

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifio, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCURADOR GERAL DA
REPÚBLICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: A
PROTEÇÃO DE MINORIAS E OS CONFLITOS CULTURAIS.**

**THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE PROSECUTOR GENERAL IN THE
ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: PROTECTION OF
MINORITIES AND CULTURAL CONFLICTS**

Rodrigo Ribeiro Romano

Resumo

O presente artigo se dispõe a estruturar as condições de atuação do Procurador-Geral da República como canal de participação de minorias no debate público da questão constitucional no controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Foi procedido um estudo interdisciplinar que pondera a natureza procedimentalista da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito e a complexidade dos conflitos culturais, para fins de analisar juridicamente a legitimidade do Procurador Geral da República. Isto, pois, designado como legitimado ativo para o controle abstrato de constitucionalidade e incumbido do dever permanente de defesa do regime democrático e dos interesses sociais, o Procurador Geral da República é visto como um canal aberto de participação. Entretanto, uma abertura flexível, permitiria que terceiros não legitimados deem início a discursão de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal; uma situação problemática, notadamente em razão da complexidade inerente a questão de identidades e a manipulação simbólica por parte de atores sociais. Desta forma, dado que a atuação do Procurador Geral da República deve garantir a participação e proteção de grupos sociais; propôs o presente artigo estruturar dogmaticamente a atuação para a propositura de ação abstrata de constitucionalidade do Procurador-Geral da República, mediante identificação justificada em dúvida fundada na constitucionalidade da norma e a situação de minoria do grupo social reivindicante.

Palavras-chave: Procurador-geral da república, Controle abstrato de constitucionalidade, Proteção de minorias

Abstract/Resumen/Résumé

This article is willing to structure the Prosecutor General's performance conditions as minority interest channel in public debate of the constitutional question in the abstract judicial review before the Supreme Court. It was proceeded an interdisciplinary study that considers the proceduralist nature of Constitutional Jurisdiction in democratic rule of law and the complexity of cultural conflicts, for the purpose of legally analyze the legitimacy of the Prosecutor General. This therefore designated as active legitimized for abstract judicial review and tasked the permanent duty of defense of democracy and social interests, the Prosecutor General is seen as an open channel of participation. However, a flexible opening,

allow third parties not legitimated deem start the constitutionality of increasing discussion in the Supreme Court; a problematic situation, notably because of the complexity of the issue of identities and the symbolic manipulation by social actors. Thus, given that the performance of the Prosecutor General should ensure the participation and the protection of social groups; proposed this Article structure dogmatically acting for bringing abstract action constitutionality of the Prosecutor General, justified by identifying in reasonable doubt the constitutionality of the rule and the minority situation of the claimant social group.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prosecutor general, Abstract control of constitutionality, Protection of minorities

1 INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional tem função de relevo no Estado contemporâneo. Adotada em inúmeros países, nas diversas formas; a Jurisdição Constitucional revela-se mecanismo protetivo do sistema político democrático. Desta feita, ao promover a proteção de direitos fundamentais e o debate político, a Jurisdição Constitucional é encarada como função fundamental (embora não a única) para a proteção de grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado.

É neste contexto que diversas demandas de identidade de coletividades, fundadas em direitos e valores da Constituição, são apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, no exercício de Jurisdição Constitucional, por meio do controle de abstrato de constitucionalidade. O que está em jogo nestas demandas é o reconhecimento de particularidades (de identidades), reivindicação de direitos coletivos e a preocupação com direitos básicos de cidadania. Isto porque os atores sociais que utilizam deste expediente geralmente são expostos à desconsideração (ou até mesmo o desprezo) e a provável usurpação de direitos no espaço público. Atos de desconsideração permeiam o universo do público do cotidiano brasileiro, afundado pela notória e histórica desigualdade social, compreendidos em questões étnico-raciais, indígenas, sexuais, religiosas, de consumo, inclusão social etc.

Na sistemática do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro a demanda por reconhecimento de identidade é posta em debate através de provocação de legitimados processuais: órgãos públicos de máxima autoridade institucional e entidades representativas da sociedade civil. Dentre os órgãos públicos de máxima autoridade, verifica-se no Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público Federal, uma responsabilidade ainda maior. Isto, pois, nos termos da Constituição, o Ministério Público é prescrito como uma instituição permanente na defesa do regime democrático e dos interesses sociais. Neste sentido, a atuação do Procurador-Geral da República apresenta-se como canal de participação mais aberto que os demais legitimados, no que justifica uma atenção dogmática. Isto porque, se propõe garantir meios processuais adequados para garantir a defesa de direitos de minorias.

O presente artigo, assim, é dividido em três movimentos: a. da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira, em que se discute o fundamento da Jurisdição Constitucional no contexto de tensão entre Constituição e democracia; b. dos instrumentos de realização do controle abstrato de constitucionalidade, em que se ilustra a disciplina do legitimado para a propositura do controle abstrato de constitucionalidade; c. da propositura da ação pelo Procurador-Geral da República, em que se analisa a dogmática e o

fundamento de atuação do Procurador-Geral da República no exercício do direito de propositura do controle abstrato de constitucionalidade. Em especial, neste último momento, será procedida uma averiguação da responsabilidade pela negativa de propositura da ação perante ao Supremo Tribunal Federal, ante o compromisso de proteção de minorias.

2 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

É antiga a discussão sobre a tensão entre Constituição e Democracia. Se ao passo a Democracia é tida como o governo da maioria, um exercício de autogoverno; a Constituição é percebida como limitação ao poder de disposição da maioria, como uma limitação a debates. Deste modo, se o exercício indisciplinado da democracia pode acarretar uma tirania da maioria, pela violação de direitos de minorias (ainda que temporárias); a cristalização de princípios jurídicos pode ocasionar uma asfixia à vontade popular.

Não obstante, após o ressurgimento do Constitucionalismo no século XX, se compreende na Constituição um ponto de equilíbrio institucional de proteção de direitos e desenvolvimento da sociedade política. A Constituição dispõe sobre a forma de exercício da vontade majoritária e sobre o conteúdo mínimo a ser respeitado pelos órgãos representativos da vontade majoritária.

Em geral, nos países em que adotam um sistema de controle abstrato de constitucionalidade, os conflitos políticos são resolvidos em definitivo (não por uma maioria, mas) por uma decisão do Tribunal Constitucional. Neste sentido, cabe ao Tribunal Constitucional, enquanto interprete último da Constituição, evitar que o poder da maioria se tire (manifestado por meio de órgãos políticos), suprimindo direitos de minorias e colocando em risco o funcionamento do regime democrático.

É neste ponto em se situa a questão da legitimidade (fundamento) democrática da Jurisdição Constitucional. Isto, pois, se ao Tribunal Constitucional é órgão jurídico (cuja composição é de juízes não eleitos, mas nomeados) e se lhe é dada a última palavra institucional; o Tribunal Constitucional é o único juiz de sua própria autoridade (BINENBOJM, 2010). Trata-se do risco democrático.

2. 1 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO

Diante desta questão, se buscou algumas respostas para conferir legitimidade democrática à Jurisdição Constitucional. Tanto foram ilustradas justificativas teóricas na doutrina clássica de direito constitucional, como na Filosofia Política (sob um viés ativista ou antagônica a este).

Neste sentido, autores do direito constitucional clássico consagravam em John Locke (BINENBOJM, 2010), como justificativa teórica, a afirmação dos direitos humanos pela Jurisdição Constitucional, cujo reconhecimento independeria de previsão legal. Também foi fundamentada a legitimidade na qualidade distintiva dos poderes de formação da ordem jurídica (poder constituinte e poder constituído), pelo qual haveria uma subordinação da vontade dos governantes, na vontade do povo inscrita na Constituição, em uma democracia (DANTAS, 1996). Assim como foi levantada a questão da legitimidade pela compreensão dinâmica das normas: na concepção hierárquica de normas no ordenamento jurídico, tendo a Constituição posição no ápice da pirâmide de normas e para cuja eficácia necessita observação, para fins de validação (KELSEN, 2013).

Destaca Binenbojm (2010) que a insuficiência da explicação teórica do direito constitucional clássico residiria na superação metodológica da neutralidade do juiz (no julgamento das demandas políticas, inatas ao controle de constitucionalidade de leis) e do formalismo hermenêutico¹.

Noutro passo, na Filosofia política a questão da legitimidade da Jurisdição Constitucional foi igualmente conhecida. Autores norte-americanos como John Rawls e Ronald Dworkin ilustraram no *judicial review* uma fundamentação moral dos direitos fundamentais apta a proteção de minorias contra maiorias legislativas eventuais. Através de uma leitura moral da Constituição e de uma hermenêutica principiológica, a Jurisdição Constitucional foi legitimada pela natureza política da decisão jurisdicional. Isto porque a função jurisdicional estaria vinculada à prática de definir valores e afirmar princípios (ainda que estes princípios e valores fossem do próprio julgador).

Em contraposto, observa-se que uma leitura moral da Constituição, (em muitas vezes) resulta em decisões jurisdicionais para além da letra expressa na Constituição², motivo de subversão do sistema representativo. Neste sentido, John Hart Ely (2010, p. 117) destaca que “a preservação dos valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do

¹ Nestes termos, Binenbojm (2010, p. 61), “a questão da legitimidade democrática da justiça constitucional ficaria, assim, superada pelos mitos da neutralidade do juiz e do formalismo hermenêutico que caracterizam o positivismo jurídico”.

² Neste contexto, em oposição a metodologia própria de Dworkin em utilizar uma filosofia moral para apoiar julgamentos difíceis a razão de uma subversão do direito como ciência, Richard Posner (2012).

direito constitucional”. É que o controle judicial de constitucionalidade tem função de promover (e não negar) o sistema representativo, através da defesa do procedimento democrático que favoreça a participação e da proteção de minorias (ELY, 2010). Trata-se de uma opção procedimentalista da relação entre Constituição e Democracia.

Neste contexto procedimentalista, Jürgen Habermas pontua a harmonia dos conceitos entre Constituição e democracia; a partir da concepção de que os direitos fundamentais são condições de existência do próprio procedimento democrático, atuando como limites deliberativos. Para tanto, os direitos fundamentais seriam, pois, condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação de consensos.

Neste ponto, verifica que Habermas, ao contrário de Ronald Dworkin, não compreende a legitimidade do direito e a formação democrática da vontade da maioria na ética ou mesmo em regras consuetudinárias de convergências preliminares. A legitimidade do direito e a formação estão incrustradas em pressupostos comunicativos e procedimentos, que permitam que durante o processo deliberativo surjam os melhores argumentos (HABERMAS, 1997), aptos a consagrar consensos. Assim como em John Ely Hart (2010), é função da Jurisdição Constitucional a proteção de minorias e do procedimento democrático; no entanto, para que a Jurisdição Constitucional não se acometa como uma instância autoritária, as decisões jurisdicionais devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público (abertas a críticas da esfera pública). Isto, pois, como os destinatários das normas são os autores do direito, os cidadãos devem participar e ter voz ativa nos processos de interpretação da Constituição.

Verifica-se, assim, que o presente artigo, na tomada de posição procedimentalista da Jurisdição Constitucional, problematiza os canais de participação do debate sobre a constitucionalidade de leis. Afinal, se é certo que a função da Jurisdição Constitucional é a defesa do procedimento democrático que favoreça a participação e a proteção de minorais; o exercício jurisdicional apenas se legitima pela abertura ao debate público (TINOCO, 2014). No entanto, se questiona como deve ser estruturada esta abertura. Na esteira de Marcelo Neves (2006)³, recomenda-se uma teoria discursiva que absorva a complexidade da participação plural. É que

³ Na citada obra, Marcelo Neves (2006) reflete, através de pesquisa interdisciplinar sobre o Estado Democrático de Direito, sobre o ponto de tensão entre o paradigma sistêmico luhmanniano e a teoria habermasiana do discurso. Busca, através das divergências e complementaridades destas perspectivas, esboçar os elementos de uma teoria dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade atual, supercomplexa. Preocupa-se com a emergência de ordens jurídicas globais e de uma política mundial, e para tanto, pretende redefinir a facticidade do poder eficiente com o direito legitimador: por isto, a formula relacional entre Têmis (metáfora da justiça) e Leviatã (metáfora do poder secular efetivo).

a esfera pública como arena de dissenso apresenta-se, em princípio, inteiramente desestruturada. Ela só se torna, em certa medida, estruturada quando há perspectivas de que as expectativas, os valores, os interesses e os discursos que lhe são constitutivos sejam generalizados pelos procedimentos constitucionais. (NEVES, 2006, p. 135)

Desta feita, segundo Marcelo Neves (2006), para quando o Estado democrático de direito garante e promove o acesso equânime dos diferentes perspectivas, valores e interesses no procedimento político e jurídico; este Estado se legitima. Para tanto, apenas é possível uma esfera judicial pluralista, quando há um “consenso em torno das regras procedimentais do jogo democrático do Estado de Direito” (NEVES, 2006, p. 149).

Isto, pois, na medida que interesses, valores e discursos que integram o aparato identitário de grupos minoritários somente são passivos de serem debatidos quando podem ser transportados para o discurso oficial do órgão judicial; é preciso, assim, no objetivo do presente artigo, estruturar juridicamente o canal de participação de minorias identitárias no debate público da questão constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, notadamente, o legitimado para a propositura do controle abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, antes de adentrar na questão propriamente jurídica, é mister elucidar algumas premissas peculiares ao estudo dos conflitos culturais de identidade.

2. 2 DA PROTEÇÃO DE MINORIAS E DOS CONFLITOS CULTURAIS DE IDENTIDADE

Os conflitos culturais de identidade, peculiares a sociedade plural, motivam demandas jurisdicionais de todas as formas e finalidades. São discursões complexas de atores sociais que buscam um reconhecimento no espaço público ou benefícios atrelados ao seu modo de vida; veiculadas sob o fundamento de proteção de minoria. É preciso, assim, analisar, sob o foco da perspectiva dos estudos culturais em um cenário pós-moderno, contornos da questão da identidade (e das lutas pela identidade).

O cenário pós-moderno, globalizado, permitiu o surgimento de diversas propostas de identidade que pôs em declínio velhas identidades (sujeitos coletivos construídos pela referência à nação ou a classe social). Trata-se de identidades de caráter eminentemente processual e que rechaça a antiga concepção moderna, concebida como uma estrutura uniforme, fixa e permanente que visava dar uma referência estável do mundo social. Segundo Stuart Hall (2011), o sujeito na pós-modernidade - antes concebido como uma identidade

unificada e estável - se fragmentou. Para tanto, na pós-modernidade se verifica um novo processo de identificação, concebido como histórico, provisório e problemático.

Esse processo produz o sujeito pós-moderno, conceptualizado como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma ‘celebração móvel’: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam (Hall, 2011). É definida historicamente, e não biologicamente. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um ‘eu’ coerente. (HALL, 2011, p. 13).

A proposta de identidade assumida pelo presente artigo possui um caráter discursivo e pragmático. Isto, pois, as identidades são pontos de apego temporário às posições de sujeito construídas nas práticas discursivas (HALL, 2012). O sujeito, então, é produzido como um efeito do discurso e no discurso - e neste ponto, não se apresenta como uma existência autônoma (característica da noção de sujeito coletivo).⁴

Visto que produzida no discurso, a identidade é construída a partir de uma situação relacional com a diferença, de mutua-determinação, ativamente produzida.⁵ É que a diferença não é um algo derivado da figura da identidade – nesta perspectiva, a identidade seria um ponto de referência a partir do qual se construiria a diferença.^{6 7}

Ocorre que a relação entre identidade e diferença – até mesmo porque assume a instabilidade da linguagem – não é simétrica. Isto porque sua representação é referida a uma relação social, e, conseqüentemente, sua definição está sujeita a relações de poder entre os

⁴ Alias, segundo Peter Sloterdijk (2002) a concepção da coletividade como sujeito somente nasce em Hegel, para quando esta (coletividade) deixa de ser substância e passa a apresentar uma vontade. Antes de ser teorizada como sujeito, a coletividade como substância – e percebida como multidão homogeneizada de súditos – deveria ser racionalmente submissa a um soberano estatal e tecnicamente modernizado. Desta feita, é na possibilidade de ser sujeito que reside na coletividade uma potência de emancipação política, que, embora não tenha uma relação de necessidade com a sua constituição (ou seja, não é um dado a priori), deve ser perseguida.

⁵ Assim, também se rechaça - na linha de Carlos Guilherme O. do Valle (2012) - a simplificação do universo jurídico de identidade que supõe a qualidade de ser própria a uma coisa, causa ou pessoa. E, portanto, se situa conceitualmente, segundo Pierre Bourdieu (2010) em termos relacionais, ou melhor, por intermédio das relações no mundo social.

⁶ Sob esta perspectiva, a identidade seria uma descrição do normal e a diferença, tudo aquilo que não seria normal.

⁷ Tomaz Tadeu da Silva (2012), situando o processo de identidade-diferença em uma estrutura teórica pós-estruturalista, cita Jacques Derrida para enfim, trazer para esta relação o caráter instável e indeterminável da linguagem. Isto porque o signo (que garante um significado e sentido à identidade) é não uma presença (não é a coisa pelo qual o signo refere-se); é uma promessa da coisa referida. Neste diapasão, a impossibilidade de presença da coisa obriga ao signo a depender de um processo de diferenciação: “Derrida acrescenta a isso, entretanto, a ideia de traço: o signo carrega sempre não apenas o traço daquilo que ele substitui, mas também o traço daquilo que ele não é, ou seja, precisamente da diferença”. Desta forma, “significa que nenhum signo pode ser simplesmente reduzido a si mesmo, ou seja, a identidade” (SILVA, 2012, p. 79). A identidade, portanto, carrega sempre o sentido da diferença, ilustrado no conceito de *différance* de Derrida (apud. SILVA, 2012).

atores sociais. Para Tomaz Tadeu da Silva (2012) a afirmação de uma identidade e a marcação da diferença implica operações de exclusão e inclusão – que por sua vez, reclama uma associação do que é uma identidade normal e do que é anormal. Deste modo, a fixação de uma identidade tanto pode oscilar em um movimento de tentativa de estabilização de uma identidade; como em tentativa de subversão ou desestabilização de outra identidade.

Neste passo, para consideração do processo de construção de identidade, até mesmo porque é fundamentada em elemento do espaço social-cultural,⁸ os elementos naturais e não naturais são incluídos na noção de identidade-diferença, são, pois, manipulados discursivamente pelos atores e reorganizados em razão da identidade discursiva. Manuel Castells (1999) apresenta estrutura analítica segundo a qual: “quem” constrói a identidade coletiva e “qual” a utilidade desta identidade é determinada pelo conteúdo simbólico desta identidade, como pelo significado para aqueles que se identificam ou que se excluem. Assim - e como a construção de identidade é marcada por relações de poder – o autor propõe três formas e origens de construção de identidades: uma identidade legitimadora, cuja origem está vinculada às instituições dominantes, com a finalidade de expandir e racionalizar a dominação de atores sociais; uma identidade de resistência, geradas por atores sociais que estão em posição de discriminação e de desvalorização, com a finalidade de construir verdadeiras trincheiras de resistências; e uma identidade de projeto, produzida por atores sociais que partem de materiais culturais de que tem acesso, para resignificar sua posição na sociedade.

Desta forma, porque a identidade reside na continua construção de sujeitos discursivos, marcada pelo processo de exclusão e inclusão; a identidade é problemática – e merece, inclusive, ser conhecida no canal de abertura do controle abstrato de constitucionalidade pelo legitimado processual. Pensar em identidade, portanto, é pensar em identidade contestada.

Isto porque não se pode olvidar que a afirmação de uma identidade em um espaço público consiste em uma política de identidade – inclusive como proposta de recrutamento de sujeitos. Segundo Kathryn Woodward (2012, p. 34-35) a política de identidade consiste “em afirmar a identidade cultural das pessoas que pertencem a um determinado grupo oprimido ou marginalizado” e envolve tanto a “celebração de sua singularidade cultural de um determinado grupo, bem como a análise de sua opressão específica”.

⁸ Neste contexto, Fredrik Barth (2000) que considera a realidade das pessoas como sendo culturalmente construída, “composta de construções culturais, sustentadas de modo eficaz tanto pelo mútuo consentimento quanto por causas materiais inevitáveis.”. Fundamenta o autor, inclusive, que os dados naturais são meros reflexos de seus próprios pressupostos.

Desta feita, a partir da ilustração, verifica-se que o conceito de identidade é relativo, e, como se realiza mediante uma manipulação simbólica pelos atores sociais, o acoplamento da demanda à noção de minoria é problemática. Não é automático. Assim, deve-se imputar um dever de esclarecimento dos elementos que estão em jogo para a demanda identitária pelo legitimado processual que pugna pelo exercício do controle abstrato. O canal de acesso a discussão pelo Supremo Tribunal Federal não deve ser desacoplado de um controle de razoabilidade da demanda identitária, notadamente quando o legitimado processual é uma entidade administrativa.

3 DOS INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em diante, e após auxílio da Filosofia política para esclarecer a questão da legitimidade da função do Tribunal Constitucional e da Antropologia social para questionar e relativizar a noção de minoria em conflito cultural; o presente artigo irá se concentrar na análise jurídica do canal de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, através do legitimado processual.

Comumente, a doutrina classifica o controle de constitucionalidade exercido no Brasil como um sistema misto. Trata-se de sistema que engloba elementos do sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Neste sentido, o ordenamento jurídico pátrio confere aos todos os juízes investidos de Jurisdição brasileira a conhecer da questão de inconstitucionalidade e julgá-la⁹; ao passo que também confere poderes para que o Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, julgue a constitucionalidade das leis. O controle, pois, é concentrado porque exercido pela via de ação perante um órgão Constitucionalmente definido, no caso, um órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Ainda no tocante aos critérios classificatórios, a partir da distinção do modo do exercício do controle, o controle classifica-se em controle por via incidental ou controle por via principal ou controle abstrato ou concreto. Neste contexto, pontua Dirley da Cunha Júnior (2006) que o controle pode ser por via incidental, quando é provocado por meio de exceção ou defesa; via principal, quando a provocação é através de ação direta; abstrato, quando a

⁹ Segundo registro de Ivo Dantas (1996), o controle difuso de constitucionalidade foi instituído no Brasil pelo gênio de Rui Barbosa e positivado no ordenamento pátrio a partir da Constituição provisória (Decreto nº 510 de 22.6.1890 em seu art. 58, §1, b), seguido pelo Decreto nº 848 de 11.10.1890, art. 9) que organizou a Justiça Federal, pelo Regimento interno do Supremo Tribunal Federal e pela Lei nº 221 de 20.11.1894 que organizou a Justiça Federal na vigência da Constituição de 1891.

impugnação da constitucionalidade é realizada independentemente de um litígio; e concreto, quando a questão constitucional é ventilada a partir de um litígio, um caso concreto.

O direito positivo brasileiro adota uma proposta de controle jurisdicional tanto difuso e concentrado, quanto concreto e abstrato.¹⁰ Neste sentido, é corrente na doutrina jurídica brasileira (CUNHA JUNIOR, 2006) distinguir: que no controle difuso e concreto a questão constitucional é questão prejudicial (situada na causa de pedir), na medida em que deve ser decidida pelo órgão judicial antes do julgamento da controvérsia concreta submetida (do litígio); e que no controle concentrado e abstrato, a questão constitucional é principal, porque se relaciona com o objeto da demanda.

O controle abstrato de constitucionalidade foi inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº16/1965 à Constituição de 1945, pela denominada representação de inconstitucionalidade¹¹, e dispõe, na Constituição de 1988, dos seguintes mecanismos de controle: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, primeira parte, da Constituição); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, segunda parte, da Constituição); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da Constituição); e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da Constituição).

A disciplina da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão encontra-se regulamentada na Lei Federal nº 9.868/1999 e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na Lei Federal nº 9.882/1999.

3.1 DOS LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

É certo que a Constituição de 1988 ampliou os legitimados com direito de propositura de ações no controle abstrato de constitucionalidade. No regime constitucional

¹⁰ Embora na tradição jurídica brasileira se perceba como vinculante a aparente associação entre controle concentrado e abstrato e controle difuso e concreto; Leonardo Martins (2011) destaca que o sistema de controle de constitucionalidade alemão, por exemplo, é concentrado (de competência exclusiva do Tribunal Constitucional Federal), cujo exercício tanto pode ser abstrato, como concreto.

¹¹ Isto porque, anteriormente foi consagrada à Constituição de 1934 a representação interventiva, uma modalidade de decretação de intervenção federal subornada a prévia aferição judicial de violação a princípios sensíveis da Constituição, pelo Supremo Tribunal Federal. Atesta Gilmar Mendes (2007, p. 69), em que pese a doutrina à época admitir como forma de controle em tese de normas, que a representação interventiva “pressupunha uma alegação de ofensa (efetiva ou aparente) a um princípio sensível e, portanto, um peculiar conflito entre a União e o Estado, destinava-se o novo processo à defesa da Constituição contra as leis inconstitucionais”. Desta feita, “ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas depende de qualquer interesse específico, sendo-lhe estranha mesmo a ideia de interesse jurídico a ser protegido”.

anterior, figurava como legitimado processual para a então representação de inconstitucionalidade apenas o Procurador-Geral da República. A ampliação do rol de legitimados (art. 103, incisos I a IX da Constituição Federal) representou consoante Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 155), “a possibilidade de que qualquer segmento social submetesse questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal”.

Nos termos do art. 103 da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004)¹² podem propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Trata-se de mesmo rol de legitimados ilustrado pelo art. 2º da Lei Federal nº 9.868/1999. A mesma lei dispõe de idêntico rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 12-A da Lei Federal nº 9.868/1999). De igual forma, a Lei Federal 9.882/1999 reproduz no art. 2º, I, o mesmo elenco de legitimados para a propositura da Arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹³

É comum na tradição jurídica brasileira a concepção¹⁴ de que no controle abstrato de constitucionalidade, resolve-se apenas questão de direito¹⁵, uma antinomia normativa em razão da hierarquia (CUNHA JUNIOR, 2006). E, para tanto, em razão desta proposição (de controle abstrato de constitucionalidade), se faz coerente (por decorrência lógica) a constatação da ideia de processo objetivo (processo sem partes, destinado à eliminação de ato

¹² A alteração pela Emenda Constitucional nº 45/2004 acompanhou a então jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 140/457) e o art. 2º, IV e V da Lei Federal 9.868/1999 que ilustrou a legitimidade ativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Distrito Federal para propositura de ADIN e ADC, no exercício de competência estadual (ADIN nº 645-2, relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 21.02.1992).

¹³ Merece nota, o veto presidencial ao inciso segundo do art. 2, II, da Lei Federal nº 9.882/1999 que atribuía a qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo Poder Público, a legitimidade para o manejo de ADPF.

¹⁴ E não apenas na tradição jurídico-doutrinária brasileira, em Portugal, Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 23) destaca-se que a aceção, a partir de uma reflexão sobre a natureza jurídica do instituto, de que no controle do tipo abstrato, “impugna-se o acto em si mesmo considerado, independentemente da sua aplicação a qualquer situação concreta”.

¹⁵ Entretanto, em que pese à proposição de que no controle de constitucionalidade (notadamente o) abstrato o órgão jurisdicional não conhece de “questão de fato”; a complexidade social e proteção de minorias (enquanto fundamento para a legitimidade de uma jurisdição constitucional democrática) pugnam por entendimento diverso. Desta feita, Gilmar Ferreira Mendes (2000) aponta, a partir de uma concepção de sociedade aberta e da defesa de direitos de minorias, a possibilidade de controle de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Argumenta que a leitura tradicional do controle abstrato que destaca o controle no mero contraste entre a norma questionada e a norma constitucional, impede que o Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, conheça de fatos controvertidos e ou que demandam dilação probatória.

normativo contrário a constituição) – isto porque, no controle abstrato não há partes confrontantes, nem lide.^{16 17}

Sendo o processo objetivo um processo sem sujeitos, não se cogita a defesa de um interesse do requerente, mas a simples guarda e defesa da Constituição. De modo que, “a intenção inequívoca do constituinte foi a de ampliar, e não de restringir, o acesso a jurisdição” (BINENBOJM, 2010, p. 143).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal aponta algumas mitigações ao acesso irrestrito, consistente na pertinência temática. Trata-se de requisito específico que permite que alguns legitimados possam propor o controle abstrato; compreendido como correlação entre as prerrogativas e fins institucionais do órgão ou da entidade para propositura da ação com o ato normativo questionado. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal distingue dois tipos de legitimados para propositura do controle abstrato: legitimados plenos universais ou incondicionados para cuja atuação está ligada a defesa da ordem jurídica como um todo, e para tanto, se dispensa o requisito da pertinência temática (como o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional); e, legitimados condicionados, para cuja atuação exige a demonstração do interesse em agir em cada propositura e se exige pertinência temática (como os Governadores de Estado e do Distrito Federal, as Mesas de Assembleia Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional) (BINENBOJM, 2010). Ainda como mitigação a propositura, exige o Supremo Tribunal Federal de algumas entidades, a verificação da capacidade postulatória (das entidades dos incisos VIII e IX do art. 103 da Constituição Federal)¹⁸.

¹⁶ Neste contexto, Edilson Pereira Nobre Junior (2011, p. 30), para quem no controle abstrato de constitucionalidade italiano se verifica um processo subjetivo, “tanto por concernir ao recorrente delimitar a matéria da contenda quanto pela faculdade daquele em desistir do prosseguimento da controvérsia, o que denota seu caráter disponível”.

¹⁷ Neste sentido, relata Gilmar Ferreira Mendes (2004) que ainda na vigência da Representação de Inconstitucionalidade (instituída pela Emenda Constitucional nº. 16/1965) havia no Supremo Tribunal Federal uma identificação do controle abstrato de normas como processo objetivo. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal na Representação nº. 1.106/SP, relator Ministro Moreira Alves, DJ 26 out/1979, destacava no controle de constitucionalidade abstrato: “trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o titular dela – e árbitro da conveniência da sua propositura – é um órgão político (o Procurador-Geral da República), e a competência exclusiva para processá-la e julgá-la cabe ao Supremo Tribunal Federal como cúpula dos poderes”.

¹⁸ STF, ADI nº 127-AL, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 4.12.1992

De todo modo, para instaurar o controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal é bastante a existência de um interesse público de controle¹⁹. Ou seja, o direito de propositura por um dos legitimados não é um canal de participação aberto, sem filtros; a reivindicação por uma inconstitucionalidade enseja a presença de interesse público²⁰. Sendo certo que o direito de propositura do controle abstrato de inconstitucionalidade, na lição de Alfredo Buzaid (1986), é um direito de ação.

Por fim, ainda deve ser registrado que o legitimado para propositura do controle abstrato, além de ser o autor da ação, age como substituto processual (BUZOID, 1986); ou seja, age em nome próprio mas por interesse alheio - interesse da coletividade de eliminar atos inconstitucionais. No que se torna evidente o grau de reponsabilidade da atuação do legitimado: seja propondo adequadamente a ação (atendendo a requisições de grupos sociais, conformando-as as pressupostos processuais e traduzindo as requisições à linguagem jurídica do discurso no Supremo Tribunal Federal), seja fazendo mão dos melhores argumentos e das técnicas processuais dispostas para a defesa da Constituição.

3. 2 DO PAPEL DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA NA REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

No regime constitucional de 1945 e durante toda a vigência da Constituição de 1967, o único canal de acesso de grupos, atores sociais e entidades políticas ao controle abstrato de constitucionalidade (ação de representação de inconstitucionalidade) foi através do Procurador-Geral da República.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, por meio da Emenda Constitucional nº. 16 de 6.12.1965, foi instituída (art. 2º, 'k') a representação de inconstitucionalidade, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para “processar e julgar originalmente a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhados pelo Procurador-Geral da República”.

Uma vez que existia somente um único legitimado para propositura do controle, imperava em sede doutrinária (no que ao depois, foi alvo de justificação na jurisprudência e no regimento interno do Supremo Tribunal Federal) o questionamento acerca da obrigatoriedade da arguição pelo Procurador-Geral da República das diversas representações de inconstitucionalidades normativas.

¹⁹ STF, ADI nº. 79, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ*, 12 set. 1989

²⁰ Hans Kelsen (2013) atesta que a União e os Estados Federativos possuem, com a propositura do controle, o interesse na constitucionalidade.

Pois bem, segundo o art. 2º da Lei Federal 4.337/1964²¹, que regulamentava a arguição de inconstitucionalidade, do conhecimento da inconstitucionalidade mediante representação, o Procurador-Geral da República teria prazo de 30 dias para propositura do controle abstrato.

Nestes termos, entendia-se que o Procurador-Geral da República restaria obrigado a apresentar a arguição de inconstitucionalidade, não obstante discordasse. Isto porque, compreendia-se que, acaso o Procurador-Geral da República negasse a representação, estaria exercendo função jurisdicional, negando provimento (FROEHLICH; HAMMES, 2009).

Noutro passo, havia outro entendimento de que o Procurador-Geral da República detinha discricionariedade para apresentar a representação como arguição, ou não; visto que seria o único legitimado para promovê-la.

Destacava-se ainda uma posição intermediária de Celso Bastos, na qual se vislumbrava a qualidade da representação feita ao Procurador-Geral da República, se promovida por uma pessoa jurídica de direito público ou por pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado. Acaso a representação fosse procedida por uma pessoa jurídica de direito público, caberia, obrigatoriamente, o Procurador-Geral da República encaminhar a representação ao Supremo Tribunal Federal; do contrário, se procedida por uma pessoa jurídica de direito privado ou pessoa física, caberia ao Procurador-Geral da República exercer discricionariamente encaminhando ou não a representação (apud CLÉVE, 2000).

O certo é que, segundo Gilmar Mendes (2007, p. 81),

não raro, limitava-se ao Procurador-Geral da República a encaminhar, ao Tribunal, requerimento formulado por um órgão constitucional ou por qualquer cidadão, aderindo as fundamentos expedidos ou simplesmente ressaltando que se lhe afiguravam relevantes as razões deduzidas.

Embora esta questão tenha sido superada com a Constituição de 1988, pela abertura do canal de participação do debate sobre a constitucionalidade do ato (seja pelo novo rol de legitimados, seja, inclusive, pela inserção como *amicus curiae*, art. 7º, §2º da Lei Federal nº 9.868/1999); a atuação do Procurador-Geral da República no acolhimento de representações deve ser criteriosa. É preciso, pois, identificar na representação um interesse público, fundando na dúvida sobre a inconstitucionalidade na norma.

²¹ “Art. 2º Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal.”

4 DA PROPOSITURA DA AÇÃO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Nos termos da Constituição e das leis 9.868/1999 e 9.882/199, o Procurador-Geral da República é legitimado para propor ação para inaugurar p controle abstrato (ADIN, ADC, ADIN por omissão ou ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal.

Não obstante iniciativa de atuação oficiosa, o Procurador-Geral da República pode ser instado à propositura da ação em razão de representação de órgãos públicos, entidades administrativas não contempladas no rol de legitimados ativos ou grupos sociais. A representação de grupos sociais é fundada no direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição).

Segundo Marconi Falconi (2014), por meio da legitimidade do Procurador-Geral da República para propositura do controle abstrato de constitucionalidade, todo o Ministério Público está representado (em virtude da noção de unidade institucional ministerial).

Entretanto, e ainda porque o Ministério Público atua na proteção de interesses coletivos (e nestes, se incluem interesses de coletividades sociais marginalizadas), resta como justificativa para a presença do Procurador-Geral da República (além, claro, da tradição institucional) no rol dos legitimados ativos, a tutela coletiva do ordenamento jurídico (FALCONI, 2014). É que para o citado autor (FALCONI, 2014, p. 171), o Procurador-Geral da República estaria “representando toda a sociedade”. Não se pode concordar com esta última justificativa. Isto porque o conceito de sociedade é totalitário, holístico (SIMMEL, 2006), e que, por sua vez, significa o vontade da maioria inscrita na lei. Ora, se é certo que a função da Jurisdição Constitucional é a proteção de minorias, a representação da sociedade (dos elementos comuns e não marginalizados) para exercício do controle como um todo significaria um contrassenso.

Então, de certo que, assumindo o presente artigo a posição de que o Procurador-Geral da República tem como função na propositura do controle abstrato ou (a) a representação dos interesses do Ministério Público ou (b) a representação de interesses coletivos de diversos grupos sociais ou de entidades administrativas; o papel do Procurador-Geral da República não é propor as ações de forma arbitrária, mas avaliar nos dissensos sociais e ministerial, a relevância do interesse público da controvérsia constitucional.

Isto porque, quando o Procurador-Geral da República não atua de forma espontânea para deflagrar o controle de constitucionalidade; os interessados na propositura dispõem de um procedimento de representação destinado a convencer o Procurador-Geral da República de que atue propondo o controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal. A resposta do

Procurador-Geral da República que justifique propositura da ação pela representação do interessado é ato discricionário.

4. 1 DO JUÍZO DE DISCRICIONARIEDADE DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Como exposto, a partir da representação de um interesse ministerial ou de um interesse de grupos sociais ou de outras entidades administrativas, o Procurador-Geral da República se convence da relevância da questão sobre a inconstitucionalidade e deflagra a ação perante o Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, na existência de um procedimento para o convencimento do Procurador-Geral da República, é de se observar que o canal de participação do debate sobre a constitucionalidade normativa não é de todo aberto, requer motivação. Assim como, em contraponto, o arquivamento arbitrário da representação poderá significar lesão a direitos institucionais (ministeriais) ou de administrados.

Como dito anteriormente, antes da Constituição de 1988 era praxe do Procurador-Geral da República deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade a partir de qualquer representação. Apresentava-se a representação por inconstitucionalidade de ato, e, no entanto, se requeria ao Supremo Tribunal Federal pela improcedência do pedido. Tal prática, como informa Gilmar Mendes (1997), ainda na vigência da Constituição de 1988, continuou.²²

Entretanto, com o tempo, o Supremo Tribunal Federal passou a proceder um controle da propositura da ação pelo Procurador-Geral da República; destacando que o ajuizamento por este legitimado deve ser feito de forma criteriosa, evitando assim, que terceiros não legitimados deem início a discursão de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1.708-7/MG, Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 27.11.1997).

Nos termos do voto do Ministro relator, Marco Aurélio, a petição inicial apresentada pelo Procurador-Geral da República não atendia aos requisitos processuais mínimos, visto que se apresentara como uma mera formalidade para contornar o rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, por meio de um terceiro. Para tanto, o Ministro relator justificou uma necessidade de contornar a antiga flexibilidade de acesso de reivindicações por meio do Procurador-Geral da República.

²² Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal admitiu em 1992 ADIN proposta pelo Procurador-Geral da República, na qual este limitava-se a ressaltar “a relevância da questão constitucional pronunciando-se, a final, pela sua improcedência” (ADIN nº 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 29.04.1992).

Desta feita, é preciso verificar a regularidade da expedição do ato discricionário do Procurador-Geral da República que antecede a petição inicial do ação de controle abstrato e justifica o convencimento do interesse público da constitucionalidade do ato do Poder Público, por meio da representação de grupos sociais²³.

Primeiramente, justifica-se que o ato de convencimento do Procurador-Geral da República na representação é discricionário; não se trata de um juízo de juridicidade. Isto, pois, em que pese a polêmica na qual este artigo não irá se adentrar, sobre qual dos Poderes do Estado brasileiro (Executivo, Legislativo e Judiciário) integra o Ministério Público; o juízo de juridicidade se distingue do juízo de discricionariedade. Ao passo que o juízo de juridicidade é próprio da função jurisdicional e diz respeito ao processo de aplicação das leis pela concretização normativa dos enunciados do direito positivo (FRANÇA, 2000); no juízo de discricionário, há coexistência entre o juízo de oportunidade e de juridicidade, posto ser “um processo jurídico de decisão que admite a inserção controlado de elementos políticos na formação e concretização da norma jurídica” (FRANÇA, 2000, p. 40).

Consoante Vladimir da Rocha França (2000), a discricionariedade é um processo decisório de natureza político-jurídica, mediante o qual uma autoridade pública a fim de concretizar um provimento normativo, faz uso de critérios de conveniência e oportunidade na análise da realidade social. Desta feita, na análise dos elementos do ato discricionário de convencimento do Procurador-Geral da República, construídos pela convivência do juízo de juridicidade com o juízo de oportunidade, é imprescindível que o motivo²⁴ do ato consista no reconhecimento de que a situação veiculada pela representação apresente uma controvérsia constitucional ou dúvida fundada sobre a constitucionalidade da norma (MENDES, 2007)²⁵.

E, não apenas deve haver o reconhecimento da dúvida fundada sobre a constitucionalidade da norma; para fins de representação promovida por grupos sociais, motivado por conflitos culturais, é mister que o Procurador-Geral da República (no pressuposto fático do ato) certifique de que a demanda se trata de uma reivindicação de

²³ Destaca Marconi Falconi (2014) que para quando a representação ao Procurador-Geral da República é feita no interesse ministerial, por quaisquer dos colegiados da administração superior do Ministério Público, em razão da unidade, resta obrigatória a proposição do controle abstrato. Ao passo que, ainda no interesse ministerial, nas representações individuais, na potencialidade de conflitos entre órgãos monocráticos, é conferido ao Procurador-Geral da República uma ampla discricionariedade para propositura da ação.

²⁴ O motivo do ato compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam o ato administrativo. Como ilustra Vladimir da Rocha França (2007, p. 79), “o *motivo material* (ou *pressuposto de fato*) representa o evento demarcado – no fato jurídico administrativo (antecedente da regra administrativa constante no ato) – pela autoridade administrativa como relevante para o interesse público”. Em relação ao pressuposto de direito, “abrange a norma jurídica que autorizou ou obrigou a expedição do ato administrativo” (FRANÇA, 2007, p. 79).

²⁵ Isto, pois, conforme Gilmar Mendes (2007), a controvérsia constitucional ou dúvida fundada sobre a constitucionalidade das normas consiste em pressuposto processual objetivo implícito ao controle abstrato das normas.

minoria. Isto porque, como dito, os atores sociais manipulam discursivamente regras e símbolos, no que torna a identificação da demanda como minoritária, problemática e relativa. Nem toda reivindicação social fundada em conflito cultural diz respeito a demandas de minorias.

Sendo assim, para que se convença da propositura do controle abstrato a partir de uma representação de grupos sociais, é oportuno que o Procurador-Geral da República identifique na demanda uma dúvida fundada na constitucionalidade da norma e reconheça que a marginalização decorrente dos efeitos normativos, pelo grupo social, o qualifique como minoria.

Tais motivos devem ser ilustrados em motivação, até mesmo porque, o arquivamento da representação pode constituir em uma restrição a um interesse coletivo (em sentido amplo) do grupo social. Neste sentido, como prescreve o art. 50, I, da Lei Federal nº 9.784/1999²⁶, cabe ao Procurador-Geral da República motivar o arquivamento destacando a inexistência de dúvida à constitucionalidade do ato ou desqualificando a reivindicação como minoritária (haja vista a manifesta abusividade do pleito). Afinal, conforme Vladimir da Rocha França (2007, p. 112), “ainda que o ato administrativo seja ampliativo – ou seja, implique a outorga de direitos ou a satisfação de interesses individuais -, o dever de motivação se impõe caso a decisão possa atingir de frente os direitos coletivos ou difusos”

Deste modo, resta consagrado o interesse público que motiva o direito de representação do legitimado para propositura do controle abstrato, Procurador-Geral da República. Afinal, a concepção de interesse público não é dada *apriori*, apresenta-se, pois, como resultado de um processo de produção e aplicação do direito (JUSTEN FILHO, 2005); uma vez que sua significação está atrelada a noção de interesse difuso da coletividade (FRANÇA, 2007) e interesses individuais e particulares (BINENBOJM, 2008).

Verifica-se, assim, que a propositura do controle abstrato, pelo Procurador-Geral da República, não é de todo modo vinculada e obrigatória à representação de grupos sociais. É discricionária²⁷. E depende de uma avaliação oportuna da dúvida fundada sobre a constitucionalidade do ato e do reconhecimento da demanda como minoritária. Logo, uma vez motivado, um pretense arquivamento da representação poderá consistir em ato inválido, no que ensejaria controle administrativo.

²⁶ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

²⁷ Nestes termos, Pedro Moniz Lopes (2011, p. 205), define que “a vinculação ou discricionariedade tem, portanto, a ver com a abertura da norma de conduta que parametriza a decisão administrativa sendo que apenas nesse plano se poderá dizer que, face a uma norma-parâmetro com alternativas de decisão, o acto é discricionário e, face a uma norma-parâmetro sem alternativas de decisão, o acto é vinculado”.

4. 2 DO COMPROMISSO COM A PROTEÇÃO DE MINORIAS E DA RESPONSABILIDADE CIVIL E POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Como exposto, o presente artigo sustenta que a propositura do controle abstrato de constitucionalidade pelo Procurador-Geral da República deve-se pautar pela análise criteriosa da representação veiculada por grupos sociais, notadamente na proteção de interesses de minorias (função basilar da Jurisdição Constitucional).

Em que pese a existência de outros legitimados, o Procurador-Geral da República, diante da autonomia e independência institucional aproxima-se mais do defensor da Constituição, entendido por Hans Kelsen (2013). Explica o autor que para propositura do controle se requer uma espécie de “defensor da Constituição junto ao tribunal constitucional, o qual, como ministério público no processo penal, introduziria *ex officio* o processo do controle de constitucionalidade dos atos que estimasse irregulares”. Explica Hans Kelsen (2013, p. 175) que o “titular de tal função deveria ser revestido de todas as garantias imagináveis de independência, tanto em relação ao governo como em relação ao Parlamento”.

Gustavo Binenbojm (2010, p. 145) destaca que a proteção de minorias é garantida pelo partido político com representação no Congresso Nacional, enquanto entidade legitimada. Neste sentido,

a legitimação ampla conferida pela Constituição aos partidos políticos, ainda quando extremamente minoritários, afigura-se como medida salutar de preservação das diferentes minorias existentes na sociedade, que muitas vezes só encontram em tais partidos o espaço necessário para a defesa de seus ideais e interesses.

Ocorre que nem sempre, demandas de grupos sociais fazem pautas de programas partidários, notadamente as fundadas em processos identitários, dada a sua especificidade; no que torna mais qualificado o Procurador-Geral da República enquanto canal de participação.

Marconi Falcone (2014) destaca-se ainda, como forma de fundamentação democrática da própria legitimação do Procurador-Geral da República (e como forma de solidificar o diálogo com a esfera pública), o uso do recurso da audiência pública para formação dos fundamentos da postulação (através das deliberações).

Por fim, diante da sindicabilidade da discricionariedade, e, sendo discricionário o ato administrativo do Procurador-Geral da República de convencimento da representação por grupos sociais; é mister apresentar formas de controle jurídico em razão do arquivamento.

Como explicado, na motivação da resposta à representação, o Procurador-Geral da República poderá determinar o seu arquivamento, acaso não se convença da dúvida sobre a constitucionalidade do ato impugnado ou de que a demanda postulada representa interesse de uma minoria. Inexistindo motivação neste sentido, ou, estando a motivação equivocada (por erro de fato ou erro de direito), verifica-se vício do ato quanto ao motivo, passível de controle (FRANÇA, 2007).

Na hipótese de arquivamento, caberá ao grupo social três opções: encaminhar nova representação, desta feita, apresentando novas razões aos motivos que habilitam a propositura da ação (como novas provas sobre a dúvida constitucional ou razões sobre a ameaça de direito coletivo); encaminhar a demanda a outros legitimados; ou impetrar, considerando o vício no motivo, mandado de segurança contra ato do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “d” da Constituição).

Entretanto, ainda em virtude do arquivamento e a considerar a existência de dolo, caberia ao Procurador-Geral da República responder por crime de responsabilidade (art. 40, 2, da Lei Federal nº 1.079/1950)²⁸. Isto porque, o Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº. 2138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j.13.06.2007 cristalizou o entendimento de que a Constituição Federal não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos e ocupantes do alto escalão.

Destaca-se, por fim, acaso o arquivamento cause dano direito a terceiros, entende-se por cabível a responsabilidade civil do Estado por ato do Procurador-Geral da República no exercício de sua função de titularidade de um interesse público, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição ²⁹ (CAHALI, 2007). É que, segundo Yussef Said Cahali (2007), no reconhecimento do dolo ou fraude, imputa-se a pessoa do Procurador-Geral da República a responsabilidade pelos danos diretamente ocasionados, no que se aplica o art. 85 do CPC. ³⁰

5 CONCLUSÃO

²⁸ Art. 40. São crimes de responsabilidade do Procurador Geral da República:

2 - recusar-se a prática de ato que lhe incumba;

²⁹ “§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

³⁰ “Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.”

O presente artigo se propôs a estruturar juridicamente o canal de participação de minorias identitárias no debate público da questão constitucional no controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal através do Procurador-Geral da República. Apoiou, para tanto, em duas premissas para além do direito: a legitimidade de Jurisdição Constitucional de raiz procedimentalista e a complexidade dos conflitos culturais.

Assim, dada a natureza do ato discricionário da resposta à representação, caberá ao Procurador-Geral da República de forma motivada, se convencer pela presença de dois reconhecimentos: dúvida fundada na constitucionalidade da norma e situação de minoria do grupo social reivindicante.

Deste modo, se assentou, para tanto, um dever do Procurador Geral da República, a partir do compromisso de proteção de minorias, de encaminhar de forma fundamentada (sob o melhor argumento e nos rigores dos pressupostos processuais do controle abstrato de constitucionalidade) as representações apresentadas por grupos sociais. Por este modo, se regulamenta na atuação do Procurador Geral da República, uma garantia adequada para a defesa de direitos de minorias.

REFERÊNCIAS

- BARTH, Fredrik. A análise da cultura nas sociedades complexas. In: LASK, Tomke (org.). **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000;
- BINENBOJM, Gustavo, **Uma teria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ed. São Paulo: Renovar, 2008;
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ed. São Paulo: Renovar, 2010;
- BOURDIEU, Pierre, **O Poder Simbólico**. 14ed. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010;
- BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1986;
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ed. São Paulo: RT, 2007;
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e terra, 1999;
- CLÉVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000;
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2006;
- DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996;
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;
- FALCONI, Marconi. **O Ministério Público no controle de constitucionalidade: Revoluções institucionais necessárias**. Rio de Janeiro: Forense, 2014;
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000;
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007;
- FROEHLICH, Charles Andrade; HAMMES, Elia Denise. **Manual do controle concentrado de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009;
- GÓES, Ricardo Tinoco. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013;
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre Facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva et al. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011;

HALL, Stuart. Quem precisa da identidade?. In: SILVA. Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005;

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013;

LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa fé e decisão administrativa**, Lisboa: Almedina, 2011;

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/1969: proposta de releitura. **Cadernos de Direito Tributários e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, n. 21, out-dez. 1997;

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Brasília, DF, ano8, n.31, p. 90-108, abr-jun.2000

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004;

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 2 t;

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

POSNER, Richard. A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012;

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA. Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012;

SLOTEDIJK, Peter. **O Desprezo das Massas**: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna. Tradução Claudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002;

SIMMEL, Georg. **Questões Fundamentais da Sociologia**. Tradução Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006;

VALLE, Carlos Guilherme O. do. Identidade e subjetividade. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza (coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012;

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA. Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012;