

INTRODUÇÃO

Toda a identidade, incluindo a identidade constitucional, constitui um processo único, porque pode construir uma narrativa, bem como uma personalidade prática que lhe permite atuar como um singular agente no mundo (BENHABIB, 2011, p.1889). As identidades nacionais se desenvolvem através de complexos processos heterogêneos de dissenso que variam de ambientes individuais e coletivos.

É por isso que uma comunidade “constitucional idealizada” deve se esforçar para se adequar a comunidade local e, para tanto, não deve ser imaginada a partir de um ponto de vista global¹.

A textura aberta das normas constitucionais apresenta-se como elemento estruturante do sistema. Esta motivação surge do fato de que é permitida a entrada dos “diversos aspectos latentes” existentes no conjunto social, que por sua vez é denominado por *nomos*, segundo Cover (1983, p. 4). Estes conteúdos, em uma sociedade heterogênea, acabam por expressar vários sentidos de identificação por grupos diferentes, ou seja, vários *nomos*.

A união entre constituição e a narrativa do universo normativo que rege uma determinada coletividade acabará por revelar outra questão igualmente importante, como a da identidade constitucional (VALLE et al., 2016). Esta identidade é, em parte, o produto da negação e, por vezes, tem de ser definida perante outras identidades relevantes, incluindo as culturais dominantes ou minoritárias, para preservar a unidade e integridade do sujeito (ROSENFELD, 2012, p. 1961).

1 A IDENTIDADE E A CULTURA CONSTITUCIONAL: INDEPENDENTES E CONEXAS

O caráter verdadeiramente constitutivo na organização da coletividade seria uma síntese de laços e elementos de identificação originários de uma nacionalidade ou cultura compartilhada. E é por meio desta afinidade que serão conferidas formas e conteúdos aos

¹ O denominado constitucionalismo transnacional possui cariz que se ampara nos valores legitimadores e substanciais definidos pelo consenso da comunidade das nações, o que o faz caminhar no sentido inverso do sentido tradicional, que situa sua fonte de valores nas pessoas da própria nação, no poder constituinte originário nacional (GOUVÊA, 2016, p.67).

compromissos que no texto constitucional venham a se manifestar ou que já estejam manifestos, incluindo aqueles alinhados aos direitos fundamentais.

Esta identidade, na visão de Rosenfeld (2003, p. 22-23), é “inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável”. Assim, quando mais ajustado o laço de reconhecimento da pessoa constitucional com o texto, maior a legitimidade da carta base e, portanto, mais intenso o grau de sua efetividade (VALLE et al., 2016).

Para ser significativamente integradas em uma ordem constitucional, as normas liberais em questão devem ser particularizadas e equipadas com as fragmentações reais da política vivida pelo indivíduo (ROSENFELD, 2012, p. 1961). Por exemplo, as reivindicações identitárias da população indígena dos países como a Austrália e Canadá não se comparam às da população indígena dos Estados Unidos. A adesão reflexiva de normas gerais pode causar um conflito cultural.

Para Valle et al. (2016), duas diferentes vertentes se apresentam: de um lado, é preciso que a pessoa constitucional se identifique com o texto e suas preposições; por outro lado, esta mesma pessoa há de ter confiança na responsividade dessa ordem para preservar a pretendida identidade, incorporando aqueles elementos externos que venham a refletir mudanças havidas no *nomos*. Tem-se por envolvido, assim, o espectro de “sentidos” acerca dos pilares de construção do convívio coletivo.

A identificação entre sujeito e constituição – existindo de forma originária ou refletida no momento fundante daquele Estado-Nação – acaba por admitir a possibilidade de quebra destas duas vertentes que são construídas em decorrência do inevitável transcurso do tempo e das transformações que ele possa trazer.

Esta certeza quanto à implementação e à aderência de novos signos só será possível se este equacionamento puder ser contrastado através de um exercício racional de crítica e reformatação (VALLE et al., 2016). Este exercício advém do comportamento social que representa aspirações que possam conformar uma mudança social a ser reconhecida pelo sistema normativo e que promova sua atualização de sentido, preservando todas as identidades que competem entre si e permitindo que elas se vejam, em algum momento, recepcionadas pela identidade constitucional.

A identidade constitucional, para Rosenfeld (2012, p. 1947), se forma a partir de um *gap* que deve ser preenchido por um processo dinâmico e permanente, através da recombinação e reconstrução de determinadas matérias relevantes. A noção pode conotar comunidade, unidade e harmonia, conectada de forma contínua e dialética com o individual,

plural e universal, porque a constituição não é fixa ou estável e parece amarrada a um sentido perpétuo de *gaps* (ROSENFELD, 2012, p. 1968).

Dadas as dificuldades próprias do sistema, a responsividade do texto e a confiança na capacidade que a carta tenha em se atualizar, há de se materializar por outros caminhos que não a interferência direta e literal do texto (VALLE et al., 2016). Este elemento, relacionado com a possibilidade de mudanças e interferências, está no eixo central do conceito de “constitucionalismo democrático”, desenvolvido por Post e Siegel², uma vez que afasta o isolamento cognitivo para desenvolver a preocupação genuína com o outro.

Os problemas sociais que envolvem diferentes setores da população exigem soluções que comprometam-se e incluam todos no sistema – instituições, atores sociais – para só então partir para a análise e planos de ação que poderão integrar todas as expectativas, os múltiplos fatores e acordar quais são as melhores respostas as quais tenham maior impacto sobre eles, pois se a eficácia constitucional é o objetivo, a construção há de ser gradual, inclusiva e contextualizada.

A cultura constitucional só pode ser construída tendo como base o consenso social, uma vez que acaba por definir quais são os entendimentos e as práticas de argumentação que guiam as interações entre os cidadãos e as autoridades em matéria de significados constitucionais (ROSS, 2015, p. 519-585). Nesse sentido, fica claro que a vontade do povo é o fundamento da autoridade governamental, que todos os indivíduos têm o direito de fazer parte do sistema - o que nos ajuda a entender a conexão entre a democracia e o constitucionalismo para revitalizar o significado constitucional.

O universo que circunda a almejada “cultura da democracia” ou “cultura política” está contido na definição de “cultura constitucional”. Não existe uma definição aceita do que vem a ser entendido por cultura constitucional e as perguntas que geralmente giram em torno do conceito são: “como ela se conectaria com a ‘constituição’ e a ‘cultura’” e “o que ela

² Tendo em vista a variedade de conceituação e com o intuito de distinguir o conceito de “constitucionalismo democrático” cogitado exclusivamente por Post e Siegel, serão utilizadas aspas quando a expressão se referir à proposição teórica dos referidos autores. Esta proposição foi inicialmente apresentada por Post (POST, Robert, *Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity* (2000). *Australian Journal of Legal Philosophy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=229161>>. Acesso em: 15 ago. 2014.) e, posteriormente, acompanhado de Siegel (POST, Robert; SIEGEL, B. Reva. *Democratic constitutionalism*. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva. (Ed.) **The Constitution in 2020**. Oxford University Press, 2013. p. 25-34. Disponível em: <http://www.constitution2020.org/chapters/3_Democratic%20Constitutionalism.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2104). Há também algumas percepções desta categoria no texto POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007. p. 389. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F169&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 15 nov. 2013. (GOUVÊA, 2016, p. 83).

pretenderia explicar ou compreender” (VORLÄNDER, 2012, p. 21).

Vorländer (2012, p.22-24) sugere que seria possível pensar que as normas constitucionais surgem direta ou indiretamente das circunstâncias culturais e estas normas se realizam dentro desta cultura. O que significa dizer que as constituições não se tornam válidas pelo simples fato de terem sido legalmente instituídas pelo poder constituinte.

Constituição e cultura estão intrinsecamente unidas, eis que para além do texto existe um contexto de práticas que é saliente a esse mesmo texto e a sua formulação. Assim como a sua interpretação e desenvolvimento se conectam com a definição dos costumes locais.

Com o avanço das “democracias constitucionais”, a constituição torna-se um fórum onde se discute sobre as realizações das identidades políticas que estão fundamentadas em duas premissas: a) a política é uma atividade fundamentalmente social, baseada em uma rede de significados socialmente construídos, que está sujeita a suas preferências, restrições e instruções; b) as culturas incorporam os significados sociais a partir de suas práticas políticas e esta é uma característica que distingue as sociedades (VORLÄNDER, 2012, p. 25).

Portanto, pode-se compreender a cultura política como a combinação de valores e opiniões solidificados, bem como as formas de pensamento e padrões de comportamentos para incluir as ideias normativas sobre as bases sociais da ordem jurídica (VORLÄNDER, 2012, p. 29).

Para Siegel (2006, p. 1323-1419), cultura constitucional denomina a compreensão do papel e das práticas argumentativas que a cidadania e as instituições públicas encarregadas da aplicação da carta empregam para negociar a distinção entre o que se passa no plano da política e do direito, quando se busca empreender à mudança constitucional. Ou seja, os entendimentos do papel e das práticas de argumentação entre as pessoas constitucionais e o Estado nas questões relacionadas ao significado constitucional. As pessoas constitucionais procuram regularmente a mudança através dos procedimentos legislativos ou fora deles. Assim, os agentes públicos, encarregados de fazer cumprir a constituição, muitas vezes agem com o intuito de trazer respostas a estas reivindicações.

Em uma constituição, as ideias fundamentais da comunidade política encontram expressão simbólica (VORLÄNDER, 2012, p. 27). As formas simbólicas são responsáveis pelas transformações destas em algo concreto e válido. Assim, os símbolos não podem ser reduzidos a funções pré constituídas, uma vez que são “veículos da criação de significados”, os quais serão traduzidos em interpretações, propósitos e ações.

São os contextos culturais e históricos que validam a sua posição, status e conteúdo

e a sua realização depende da atualização e interpretação que vem do discurso público.

Cover (1983, p. 8) já havia sinalizado que a criação do significado constitucional ocorre sempre através de um meio essencialmente cultural. O Estado não é simplesmente o “criador” da definição do conteúdo da carta – o processo é coletivo e social. Pode-se dizer que: o governo é um dos atores para a geração e implementação das normas; as comunidades e minorias ignoradas ou desprezadas pelo governo criam e sustentam normas com tanta legitimidade quanto o governo; a imposição de normas impostas exclusivamente pelo Estado gera violência e desestabilização na comunidade.

Portanto, a cultura constitucional permeia uma gama de questões que podem incluir: as disposições regulares de um documento escrito, que cria as instituições do governo e estabelece limites sobre sua atuação; a crença de que o documento é criado pelos cidadãos; o conhecimento de que suas disposições podem ser alteradas ou revogadas; dentre outros (MAZZONE, 2005, p. 672). Implica dizer que esta cultura pode representar o pilar da organização da sociedade, bem como compreende sua mutabilidade como atributo indissociável da carta.

Se a cultura constitucional está ligada à cultura e as suas práticas políticas, a não observância destas condições pode se tornar um descuido grave, eis que os princípios e as instituições do governo constitucional valeriam pouco mais que uma carta de papel. O sentimento constitucional supõe a implicação do ordenamento jurídico com a ideia de justiça que o inspira e ilumina (VERDÚ, 2004, p. 53). Desta forma, para Verdú, sentir juridicamente significa interagir com o direito vigente, no todo ou em parte dele, de forma positiva ou negativa.

O ideal de constitucionalismo é abstrato demais para permitir uma comparação frutífera de modelos institucionais, abordagens para o “estado de direito” ou configurações dos direitos fundamentais, uma vez que o contexto histórico e evolutivo de cada identidade constitucional é muito exclusivo para permitir generalizações (ROSENFELD, 2012, p. 1952).

Neste sentido, de acordo com Siegel (2006, p. 1323-1419), não se tem em conta a percepção subjetiva do que envolve o sujeito e o texto, mas se sustenta que uma constituição democraticamente responsiva deve congrega a possibilidade de interação entre o governo e as pessoas constitucionais. Nesta medida, o engajamento popular com as questões constitucionais pode contribuir para a confiança da comunidade e isto acaba sendo uma interpretação de prática contínua.

A deliberação coletiva possui atributos de comprometimento de valor que independe do processo legislativo constitucional. Isso ocorrerá porque a democracia não é

simplesmente um processo de agregação de preferência ou de resolução de litígios, mas uma forma de organização social que valoriza o envolvimento das pessoas no processo de construção coletiva, criando sentidos que: ajudam a estabelecer os significantes constitucionais e suas importâncias; permitem o diálogo com as instituições democráticas e com os poderes constituídos; ampliam a capacidade de interpretação dos signos constitucionais; forjam os significados através dos quais os indivíduos e a comunidade possam expressar sua identidade e infundem questões práticas com significados simbólicos para que eles possam reivindicar valores por meio do qual se definem.

O envolvimento popular na deliberação verte vida coletiva com os tipos de *nomos* que ajudam a constituir uma comunidade com suas reais forças de poder (SIEGEL, 2006, p. 1323-1419). Este processo de formação de identidade coletiva constitui uma fonte de autoridade democrática da constituição.

O sistema precisa de outras formas de participação para assegurar que esta autoridade possa desempenhar seu papel, ou seja, permitir o acesso aos atos fundacionais da legislação, o que conseqüentemente leva a compreensão da política. Esta expectativa, para Siegel (2006, p. 1323-1419), dá origem a dois tipos de responsividade democrática: a crença de que é possível e necessário aos cidadãos influenciarem as autoridades encarregadas de fazer cumprir o texto base, encorajando grupos de mobilização; ao mesmo tempo que podem influenciar as formas de relacionamento uns com os outros e entre as elites políticas. Assim, sustentam a legitimidade do governo e da solidariedade³ de uma comunidade heterogênea normativamente.

A mudança constitucional, através do desenvolvimento da cultura constitucional, fornece entendimentos sobre o papel e as práticas de argumentação que moldam a forma como as pessoas constitucionais e os poderes se envolvem nas descobertas dos significantes constitucionais.

Assim sendo, fornecer práticas de argumentação que possam canalizar o dissenso e gerar novas alegações sobre o significado de uma tradição compartilhada acaba por proporcionar uma retroalimentação sobre os entendimentos constitucionais e permite uma abertura de novos fundamentos sem a intermediação do processo legislativo constitucional.

Todos querem viver uma constituição que reflita seus valores. E, mesmo em tempos de conflito, pode-se ver os contornos da comunidade na própria prática de contestação

³ A solidariedade pode, então, ser conceituada como a qualidade que induz ao propósito de propiciar a todo homem os meios de realização de sua plenitude, devendo ser considerada, na sua dimensão objetiva, como valor superior, como princípio de organização de poderes em sua estrutura e funções, aqui se situando os serviços públicos de cooperação para o desenvolvimento, e como fundamento de direitos. (MARTINEZ, 1999, p. 272.).

constitucional. Os cidadãos, divididos em visão, estão unidos na luta para moldar as condições da vida coletiva (SIEGEL, 2006, p. 1323-1419). Insurgências sociais rasgam o “tecido social”, pois buscam inflamar controvérsias constitucionais por meio de uma voz que divide a nação e ameaça entendimentos e acordos já assentados. No entanto, mesmo que o façam, estes movimentos sociais podem atuar como uma força normativa construtiva na definição de sentidos constitucionais e na formação da tradição democrática. Sustentam a vitalidade normativa da ordem constitucional sobre o curso do que será promovido a partir de sua instituição, afirmando-se, nas palavras de Siegel (2006, p. 1323-1419), “que os princípios fundamentais da nação requerem um desafio que será moldado e aperfeiçoado nas práticas”.

Assim, mesmo que os Tribunais tenham capacidade para regularmente tentar estabilizar o significado da constituição, pronunciando o direito constitucional, os cidadãos e as organizações democráticas saberão como desafiar as condições pelas quais estes tribunais interpretam a carta fundamental.

O grande objetivo das forças dissidentes é garantir um espaço legítimo para disputar as questões de significado, tornar audível suas reivindicações e, finalmente, garantir que estas tenham força de lei e se façam cumprir. Para Siegel (2006, p. 1323-1419), as contestações constitucionais na história americana, que desafiam as declarações oficiais do governo, têm trabalhado para revitalizar o sistema em vez de miná-lo.

Este resultado é paradoxal, porque permite obter desafios vigorosos para novos pronunciamentos e são geralmente realizados por meio de um código complexo que preserva o respeito para com as autoridades judiciais e do Estado de valores, assim como a sobreposição de entendimentos da autoridade que disputa a aceção sobre o modo de viver constitucional.

A prática de negociar conflitos sobre os termos da vida coletiva, por referência a uma tradição constitucional comum, cria na comunidade um sentimento de luta sobre o construir desta tradição; forja as pessoas constitucionais em condições de dissenso; e pode reforçar o direito, permitindo que a nova pronúncia seja realizada com um diálogo mais profundo e com as preocupações e compromissos por quem eles falam (SIEGEL, 2006, p. 1323-1419).

Conciliar a “cultura constitucional” que circunda um saber prático de mediações das distintas visões sobre o modo de estruturação de organização de convívio, através do texto constitucional, acaba por decorrer no empoderamento e não no esvaziamento do texto constitucional (VALLE, 2015). Neste sentido, ele é a fundação do convívio e, portanto, através dele o convívio deve ser regulado.

Para Valle (2015), a lógica da “cultura constitucional” não tem o Judiciário por destinatário primário, citando Siegel (2006, p. 1323-1419) que, a todo momento, alude à prática⁴ entre a sociedade e os *public officials* (e não os juízes). Em condições ideais, poderia se levar em conta que a atualização de sentidos se desse por outras vias que não as judiciais, pois, para Valle (2015), se o legislador acolhe esta visão juriscêntrica e traduz no código do direito, corre o risco de conduzir a um esvaziamento da política.

Na contradita, tem-se que a matéria possivelmente não se judicializaria se os *public officials* dessem resposta institucional (VALLE, 2015). O que também leva a crer que, se o papel da corte for de implementar uma cultura constitucional, a partir de um olhar “estrutural”, este construto serviria de alavanca para promoção dos direitos e sua efetividade.

Para Valle et al. (2016), a construção é sutil, pois se a constituição espelha a coletividade, seu reconhecimento permitirá ampliar sua legitimidade e, por conseguinte, a autoridade das decisões (judiciais ou não) que nela se fundamenta. Esta solução estará mais apta para representar uma resposta institucional adequada aos estímulos externos que sobre ela incidam. A um só tempo, o texto mantém um diálogo com seus múltiplos sujeitos e protege sua identidade - síntese de muitos signos representados pela coletividade.

Muito embora tenha conceitos distintos com a identidade constitucional, a cultura constitucional nasce direta ou indiretamente das circunstâncias culturais que se realizam através das várias identidades, as quais acabam se conectando, eis que existe um contexto de práticas que é saliente ao texto.

A cultura constitucional, neste contexto, diz respeito ao desenvolvimento constitucional que se estabelece depois do texto, tendo em vista que a carta é um organismo e que através de vários signos formará sua própria cultura.

A sociedade cunha a sua própria compreensão do texto a partir de sua aplicação diária e esta “cultura constitucional”, uma vez consolidada, acaba por gerar uma pressão que afeta os agentes públicos.

Para Minow (2006, p. 1455-1463), estes agentes são essenciais para delinear os contornos da argumentação, investindo esta cultura com uma dupla importância: meio de atualização de sentido e valorização do discurso a partir da constituição, já que será a carta que vai estabelecer as estruturas em que os direitos substantivos serão identificados como constitucional.

⁴ Esta prática é exercida pelos movimentos sociais.

Se o caráter verdadeiramente constitutivo da organização da coletividade está expresso na real relação de poder; que são as forças que originam-se da comunidade a partir de sua aplicação diária, é preciso conformar estes sentidos (VALLE et al., 2016).

Há uma visão constitucional de pacto de convívio entre o individual e coletivo que está posta no texto e necessita ser atualizada de maneira que as pessoas tenham identidade, reconheçam-se no texto e o legitimem. Preservar a identidade e a visão constitucional pode acabar sendo um problema, uma vez que estes elementos podem estar em tensão, inclusive confrontando-se com a definição do “originalismo conservador”.

Nesta leitura, nas palavras de Post e Siegel (2013, p. 26), a única forma de interpretar a carta é permanecer fiel ao seu texto e isso pode levar ao enfraquecimento da identidade constitucional, visto que esta carta pode não mais refletir o sujeito; não dar resposta para os seus anseios; não reconhecer os seus problemas.

Para enfrentar estas questões, que geram inquietudes entre a visão e a identidade constitucional, é necessário construir um método de trabalho onde se recepcione tanto a técnica como a percepção individual e que possibilite atualização de sentido constitucional para a preservar a identidade e a visão constitucional.

Esta técnica se foca nos elementos que são constitutivos do “constitucionalismo democrático”, desenvolvido por Post e Siegel (2013, p. 26) – a contestação, persuasão e formação do novo consenso – pois estes não só envolvem a incorporação do dissenso, como percebem que a divergência interpretativa é uma “condição normal” para o desenvolvimento de um estado constitucional democrático.

2 ELEMENTOS INTEGRADORES DO DIÁLOGO DEMOCRÁTICO ATRAVÉS DO “CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO”

De acordo Barros et al. (2007, p.40), algumas questões substantivas e formais na forja de uma constituição apresentam relevantes desafios, principalmente para os intervenientes diretos, o que pode vir a afetar de forma direta sua durabilidade. Dentre eles, os mais frequentes encontram-se na distribuição de poder entre o legislativo, executivo e judiciário; no federalismo *versus* descentralização; na distribuição de receitas; nos direitos fundamentais, incluindo questões sensíveis como religião, casamento homossexual, aborto; na equidade de gêneros; dentre outros.

Recorrentemente, esta tensão reflete as profundas divisões de opinião entre as elites políticas e a comunidade local. As estratégias de negociação para avançar nestes assuntos

terminam por ameaçar e dividir o Estado, afetando, ainda, o acordo que venha a ser conformado. Cláusulas constitucionais provisórias podem ser úteis na criação e adaptação e na redução das paixões. Outra possibilidade é a revisão judicial para mover a questão para dentro da corte constitucional, visando a resolução gradual compartilhada (BARROS et al., 2007, p.40-42).

A comunidade política pode ser capaz de auxiliar no processo constitutivo a partir dos elementos que compõem o constitucionalismo democrático. Desta feita, a abertura de espaços políticos tende a ser um caminho e a carta constitucional pode ampliar este espaço. O efeito por ser transformador, conduzindo não só à mudanças de crenças, mas também de padrões de interação (BARROS et al., 2007, p.37-38).

O “constitucionalismo democrático” pode ajudar a construir respostas para algumas das perguntas complexas elaboradas por Barros et al. (2007, p.48-49): é possível escrever uma constituição que inevitavelmente comporte as minorias e estas podem esperar da carta uma capacidade de canalizar os conflitos por meio das instituições? Há alguns tipos de estruturas mais eficazes do que outras na execução das tarefas de governar?

A capacidade de conformar o dissenso, encontrada nesta categoria, acaba por fornecer estratégias e arranjos que podem favorecer o desenho institucional, úteis ou necessários a diversas realidades sociais, históricas, culturais e econômicas.

De acordo com Pruitt e Thomas (2008), é mais aceito atualmente que uma paz sustentável é aquela que empodera as pessoas e as ajuda a adquirir habilidades e a criar instituições para gerir de forma pacífica os diferentes e por vezes conflitivos interesses. Em todo o mundo, o diálogo é considerado a ferramenta por excelência para abordar e, na medida do possível, resolver as diferenças objetivas e subjetivas que geraram o conflito inicialmente.

Para os autores, trata-se de um método democrático, cujo objetivo consiste em resolver problemas mediante concessões e entendimentos mútuos e não mediante a imposição unilateral dos pontos de vistas e interesses de uma das partes. Por outro lado, a democracia, como um sistema de governo livre, constitui um marco para o diálogo organizado e contínuo.

Nesta compreensão mais positiva, o diálogo sobre o conteúdo constitucional surge quando estes mecanismos de respostas estejam envolvidos, permitindo um processo dinâmico de retroalimentação que será realizado entre os juízes e outros atores constitucionais.

A partir destas concepções, Bateup (2005, p.1-85) define quatro teorias que se encaixam neste modelo: a teoria coordenada de construção; a teoria dos princípios judiciais; a teoria do equilíbrio; e, por fim, a teoria compartilhada.

A teoria estrutural mais direta do diálogo são aquelas baseadas na construção coordenada, cuja ideia de interpretação é realizada por cada um dos poderes de forma independente e sem hierarquia, considerando que o conjunto destas visões refletem o significado da constituição. Este formato é a concepção mais antiga de interpretação constitucional como um mecanismo compartilhado entre os tribunais e os poderes políticos. Nesta visão, a interpretação da constituição deve ser primariamente realizada por todos os poderes, uma vez que diz respeito à suas próprias funções.

Na visão contrária, os autores Devins e Fisher (1998, p.83-106) propõem um modelo em grande parte descritivo do diálogo constitucional, o qual não envolve a completa descentralização da autoridade interpretativa, mas sugere que o judiciário e os outros poderes interajam de forma dialógica para moldar o significado da Constituição. Afasta-se os possíveis problemas de divergências uma vez que o processo é interativo. As partes podem rever determinadas questões já litigadas no Tribunal a fim de solicitar sua reconsideração, pois estas são abertas a outros diálogos e não são definitivas.

Por exemplo, pode a jurisdição pronunciar suas “opiniões” e “promover os debates” sobre o signo que se destina à reconsideração, não havendo a promoção em si do direito, podendo estas “opiniões” serem adotadas pelas esferas democráticas – legislativo e executivo. O resultado deste processo interativo, do qual nenhum possui a palavra final e que está em constante formação, é denominado “diálogo institucional”, pois é possível chegar a um consenso sobre as questões constitucionais. Para Bateup (2005, p.1-85), esta prática, além de descrever uma dinâmica positiva da interpretação constitucional americana, é também desejável para a permeabilidade do significado constitucional a ser desenvolvido ao longo do tempo.

Esta construção coordenada também faz elidir as preocupações sobre a legitimidade democrática na revisão judicial descritas anteriormente. Não importa a forma de adjudicação, este é um processo que permite que o Tribunal não eleito funcione em uma sociedade democrática, pois suas decisões estão sujeitas a revisões políticas contínuas. O objetivo final deste entendimento é chegar a respostas melhores, mais duráveis e amplamente aceitas sobre o viver constitucional. A visão crítica desta teoria refere-se à competitividade, ou seja, à concorrência mútua que se instaura sobre o conteúdo constitucional neste diálogo. Esta

disputa é devido a posição central ocupada pelo sistema de freios e contrapesos, que sugere que o consenso só é alcançado quando o processo político entra em curso.

Contrária a teoria anterior, a teoria dos princípios jurídicos acaba por promover o reconhecimento de que o Judiciário possui uma competência institucional voltada para decidir questões relacionadas aos princípios jurídicos (SILVA et al., 2010, p.95). Os resultados são determinados de cima para baixo, os quais devem ser respeitados pelas instituições, pois o papel jurisdicional é privilegiado.

Segundo Bateup (2005, p.1-85), Bickel (1996) foi o primeiro teórico a propor um diálogo baseado em um papel forte da jurisdição com relação às definições de princípios, considerando que o judiciário possui uma habilidade especial para preservar, proteger e defender, tendo em vista seu isolamento político, bem como a aptidão de ponderação, onde é considerada a constitucionalidade da legislação no contexto dos casos concretos, acabando por conferir aos tribunais uma capacidade de pensamento mais sóbria.

Bickel reconheceu que o Congresso e o executivo podem estar melhor situados com relação ao contexto social, uma vez que estão mais próximos da sociedade. Por sua vez, os juízes podem proclamar os significados dos princípios pois terão aceitação geral e generalizada em um futuro previsível – seu papel é educativo⁵.

Esta combinação de sistemas diferentes acaba resultando em decisões judiciais provisórias, iniciando um debate permanente sobre o significado constitucional. Assim, os ramos eleitoralmente responsáveis fazem uma escolha política sobre determinado assunto. O Tribunal avalia a opção, aceitando-a ou rejeitando-a por razões principiológicas. Como resultado deste processo dialético, o que emerge é uma moralidade política muito mais autocrítica.

Semelhante a outras teorias estruturais, esta concepção de diálogo é bem sucedida quanto às preocupações de legitimidade, pois as decisões estão sujeitas as respostas e revisões democráticas, inclusive com referência à capacidade política do povo, que é encorajado a participar do contexto de sentidos constitucionais.

⁵ Esta aproximação pode evitar possíveis reações e controles políticos como no caso de “*legislative override*”. No exemplo canadense, o disposto na seção 33 da denominada *Canadian Charter of Rights and Freedoms* confere ao parlamento e às assembleias provinciais a prerrogativa de, excepcionalmente, relativizar decisões judiciais que, fundadas em garantias previstas na Carta, afastem ou possam afastar legislação infraconstitucional. (SANTOS, 2013, p. 10285-10313).

Apesar de ser um importante fórum, o Tribunal, em sua interpretação, deve considerar, de forma maximalista, as questões práticas, uma vez que também têm o propósito de implementar com sucesso a constituição. Esta realização é uma função coletiva que exige, ainda, o envolvimento de outras instituições. Na verdade, a responsabilidade primária repousa sobre os poderes políticos. Apesar de ser dialógica, esta concepção considera que o poder judiciário possui habilidades superiores em relação à interpretação dos princípios, continuando a ser juriscêntrica, onde o papel parlamentar é meramente passivo ou reativo.

A teoria do equilíbrio proporciona uma forma alternativa de conceber o papel da jurisdição no diálogo constitucional, não privilegiando as contribuições judiciais e sim promovendo a discussão na sociedade, o que acaba por conduzir a um equilíbrio constante sobre o conteúdo constitucional.

Este debate tem sido enunciado tanto por Friedman (2005, p.257-337), quanto por Post e Siegel (2013). Para Friedman, segundo Bateup (2005), este diálogo é mais positivo, pois é explicitamente fundamentado em estudos das ciências sociais a respeito das interações entre o judiciário e as instituições democráticas e as pessoas.

As decisões judiciais desempenham uma função muito importante no sistema constitucional, o que acaba servindo para despertar ou continuar uma discussão nacional mais ampla sobre o tema. O Tribunal acaba agindo como catalisador e facilitador do debate de toda a sociedade e através de canais ativos promove a abertura da arena com diferentes atores, sintetizando os várias e possíveis pontos de vista.

Ainda segundo Bateup, Post e Siegel concordam com Friedman ao afirmar que o Supremo Tribunal está necessariamente envolvido no diálogo, principalmente baseado nos exemplos históricos e culturais. Estes acabam por mostrar que o Tribunal tem um papel ativo, seja para inspirar, seja para facilitar as compreensões populares da Constituição, mudando seus entendimentos sobre a maneira de interpretar.

Muito embora esta teoria não resolva completamente as preocupações sobre as dificuldades contramajoritárias, é mais bem sucedida que qualquer das alternativas anteriores, pois postula um papel dialógico substantivo para o sistema judicial. O papel de catalisador promove o debate social e reconhece que a Corte não é mais uma voz, mas se envolve ativamente em uma troca generativa, o que conduz a um equilíbrio constante sobre o sentido constitucional, podendo vir a auxiliar nas repostas que serão mais amplamente aceitas e duradouras.

O termo “diálogo democrático” foi cunhado por um grupo de instituições – *Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional* (ACDI), *Instituto Internacional para la Democracia*

constituição la Asistencia Electoral (IDEA), *Secretaría General de la OEA* (SG/OEA), *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (PNUD), tendo sido utilizado na América Latina e na região do Caribe para destacar tanto a relevância do diálogo no fortalecimento das instituições democráticas (GOUVÊA, 2016, p.86).

A forma como a interlocução funciona atrai uma ampla variedade de atores sociais a participar das conversações que conduzam a uma mudança positiva (PRUITT; THOMAS, 2008). Chegou-se à conclusão de que estas conversas são essenciais aos processos inclusivos, porque são suficientemente abertas, sustentáveis e flexíveis e podem adaptar-se a contextos flutuantes.

Para Pruitt e Thomas (2008), os tomadores das decisões são as pessoas que têm a responsabilidade formal de abordar os desafios que enfrentam a sociedade em vários níveis: local, nacional, regional e global, desempenhando um importante papel nestes processos e em seus resultados.

Na América Latina e no Caribe, utilizava-se expressamente este termo para que a proliferação do diálogo tivesse como foco a governabilidade democrática e três critérios ajudam a diferenciá-lo (PRUITT; THOMAS, 2008): a) o objetivo é abordar os problemas sociais complexos que as instituições existentes não estão atendendo de forma adequada; b) os participantes são microcosmos do sistema que cria o problema e que devem fazer parte da solução; c) o processo é um diálogo aberto e inclusivo, que permite a construção da confiança necessária para alcançar acordos sobre ações concretas.

Considere-se que existe uma frustração considerável, a nível nacional e internacional, uma vez que as estruturas democráticas funcionam de acordo com as normas e rotinas elitistas tradicionais, com políticas de poder que vão das hierarquias às bases, existindo urgente necessidade de uma mudança mais profunda, ampla e sustentável. Neste sentido, o intuito, para além de conformar a constituição, é prover o seu desenvolvimento.

O “constitucionalismo democrático” é espécie do constitucionalismo dialógico e possui mecanismos de construção e atualização de sentido do texto constitucional que está alinhado com o caráter compartilhado e progressista da estratégia de constrição do poder, investindo a constituição como seu instrumento (VALLE et al., 2016).

Se esta categoria pode ser considerada o reforço do signo de legitimidade do texto fundante através de seus elementos, ou seja, da contestação, da persuasão e do consenso, sendo ferramentas constitutivas para a responsividade (VALLE; et al., 2016). Estes elementos devem estar centrados no processo de tomada de decisões que está conectado ao “diálogo democrático” idealizado pelos organismos internacionais.

Se o foco é a busca de possíveis soluções para os desafios, podendo resultar na redução da violência, no aumento da probabilidade de compromisso cívico, no sentido de inclusão, na identidade e na cultura constitucional, há de se dar preferência por uma experimentação que seja capaz de conduzir a respostas compartilhadas.

Desse modo, busca-se conformar o “diálogo democrático” - uma das propostas de conciliação dos organismos internacionais, com o “constitucionalismo democrático”, cingindo seus elementos caracterizadores: o diálogo com a contestação; a deliberação com a persuasão; e a tomada de decisões com a formação do novo consenso, com vista a aprimorar o processo.

A contestação pode ser considerada uma objeção ou um desafio em relação à concepção vigente acerca do conteúdo das cláusulas constitucionais. A partir desta concepção, pode-se empreender a sua ressonância com a visão constitucional (VALLE et al., 2016); o diálogo representa a reunião de muitas vozes, histórias, perspectivas, exploração, indagação, descobrimentos compartilhados, uma permissão ampliada para fomentar o respeito e o entendimento para a formação de significado compartilhado e de construção de conhecimento.

O exercício da contestação não será, por si, suficiente para promover a identificação que expresse a visão constitucional, mas há de se somar com o empreendimento da persuasão. Uma técnica de convencimento em favor de uma nova leitura do texto e aqui, como dito por Valle et al. (2016), com dois distintos elementos que hão de se encontrar: o primeiro relativo ao alcance da percepção de sentido da carta base que a realização da contestação oferece, constituindo um papel extremamente útil a respeito da eventual função contramajoritária a se desenvolver na jurisdição constitucional; já o segundo dizendo respeito à autoridade desta argumentação, que está sujeito a um debate inclusivo e ampliado.

O mecanismo há de contemplar a divergência como alternativa e a persuasão como estratégia possível de câmbio de compreensão e da persuasão no “constitucionalismo democrático”. A deliberação contemplaria os razoáveis argumentos, as análises das possíveis soluções, a averiguação detalhada das vantagens e desvantagens e o juízo formado.

Se esta prática no “constitucionalismo democrático” se revelar suficiente, o resultado revelará a formação do (novo) consenso em torno da proposta veiculada pela objeção, restaurando a harmonia entre a visão constitucional e a da *constitutional law*. No âmbito da tomada de decisões, as respostas são móveis, podendo vir da autoridade constitucional, do consenso, do voto e das instituições democráticas.

Segundo Minow (2006, p. 1457.), esta prática não converte todos os atos de

persuasão em reformas jurídicas, uma vez que o conjunto de ideais ou conceitos, com o fim de persuadir, podem levar a limitações lógicas ou de coerência. Esta é uma obviedade que é própria da prática constitucional, estando sujeita a constante e infinita contestação.

Há de se destacar que, na abertura desta categoria de constitucionalismo, o exercício da contestação, persuasão e formação de novo consenso é constitutivo do processo e atributo cíclico – e é o único mecanismo apto a conferir a desejada legitimidade a nova configuração de sentido (VALLE et al., 2016) e de promoção de uma carta constitucional que se pretende emancipadora, transformadora, inclusiva e apta a nutrição do desenvolvimento para o presente e futuro.

Esta concepção está voltada especificamente para a prática democrática como um todo e não para a jurisdição constitucional, eis que o seu desenvolvimento não vai ocorrer necessariamente dentro da corte, mas em qualquer canal democrático.

O espaço para a contestação é o espaço aberto ao dissenso, aqui uma aproximação com o *gap* enunciado por Rosenfeld (2012, p. 1947) no item anterior.

Contestar é divergir e tentar encontrar resposta nas instituições que fazem parte da estrutura constitucional. Parte-se deste elemento – que vai se distanciar da visão constitucional e da identidade constitucional para possibilitar o desenvolvimento da atualização de sentido do texto.

A contestação e o dissenso são o que deflagram o exercício permanente de atualização de sentido e há de ser valorizado, tendo em vista que é a única maneira de interferir na compreensão constitucional que está se desenvolvendo na corte, nas repartições públicas, no legislativo (GOUVÊA, 2016, p.91).

Este método, para ser considerado democrático, tem que encontrar lugar onde seja permitida a realização do exercício persuasório – que contempla várias perspectivas sobre o mesmo problema e vai possibilitar o mapeamento do “real” dissenso e uma decisão que seja adequada a contemplar a peleja deflagrada e formar o novo consenso.

A visão dialética é essência e construto que decorre da autoridade constitucional, o que pode resultar em novo dissenso e nova contestação. E isso reflete o viver constitucional que está desconectado da visão juriscêntrica e que não nega que outras autoridades possam definir o significado constitucional.

3 CONCLUSÃO

A junção de forças, representada pelos elementos integradores do “diálogo democrático com os propósitos oferecidos pelo constitucionalismo democrático”, principalmente em um ambiente que pretende conformar as diversas identidades constitucionais com o desenvolvimento progressivo de uma cultura constitucional, pode garantir níveis desejáveis de efetividade em uma carta constitucional.

As teorias dialógicas apresentadas acabaram por fazer refletir qual a maneira mais promissora de se constituir uma diálogo institucional que privilegia as instituições e a democracia. Muito embora, por conta do sistema normativo, o papel mais forte advém do sistema judicial no constitucionalismo moderno, a combinação da parceria e do compartilhamento acaba por permitir uma maior efetividade na implementação dos direitos. Esta visão permite uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais no diálogo constitucional e das diferentes formas de participação dos atores na busca do significado constitucional.

O desafio que permanece é pensar em que mecanismos permitam que esta visão do diálogo seja mais amplamente alcançada em um sistema constitucional democrático.

O “diálogo democrático” permite congregiar importantes objetivos prescritivos, eis que: investe na constituição como instrumento; o dissenso, como divergência interpretativa, é condição normal para o desenvolvimento do *constitutional law*; concilia constituição e democracia; está focado no exercício para aumentar o potencial democrático, utilizando o dissenso para entender a democracia e seus múltiplos sentidos; reconhece a pessoa constitucional no texto fundamental e o seu papel no processo de definição dos signos constitucionais; reforça o signo de legitimidade das novas constituições, seja pelo transcurso do tempo, seja pelo caráter cambiante que ela incide.

Esta categoria não reforça e nem empodera nenhum poder especificamente, mas abre um caminho de cooperação e harmonia entre eles; confere maior legitimidade e maior grau de efetividade ao viver constitucional; a adjudicação de direitos e a política funcionam com interferência recíproca para o engajamento do constitucionalismo político e jurídico; a carta é capaz de atualizar-se por outros caminhos que não a interferência direta e literal de seu texto; está orientado a concretização dos direitos fundamentais e de desenvolvimento reclamando um olhar progressista que será afinado com o projeto político que vai afetar a realidade que ele incide; viabiliza a superação da tensão existente entre “boa governança” e “estado de direito”; é responsivo com o querer da coletividade, principalmente quanto a sua capacidade de resposta, para a promoção do desenvolvimento social e humano; ampliação do universo de atores no processo de revelação de sentido constitucional; prestigia as práticas extrajudiciais

de interpretação, principalmente daqueles oriundos dos movimentos sociais; a textura aberta das normas apresenta-se como estruturante do sistema e permitirá a recepção de espectro que é próprio das identidades das diferentes pessoas constitucionais; a construção do sentido cooperado – instituições democráticas e movimentos sociais, dentre outros, amplia o universo de aceitação da atualização do signo constitucional; desenvolve a cultura constitucional que é o elemento capaz de mobilizar as pessoas em torno do projeto constitucional que orienta as deliberações que se dão na esfera política e revela constitutivo do sentido do texto.

Enfim, a constituição que se viverá não terá como intérprete exclusivo a corte constitucional, uma vez que seu papel será também o de indutor, gestor, dos muitos agentes que integram o processo. Neste sentido, o “diálogo democrático” acaba por representar neste cenário efeitos sistêmicos de transformações no contexto social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Robert; et al. Workshop on Constitution Building Processes. In: PRINCETON WORKSHOP ON CONSTITUTION BUILDING, 2007, Nova Jersey. **Proceedings ...** Bobst Center for Peace & Justice, Princeton University, International IDEA, p.40.

BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, 2005, p.1-85. Disponível em < http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11>. Acesso em 13 de out de 2014.

BENHABIB, Seyla. On Michel Rosenfeld's The Identity of the constitutional subject. **Cardozo Law Review**, Vol. 33, 2011, p.1889.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 term - Foreword: nomos and narrative. **Harvard Law Review**, vol. 97, 1983, p. 4.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales – teoria geral**. Madrid: Universidad Carlo III de Madrid, Boletín Del Estado, 1999, p. 272.).

DEVINS, Neal; FISCHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. **Virginia Law Review**, v. 84, 1998, p.83-106 Disponível em < <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/445>>. Acesso em: 05 mai 2015.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v.84, n.2, p.257-337, Dec. 2005. Disponível em < http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/16 >. Acesso em: 05 mai 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos estados em transição política: o papel das nações unidas no resgate da ordem democrática**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales – teoria geral**. Madrid: Universidad Carlo III de Madrid, Boletín Del Estado, 1999.

MAZZONE, Jason. The creation of a constitutional culture. **Tulsa Law Review**, V. 40, 2005, p. 672. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=831927>. Acesso em 18 de mai. de 2015.

MINOW, Martha. Constituting Our Constitution, Constituting Ourselves: Comments on Reva Siegel's Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change. **California Law Review**, Vol. 94, 2006, p. 1455-1463.

POST, Robert C.; SIEGEL, B. Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack M. ; SIEGEL, Reva. (Ed.) **The Constitution in 2020**. Oxford University Press, 2013, p. 26. Disponível em <http://www.constitution2020.org/chapters/3_Democratic%20Constitutionalism.pdf>. Acesso em 15 de jun. de 2104.

PRUITT Bettye; THOMAS, Philip. **Diálogo democrático um manual para praticantes**. Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (ACDI), Instituto Internacional para la Democracia constituição la Asistencia Electoral (IDEA), Secretaría General de la OEA (SG/OEA), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2008, s/p.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 22-23.

_____. The Constitutional subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own: a replay to my critics. **Cardozo Law Review**, Vol 358, 2012, p. 1961.

SANTOS, Rodrigo Victor dos. Cláusula do não obstante: uma alternativa ao modelo institucional vigente. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB n° 9 – 2013**, p. 10285-10313. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_10285_10313.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2015.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.p. 95.

SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the facto ERA. **Yale California Law Review**, Vol. 94, 2006, p. 1323-1419. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2125&context=fss_papers>. Acesso em 30 de maio de 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Notas de aula – Grupo de pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional/UNESA. Rio de Janeiro: Universidade estácio de Sá, 26 de maio de 2015.

_____; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata Jaber (Coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. 2016. No prelo.