚBLICA. **Apresentação**. Disponível em: <http://www.an.gov.br/crapp_site/default.asp>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the law**: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Michigan: UMI, 2005.

_____. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.58, p.25-36, 2013.

CHUEIRI, Vera Karan; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia-soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100009>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

_____. Constitucionalismo e democracia soberania e poder constituinte. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n.159, p.161, jan. 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada n.º 91. **Revista de Direito Fundamental da Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, n.9, p.45-66, jan./jun. 2009. Disponível em: <www.direito.fgv.br>. Acesso em: 17 nov. 2013.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COUSO, Javier. **Las Democracias Radicales y el "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano"**. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

CRONIN, Thomas E. **Direct democracy**: the politics of the initiative, referendum and recall. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

D'ARAUJO, Maria Celina Soares. **O Estado novo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press of University Press, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: DWORKIN, Ronald; GUTMAN, Amy, VALDÉS, Ernesto Garzón Y otros. **Democracia Deliberativa y Derecho Humanos**. Tradução de Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p.101-139.

FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting". **Marquette Law Review**, v.51, n.254, 1968. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El Pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana**: de la sujeción a la descolonización. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-dosite/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio da pragmática da comunicação normativa. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. Brasília: Conselho Editorial, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Roma: Laterza, 2009.

FLETCHER, George. P. Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.223-232.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho**, n.6, p.55-70, abr. 1997.

_____. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v.3, n.10, p.3-24, abr./jun. 2008.

_____. El nacimiento del constitucionalismo popular. In: **Teoría e Crítica del derecho constitucional**: Democracia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. Tomo I. p.249-265.

_____. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría da Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: La Ley, 2008. p.203-217.

_____. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente Al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v.14, p.1-31, Diciembre 2013.

_____. **La sala de máquinas de la Constitución dos siglos de constitucionalismo en américa latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

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. **Co-herencia**, v.8, n.14, Jan./June 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-58872011000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Justiça, democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p.4539-4553. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3466.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista da e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.1.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**: com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes. Inocêncio Mártires Coelho. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLMES, Stephen. El compromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução de Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Econômica, 1999. p.217-262.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____. **O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução**. Disponível em: <www.oquenosfazpensar.com>. Acesso em: 27 jan. 2012.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/>. Acesso em: 23 nov. 2012.

KRAMER, Larry D. The Supreme Court 2000 Term Forward: We the Court. **Harvard Law Review**, v.115, p.4-169, 2001.

_____. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Tradución de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LABARTHE, Philippe Lacoue; NÂNCY, Jean-Luc. **O mito nazista**: o espírito do nacional-socialismo e seu destino. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Iluminuras, 2002.

LIMA, Wesley de. Da evolução constitucional brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.11, n.49, jan. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4037>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍ, José Luis. Defesa da Concepção Epistêmica da Democracia Deliberativa: razões, correção e autonomia política igualitária. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v.13, n.20, p.15-58, jan./jun.2011.

MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010.

MEDICI, Alejandro. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. **Revista El Otro Derecho - Debates constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias**, n.48, p.19-62, 2013. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/1.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnold (Org.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGNOLO, Walter. **Historias locais, diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo**. Madrid: Akal, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo II e V.

MONCAYO, Héctor-Leon. Las nuevas constituciones en América Latina: algunas reflexiones de contexto. **Revista El Otro Derecho - Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias**, Bogotá, n.48, p.135-167, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NAGEL, Thomas. Los derechos personales y el espacio público. In: SLYE, Ronald C.; KOH, Harold Hongju (Orgs.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p.47-64.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. 2.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário a partir da independência, I império**. Brasília: STF, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **El constructivismo ético**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. **The Ethics of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

_____. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa Editorial, 1997.

ODIFREDDI, Piergiorgio. **Os paradoxos da democracia**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/piergiorgiodifreddi.pdf>>. Acesso: 15 ago. 2015.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PELAYO, Manuel García. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1985.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003. p.370-384.

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras: 1937**. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v.4.

PREUß, Ulrich K. Constitutional powermaking for the new polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.143-164.

_____. Os elementos normativos da soberania. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003. p.158-194.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

_____. **Political Liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1993.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional 2: del existencialismo popular a la verdad de la democracia.** Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.

RICHARDS, David A. J. Revolution and Constitutionalism in America. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives.** Durham and London: Duke University Press, 1994. p.85-143.

RICHARDSON, Henry S. Em defesa de uma democracia qualificada. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Direito e legitimidade.** Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p.174-194.

RODRIGUEZ, Marcela V.; RZONSCINSKY, Nadia (Col.) Igualdad, democracia y acciones positivas. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.), **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: Derechos.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. Tomo II. p.619-657.

ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives.** Durham and London: Duke University Press, 1994.

_____. **Just interpretations: law between ethics and politics.** Berkeley: University of California Press, 1998.

_____. **A identidade do sujeito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; HOFFMAM, Fernando; SALVADORI GRACIA, Thaís. Teoria dos precedentes à brasileira e a destemporalização da decisão jurídica. **Prisma Jurídico**, v.12, n.1, p.319-346, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93428124011>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

SAMPAY, Arturo. La legitimidad de la constitución. **Realidad Económica**, Buenos Aires, n.30, p.41-78, 1978.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo.** São Paulo: Ática, 1994. v.1.

SEITENFUS, Ricardo. **A entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial.** Porto Alegre: EDIPUC RS, 1994.

SHAPIRO, Ian. **La teoría de la democracia en el mundo real.** Tradução de Jorge Urdániz y Santiago Gallego. Madrid: Macial Pons, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa.** Tradução de Norma Azeredo. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O constitucionalismo brasileiro evolução institucional.** São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme à Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v.2, n.1, p.191-210, jan./jun. 2006.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n.250, p.197-227, 2009.

STOTZKY, Irwin P. Crear las condiciones para la democracia. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). **Democracia Deliberativa y Derechos humanos**. Barcelona: Gedisa, 2004. p.189-225.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.4, p.9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Confirmada liminar em ADI sobre emenda dos vereadores. **Notícias STF**, 11 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235715>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>>. Acesso em: 1.º mar. 2016.

_____. **Informativo STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo402.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v.14, dez. 2013. Disponível em: <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>. Acesso em: 20 fev. 2016.

VANOSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, , Rio de Janeiro, n.1, p.11-25, jan. 1983.

_____. **Recurso Extraordinario Federal**: Control de Constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1981. v.2.

VICIANO, Roberto Pastor; MARTÍNEZ, Rubén Dalmau. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. **Revista El Otro Derecho - Debates Constitucionales em nuestra América**, n.48, p.63-84, 2013. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

WILLIAMS, Bernard. En el comienzo era el acto. In: SLYE, Ronald C.; KOH, Harold Hongju (Orgs.). **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p.65-77.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. p.143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

Documentos jurídicos:

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución de la República del Ecuador. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Constituição de 1891. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 532, de 16 de abril de 1969. Dispõe sobre a fixação e o reajustamento de anuidades, taxas e demais contribuições do serviço educacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-532-16-abril-1969-374563-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Decreto n.º 95.921, de 14 de abril de 1988. Estabelece critérios para o reajuste das taxas e encargos escolares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D95921.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 3.927, de 19 de setembro de 2001. Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 16, de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BRASIL. Lei complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9.º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1.º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 fev. 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

BRASIL. Resolução n.º 93, de 1970. Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno**: atualizado até setembro de 2015 – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 513. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=513.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

Sites consultados:

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade>

<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>

<http://s.conjur.com.br/dl/carmen-lucia-uniao-homoafetiva.pdf>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3330922&tipoApp=RTF>