

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**

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

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

## **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: ENTRE CARLOS SANTIAGO NINO E ROBERTO GARGARELLA**

### **JUDICIAL REVIEW OF LAWS: BETWEEN CARLOS SANTIAGO NINO AND ROBERTO GARGARELLA**

**Lissandra Espinosa de Mello Aguirre  
Marcos Vinicius Affornalli**

#### **Resumo**

No Brasil o controle repressivo da constitucionalidade das leis é realizado pelo Poder Judiciário sendo que a tensão entre o regime democrático e o constitucionalismo implica a dificuldade de defender o controle judicial das leis em face do caráter contramajoritário da decisão de inconstitucionalidade, bem como, pela ausência de legitimidade de origem na composição deste Poder. Carlos Santiago Nino elenca argumentos em prol do controle de constitucionalidade das leis, porém com características de excepcionalidade. Diante dos fundamentos teóricos dos autores, Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, o estudo do constitucionalismo brasileiro e, em espécie, do sistema de controle de constitucionalidade das leis na Constituição Federal de 1988, implica a análise do elo o direito constitucional e a filosofia jurídica. A ligação compreende a ideia de constituição complexa, histórica e ideal para Carlos Santiago Nino, e, também, abrange a dificuldade de defender o controle judicial das leis conforme Roberto Gargarella, para que se possa, portanto, averiguar as exceções trazidas por Carlos Santiago Nino em prol do controle de constitucionalidade das normas.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. democracia. constituição histórica.

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

In Brazil, the repressive control of the constitutionality of laws is performed by the judiciary and that the tension between democracy and constitutionalism implies the difficulty of defending the judicial review of laws in the face of contramajoritário character of unconstitutionality decision and, the absence of source of legitimacy in the composition of this power. Carlos Santiago Nino lists arguments for control of constitutionality of laws, but with exceptional features. Given the theoretical foundations of the authors, Carlos Santiago Nino and Roberto Gargarella, the study of Brazilian constitutionalism and, in kind, of the laws of judicial review system in the Federal Constitution of 1988, involves analysis of the link the constitutional law and legal philosophy . The link comprises the complex formation of idea, historical and ideal for Carlos Santiago Nino, and also covers the difficulty of defending the judicial review of laws as Roberto Gargarella, so that we can therefore ascertain the exceptions brought by Carlos Santiago Nino in favor of the control of constitutionality of the rules.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial review. democracy. historical constitution.



## **Introdução**

Uma das críticas vertentes contrária ao controle jurisdicional das leis e atos normativos assenta-se na carência democrática dos órgãos que realizam o controle. Nesta perspectiva, a Constituição Federal Brasileira, em regra, atribui aos órgãos do Poder Judiciário a competência para verificar a compatibilidade vertical das leis e atos normativos para com a Constituição, através do controle repressivo da constitucionalidade das normas.

A análise da inconstitucionalidade poderá ter como fundamentos questões materiais, ditas inconstitucionalidade materiais, tais como, ofensas aos direitos humanos, aos direitos subjetivos materiais e às garantias fundamentais, ou análise de aspectos formais. Basicamente, os aspectos formais são relacionados a questões de procedimento legislativos e competências dos entes federados.

É sabido que o sistema de controle brasileiro sofreu influência do sistema romano-germânico e do sistema norte-americano, sendo que a conjugação dos sistemas revigora a crítica antidemocrática. O debate traz a aproximação da teoria da Constituição para com áreas da filosofia do direito, tanto que, a própria função de organização do Estado, lecionada pela Constituição tem seu fim na revelação e máxima valorização dos Direitos Humanos.

Diante da tensão constitucionalismo e democracia é que o artigo se apresenta, no intuito de trazer ao debate o controle de constitucionalidade, seus argumentos favoráveis e contras, a partir das ideias de Carlos Santiago Nino, demonstrando as críticas de Roberto Gargarella.

A análise apresentará os argumentos e vetores das teorias dos dois autores acerca do controle da constitucionalidade, pretendendo estudar o regime democrático em tempos de contemporaneidade e defesa de direitos humanos.

O texto, para elucidar os fundamentos teóricos dos autores, diante do constitucionalismo brasileiro e, em espécie, do sistema de controle de constitucionalidade das leis na Constituição Federal de 1988, será desenvolvido através dos seguintes tópicos: o sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro; controle de constitucionalidade e democracia; a constituição complexa, histórica e ideal para Carlos Santiago Nino; a dificuldade de defender o controle judicial das leis conforme Roberto Gargarella; e por fim, exceções trazidas por Carlos Santiago Nino em prol do controle de constitucionalidade das normas.

### **1. O sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro**

No sistema jurisdicional brasileiro tem-se variados instrumentos para o controle de constitucionalidade, adota-se uma parte do modelo de controle norte-americano e outra do modelo austríaco-germânico. O controle difuso é inspirado no direito norte-americano, enquanto o concentrado é assemelhado ao do direito austríaco-germânico. (BARROSO, 2011, p. 68-69). Ademais, a inconstitucionalidade a ser declarada na ação ou na omissão implica percepção dos limites ou das possibilidades em que o Poder Judiciário poderá exercer o controle, principalmente, diante das críticas de decisão contramajoritária e carência democrática na formação do Poder Judiciário.

O Estado tem sido conceituado, na teoria constitucional, “Nação política e juridicamente organizada” (FRIEDE, 2006, p. 113), sendo a organização jurídica da Nação, realizada, muitas vezes pela Constituição Federal. Comumente os dois sentidos estão associados, Estado e Constituição como consequência das ideias pregadas pela modernidade, através das revoluções burguesas do Século XVIII. Na fase contemporânea, tem-se o deslocamento da função prioritária de organização estatal imposta à Constituição, para a revelação e máxima valorização dos direitos fundamentais. Se a ideia de Constituição com os ventos da modernidade imbricava-se na de Estado, hoje, ambas, atrelam-se à valorização dos direitos fundamentais, dos direitos humanos.

A valorização dos direitos fundamentais é presente na Constituição Federal brasileira desde a opção topográfica da inserção destes direitos uma vez que, antes organizar o Estado Federal, atribuir competências à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, ou mesmo, antes de organizar os poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, o Poder Constituinte Originário decidiu catalogar os direitos fundamentais, garantias e remédios constitucionais, mesmo que compreendidos de textura aberta. Nas Constituições e Cartas anteriores os direitos fundamentais eram relegados ao último capítulo e título da constituição, assim, a modificação topográfica destes direitos imprime não só a sua maior valorização como induz a percepção que tais direitos devem fazer-se fundamentais.

De acordo com Bonavides (2012), na evolução do constitucionalismo no Brasil, identificam-se três fases históricas distintas, acerca de valores históricos, políticos e ideológicos, quais sejam: a primeira vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX, a segunda, trazendo dada ruptura, ligada ao modelo norte-americano, e a terceira, com traços do constitucionalismo alemão. Ferrajoli (2011, p. 44-45) destaca alguns momentos históricos que representaram mudanças de paradigmas no ambiente político e cultural, como o período seguinte a catástrofe da segunda guerra mundial e a derrocada do nazifascismo, a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal de direitos de 1948, bem com a Constituição

Italiana, 1948 e a Lei Federal Alemã, de 1949, como instrumentos redescobertos que impõem vínculos e limites aos poderes públicos.

Entretanto, apesar de afirmar historicamente tais passagens e influências, o constitucionalismo contemporâneo no Brasil tem se aproximado das realidades locais e identidades latino-americanas, dando ênfase às carências sociais, econômicas, educacionais, buscando ideais de igualdade e liberdade. A Constituição no intuito de organizar e limitar poderes trouxe o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade das normas.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pode ocorrer antes da lei ou ato normativo ingressar no mundo jurídico, denominado controle preventivo; como após seu ingresso, o chamado controle repressivo. O controle repressivo no Brasil combinou o sistema difuso e incidental com o modelo concentrado e principal. (CLÈVE, 2000, p. 90)

No Brasil, o controle preventivo é realizado pelo Chefe do Poder Executivo, através do veto presidencial fundamentado em inconstitucionalidade, Art. 66§ 1º da Constituição Federal, trata-se do veto jurídico e, pelo Poder Legislativo, através das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, de cada Casa do Congresso Nacional, Art. 58 da Constituição Federal e respectivos regimentos internos.

O Poder Judiciário apenas excepcionalmente realizará o controle de constitucionalidade preventivo, a fim de preservar regras do processo legislativo e do jogo democrático, cita-se o mandado de segurança impetrado por parlamentar, que discuta questões formais, procedimentais, uma vez que o parlamentar tem direito subjetivo a participar do processo legislativo conforme o previsto na Constituição Federal.

Apesar do Poder Judiciário possuir a função constitucional de realizar o controle de constitucionalidade repressivo, é importante ressaltar, como lembra Gargarella (1997), que a dificuldade de defender o controle judicial das leis vincula-se a tensão existente entre democracia e constitucionalismo, sendo que, o controle das leis como defesa da vontade popular assenta-se em críticas, tais como: o falseamento da noção de que a constituição reflete a vontade popular, o surgimento de novos consensos sociais na elaboração de determinada lei tão importantes quanto o consenso constitucional e a interpretação judicial que extrapola a leitura da Constituição. Podem-se acrescentar aos argumentos contrários, a carência de legitimidade democrática e o elitismo que permeia o Poder Judiciário.

Destacam-se dentre os argumentos favoráveis a revisão judicial trazidos Hübner Mendes (2011, p. 75-76) a ideia de que Corte protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da Democracia, que protege o direito das minorias e que a supremacia judicial é exigência do Estado de Direito. É na seara da crítica contramajoritária do controle de constitucionalidade das

leis que a análise é proposta orientada por argumentos dialogados entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.

## **2. Controle de constitucionalidade e democracia**

A crise da representatividade democrática revela a necessária análise do regime democrático. A democracia num contexto plural representa a alternância do mandato conferido a classe política, que se funde com o constitucionalismo, assinalando atenuação da tensão entre poder e direito. Costa (2011 p. 30 ss.), entretanto, descortina duas complicações, a primeira está no interior de cada ordenamento constitucional, induzida pela mesma ideia de democracia que o novo constitucionalismo se refere, uma democracia onde o componente participativo igual dos sujeitos entra inevitavelmente em tensão com uma ordem poliárquica da sociedade com a proeminência de grupos mais fortes. A outra nasce de uma ordem jurídica transnacional e global, recriando-se a tensão entre poderes e direitos.

Com a influência da ordem transnacional, o constitucionalismo sai da clausura dos ordenamentos nacionais e tenta elaborar princípios universais, não estando, aí, necessariamente na antiga tensão: direito e democracia. O componente consensual participativo segundo o qual a legitimidade da ordem depende do consenso e da participação dos sujeitos podem ser valorizados na ordem interna e na ordem global, sendo fundamentos dos novos poderes transnacionais.

O conceito de Democracia apresenta-se com múltiplos significados representando uma ideia aberta e plural. Na concepção formal pode-se inferir que a Democracia atrela-se à legalidade, marcando a subordinação do poder ao Direito. De outra sorte, no prisma material a Democracia transcende a legalidade, ou seja, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, requer-se a Democracia do cotidiano, como aduz Piovesan, através do exercício da cidadania e apropriação dos direitos humanos. Held (1997) revela que a democracia relaciona-se com a autonomia, que se expressa em duas ideias: de que os povos devem se autodeterminar e que o governo democrático deve ser limitado, acrescenta acerca do princípio da autonomia:

Las personas deben gozar de los mismos derechos y, por consiguiente, cargar con los mismos deberes, en el momento de especificar el marco político que genera y limita las oportunidades a su disposición, es decir, deben ser libres e iguales en la determinación de las condiciones de sus propias vidas, siempre y cuando no

dispongan de este marco para negar los derechos de los demás. (HELD, 1997, p. 183).<sup>1</sup>

Apesar de importante, parece não ser suficiente uma percepção procedimentalista da democracia. A democracia pressupõe educação política, mas só isto também não basta, precisa-se de políticos eticamente educados e comprometidos, cientes da função pública, eis que o abandono ético dos políticos pode minuar a Democracia, como manifestado por Wolfgang Kersting (2003, p.107-115), que ao tratar de democracia, lembra que, se os ocupantes do poder não forem orientados pelo suave regime de padrões costumeiros da decência, se faltar com a força ética, se quedarem pelo oportunismo os fundamentos da democracia liberal cai por terra, assim, o resgate ou a criação democrática passa pela educação política e ética dos cidadãos e do políticos.

Outro critério relevante do Estado Democrático é o caráter transformador da realidade e seu comprometimento com a realização dos direitos humanos. O Estado Democrático de Direito, conforme Streck e Moraes (2001, p. 93), tem um conteúdo transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de apenas concretização de vida digna ao homem, mas fomentando a participação pública e irradiando seus efeitos sobre todos os seus elementos constitutivos, inclusive na ordem jurídica. Assim, supera-se a ideia plasmada pela modernidade, mas na busca da concretização da vida digna e da afirmação da vida, a revisão judicial pode ser instrumento de realização do Estado de Democrático de Direito. Como refere Hübner Mendes (2011), entretanto, isto não que dizer que apenas ao Poder Judiciário caiba à interpretação da Constituição.

No debate constitucional contemporâneo, em que o Estado deve se pautar pela proteção à vida digna dos cidadãos é certo que a prática constitucional consubstancia-se na concretização do texto constitucional, na medida em que a jurisdição constitucional legitima suas decisões pela realização das promessas e direitos trazidos pela Constituição Federal, como realização dos direitos civis e políticos, sob os ideais de liberdade e igualdade.

Assim, o sistema normativo constitucional traça os parâmetros jurídicos do subsistema político constitucional, como ensina:

Sin ánimo de desarrollar el tema in extenso, diremos simplemente que el subsistema normativo constitucional proporciona los parámetros jurídicos del subsistema político constitucional y cuyas determinaciones pueden tener decisiva importancia para su funcionamiento.<sup>2</sup> (PELAYO, 1985, p. 181)

---

<sup>1</sup>As pessoas devem gozar dos mesmos direitos e, portanto, ter os mesmos deveres no momento de especificar o quadro político que gera e limita as oportunidades disponíveis para eles, ou seja, deveriam ser livres e iguais na determinação das condições de suas próprias vidas, desde que eles não têm essa estrutura para negar os direitos dos outros.

<sup>2</sup>Sem intenção de desenvolver o tema em extenso, diremos simplesmente que o sistema normativo constitucional proporciona os parâmetros jurídicos do sistema político constitucional cujas determinações podem ter decisiva importância para seu funcionamento.

São princípios do Estado Democrático de Direito: a constitucionalidade, a organização democrática da sociedade, um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes ou de funções, legalidade e segurança jurídica. Supera-se a noção conceitual (ista), da teoria tradicional constitucional, de Estado tão somente como nação política e juridicamente organizada. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 93)

Ao ligar democracia e direito, num contexto pluralista, o constitucionalismo apresenta-se como vetor, como caminho para novas ligações pautadas pela análise dos direitos humanos, e do direito constitucional à luz da filosofia e sociologia do direito. A prática constitucional, consoante à proteção dos direitos humanos e também, às garantias previstas na Constituição material, revela importante argumento na fundamentação da constituição ideal e histórica pautada por valores de certa sociedade, neste sentido apresenta-se a Constituição em sentido complexo lecionado por Carlos Santiago Nino.

### **3. A constituição complexa e histórica para Carlos Santiago Nino**

O desenvolvimento dos argumentos pressupõe a democracia constitucional, sendo que o constitucionalismo requer um processo democrático, o respeito dos direitos individuais e a preservação de uma prática jurídica estabelecida, tal como se articulou na primeira vez na constituição histórica. Carlos Santiago Nino (1997, p. 30) identifica a constituição histórica como uma convenção social, que se origina num certo contexto histórico, podendo ser materializada num texto ou não, estando constituída por modelos de ações e de críticas. A constituição histórica entendida como uma prática social ou convenção inclui as regras de reconhecimento de outras normas do sistema jurídico.

Um dos paradoxos, acerca da indeterminação radical da constituição histórica, surge quando a constituição é concebida como um texto e requer que as decisões em matéria constitucional venham do documento. No entanto, o texto em si não pode ser empregado para o raciocínio prático, ele deve ser convertido em proposições que possam servir como premissas para o argumento de justificação. (NINO, 1997, p. 31).

Nino (1997, p. 31-32) desenvolve passos para converter o texto em premissas de raciocínio de justificação, argumento de justificação. Em primeiro lugar, deve-se atribuir sentido aos atos linguísticos; segundo, deve-se aplicar a abordagem geral acima referida para um texto específico em questão; terceiro, deve-se superar as indeterminações que ainda existam; quatro, deve-se inferir as consequências lógicas do material interpretado e finalmente deve aplicar-se a proposição normativa aos fatos específicos objeto da disputa em questão.

Assim, a Constituição entendida como uma convenção social adquire relevância do ponto de vista interno do argumento justificativo, ao assumir que as decisões dos agentes políticos não são ações individuais isoladas, mas sua eficácia deriva de um sistema de ações, atitudes e expectativas mutuamente interconectadas. Neste sentido, as justificações extraídas da norma tendem a demonstrar a necessidade de ligações e conexões entre a convenção e a realidade, sem recorrer à intenção da norma, ou dos julgadores.

Para o autor, o tipo de argumento utilizado na prática da justificação de uma ação ou decisão conta com a estrutura em dois níveis: o primeiro requer avaliar a justificativa da prática baseada em princípios autônomos, tais como aqueles que conformam a constituição ideal dos direitos. Se este primeiro nível justifica a prática, passa-se ao segundo, no qual se analisa a prática em si para determinar a decisão. (NINO, 1997).

Ao tomar uma decisão dentro do marco de uma prática constitucional, é então necessário tentar satisfazer os princípios da constituição ideal. Por sua vez, ensina, este esforço ajuda a preservar e aperfeiçoar a prática em sua totalidade. Ao examinar os princípios da moralidade social, defendidos sobre a base dos pressupostos da prática social da discussão moral, chega ao princípio da autonomia, inviolabilidade e dignidade da pessoa. (NINO, 1997, p. 32).

O autor critica o sistema presidencialista e advoga uma maior participação do cidadão na vida política do seu país, o que requer revitalização dos partidos políticos. A democracia deliberativa pode conjugar-se com outras práticas constitucionais por ela respaldadas. A análise da constituição complexa combina uma constituição histórica, uma constituição ideal de poder e uma constituição ideal de direitos, sendo que tais componentes podem se reforçarem sem entrar em conflito.

A constituição ideal do poder está baseada sobre uma justificação de democracia apoiada na transformação dos interesses das pessoas através do processo da discussão participativa e da decisão majoritária. Este processo dá qualidade epistêmica à democracia sempre que supera os problemas de dispersão da soberania, da pobreza do debate público, da apatia política e da mediação imperfeita.

Esta justificação, que é componente participativo do constitucionalismo, parece ser compatível com controle de constitucionalidade judicial, isto quando o controle não é apenas uma consequência lógica do reconhecimento da supremacia da constituição. Numa teoria epistêmica da democracia, o controle judicial da constitucionalidade se encontra legitimado como um meio de assegurar que se encontrem presentes as condições possíveis para dar valor epistêmico à participação coletiva. Tais condições incluem os requisitos do processo coletivo de discussão e tomada de decisões para gerar uma dinâmica tendente à imparcialidade. (NINO, 1997, p. 47-50).

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

Nino (1997, p. 60-63) revela que ao satisfazer precondições ao processo democrático alarga o valor epistêmico, ao mesmo tempo reduz seu alcance; assim, se um magistrado decide que um cidadão deve ter a adequada atenção médica, para que não se veja prejudicada sua participação livre e igual, o juiz indubitavelmente contribuiria a um melhor funcionamento desse processo democrático. Entretanto estaria distante do processo democrático a possibilidade de decidir como os recursos médicos devem ser distribuídos.

Para superar este desafio, argumenta, em primeiro lugar, deve-se determinar o alcance adequado do método democrático de tomada de decisão, com a ambição de que o processo possa se autocorriger para solucionar deficiências de seu funcionamento. Em segundo, deve-se completar a intervenção externa para promover o valor epistêmico da democracia quando seus vícios se encontram arraigados a tal ponto de perpetuar-se caso não houvesse a intervenção. Cada um destes elementos do constitucionalismo pode encontrar apoio no outro. (NINO, 1997, p. 55-57).

A continuidade da prática constitucional, diante da valorização dos direitos humanos e das garantias para o exercício de tais direitos, garante a eficácia das decisões tomadas. Destarte, a superioridade das normas constitucionais não é afirmada como resultado puro e simples de uma pensar silogístico, pautado na hierarquia normativa; ao contrário, a supremacia da Constituição advém da constituição compreendida como constituição histórica, ideal e complexa de direitos.

Ao se preservar a convenção constitucional se mantém o valor epistêmico da democracia, agrega-se algo que está além da percepção procedimental uma vez que onde houver a manifestação do povo, estará presente o valor epistêmico da democracia.

Ademais se a liberdade do parlamento, assim, como a liberdade dos demais poderes, assume pressuposto lógico ao regime democrático, ao revés, não se pode atribuir espécie de soberania parlamentar sob o argumento de legitimidade, a autonomia de um poder do Estado não se confunde com soberania, sob pena de se subverter o regime democrático em ditatorial. Até porque em países, ditos de modernidade tardia, cujas promessas de igualdade de acesso aos bens da vida, de liberdade e de solidariedade sequer se concretizaram, reflexo da baixa experiência democrática e federal, como se legitima a ideia contrária, qual seja, de que o parlamento é a vontade do povo e está apto a dar a última palavra, mesmo que contrária à Constituição. Talvez a questão não esteja

posta na última palavra, como critério democrático, mas em que matérias, quais as questões que devem ser propostas à análise judicial da constitucionalidade das leis.

Outra percepção importante ao contrapor o preceito majoritário inserido na ideia democrática e no conteúdo material dos direitos fundamentais como instrumento de legitimação é a de Hübner Mendes, que ao analisar o preceito Dworkiniano de que a democracia é um esquema procedimental incompleto que busca um ideal de tamanha consideração e respeito, ensina que a busca de tal ideal precede o procedimento majoritário, a propósito:

Em outras palavras, o procedimento não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presente às exigências daquele ideal. A dimensão quantitativa e a estatística da democracia só goza da legitimidade, portanto, se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições de legitimidade. (...) O método de mensuração de legitimidade é, portanto, consequencialista e instrumental. (HÜBNER MENDES, 2011, p. 72)

Em nível mais básico, as razões que legitimam uma prática social particular constituída pela constituição histórica devem ser articuladas fomentando o processo democrático de tomada de decisões e reconhecendo direitos fundamentais.

Nino refere que, com base no “teorema fundamental da teoria jurídica”, as ações e decisões não podem ser justificadas em normas positivadas, tais como a constituição histórica, mas somente sobre a base de razões autônomas, que são, ao final, princípios morais. Presumivelmente aqueles princípios morais estabelecem um grupo de direitos fundamentais. Os princípios que estabelecem direitos são ainda considerados a base última da justificação e raciocínio prático, a luz dos quais a constituição histórica é ou não legitimada. (NINO, 1997, p. 70).

É a dimensão ideal da constituição complexa que se relaciona com os direitos fundamentais, e, a partir deles, com a justa distribuição de bens sociais e naturais na forma que deveriam ser reconhecidos pelo Estado. Por consequência, a constituição histórica pode partir do conteúdo de uma constituição ideal de direitos. Nino traz a ética e os direitos humanos como fundamento e conteúdo geral de uma concepção liberal de moralidade social e política. (NINO, 1997, p. 70-71)

A teoria de Nino (1997, p. 54) distingue-se de outras similares, não se confunde com a concepção Dworkiniana, que se baseia no valor da integridade, e autoriza juízes e funcionários a tomar decisões sobre a base dos melhores princípios usados para justificar as decisões e medidas de juízes ou legisladores. A teoria está baseada no reconhecimento do fato de que as ações dos legisladores e dos juízes se desenvolvem num contexto de trabalho coletivo que está fora de seu controle. O juiz ou o legislador é livre para decidir o sistema jurídico prevalecente, começando com

a constituição que tem tão pouco valor que vale a pena correr o risco de reencontrá-lo ou enfrentar inclusive uma situação de anarquia ou dissolução do sistema jurídico.

Como lembram Chueiri e Sampaio (2013), acerca da fundamentalidade dada aos princípios, na reorganização da teoria constitucional, quando se analisam decisões judiciais nas quais o judiciário realiza uma decisão contrária ao posicionamento do legislativo ou do executivo, remete-se à tensão entre o constitucionalismo e a democracia, impondo a análise das questões morais afetas ao direito, referindo que, para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral, o que não implica moralização, mas critérios, ou melhor, conteúdos morais.

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

#### **4. A dificuldade de defender o controle judicial das leis conforme Roberto Gargarella**

Gargarella (1997, p. 55) demonstra as fragilidades dos inúmeros argumentos existentes em prol da defesa do controle judicial de constitucionalidade da leis e, para tanto, examina inicialmente a justificação histórica mais importante e original desta tarefa que foi aquela elaborada por Alexander Hamilton, no momento da criação da Constituição Americana.

Após demonstrar as deficiências de justificação desta tarefa judicial, o autor faz uma análise crítica de outra série de argumentos contemporâneos em defesa do controle judicial. Suas observações críticas tem como alvo aquelas posturas que defendem o controle de constitucionalidade das leis na forma nas quais os Juízes, em especial das Cortes Supremas, se ocupam de decidir todos os tipos de questões constitucionais e conservam, nesta tarefa, a última palavra institucional.

Quando da criação da atual Constituição Norteamericana, era comum as críticas dirigidas a possibilidade de os juízes impugnarem a validade das leis. Alexander Hamilton foi quem defendeu então o controle de constitucionalidade, através do “El Federalista” n. 78. Hamilton então advertiu para os seguintes problemas que o controle judicial poderia chegar a gerar: como podem os juízes ter a capacidade de reverter decisões tomadas pelo legislativo enquanto representante da cidadania? De que maneira, em uma sociedade democrática, podem os juízes, que não são eleitos e que não estão sujeitos ao periódico escrutínio popular, possam prevalecer sobre a voz da cidadania? (GARGARELLA, 1997, p. 57)

Negando as possíveis implicações anti-democráticas deste tipo de controle, Hamilton se encarregou de responder as suas observações, defendendo este tipo de controle com base nos seguintes argumentos: O fato de que o judiciário tenha a capacidade de negar a validade de uma lei, não implica sua superioridade sobre o legislativo, como também não afronta a vontade soberana do povo; muito pelo contrário, a decisão vem reafirmar esta vontade popular, de maneira que, ao se anular a lei, o juiz preserva a supremacia da Constituição, que é o documento que representa a vontade popular.

Segundo Gargarella (1997, p. 57-58), Hamilton buscava com estes simples argumentos, inverter as críticas então presentes ao controle da constitucionalidade das leis, afirmando que esta era uma prática valiosa como forma de assegurar a vontade das maiorias. Embora entenda que a popularidade das argumentações de Marshall e Hamilton, Gargarella refere que atualmente existem pelo menos três razões significativas para contraditar estes argumentos em favor do controle judicial.

O primeiro argumento é o caráter histórico, uma vez que a constituição não reflete necessariamente a vontade do povo. Na maneira em que, grande parte do povo era (no caso da Constituição Norteamericana) ou ainda continua sendo ignorado ou excluído (escravos, negros, mulheres), e, assim, não participa direta ou até mesmo indiretamente do processo constitucional. (GARGARELLA, 1997, p. 57)

O segundo é o argumento intertemporal, desenvolvido particularmente por Bruce Ackerman (1984). Admitindo-se que possa a sociedade se autoconvocar e participar ativamente no processo de criação constitucional, com o passar do tempo este consenso popular obtido poderá não mais coincidir com a vontade atual dos cidadãos. (GARGARELLA, 1997, p. 57)

Gargarella (1997) ressalta que, neste caso, Hamilton e Ackerman poderiam argumentar que o fato de surgirem novos consensos amplos e profundos, tão relevantes como àqueles obtidos no consenso constitucional original, não é fator que possa, por si, descartar o valor do controle judicial, pois os juízes poderiam declarar inválidas todas aquelas leis que forem contrárias à Constituição ou que sejam contrárias aos acordos sociais surgidos após a sua promulgação.

Ainda que estas objeções feitas pelos defensores do controle judicial ao critério intertemporal estejam sujeitas a uma série de inconvenientes, o fato é que elas já exigem que o controle judicial seja realizado de uma forma diferenciada, mais profunda do que a forma como é exercida.

Por fim, Gargarella (1997, p. 59) aduz o argumento da interpretação, que exige que se admitam as peculiaridades do momento da promulgação da Constituição e a necessidade de que

os juízes façam respeitar os acordos então existentes, anulando as leis que venham a contrariá-los. Ocorre que, os defensores do controle judicial não levam em consideração o caráter problemático existente na tarefa de interpretação constitucional; é como se ela fosse automática, como se bastasse ler a Constituição, e assim dizer o que os constituintes diziam e que nós ou algum de nós tivesse esquecido.

Para Gargarella (1997, p. 59) os juízes vão muito mais além de fazer uma simples leitura da Constituição, e em alguns casos incorporam ao texto soluções normativas que não estavam, ao menos explicitamente, contidas nele. Cita como exemplo o caso do aborto, em que na maioria das Constituições nada dizem sobre ele, a exemplo de uma infinidade de outras questões, mas que mesmo assim os juízes assumem, nestes casos, a tarefa de desentranhar possíveis respostas a tais dilemas, nos interstícios da Constituição.

Além dos argumentos trazidos, Gargarella (1997) rebate aquele voltado à crise dos órgãos públicos, eis que tanto o poder executivo como o legislativo (majoritários) encontram-se em crise e não mais representam adequadamente a vontade da maioria, além do fato de que o poder legislativo atende somente a interesses de determinados grupos de poder ou mesmo os próprios interesses.

Assim, a decisão judicial viria a suprir, remediar essa falta de imparcialidade que distingue as decisões legislativas. Para o autor tais considerações não se sustentam porque se a visão de democracia aceita diz que há razões para deferir a criação legislativa às maiorias ou a seus representantes, então o que se pode fazer, diante de uma “crise de legitimidade dos órgãos públicos”, é aperfeiçoar estes mecanismos majoritários e não os descartar ou se desfazer deles. (GARGARELLA, 1997, p. 62).

Outro argumento contestado por Gargarella (1997, p. 63) refere-se à proteção dos direitos das minorias: em poucas palavras esta colocação defende que, dado que a democracia se orienta a satisfazer as pretensões da maioria, necessita-se de um procedimento que ajude a salvaguardar os interesses das minorias, e isso estaria reservado ao Poder Judiciário. Para Gargarella, a simples fato de o poder judiciário possuir o caráter não majoritário (instituído assim para a defesa das minorias, ou seja, não representam as maiorias, numericamente falando), não significa que ele represente ou tenha alguma conexão especial com a infinita diversidade das minorias que existem na sociedade (homossexuais, deficientes, etc.). Além disto, porque pensar que os juizes pretendem defender as minorias.

Ainda como argumento para a defesa do controle judicial existe a alegação de que, por não estarem os juízes sujeitos a pressões eleitorais, por terem tempo para decidir com relativa tranquilidade, poderiam assim realizar um bom raciocínio e tomar decisões imparciais. Para os

defensores do controle, os juizes são indivíduos especialmente capacitados para exercê-lo devido às próprias condições de sua função, seriam, portanto, mais idôneos na hora de tomar decisões conflitivas, suscetíveis de afetar a sorte de indivíduos ou grupos com interesses contrapostos. (GARGARELLA, 1997, p. 63).

Não desacatando a importância destes argumentos, Gargarella (1997, p. 64) entende que muitas são as razões que podem ser contra eles invocadas. Primeiro o caráter elitista, na maneira em que reflexões individuais ou até mesmo de pequenos órgãos judiciais colegiados, em matéria de questões constitucionais, não garantem decisões imparciais de um modo mais apropriado que uma decisão coletiva, que poderá atingir mais diretamente todos àqueles potencialmente afetados pela decisão a ser tomada.

Gargarella (1997, p. 67) menciona que os defensores do controle judicial entendem que o raciocínio judicial constitui um paradigma do tipo do raciocínio devido para àquelas questões constitucionais básicas, em especial na sociedade atual marcadas pela multiplicidade de concepções do bem em disputa, caracterizada, segundo Rawls, pelo pluralismo). Segundo o autor, mesmo que Rawls negue estar defendendo diretamente a revisão judicial das leis, de modo indireto promove uma justificação possível a isso, na maneira em que ele defende que o poder judiciário seria o único que, dentre os poderes do Estado, “*aparece como uma criatura da razão e somente da razão*”. Os juizes estão obrigados a dar as razões de suas decisões, buscando bons argumentos. Para Rawls, os juizes devem estar isentos de concepções religiosas ou filosóficas, não podendo apelar para concepções pessoais acerca de ideais de virtude, moralidade e políticos. Devem adotar valores que formem parte da “*concepção pública de justiça*”.

## **5. Exceções trazidas por Carlos Santiago Nino em prol do controle judicial de constitucionalidade das normas**

A teoria da recusa do controle de constitucionalidade das normas comporta três exceções, conforme Nino (1997), eis que a teoria epistêmica da democracia põe em questão o controle judicial da constitucionalidade. Duas exceções estão baseadas nas condições em que as decisões democráticas sejam epistemicamente confiáveis. A terceira está fundada no fato de que estas decisões democráticas, que são epistemologicamente confiáveis, sejam eficazes.

A primeira exceção assenta-se no controle do procedimento democrático, posto que não se trata uma atividade espontânea, mas produto de regras. Estas regras não são arbitrárias, mas estão desenhadas para maximizar o valor epistêmico daquele processo. O procedimento democrático depende de certos fatores, incluindo a amplitude da participação na discussão daqueles

potencialmente afetados pela decisão, a liberdade dos participantes em manifestar-se por si mesmo, a igualdade de condições para a participação, a satisfação do requerimento de que as propostas sejam efetivamente justificadas, o grau com o qual o debate se funda em princípios e não só em interesses, evitar as maiorias congeladas, a extensão em que a maioria apoia a decisão, a distância do tempo, e a reversibilidade da decisão. As regras do processo democrático tratam de assegurar estas condições tendendo alcançar o maior grau possível. (NINO, 1997, p. 273).

Neste processo, todos podem diferir em seu julgamento moral daquele que emerge de um processo de discussão e toma decisões democráticas, qualquer que queira pode determinar se as condições que dão valor epistêmico ao processo democrático estão sendo cumpridas, satisfeitas e em que grau. O poder dos juizes não é nada mais do que o poder de qualquer cidadão. Então o juiz não tem outra alternativa senão determinar se o processo coletivo que conduz a lei teve satisfeitos as condições de legitimidade democrática, do mesmo modo não tem nenhuma alternativa salvo a de como se originou a lei.

Em segundo lugar, já que a intervenção dos juizes é de natureza unidirecional, seu ativismo deve estar dirigido a ampliar o processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade das partes, mais igualdade e mais concentração sobre a justificação. Seria neste contexto, equivocada a decisão de um juiz que anulasse uma legislação que tenha sido sancionada por um processo democrático demasiadamente amplo de participação ou de igualdade. (NINO, 1997, p. 273-275).

Constitui tarefa difícil determinar quais são os direitos *a priori* e distinguí-los dos direitos *a posteriori* que são estabelecidos pelo processo democrático. Alguns direitos *a priori* são óbvios, por exemplo, os direitos políticos ativos e passivos, ou a liberdade de expressão são claramente centrais para um conteúdo mínimo de democracia. Outros direitos poderiam gerar mais discussão, são os chamados direitos sociais ou do bem estar. Não existe nenhuma fórmula algébrica que determine o alcance dos direitos *a priori*. Existem bens tão fundamentais para a preservação e promoção dos direitos humanos que se estes não forem previstos, o processo democrático se deterioraria, o mesmo diga-se ao valor epistêmico da democracia.

Ao ampliar a qualidade epistêmica, através da expansão dos direitos *a priori* para promover bens que asseguram uma participação livre e igual, a quantidade de assuntos que podem ser discutidos, em última instância, no processo democrático, diminui. Quando se ultrapassa certo limiar da distribuição de direitos *a priori*, o sistema democrático, por sua tendência, tem a imparcialidade e pode corrigir-se e melhorar para promover a participação igual e livre das pessoas respeitando as precondições de suas participações. Por outro lado, se este limiar não é alcançado, a debilidade do processo aumenta de modo que a parcilidade das decisões promovidas pelas

participações desiguais ou limitada conduzirá a maiores desigualdades ou limitações para a participação das pessoas. O que toma a decisão deve determinar se os vícios do sistema democrático são tão sérios de modo a comprometer sua confiabilidade epistêmica. Se os vícios são sérios, o decisor (juiz) deve atuar com base nos seus próprios juízos morais. (NINO, 1997, p. 275-276).

Nino (1997, p. 277) refere que a constituição ideal de direitos deriva da percepção de uma constituição histórica ajustada aos requerimentos da organização ideal de poder, entretanto há um grupo de direitos ideais *a priori* implícitos na organização ideal do poder com os quais deve cumprir a constituição histórica para definir o que está compreendido por este grupo ideal de direitos.

A segunda exceção relaciona-se ao valor epistêmico da democracia. Existe uma moralidade pública intersubjetiva ou social que consiste em *standards* que levam a avaliação das ações individuais diferentes dos interesses do povo. Por outro lado, existe uma moralidade privada, autoreferente ou pessoal que consiste naqueles ideais de excelência pessoal ou virtude que valoram as ações por seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter dos agentes. (NINO, 1997, p. 278).

A validade dos ideais pessoais não dependem da satisfação do requerimento da imparcialidade. Deste modo os juizes não tem razões para subordinar seus juízos morais a uma lei democrática baseada em ideais pessoais de virtude ou excelência.

A característica mais importante que permite desqualificar uma lei sancionada democraticamente devido a sua natureza perfeccionista está constituída pelo fundamento pelo qual esta tenha sido ditada. O valor da autonomia pessoal não protege ações particulares, simplesmente previne que estas ações sejam interferidas sobre a base de certas razões. (NINO, 1997, p. 279).

Por meio da limitação da esfera da constituição ideal do poder as questões de moral intersubjetiva podem se perceber o domínio da constituição ideal dos direitos donde se vê atribuído o reconhecimento da autonomia. Como aduz Nino (1997, p. 280) o direito de não ser coagido a partir de modelos de excelência pessoal faz parte do grupo de direitos *a priori* que são condições do processo democrático.

A terceira exceção refere-se à constituição como uma prática social. Tal exceção baseia-se em ser capaz de alcançar que estas decisões democráticas, que tenham valor epistêmico sejam mais eficazes. O propósito do controle judicial de constitucionalidade é preservar a prática social ou a convenção dentro da qual essa decisão opera, ou seja, especificamente, a constituição histórica. (NINO, 1997, p. 280).

Como ensina Nino (1997), há casos em que seria mais frustrada uma constituição ideal caso uma constituição histórica, mesmo moralmente insatisfatória, não seja respeitada. Deve-

se seguir uma racionalidade denominada “segundo melhor” e o respeito pela constituição ideal dos direitos requer que se afaste de alguns dos seus requerimentos.

Neste sentido, cita-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta (ADPF) 132, ocorrido em 2011, que reconheceu a união instável entre casais do mesmo sexo não obstante o teor do texto escrito no art. 226, §3º, da Constituição Federal. A realidade social, os laços de amor e de vida em comum, implicaram o reconhecimento do direito e na garantia de proteção da relação homoafetiva, apesar do texto elaborado pelo constituinte originário dizer o contrário.

A terceira exceção implica nulificação de uma norma sancionada democraticamente que é revisada com argumentos de poder, para dar real alcance às constituições ideais, aos direitos e ao poder. O efeito imediato desta nulificação é ignorar os requerimentos destas constituições, descartando uma decisão democrática e indo de encontro com o ideal democrático participativo, não obstante o pressuposto epistêmico de sua decisão seja moralmente correto. Então o juiz deve necessariamente equilibrar o dano imediato e os ideais participativos e liberais do constitucionalismo, tendo em vista o mal que se causaria a estes ideais caso a prática constitucional seja afetada negativamente devido a decisão democrática infringida. (NINO, 1997, p. 280).

Os juízes são então obrigados a enfrentar esta tensão constituição ideal e prática social uma vez que a decisão democrática pode afetar negativamente a convenção que surge da constituição histórica inclusive quando satisfaça o ideal constitucional a respeito do poder e dos direitos. O juiz, desta forma, estaria promovendo a constituição ideal, pois tem, de um lado, normas sancionadas democraticamente, o que parece debilitar a constituição ideal, na realidade resulta sua preservação na real possibilidade de por em vigência as dimensões ideais da constituição complexa. Nino cita o caso de controle de constitucionalidade da Argentina em 1990, em que o presidente Menen indultou militares que tinham violado direitos humanos em contradizendo a interpretação convencional do artigo 6º da Constituição de 1853. (NINO, 1997, p. 281).

É, em última instância, a questão de julgamento que justifica restringir o funcionamento da democracia, não para promover diretamente a democracia, como no primeiro caso judicial de controle da constitucionalidade, mas para preservar uma prática que outorga eficácia às decisões democráticas.

Mesmo que Nino (1997, p. 290) traga argumentos contrários ao controle judicial da constitucionalidade das leis advindas de um processo democrático, analisa as três amplas exceções que incluem a proteção dos pressupostos do processo democrático, a desqualificação das leis fundadas em razões perfeccionistas e, por fim, o exame para verificar se a lei afeta negativamente a preservação da prática jurídica moralmente aceitável.

Em muitas ocasiões a melhor forma de intervenção judicial não é a invalidação total de uma norma, os juízes não precisam descartar sempre os resultados do processo democrático para promover medidas que crêem mais propícias à proteção dos direitos. Em lugar disto os juízes podem e devem adotar medidas que promovam o processo de deliberação pública, ou a consideração mais cuidadosa por parte dos corpos políticos. (NINO, 1997, p. 290).

A concepção do controle judicial de constitucionalidade reflete a relação complexa entre a democracia deliberativa e as outras duas dimensões do constitucionalismo, tais como o reconhecimento dos direitos individuais e a preservação de uma prática constitucional. O valor epistêmico da democracia deliberativa implica a primazia do processo de discussão coletiva e decisão majoritária sobre qualquer outro processo para determinar soluções moralmente aceitáveis a conflitos sociais.

### **Considerações finais**

Restaram abordados traços fundamentais do regime de controle de constitucionalidade brasileiro, quer seja preventivo, quer seja repressivo, sendo que, neste caso, verificou-se a adoção de dois sistemas de controle no direito constitucional brasileiro e sua aproximação quanto aos efeitos. A adoção do sistema de controle difuso e abstrato sinaliza a crítica acerca de legitimidade e portanto, do caráter contramajoritário da decisão.

Analisou-se o caráter transformador do Estado Democrático de Direito, pautado por práticas de participação e consenso, trazendo à lume o comprometimento deste modelo de estado com a realização dos direitos fundamentais e com as garantias fundamentais. Assim, a nova ordem estatal percebe a democracia e o constitucionalismo como ideias imbricadas, trazendo a indagação recíproca entre controle de constitucionalidade e legitimidade democrática, e acerca de qual ideia seria prevalecente. Neste ínterim, percebe-se que não se tratam de ideias antagônicas, mas convergentes na busca de valores morais, culturais, históricos inseridos na ordem constitucional, para realização de uma democracia constitucional.

O texto trouxe as deficiências em advogar a favor do controle judicial de constitucionalidade das leis, conforme Gargarella, que variam desde as questões antidemocráticas até questões organizacionais, como o elitismo presente no poder judiciário. Gargarella referiu que os juízes extrapolam a simples leitura da Constituição, e em alguns casos, trazem soluções normativas que não estavam incorporadas no texto, nem implicitamente, muitas vezes com razões perfeccionistas. Afasta igualmente a proteção das minorias como argumento fundante do controle de constitucionalidade das normas.

De outra sorte, Carlos Santiago Nino, elucida três exceções, que viabilizam o controle de constitucionalidade das normas em face da teoria epistêmica da democracia. A primeira exceção refere-se ao controle do procedimento democrático, que depende de fatores como a amplitude da participação na discussão dos interessados na decisão, a liberdade dos participantes para exercitarem a participação, a igualdade de condições para a participação, a satisfação do requerimento de que as propostas sejam efetivamente justificadas, etc.

O poder judiciário seria aquele que reconheceria a compatibilidade das normas e atos normativos no intuito de gerar a maior participação possível, abrangendo, também, os direitos à discordância e ao protesto. A atividade dos juízes estaria vinculada à ampliação do processo democrático, primando por maior participação, pela ampliação do espaço de deliberação, pela iguadade das partes no debate.

A segunda exceção refere-se ao valor epistêmico da democracia, pautada pela moralidade pública intersubjetiva ou social que consiste em *standards* que levam a avaliação das ações individuais diferentes dos interesses do povo. A terceira, compreende a Constituição como uma prática social. O fim do controle judicial de constitucionalidade é preservar a prática social ou a convenção dentro da qual essa decisão opera, ou seja, da constituição histórica. Neste sentido preservam-se as escolhas pessoais, opções de vida, entretanto, as garantias para assegurar o exercício dos direitos fundamentais deverão ser protegidos através do controle dos valores e do conteúdo moral trazido pela prática social e pela constituição histórica.

Nesta ligação, o desenvolvimento da Constituição como prática social, induz o reconhecimento da Constituição histórica, e, dos valores morais inerentes ao conteúdo da Constituição, o que se entrelaça com a ideia de Constituição ideal. Traz-se, outrossim, o diálogo entre democracia e controle de constitucionalidade e justifica-se o controle como instrumento para viabilidade das práticas democráticas e para a tutela de direitos fundamentais reconhecidos pela prática social, ou reconhecidos pelo fato social que muitas vezes é carente de proteção. São conteúdos reconhecidos pela prática social, pelo dinamismo da vida que necessitam, não da declaração de sua existência, pois a declaração de existência é questão antecedente, pressuposta, mas sim da proteção do exercício dos direitos reconhecidos pela prática social, protegendo escolhas de vida, neste campo, o controle de constitucionalidade das leis deve ser tido como instrumento de democracia em virtude da valorização dos conteúdos morais e humanos da prática social.

## **Referências bibliográficas**

ACKERMAN. Bruce. *We the people: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1991; *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984.

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

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ªed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHUEIRI, Vera Karam de. SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada nº 91. *Revista de Direito Fundamental da Fundação Getúlio Vargas*, nº 9. In *direito.fgv.br*. Acesso em 17 de novembro de 2013.

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

COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In COSTA Pietro. *Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Netto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadematori. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Forense, 2006.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía* nº6°. *Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, abril de 1997.

HELD, David. *La democracia y el orden global Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Tradução Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. In *Direito e Legitimidade*. Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, Organizadores. São Paulo: Landy, 2003.

MADISON, James y John Jay. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

MENDES, Conrad Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, democracia e integração regional: os desafios da Globalização. In *a Democracia Global em Construção*. Org. Celso Campilongo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

PELAYO, Manuel García. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1985.

RAWS, John Rawls. *Political Liberalism*. Colúmbia U.P., 1993.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.