

PLURALISMO E DEMOCRACIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA ABSTRATO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Silvia Regina Pontes Lopes

Procuradora Federal; Mestranda em Direito Público
pela Universidade de Brasília)

1. Introdução; 2. “Evolução” do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil: do clássico modelo difuso à germanização da jurisdição constitucional; 3. “Quem deve ser o defensor da Constituição?": contornos históricos do problema à luz da tensão entre constitucionalismo, pluralismo e democracia; 4. Da construção da identidade do sujeito constitucional em sua sociedade pluralista: por um giro hermenêutico-procedimental de bases democráticas; 5. Democracia Agonista e a construção da identidade do sujeito constitucional; 5.1. Fundamentos epistemológicos do “Pluralismo Agonista”; 5.2. Teoria do Discurso em Laclau – Mouffe; 6. Princípio da subsidiariedade e jurisdição constitucional brasileira: uma proposta democrática; 7. Discricionariedade na jurisdição constitucional: uma análise dos modelos norte-americano e alemão; 8. Conclusão; 9. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira tem sido, sob os mais diversos prismas e enfoques teóricos, acirradamente discutida, notadamente em face do processo de ampliação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade vivenciado pelo Direito Constitucional Brasileiro. Tal processo teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, desafiando o tradicional modelo difuso de controle de constitucionalidade, estendeu o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem o estabelecimento de qualquer pressuposto de admissibilidade material, sendo possível a análise de qualquer matéria constitucional por via concentrada, respeitada a consolidada exigência pretoriana da pertinência temática.

O mencionado processo de abstração, ou, segundo a nomenclatura de alguns, “processo de germanização” do sistema híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil foi consolidado pela Emenda nº 3, de 17 de março de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, e pela recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que conferiu força normativa às súmulas do Supremo Tribunal Federal. Ante o quadro, percebe-se que a ampliação do modelo abstrato

de controle de constitucionalidade tem, assim, retirado a possibilidade de uma contínua e ativa participação dos sujeitos constitucionais na construção do sentido material da Constituição, intensificando a crise de legitimidade democrática na esfera da jurisdição constitucional brasileira.

Propõe-se, portanto, a analisar, no presente trabalho, a crise de legitimidade do modelo de controle de constitucionalidade do Brasil, no que se refere ao descrito “processo de germanização”. Tomar-se-á como marcos teóricos, para tanto, as observações formuladas por PETER HÄBERLE acerca da construção de uma hermenêutica constitucional de bases pluralistas, assim como a Teoria da Democracia Agonista formulada por CHANTAL MOUFFE, que propõe uma releitura do princípio democrático sob o prisma da moderna sociedade plural. Pretende-se, ao final, sugerir uma reformulação procedimental do modelo de controle de constitucionalidade na contramão das reformas ora vivenciadas, a fim de atender-se às exigências de criação de uma jurisdição constitucional de bases democráticas pluralistas.

2. “EVOLUÇÃO” DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: DO CLÁSSICO MODELO DIFUSO À GERMANIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No histórico das Constituições brasileiras, evidencia-se a opção eminentemente judicialista de controle de constitucionalidade¹. Com efeito, à exceção da Constituição Imperial de 1824, que conferia aos Poderes Legislativo e Moderador a função de guardião da Constituição², o controle de constitucionalidade, no Brasil, possui, tradicionalmente, bases judiciais, tendo sido introduzido, em sua clássica forma difusa, na Carta Republicana Política de 1891, cujo artigo 60 estabelecia caber aos juízes ou tribunais federais “processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”.

Embora a Constituinte de 1981 tenha chegado a discutir a possibilidade de introdução de uma representação interventiva (precursora da ação direta de inconstitucionalidade), foi apenas na Carta Política de 1934 que se positivou o mencionado instituto, também conhecido por “ação declaratória interventiva”, introduzindo-se, no sistema brasileiro, uma forma de controle de constitucionalidade *in abstracto*, mediante a qual se reconhecia ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais ou legais dos Estados, em face de provocação do Procurador-Geral da República, para fins de intervenção federal. Assim, as medidas interventivas apenas poderiam ser deflagradas após a declaração pelo Supremo Tribunal Federal de constitucionalidade da lei que dispusesse sobre a intervenção. Outrossim, no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, a Carta Política de 1934 inovou em dois aspectos: passou a exigir *quorum* mínimo de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público; e atribuiu competência ao Senado para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

¹ Expressão utilizada pelo Ministro GILMAR FERREIRA em palestra proferida no VI Congresso Brasiliense de Direito Constitucional (Constituição e Governabilidade), realizada em 16 e 17 de outubro de 2003, sob o título “STF, o controle de constitucionalidade e o equilíbrio de poderes”.

² O controle era da competência do *Poder Legislativo* (“Art. 15- É da atribuição da assembléia-geral: 9º – velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação”) e do *Poder Moderador*, por intermédio do qual estava a coordenação da atuação dos outros poderes para manter a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes, sendo chave de toda a organização política.

A Constituição de 1937, por sua vez, embora tenha preservado o modelo de controle de constitucionalidade híbrido instituído na Carta Política anterior, atribuiu aos Poder Legislativo a possibilidade de suspender por maioria de dois terços em cada uma das Câmaras, e mediante a provocação do Presidente da República, decisão do Supremo Tribunal Federal que tivesse declarado inconstitucional lei necessária ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”. Vedou, ademais, ao Poder Judiciário a possibilidade de conhecimento de questões “exclusivamente políticas”.

O fim da Era Vargas culminou com a promulgação da Carta Política de 1946 que trouxe inovações ao modelo de representação interventiva criado em 1934: assim, ao invés de decidir acerca da constitucionalidade da lei que deflagrava a intervenção, deveria o Supremo Tribunal Federal aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados “princípios sensíveis”, constituindo, para a doutrina e a jurisprudência da época, típico processo de controle abstrato de normas, embora configurasse, *a priori*, uma peculiar forma de composição de conflitos federativos.

Coube, porém, à Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, desvincular o sistema abstrato de jurisdição constitucional de seus fins interventivos, ao introduzir um modelo de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, destinado a auferir, mediante exclusiva provocação do Procurador-Geral da República, a constitucionalidade de leis e de atos normativos federais ou estaduais. O instituto tinha por escopo alcançar maior economia processual, reduzindo a carga de trabalho dos Tribunais inferiores, na medida em que a decisão do Supremo Tribunal Federal prestar-se-ia a orientar a jurisdição ordinária de casos semelhantes.

Analisando o quadro instaurado pela mencionada emenda à Constituição de 1946, observa GILMAR FERREIRA MENDES que “o controle abstrato de normas preenchia, nos modelos constitucionais de 1946, após a EC n. 16, de 1965, e de 1967/69, uma função supletiva e uma função corretiva do ‘modelo incidente’ ou ‘difuso’. Ele possibilitava a aferição direta da constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente por não se mostrarem aptas, em princípio, a ser submetidas, como questão preliminar, numa controvérsia concreta. O controle abstrato de normas desempenhava, também, uma função corretiva na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do STF, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria”³.

A Constituição de 1967, a seu turno, não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1946, após a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, podendo-se ressaltar a previsão constante na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, de a representação interventiva versar também sobre e *interpretação* de lei. Assim, evidencia-se que o modelo de controle de constitucionalidade desenvolvido até então não provocara uma alteração profunda do sistema híbrido, com notável predominância do controle incidental ou difuso, de jurisdição constitucional.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77.

A intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República foi, contudo, decisiva para a mudança deste quadro, culminando com a significativa ampliação pelo Constituinte de 1988 do direito de propositura da ação direta. A inovação – que teve, resalte-se, justificção democrática-, operou mudança substancial no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. A esse respeito, verifica, com precisão, GILMAR FERREIRA MENDES: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas. Assim, se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o STF”⁴.

Outrossim, a criação pela Constituição de 1988 da arguição de descumprimento de preceito fundamental também contribuiu para a ampliação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade, notadamente nos termos em que foi disciplinada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que conferiu legitimidade “ad causam” para a sua propositura aos mesmo legitimados a proporem a ação direta de constitucionalidade, além de conferir efeito vinculante às decisões proferidas em sua sede. Saliente-se que esta lei previu, igualmente, a vinculação do efeito das decisões definitivas e de apreciação de pedidos liminares (concessórias ou denegatórias) proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

O processo de germanização do controle de constitucionalidade, no Brasil, foi desenvolvido com as reformas constitucionais subseqüentes, notadamente com as Emendas nºs 3, de 17 de março de 1993, e 45, de 8 de dezembro de 2004. De fato, a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, assegurando a eficácia “erga omnes” e o efeito vinculante das decisões proferidas em sua sede.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, por sua vez, além de estender a eficácia “erga omnes” e o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, introduziu entre nós a *súmula de efeito vinculante*, que confere força normativa às orientações sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Sem prejuízo do que vier a ser

⁴ *Idem*, p. 80.

estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

3. “QUEM DEVE SER O DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO?”: CONTORNOS HISTÓRICOS DO PROBLEMA À LUZ DA TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO E DEMOCRACIA

Desde o surgimento do constitucionalismo tal como concebido hodiernamente, ou seja, como movimento nascido na metade do século XVII, formado por um conjunto de doutrinas que objetivam institucionalizar as noções de *limite* e de *garantia*, verifica-se que se acentua a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, notadamente em face de uma sociedade pluralista pós-moderna, composta por identidades sociais as mais variadas.

Numa perspectiva histórica, cumpre observar que as expressões “constituição democrática” ou “democracia constitucional” restaram inexploradas pelos teóricos iluministas do século XVII-XVIII: ROUSSEAU, considerado o teórico da “democracia” por excelência, explorou a noção de soberania popular, não adentrando, a fundo, no sentido da constituição, a qual se afigurava mais um instrumento de expressão da “vontade popular”, sendo, portanto, amplamente modificável segundo suas oscilações. Verifica-se, assim, que a democracia revolucionária assentava-se na idéia de “vontade do povo”, da qual a constituição seria simples produto. Afigura-se, dessa forma, notória a instabilidade jurídico-política de tal concepção ante a feição radical e pretensamente ultrademocrática da Revolução, que se arvorava do poder de revogar toda autoridade política, inclusive a instituída constitucionalmente, em nome da “vontade do povo”.

O constitucionalismo europeu pós-revolucionário objetivou combater os excessos da Revolução Francesa. Erigiu, para tanto, como ponto central de suas discussões a questão da *estabilidade da política*, desenvolvendo o conceito de “constituição estatal”. Coube a GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, em sua “*Die Verfassungs Deutschland*” (1799-1802), teorizar, pioneiramente, acerca da chamada “constituição estatal”, como uma resposta ao descentralismo do quadro político germânico, no qual as autoridades locais estariam, consuetudinariamente, autorizados a obter seu espaço próprio, sem limites rígidos e predefinidos. Defendia, assim, a adoção pela Alemanha de uma constituição estatal instituidora de um *princípio político comum* dotado de autoridade própria, com o escopo de evitar sua sucumbência política. Tal princípio possibilitaria a criação de um Estado forte, a quem competiria expressar, de maneira *unitária*, a vontade da nação alemã. A constituição estatal prestar-se-ia, portanto, a combater tanto os privilégios estamentários, quanto o individualismo burguês, na medida em que ambos, ao fundamentar a origem contratual (e, portanto, revogável) do Estado, destruiriam o *princípio da unidade política*. A “constituição estatal” assentou-se, dessa forma, sobre a noção de “soberania do Estado”, que torna inconcebível a soberania de qualquer sujeito político fora da constituição⁵. Neste contexto, torna-se evidente a submissão do princípio democrático à figura do Estado – único ente

⁵ FIORAVANTI, Maurizio. *Op. cit.*, p. 137 (tradução livre).

soberano – bem como a sujeição dos interesses individuais ao interesse coletivo corporificado na figura do Estado.

Na realidade, não apenas na Alemanha dos séculos XIX e XX se observa a oposição do constitucionalismo ao princípio democrático da soberania popular. Consoante acentuou RAIMOND CARRÉ DE MALBERG, a França recebeu forte influência da doutrina germânica do Estado de Direito⁶. Assim, passou-se, nos moldes da doutrina germânica, a considerar o Parlamento como mais um órgão do Estado regulado pela constituição estatal. Na Inglaterra, igualmente, reforçava-se a idéia de que o Parlamento não representaria a figura do “povo soberano”, mas sim uma *comunidade política*, historicamente legitimada pela prática constitucional.

Analisando o quadro, elucida MAURIZIO FIORAVANTI, com precisão, que “todo o direito público europeu da virada do século se afirma em oposição ao princípio democrático da soberania popular. Contra este princípio opera, sem dúvida, o modelo alemão do Estado soberano, do Estado de Direito, da constituição estatal, distinta em si das constituições políticas da revolução, posto carecer, deliberadamente, de uma origem voluntarista e constituinte, e tendente a reduzir todos os sujeitos públicos – compreendida a assembléia dos representantes do povo – à dimensão institucional, porém não política, própria dos poderes do Estado, dos órgãos do Estado. Mas também opera a outra grande idéia presente na Europa deste tempo, que é certamente a inglesa da soberania do parlamento. O parlamento inglês é qualificado de ‘soberano’ sobretudo por negar que ele ou sua lei derivem da lei constitucional querida pelo poder constituinte do povo soberano. Em suma, as constituições desse tempo podem ser estatais ou talvez parlamentárias, mas certamente não são *constituições democráticas*, porque todas excluem o proceder de um poder constituinte, o estar legitimadas pelo princípio democrático”⁷.

A Constituição de Weimar representou um início - embora amorfo e dúbio - de ruptura com os modelos de constituição parlamentar e estatal. É, assim, considerada a precursora das modernas constituições democráticas europeias, na medida em que, sob sua inspiração, as constituições não mais se limitariam a estabelecer regras de organização dos poderes estatais, reportando-se à lei para a garantia de direitos considerados fundamentais. Passaram, com efeito, a preocupar-se em criar instrumentos institucionais aptos a tutelar tais direitos, fazendo surgir, portanto, os contornos do *princípio da garantia constitucional*⁸ do qual decorre a preocupação com o estabelecimento de um “guardião da Constituição”.

A assistemática com a qual o princípio da supremacia constitucional foi tutelado pela Constituição de Weimar ensejou díspares interpretações acerca do sentido do princípio

⁶ Cf. MALBERG, Raimond Carré. Contribution à la théorie générale de l'État. Paris, 1922

⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución – De la Antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 147 (tradução livre).

⁸ O princípio da supremacia constitucional foi, na Constituição de Weimar, uma idéia debilmente afirmada, fazendo-se manifesta em termos imprecisos nos artigos 13.2 e 19.1 da Constituição de Weimar. Observa-se, todavia, que embora a Constituição do *Reich* não tenha estabelecido um modelo claro e sistemático de controle de constitucionalidade das leis, constituiu, no dizer de JELLINEK, uma “célula germinal” (*Keimzelle*) do modelo europeu de controle de constitucionalidade, na medida em que ofereceu um *modelo de controle abstrato e concentrado de normas*, e submeteu as relações *Reich-Länder* a uma *jurisdição de conflitos constitucionais*. Cf. VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 125.

da garantia constitucional, bem como do sujeito a quem caberia sua guarda. Neste contexto, surge, na Europa, clássico debate travado, na década de 30, entre CARL SCHMITT e HANS KELSEN a respeito de quem deveria desempenhar o papel de guardião da Constituição. Partindo de concepções diametralmente oposta acerca dos sentidos de “democracia” e de “constituição”, KELSEN e SCHMITT chegaram a conclusões díspares: enquanto SCHMITT defendia ser o Presidente do *Reich* o guardião mais adequado da Constituição, HANS KELSEN sustentava a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional a quem caberia, *com exclusividade*, a “guarda” da Constituição.

CARL SCHMITT elege como ponto de partida a teoria do *pouvoir neutre* formulada por BENJAMIN CONSTANT, um dos célebres ideólogos da monarquia constitucional. Para o cientista político alemão, constituiria o chefe de Estado um poder neutro, conquanto incorporaria a “unidade do povo e do Estado”. O povo, para SCHMITT, consistiria em um *coletivo unitário homogêneo*, que possuiria um *interesse coletivo unitário*, expresso numa *vontade coletiva unitária*. Tal vontade coletiva estaria acima de qualquer conflito de interesses e seria corporificada no Presidente do *Reich*, eleito pelo povo alemão.

Asseverava, portanto, a impropriedade de atribuir-se ao Parlamento a função de “guardião da Constituição”, na medida em que este seria o típico cenário do “*pluralismo*”, isto é, do conflito de interesses e da desagregação político partidária, que não expressariam a verdadeira *vontade do Estado*. A defesa da Constituição tampouco caberia aos juízes, porquanto os detentores do poder político poderiam influenciar a nomeação dos magistrados, comprometendo a neutralidade exigida para o desempenho da função de “guardião da Constituição”.

SCHMITT confere à sua teoria política contornos dogmáticos, ao sustentar que, segundo a então vigente Constituição de Weimar, o Presidente do *Reich* seria o único guardião da Constituição. Com efeito, a “unidade homogênea, indivisível, de todo o povo alemão”, invocada pelo preâmbulo daquela Constituição, era tida por SCHMITT como uma *realidade social*, e não um mero postulado ético-teórico. Sobre tal realidade fática, dogmaticamente reconhecida e protegida, fundamentou, assim, a tese de que caberia ao Presidente do *Reich* - personificação da unidade do povo alemão e verdadeiro poder neutro - a guarda da Constituição.

A teoria política de CARL SCHMITT foi veementemente criticada por HANS KELSEN, para quem as idéias de “neutralidade do Chefe de Estado” e de “unidade do povo” prestar-se-iam a mascarar o efetivo e real conflito de interesses sociais. Dessa forma, sustenta o mestre vienense que a suposta “neutralidade do Chefe de Estado”, escolhido pela vontade popular acoberta, uma dupla ficção. Primeiramente, inexistente uma harmonia de vontades apta a constituir um interesse objetivo do Estado, porquanto “mesmo um plebiscito popular – provocado pelo chefe de Estado – exprime, na melhor das hipóteses, a vontade de uma maioria, que é apresentada como a *vontade geral do povo*, a típica ficção democrática”⁹. Ademais, não se deve desconsiderar o fato de que a eleição do chefe de Estado se opera sob intensas pressões de ações político-partidárias, comprometendo, inquestionavelmente, sua independência.

⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282.

Assim, sustenta o jurista austríaco que “representar a unidade do Estado de um modo visível exteriormente é sem dúvida a função que o Chefe de Estado, segundo todas as Constituições que instituem um órgão tal, deve cumprir”¹⁰, porém “significa tomar ideologia por realidade quando se vê – como faz Schmitt com relação à doutrina da monarquia constitucional – na instituição do chefe de Estado não simplesmente o símbolo de uma unidade do Estado postulada no plano ético-político, mas sim o produto ou o produtor de uma dada unidade real, no sentido de uma efetiva solidariedade de interesses”¹¹. Dessa forma, os pressupostos da doutrina schmittiana são, para Kelsen, jusnaturalistas e subjugam o conhecimento jurídico-científico à política.

Com efeito, embora se aproxime de Schmitt, ao defender a necessidade de independência (ou “neutralidade”) do órgão “guardião da Constituição”, sustenta a inconveniência de atribuir-se quer ao Parlamento, quer ao chefe do Executivo, como pretendeu Schmitt, a função de guardião da Constituição, na medida em que, dividindo a Constituição o poder em basicamente dois pólos – Parlamento e Governo -, nos quais há um antagonismo contínuo, o perigo de uma violação constitucional residiria exatamente nestes órgãos, isto é, na possibilidade de ultrapassarem os limites de poder que lhes são constitucionalmente atribuídos. Logo, apóia sua teoria da jurisdição constitucional no pressuposto de que “uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo”¹². Essa terceira instância seria um Tribunal Constitucional, composto, preferencialmente, por juristas, que exerceria a função de “legislador negativo”.

Nesse contexto, observa-se que, apesar das díspares conclusões, vislumbra-se um ponto em comum entre Kelsen e Schmitt: ambos os autores objetivam imunizar as questões constitucionais dos “malefícios” de decisões plurais, a fim de preservar a segurança jurídica e a unidade da constituição, não atingindo bases teóricas satisfatórias para a superação da tensão existente, na esfera da jurisdição constitucional, entre constitucionalismo e democracia numa sociedade pluralista.

4. DA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL EM SUA SOCIEDADE PLURALISTA: POR UM GIRO HERMENÊUTICO-PROCEDIMENTAL DE BASES DEMOCRÁTICAS

As discussões travadas a partir das considerações de Hans Kelsen e Carl Schmitt, que inauguram a busca por um “guardião” da Constituição “adequado”, têm recebido, hodiernamente, novos contornos, a partir das considerações de Peter Häberle, no sentido de que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. Propôs o jurista uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, vinculando-se ao modelo de uma sociedade fechada, desconsiderou o fato de que “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”¹³.

¹⁰ *Idem*, p. 281.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² *Idem*, p. 275.

¹³ Häberle, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 15.

Traçou, portanto, contornos doutrinários importantes para a criação de uma teoria hermenêutica e procedimental constitucional de bases *democráticas*, em que a *sociedade* seria fonte legitimadora do *poder* na interpretação constitucional.

A tese, extremamente atual e instigante, estimula uma revisão do direito processual constitucional à luz do princípio democrático inserido no contexto de uma sociedade complexa. Com efeito, consoante observa o jusfilósofo alemão, os sujeitos constitucionais são, fática e legitimamente, intérpretes da Constituição, porquanto “*wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch mit*”. Assim, embora seja importante a interpretação constitucional realizada pelos juízes, outros atores sociais e estatais, tais como o Parlamento, a opinião pública, os grupos sociais e os próprios cidadãos, realizam interpretação *construtiva* do significado da constituição.

Atenta HÄBERLE que as clássicas teorias de Hermenêutica Constitucional apenas se ocupam com as questões dos objetivos da interpretação constitucional e com os seus métodos, negligenciando um terceiro aspecto de peculiar importância para a conjugação de uma teoria constitucional com uma teoria democrática, a saber: o problema dos participantes da interpretação. Propõe, assim, a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos não sendo possível estabelecer-se um elenco *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹⁴.

Ao conferir um sentido amplo ao conceito de interpretação, quer-se enfatizar o papel *construtivo* da exegese fornecida (consciente ou inconscientemente) por aqueles que *vivem* a constituição. Nesse sentido, constata-se que “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”¹⁵. Assim, tanto o processo de formação, quanto o processo de desenvolvimento da norma devem revelar-se pluralistas. A hipótese pode ser exemplificada na seara das garantias dos direitos fundamentais, na medida em que, neste âmbito, o significado das respectivas normas deve ser preenchido através da forma com a qual seus destinatários exercem tais direitos.

A esse respeito, observa-se que a interpretação, uma vez que se afigura elemento objetivo a ser necessariamente considerado pelos juízes no seu mister de fornecer a última palavra sobre a exegese constitucional. Assim, a *realidade constitucional* desenvolvida na esfera pública pluralista fornece material para uma interpretação constitucional, constituindo, ao lado do objetivo e do método hermenêuticos, fator de essencial importância para a exegese estatal. Dessa forma, “a conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”¹⁶. A *vinculação social da jurisdição constitucional* é, assim, acentuada, na medida em que a prática constitucional, na condição de elemento hermenêutico objetivo, obstaculiza o livre arbítrio da interpretação judicial, ao constituir, no dizer de LAUTMANN, verdadeira *decisão sociológica*¹⁷.

¹⁴ *Idem*, p. 13.

¹⁵ *Idem*, p. 15.

¹⁶ *Idem*, p. 24.

¹⁷ LAUTMANN. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. v. I, 1970, p. 383 ss.

Ressalte-se o caráter democrático de tal abordagem, na medida em que, a partir da interação social de um “eu” e de um “outro”, propicia a construção da identidade constitucional (“nós”), que não se confunde com outras identidades sociais, como as culturais, as nacionais, as éticas, dentre outras. Nessa perspectiva, reside a própria razão de ser do constitucionalismo, na medida em que, consoante observa MICHEL ROSENFELD, “o constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo (...) seria supérfluo”¹⁸.

5. DEMOCRACIA AGONISTA E A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

5.1. Fundamentos Epistemológicos do “Pluralismo Agonista”

O pluralismo inerente às sociedade moderna estimula uma reformulação das leituras tradicionais do princípio democrático que se fundamenta na crença acerca da possibilidade de alcance de um consenso de base racional. Neste contexto, surge a teoria do “pluralismo agonista” (ou “democracia agonista”), desenvolvida pela cientista política francesa CHANTAL MOUFFE, que, realizando profunda crítica às concepções democráticas deliberativas, propõe uma releitura do princípio democrático à luz dos pressupostos do *pluralismo social*, em que as identidades não são dadas, mas construídas discursivamente, e do *caráter irredutível das contradições*.

Nessa perspectiva, CHANTAL MOUFFE considera que “se nós aceitarmos que as relações de poder são constitutivas do social, a principal questão já não seria como eliminar o poder, e sim como construir *formas de poder que sejam compatíveis com os valores democráticos*”¹⁹.

A noção de *conflito* assume, portanto, uma importância central para o desenvolvimento da teoria da democracia agonista, na medida em que se contrapõe à tradicional concepção de que a democracia fundamentar-se-ia no *racionalismo* e na busca pelo *consenso* expressos em categorias universais. Assim, enquanto numa perspectiva liberal, o conflito é concebido como expressão do *antagonismo*, devendo ser eliminado, numa visão pluralista, é encarado como *agonismo*, ou seja, como enfrentamento entre *adversários*, que se reconhecem mutuamente, e não entre *inimigos*, que pretendem eliminar-se.

Consoante ressalta MOUFFE, “não se trata de um acordo definitivo sobre princípios de justiça que permitem assegurar a defesa das instituições democráticas. O consenso sobre os direitos do homem e acerca dos princípios de igualdade e de liberdade é necessário, mas não se pode separar de uma confrontação sobre a interpretação desses princípios. Há muitas interpretações possíveis e nenhuma delas pode apresentar-se como a única correta. Precisamente, a confrontação sobre as diferentes significações que se há de atribuir aos

¹⁸ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

¹⁹ MOUFFE, Chantal. “*Globalização e Cidadania Democrática*”. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 19.

princípios democráticos e às suas instituições é o que constitui o elemento central do combate político entre adversários”²⁰. Conclui, assim, que “a idéia de uma sociedade democrática não pode ser o de uma sociedade que haja realizado o sonho de uma harmonia perfeita nas relações sociais. A democracia só pode existir quando nenhum agente social está em condições de aparecer como dono do fundamento da sociedade e representante da totalidade”²¹.

CHANTAL MOUFFE submete o conceito de democracia à antinomia “*universalismo* versus *contextualismo*”, resolvendo-a a favor do contextualismo, ao partir do pressuposto de que cada forma de vida tem somente um contexto e não há contextos comuns. Esta dicotomia encontra-se imbricada com as noções de *consenso* versus *conflito*. A democracia pluralista demanda um certo consenso, mas este deve referir-se apenas a alguns princípios ético-políticos. Assim, posto que tais princípios ético-políticos podem existir somente através de diferentes e conflitantes interpretações, tal consenso está fadado a formar um “consenso conflituoso”. Dessa forma, a democracia pluralista necessita criar espaço para o dissenso e criar instituições através das quais este possa se manifestar.

Não se deve considerar que a premissa sobre a qual se assenta a Teoria da Democracia Agonista (tratamento do outro como adversário e não como inimigo) nega o caráter exclusivista do poder. Numa perspectiva agonista, todo consenso existe como resultado de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder e que ele sempre implica alguma forma de exclusão. Esta visão se contrapõe à do modelo dominante, que postula a existência de uma esfera pública na qual o poder e o antagonismo teriam sido eliminados e na qual um consenso racional teria sido obtido. Dessa forma, a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo através da imposição de uma ordem autoritária, ocupando-se sempre da criação de um “nós” através da determinação de um “eles”.

Nessa perspectiva, a democracia não é considerada como uma conquista de caráter definitivo dentre de um quadro de evolução moral da humanidade. Ao contrário, deve-se atentar para a incerteza e fragilidade da democracia no sentido de não ser algo definitivamente adquirido. Trata-se, portanto, de uma conquista que se há de defender constantemente.

Dessarte, propõe que “ao modelo de inspiração kantiana da democracia moderna deve-se opor outro que não tende à harmonia e à reconciliação, mas sim que reconhece o papel constitutivo da divisão e do conflito. Essa classe de sociedade rechaça todo discurso que tende a impor um modelo que aponte à univocidade da discussão democrática. Nesta perspectiva, a crença em uma possível resolução definitiva do conflito é o que põe a democracia em perigo: portanto, a democracia não só está em perigo quando há um *déficit* de consenso sobre suas instituições e de adesão aos valores que representa, mas também quando sua dinâmica agonista se vê obstaculizada por um consenso aparentemente sem resquício, que muito facilmente se transforma totalitarismo”²².

²⁰ MOUFFE, Chantal. “*La nueva lucha por el poder*”, pp. 2-3.

²¹ *Idem*, p. 3.

²² *Idem*, p. 4.

Neste contexto, ressalta-se que “a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo através da imposição de uma ordem autoritária”²³. Tal pressupõe, que “o ‘outro’ não mais seja visto como um inimigo a ser destruído, mas como um adversário, isto é, alguém cujas idéias nós questionamos, mas cujo direito em defender tais idéias não é colocado em questão”²⁴.

Sob tal prisma, criam-se as bases teóricas necessárias para a construção de uma jurisdição constitucional de fundamentação democrática, na qual é possível desenvolver a determinação sempre parcial da identidade constitucional, que se encontra em infundável confronto, com as mais várias identidades sociais (econômicas, éticas, religiosas, dentre outras)²⁵.

5.2. Teoria do Discurso em LACLAU – MOUFFE

A Teoria da Democracia Agonista fundamenta-se no postulado da irreducibilidade das contradições, que se assenta, por sua vez, nas noções de “antagonismo” e “agonismo” desenvolvidas no contexto de uma teoria do discurso, proposta por ERNESTO LACLAU e CHANTAL MOUFFE, a partir da clássica “*Hegemony and Socialist Strategy – Towards a Radical Democratic Politics*”, publicada em 1985.

O antagonismo, na referida teoria do discurso, é um conceito relacional entre dois dados elementos - A e B, que não podem coexistir no mesmo sistema sem o tornar incoerente e, portanto, impossível. A relação antagônica guarda em si, portanto, um paradoxo, a saber: o da *impossibilidade* e o da *complementaridade*. No plano da impossibilidade, não há universais mínimos de convivência entre elementos antagônicos, conquanto os sentidos de A são radicalmente negados por B. Por outro lado, a complementaridade entre os elementos baseia-se precisamente em sua negação recíproca, posto que ambos somente são, na medida em que o outro se faz presente. Dessa forma, verifica-se que as presenças de A e B são as condições mesmas da possibilidade de ambos os elementos antagônicos, concluindo -se ser o antagonismo, simultaneamente, a condição de possibilidade e de impossibilidade de uma formação discursiva.

Observa-se que a noção de antagonismo assume posição central na Teoria do Discurso ora elucidada, porquanto se mostra o limite da objetividade de um sistema discursivo. Para melhor entender a assertiva, faz-se mister esclarecer a estrutura do discurso formulada no âmbito da mencionada teoria, Nesta, diferencia-se a *articulação*, o *momento* e o *elemento*. Um discurso consiste na prática articulatória de “elementos” que, ao integrarem o discurso, passam a ser chamados de momentos. Os elemento são, por sua vez, qualquer diferença que não esteja discursivamente articulada. A produção de sentido ocorre a partir da articulação de momentos no interior de um sistema discursivo.

A prática discursiva caracteriza-se pela *precariedade*, conquanto o seu sentido tende a ser alterado ao relacionar-se com os demais discursos presentes no campo da

²³ LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics**. London, 1985, p. 68.

²⁴ MOUFFE, Chantal. “*Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*”. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994, p. 112.

²⁵ ROSENFELD, Michel. *Op. Cit.*, p. 20-21.

discursividade, (espaço no qual os discursos disputam sentidos hegemônicos). É, outrossim, *contingente*, uma vez que não é previsível a produção de determinado sentido no espaço social e *limitada* pelo seu *corte antagônico*, ou seja, pelo discurso que se lhe opõe. Em razão das referidas características, a pretensão de *universalização* do discurso resta impossibilitada, na medida em que, consoante observado, o antagonismo configura-se o limite de toda objetividade, por impedir a constituição completa de sentido.

A importância de uma Teoria do Discurso para a construção da Teoria da Democracia Agonista reside no fato de que o discurso, segundo a teoria de MOUFFE e LACLAU, afigura-se a única possibilidade de significação. Assim, em face da contingencialidade, precariedade e limitação das práticas discursiva, mostram-se ontologicamente impossíveis as tentativas de fechamento completo de sentidos sociais, fruto de uma busca racionalista por uma verdade indiscutível e transparente.

Conceitos como os de “objetivação” e “objetividade”, insertos numa tradição filosófica de raízes iluministas que considera a possibilidade de se alcançar uma verdade completamente transparente sobre todas as coisas mostram-se, nesta perspectiva, superados, na medida em que toda verdade é discursivamente construída, albergando sentido e legitimação históricos, precários e contingentes.

Neste contexto, insere-se o projeto político defendido por CHANTAL MOUFFE, a saber: a transformação de relações antagônicas em agônicas e a superação da relação entre inimigos (antagonismo) para uma relação entre adversários (agonismo). A diferença entre ambas residiria na legitimidade da existência do discurso concorrente. Aflora, portanto, no agonismo, a questão da legitimidade do discurso, de sorte que, contrariamente ao antagonismo, o *outro* não é visto como um *inimigo* a ser destruído, mas sim como um *adversário* cujo direito de se manifestar é indiscutível.

Assim, enquanto na esfera de relações antagônicas, não há medida comum entre interior e exterior, no agonismo, apesar da disputa entre diferentes formações discursivas, existe uma medida comum entre elas, um universal social mínimo, que é o reconhecimento da legitimidade da existência do discurso concorrente. Na relação agônica, ademais, a categoria de inimigo é substituída pela categoria de adversário, uma vez que o espaço comum entre adversários reside justamente na aceitação da disputa política em um espaço discursivo democrático pluralista.

Observe-se que o cerne da Teoria do Discurso é a idéia de que os sentidos são sempre abertos e incompletos, afastando-se qualquer possibilidade interpretativa de que uma operação discursiva seja uma operação mental. LACLAU e MOUFFE argumentam que um discurso possui um caráter material e não mental, de forma que uma usual dicotomia entre “*discurso versus prática*”, sendo o primeiro mental e a segunda material é aqui terminantemente refutada. Portanto, não se põe em prática um determinado discurso, uma vez que toda prática e sua correspondente materialidade, já são, em si, discursos. Um discurso é, dessa forma, uma *prática social significativa*, ligando palavras e ações, formando assim uma totalidade significativa.

Introduzindo a questão para a seara da hermenêutica constitucional, verifica-se que, como a prática discursiva é precária e contingente, o debate judiciário deve, como regra

geral, firmar-se neste pressuposto, assegurando a discussão livre das divergências hermenêuticas, com ampla participação dos jurisdicionados, aptos a expor suas conclusões exegéticas à luz do caso concreto, desvencilhando-se de soluções universais pré-definidas. Acentue-se, assim, que a própria natureza do discurso (abertura, precariedade e contingência) denota que o fechamento das discussões constitucionais deve ser uma exceção à regra da reabertura e rediscussões, por quanto não se vislumbra o meio pelo qual todas as consequências das decisões constitucionais podem ser predefinidas, nem tampouco como acerca da possibilidade do exaurimento de todos os argumentos que aptos a adentrar na lógica do discurso.

Outrossim, a questão se coloca, no plano prático da seguinte maneira: numa lógica racional-democrática, a legitimidade de decisões se auferem através da elaboração de consensos. Numa lógica agonista, porém, todo consenso é, em si mesmo, precário e conflituoso, situando-se a legitimidade das decisões no espaço para o conflito, para a prática discursiva agonista, em que o outro não é visto como uma ameaça, mas sim como condição da legitimidade do próprio discurso dominante. Assim, a democracia não se atinge com consensos, mas sim com um mínimo de consenso que viabiliza a institucionalização do conflito. Não se nega que os conflitos devem ser dirimidos: a solução, porém, é provisoriamente hegemônica, no sentido de assegurar-se espaço para retomar-se discussões. As decisões são, portanto, atos de poder que se legitimam através de práticas discursivas agonistas.

6. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA PROPOSTA DEMOCRÁTICA

Evidencia-se a pertinência das ponderações acima retratadas para uma análise do modelo brasileiro de jurisdição constitucional brasileiro, que vivencia significativas inovações em matéria de controle de constitucionalidade empreendidas de um processo de abstração do sistema de controle judicial misto (concreto e difuso) de constitucionalidade. Consoante observado, tais inovações manifestam-se na ampliação de instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, a saber: a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), fruto da Emenda Constitucional nº 3, de 1º de março de 1993, assim como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Ressalte-se, igualmente, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 que previu a vinculação do efeito das decisões *definitivas* e *de apreciação de pedidos liminares* (concessórias ou denegatórias) proferidas em sede de ADI e ADC. Outrossim, alie-se a implementação da *súmula de efeito vinculante* pela chamada “Reforma do Poder Judiciário” concretizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 ²⁶.

Acerca das implicações trazidas por tais medidas, destaque-se, a propósito, o pronunciamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal SEPÚLVEDA PERTENCE que se trata de “um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro - não, apenas como nota Cappelletti, de aproximar o controle

²⁶ Nesse ponto, ressalte-se que a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, ao alterar o art. 557 do Código de Processo Civil, mostrou-se precursora do efeito vinculante ora analisado, por outorgar poderes ao relator de negar seguimento a recurso em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou dar-lhe provimento, se interposto contra decisão em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante daquele mesmo Tribunal.

difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo – mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade de suas características. Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa”²⁷.

Por outro lado, observa-se que o Ministro CELSO DE MELLO revelou à comissão especial da Reforma do Poder Judiciário, em 4 de maio de 1999, que o julgamento da ADC nº 4 acarretou um excessivo aumento do número de reclamações dirigidas ao Tribunal contra decisões de órgãos inferiores que se negaram a seguir o STF. Naquela ocasião, argumentou que “o efeito vinculante gerou uma consequência diametralmente oposta àquela que se pretendia. (...) Houve, na verdade, a triplicação do número de reclamações ao Tribunal por alegado desrespeito precisamente à autoridade da decisão do Tribunal, que se revestia do efeito vinculante, autorizado pela Emenda Constitucional nº 3”²⁸.

Dessarte, verifica-se, no Brasil, a ocorrência de uma *hipertrofia* do modelo concentrado-abstrato de constitucionalidade frente ao tradicional modelo difuso, provocando uma *tensão* entre ambos os sistemas de duvidosa legitimidade democrática, na medida em que restringe a apreciação judicial da exegese constitucional formulada pelos jurisdicionados, apta a influenciar a decisão proferida.

O problema leva-nos à introdução do PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE em sede de jurisdição constitucional. Fundamenta-se o preceito na idéia de que “no âmbito de uma estrutura político-social, as decisões sejam tomadas nas camadas mais baixas possíveis, devendo-se transferir para os agrupamentos maiores e hierarquicamente superiores apenas e tão-somente aquilo que as unidades inferiores não puderem desempenhar a contento”²⁹. No Brasil, encontra o princípio guardado em diversas áreas do saber jurídico, tais como no Direito Administrativo e no Direito Econômico, ao preconizar a *descentralização das esferas de tomada de decisão*, com a assunção pelo Estado de um papel de *coordenador da sociedade*³⁰.

Em matéria de controle judicial da constitucionalidade, o Princípio da Subsidiariedade traduz-se na idéia de que “se é da essência do Estado-Juiz emitir decisões em situações conflituosas levadas a seu crivo, melhor que o faça pelos seus órgãos inferiores, posto que mais próximos estão da população, razão fundante do sistema representativo”³¹.

Deve-se ressaltar que a lógica da subsidiariedade é *biunívoca*³², porquanto sempre que uma competência for melhor desempenhada nos andares superiores do edifício institucional,

²⁷ Ação Declaratória de Constitucionalidade. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. DF: questão de ordem. Brasília, n. 1, p. 371-410, v. 157, ago. 1996, p. 389. Voto proferido no exame da questão de ordem suscitada em sede da ADC nº 1-DF.

²⁸ ARANTES, Rogério Bastos. *Jurisdição política constitucional*. In: SADEK, Maria Tereza(org.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, pp. 48-49.

²⁹ MACIEL, Omar Serva. **Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 28. O autor assinala haver, na Carta Magna brasileira, vários dispositivos que se afinam com a idéia de subsidiariedade, tais como os arts. 23; 197; 198, inc. III; 205; 206, inc. VI; 225; 227, § 1º.

³⁰ TORRES, Sílvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 148.

³¹ MACIEL, Omar Serva. *Op. cit.*, p. 160.

inexistirá justificativa para que os órgãos inferiores sejam convocados a fazê-lo. Assim, não se presta o princípio em tela a desmerecer o controle abstrato de constitucionalidade: a este caberia a resolução de controvérsias constitucionais que, por razões imperiosas de *segurança jurídica* e *isonomia*, demandariam tratamento uniforme, tais como *questões federativas*, ou acerca de *direitos individuais homogêneos*.

Verifica-se, portanto, que o Princípio da Subsidiariedade tem por fundamento a elaboração de um modelo de controle judicial de constitucionalidade efetivamente *participativo*, no qual os destinatários da Constituição, formadores de uma *sociedade plural*, possam construir, dialeticamente, o significado das normas constitucionais, num contexto que possibilita a reinterpretção e reconstrução da identidade constitucional. Assim, “precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis”³³.

Sua introdução na seara da jurisdição constitucional é, portanto, de sua importância, para a construção de um Estado Democrático de Direito que demanda um Direito *participativo, pluralista e aberto*, no qual, consoante acentua MENELICK DE CARVALHO NETTO, requer-se do Poder Judiciário tomada de decisões que “satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”³⁴.

7. DISCRICIONARIEDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS MODELOS NORTE-AMERICANO E ALEMÃO

O princípio da subsidiariedade incidente na jurisdição constitucional reporta à exigência de que apenas questões constitucionais de maior repercussão sejam apreciadas pela Corte Constitucional. Tal concepção não é estranha ao direito comparado. Com efeito, na jurisdição norte-americana, há duas formas de a Suprema Corte exercer sua jurisdição recursal: pelo *writ of certiorari* ou pelo *appeal*. A admissão do *writ of certiorari* é discricionária: a ação será conhecida quando, a critério da Corte Suprema, houver “importantes e especiais razões” (Rule n. 10). Igualmente, estabelece a Rule n. 10 (c) o seu cabimento quando “uma corte estadual ou uma corte federal tiver decidido uma importante questão de direito federal que ainda não foi, mas deverá ser, decidida por essa Corte, ou decidiu uma importante questão federal de uma forma que entre em conflito com decisões relevantes da Corte Suprema”.

Dessa forma, a restritividade da medida ampara-se na circunstância de que a Corte não pode dedicar-se a assuntos considerados menores na escala nacional. O maior propósito da petição é, portanto, demonstrar que o caso é digno de *certiorari* – que tem ele

³² Ressaltando o caráter biunívoco do preceito, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO consigna tratar-se de um *princípio de repartição de competências*. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 93-94.

³³ ROSENFELD, Michel. *Op cit.*, pp. 18-19.

³⁴ NETTO, Menelick de Carvalho. “Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. Revista de Direito Comparado, maio/1999, p. 482.

um significado geral suficiente, e não simples importância para as partes do caso, para garantir uma revisão.

Atente-se, ademais, para o fato de que, no direito norte-americano, a anterior declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal é, habitualmente, considerada como um elemento seguro para obter-se a medida em questão. Nada obstante, pode haver a denegação do *certiorari*, mesmo em face de questões constitucionais de certa importância, se o tema não apresentar a suficiente maturidade. Assim, consoante defende o justice FRANKFURTER, “um caso pode alcançar uma questão importante, mas os autos podem estar nebulosos. É desejável ter diferentes aspectos de um desenvolvimento mais profundo pelas cortes inferiores. O julgamento sábio tem seu próprio momento de ocorrer”. Dessa forma, insere-se na esfera de discricionariedade da Corte Suprema a apreciação do momento adequado para a realização do julgamento.

Outro traço de relevância diz respeito à possibilidade de apresentação desta sem haver ainda a decisão definitiva da causa, ou seja, o chamado “*certiorari before judgement*”. Está admitido expressamente pelas “Rules of the Supreme Court of the United States” (Rule n. 11): “Uma petição por um *writ of certiorari* para rever um caso pendente em uma corte de apelação dos Estados Unidos, antes de seu julgamento, é concedida naquela corte apenas demonstrando que o caso é de tamanha importância pública ou justifica o desvio da prática normal de apelação e requer imediato ajustamento nesta corte”. Assim, observam JAMES LINDGREN e WILLIAM MARSHAL que a existência de uma jurisdição discricionária está baseada na crença de que a Corte é uma instância excepcional, reservada para os casos de grande importância.

No direito germânico, por sua vez, verifica-se a previsão na Constituição Tedesca da competência do Tribunal Constitucional Federal para “decidir sobre recursos constitucionais interpostos por cidadãos com base em violação pelo Poder Público dos seus *direitos fundamentais* ou dos direitos especificados nos artigos 20, n. 4, 33, 38, 101, 103 e 104”. Daí haver a Lei do Tribunal Constitucional Alemão disposto o mesmo em seu § 90. Trata-se da *Verfassungsbeschwerde* ou reclamação constitucional, medida de defesa, que permite uma garantia concreta aos direitos fundamentais. Neste caso, é possível atacar diretamente até mesmo a lei, tratando-se de uma fiscalização concreta por via de ação direta. Contudo, o recurso constitucional só é admitido para conhecimento e julgamento “na medida em que lhe cabe *significado fundamental jurídico-constitucional*” (§93^a, 2, a), relativamente aos direitos indicados. Na apreciação dessa chamada “*relevância constitucional fundamental*”, a Corte exerce uma ampla margem de discricionariedade, que já tem considerado admissível o recurso e, pois, a relevância, quando existente um interesse geral na resolução, seja pelo número considerável de litígios similares pendentes, seja por proporcionar um precedente para os casos futuros.

8. CONCLUSÃO

Observa-se que a Teoria da Democracia Agonista questiona a legitimidade de um processo de controle de constitucionalidade que tende a fechar discursivamente as questões constitucionais, impondo soluções de caráter universal, vinculante e com pretensões de definitividade acerca da constitucionalidade das leis. A possibilidade do dissenso afigura-se, assim, condição para a democracia, devendo ter as soluções aos conflitos caráter provisório

(hegemonia provisória do discurso), no sentido de ser suscetível a mudanças e a rediscussões ante o caso concreto. O processo de abstração por que vem passando o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil está na contramão do agonismo, conquanto tende a fechar definitivamente as discussões constitucionais.

A crítica demanda, necessariamente, a formulação de uma proposta de modelo misto que otimize as expectativas democráticas, possibilitando ampla e constante participação dos jurisdicionados na exegese constitucional. É neste contexto que se insere o princípio da subsidiariedade, princípio de distribuição de competências, consoante o qual se deve priorizar, na tomada de decisões, órgãos públicos situados na pirâmide da organização estatal, na medida em que estão mais próximos dos argumentos fáticos e jurídicos expostos pelas partes interessadas, à luz do caso concreto.

A esse respeito, ressaltem-se as grandes “vantagens”, numa perspectiva democrática, do modelo difuso de controle de constitucionalidades, quais sejam: ampla participação dos jurisdicionados e não fechamento das questões constitucionais, não se conferindo ao Poder Judiciário uma presunção de onipotência negada ao próprio Poder Legislativo, cujas decisões normativas (leis) são comumente tidas por lacunosas e deficientes, demandando, ante o caso concreto, ajustamentos.

A aplicação da teoria da democracia agonista conjugada ao princípio da subsidiariedade implicaria a priorização dos órgãos de primeira e segunda instâncias na realização do controle de constitucionalidade. A atuação do Supremo Tribunal Federal seria subsidiária, limitando-se à análise de questões constitucionais de maior envergadura, tal como ocorre, no modelo americano, com o *writ of certiorari*, e na *Verfassungsbeschwerde* alemã.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. **We the people foundations**. Cambridge: Harvard University, 1991.
- ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade (no rastro do pensamento de Hannah Arendt)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ARANTES, Rogério Bastos. “*Jurisdição política constitucional*”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- BACHOF, Otto. **Jueces y constitución**. Trad. Cano Rodrigo Bercovitz Rodríguez. Madrid: Civitas, 1985.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law – The theory & practice of Weimar Constitutionalism**. London: Duke University Press, 1997.
- CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria**. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa e a quem?** Porto Alegre: Síntese, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución – De la Antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meure. Petrópolis: Vozes, 1999
- GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. New Jersey: Princeton University, 1996.
- HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho**. 2. ed. Madrid: 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Quien debe ser el defensor de la constitución?** Trad. Roberto J. Brie. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

KIRCHHOF, Paul. “*Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios*”. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: a. 17, n. 49, enero-abril, 1997, pp. 9-33.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2. ed. Durham and London: Duke University, 1997.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics**. London, 1985.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

MALBERG, Raimond Carré. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris, 1922

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Moreira Alves e controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MOUFFE, Chantal. “*Globalização e Cidadania Democrática*”. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001, pp. 17-25.

_____. “*Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*”. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 2, jul./dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? (a questão fundamental da democracia)**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NETTO, Menelick de Carvalho. “*Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*”. **Revista de Direito Comparado**, maio/1999, pp. 473-486.

_____. “*Controle de Constitucionalidade e Democracia*”. In: MAUES, Antônio G. Moreira (org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 215-232.

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

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional (fundamentos de la democracia constitucional)*. Madrid: Tecnos, 1998.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University, 1999.

TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.