

A Constituição como projeto aberto: Legitimidade, hermenêutica e jurisdição constitucionais

David Francisco Lopes Gomes¹

Sumário: 1 Introdução; 2 A legitimidade da Constituição de 1988: sua construção democrática e a noção de projeto aberto; 3 A interpretação da Constituição: como, quem e quando; 4 A jurisdição constitucional: a maneira de realizá-la e a tarefa que a ela cabe; Referências

1 Introdução

Este pequeno ensaio objetiva trabalhar a idéia de Constituição como um projeto aberto, um projeto que se lança ao futuro carregado de expectativas que deverão ser revistas reflexivamente pelas gerações posteriores e cuja realização efetiva depende da maneira como se dará a relação sempre tensa entre facticidade e validade. Para esse propósito, começa abordando o problema da legitimidade da Constituição de 1988, buscando sustentá-la diante de discursos deslegitimadores de cunho jurídico, político e social. Em seguida, trata os temas da hermenêutica e da jurisdição constitucionais, procurando traçar reflexões sobre ambas à luz do papel fundamental que desempenham na consolidação, ou não, do projeto constituinte inaugurado com a promulgação do texto constitucional.

2 A legitimidade da Constituição de 1988: sua construção democrática e a noção de projeto aberto

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Pouco mais de um século e meio após sua primeira Constituição, o Brasil via-se outra vez diante da perspectiva de um novo texto constitucional. A década de 1980 nascera com ares de novidade. O fim do chamado “milagre econômico” e as conseqüências de uma crise de âmbito mundial haviam abalado um dos principais eixos – talvez o principal – sobre o qual sempre se apoiara o regime militar: a ordem em prol do progresso e do desenvolvimento². Somando-se às já quase duas décadas governando por meio de força e repressão, aqueles fatos deixavam transparecer a face de uma ditadura de certa forma desgastada, não mais com o mesmo vigor de dez ou quinze anos atrás.

Por outro lado, a sociedade civil apresentava-se mais madura e mais organizada. Estudantes, artistas, movimentos sindicais, movimentos culturais, movimentos religiosos e antigos nomes do cenário político-partidário opositorista mostravam uma crescente e saudável articulação.

Todavia, a revolução, pelo menos como tem sido tradicionalmente entendida desde a França de 1789³ não aconteceria. O enfrentamento direto parecia descartado. Após os anos mais duros do período militar, ficara a lição, por medo ou prudência, de que essa não parecia a via mais adequada.

Sem dúvida realizada de modo complexo, através de um processo que ainda aguarda uma reconstrução mais lúcida da historiografia nacional, fato é que nos anos de 1984 e 1985 teve lugar, com todas as suas ironias e paradoxos, o marco da transição para a democracia brasileira pós-golpe de 1964⁴.

Seguindo-se a um processo eleitoral conturbado, uma vez morto o presidente eleito, assumia em seu lugar o vice-presidente, que até pouco

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. 5a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1979.

³ ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988.

⁴ Para uma análise interessante da chamada transição política brasileira: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tempo Cairológico da Constituição e Democracia sem Espera*. Conferência organizada pelo grupo de Estudos “Flanar – Direito, Utopia e Democracia”. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, abril de 2009.

tempo estivera da outra margem da história e somente houvera mudado de lado por motivos de divergências internas dentro do Partido Democrático Social, antiga Arena. Decidido a levar a termo os compromissos assumidos por Tancredo Neves durante a campanha, José Sarney enviaria ao Congresso Nacional, no dia 28 de junho de 1985, a proposta de convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Daí resultaria a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro daquele mesmo ano. Em suma, dispunha ela que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-iam unicameralmente, a partir do dia 1º de fevereiro de 1987, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, para deliberarem e redigirem um novo texto constitucional, que deveria ser promulgado após aprovação pela maioria absoluta de seus membros.

A Constituinte teria início na data prevista. A Constituição seria promulgada um ano e oito meses depois, em 5 de outubro de 1988⁵.

Mesmo antes, porém, do envio da proposta de convocação da Constituinte, os debates acerca desta e da Constituição que ela deveria originar comandavam o tom das principais controvérsias políticas e jurídicas do país. Em primeiro lugar, discutia-se exatamente a maneira como se daria o ato convocatório dos trabalhos constituintes, se por resolução do próprio Congresso Nacional, por emenda à Constituição vigente ou se através de algum outro instituto jurídico⁶. Em segundo lugar, levantava-se o problema da responsabilidade por elaborar a nova Constituição, se deveria ficar a cargo do Congresso Nacional da legislatura de 1982, se caberia a esse mesmo Congresso, mas com os membros a serem eleitos para a legislatura de 1986, ou se o melhor seria a instalação de uma Assembléia Constituinte paralela e exclusiva⁷. Questionava-se igualmente se, escolhida uma das duas últimas vias citadas, os trabalhos constituintes seriam cumulados com a atividade

⁵ Para uma reconstrução do processo contituente de 1987-1988: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 6a. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 453-482.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985, p. 24-27.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985, p. 15-17, 27-29.

legislativa de um Congresso que permaneceria ativo ou se este restaria suspenso durante a elaboração do novo texto⁸.

Além disso, a composição do órgão constituinte, se organizado apenas com base na estrutura partidária existente ou se aberto a candidaturas avulsas⁹, também suscitava enfrentamentos, bem como a possibilidade ou não da presença de senadores no caso de um Congresso com poderes constituintes. Argumentava-se ainda, quanto aos requisitos para a promulgação da Constituição, se bastaria a aprovação dos membros constituintes ou se seria necessária a realização de um referendo popular¹⁰. Por fim, discorria-se sobre a natureza do poder constituinte e o significado do processo constituinte dos quais se originaria a Constituição de 1988, havendo quem os tomasse como mera expressão de continuidade em relação ao regime autoritário anterior e quem, ao contrário, enxergasse neles originariedade e ruptura em face da ordem ditatorial.

O desenrolar dos fatos acirraria algumas controvérsias e colocaria ponto final em outras, dando margem a interpretações divergentes sobre o que então se passava no cenário brasileiro. De toda sorte, assumindo os riscos inerentes às simplificações, não seria exagero dizer que as polêmicas geradas, todas elas, gravitavam fundamentalmente em torno de uma única questão: a legitimidade daquilo que viria a ser a atual Constituição da República.

Do ponto de vista jurídico, essa legitimidade era colocada em xeque, mais uma vez, pela natureza do ato convocatório. Instalada a partir de uma emenda à Constituição de 1967, esta continuaria sendo o fundamento jurídico da nova ordem constitucional e a Constituição de 1988 não poderia ser entendida como algo diferente de uma mera reforma, mais ou menos extensa,

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985, p. 18.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985, p. 12-13.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985, p. 20-21.

da Carta anterior¹¹. Sob a ótica política¹², o problema advinha da composição da Assembléia, formada por políticos eleitos de acordo com o quadro partidário e a organização de forças estruturadas durante os últimos anos da ditadura. Ou seja, a vontade política de que resultaria a nova Constituição havia sido construída no período autoritário. Logo, ela se apresentava novamente como simples continuidade da ordem autocrática precedente, sem a menor hipótese, portanto, de ser tomada como legítima. Além disso, não havia a possibilidade de candidaturas avulsas e participariam da Constituinte membros eleitos na condição de senadores, o que poderia revelar certa tendência prévia à manutenção do Estado federal.

Finalmente, pelo ângulo social, não se poderia falar de uma Constituição legítima que não houvesse sido produto de uma autêntica revolução, de uma fratura de dimensões tais que realmente justificassem a estruturação de uma nova ordem de coisas a ser expressa nas normas constitucionais¹³.

Contudo, essa visão negativa não parece a única possível, nem sequer a melhor delas, quando o assunto é a legitimidade da Constituição de 1988. Afinal, aspectos jurídico-formais ou a incapacidade de superar tanto uma visão linear da história quanto um arcabouço conceitual relativamente ultrapassado não parecem os parâmetros mais indicados para a aferição do caráter legítimo ou não de uma Constituição.

Se é verdade que possuiu erros, como os citados, além de muitos outros, não é menos verdade que o processo constituinte de 1987 e 1988 foi o

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 151-158; CRETTELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 1. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 69. Em sentido próximo, mas com argumentação e objetivos distintos: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prol. de Tércio Sampaio Ferraz Junior. 4a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15. Em sentido contrário: LINDOSO, José. *Estado, Constituinte e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 39-42; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2a. ed. São Paulo: 1994, p. 185-196; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 87-90.

¹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte: assembleia, processo, poder*. 2a. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 151-158. Em sentido contrário: LINDOSO, José. *Estado, Constituinte e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 39-42.

mais democrático da história brasileira. Pensado, por muitos, para se configurar como um acordo entre elites e intelectualidades, a participação popular que a ele afluíu não permitiu que isso ocorresse. Em que pese terem havido falhas, que precisam, sim, ser reconhecidas, elas não parecem suficientes para que se deixe de lado a intensa presença do povo na elaboração de sua Constituição e se deslegitime, desta forma, a própria democracia.

Ademais, a legitimidade de uma Constituição não se esgota no momento em que é elaborada. Ao refletir sobre as críticas de Frank Michelman, Jürgen Habermas¹⁴ dirá que a aparente relação paradoxal entre direito e democracia resolve-se através de uma característica típica das Constituições modernas: sua abertura ao futuro, dando ensejo a um processo histórico que se corrige a si mesmo. A ausência de uma religião, de uma tradição ou de uma autoridade que façam repousar num passado imemorial a força legitimante do direito leva as Constituições modernas a vivenciarem o problema da legitimidade sempre como falta, isto é, como uma ausência inevitavelmente impreenchível. Fruto do exercício tenso de um poder constituinte historicamente situado, cabe a elas possibilitarem mecanismos internos de legitimação que possam, como projeção ao futuro, procurar solucionar essa carência originária de legitimidade.

Assim sendo, a legitimidade constitucional não deve ser trabalhada numa perspectiva puramente ontológica, mas a partir de uma concepção capaz de entender seu caráter dinâmico, isto é, uma concepção capaz de entender legitimidade como legitimação, uma legitimação que se materializa na tensão entre realidade e idealidade que permeia as práticas sociais cotidianas e na maneira como os cidadãos se apropriam reflexivamente das normas constitucionais.

Logo, a polêmica sobre a legitimidade da Constituição da República de 1988 não pode ser resolvida somente com base na natureza

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

jurídica do ato convocatório que lhe deu origem, nem nos problemas enfrentados no interior da Assembléia Constituinte. O que a legitima é, a um só tempo, a inédita participação popular que nela se verificou¹⁵ e sua caracterização como projeto aberto, como marco que (re)inaugura e lança ao futuro o projeto constituinte brasileiro de consolidação do Estado Democrático de Direito¹⁶.

3 A interpretação da Constituição: como, quem e quando

Assumida a postura que reconhece na Constituição um projeto aberto, que desse modo se legitima e cuja efetivação depende da maneira como se desenvolverá a tensão entre fatos e normas no interior das práticas cotidianas dos cidadãos em geral, ganham relevo as discussões sobre dois outros temas: a hermenêutica e a jurisdição constitucional.

Quanto ao primeiro deles, o aprofundamento gadameriano¹⁷ nas reflexões sobre o círculo hermenêutico, a distinção traçada por Klaus Günther entre discursos de justificação e discursos de aplicação¹⁸ - bem como a idéia de adequabilidade, e não de ponderação - e a diferença que Ronald Dworkin apresenta entre regras e princípios no marco de um direito entendido como integridade¹⁹, podem contribuir para a realização adequada da atividade interpretativa num contexto pós-giro lingüístico.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 6a. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 479- 481, 493-496; CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 25.

¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. trad. Ênio Paulo Giachini. 3a. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

¹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 325-332.

¹⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo

É preciso reconhecer que não há situações ou sujeitos abstratos no ato de interpretação. Toda prática hermenêutica volta-se à aplicação normativa e é realizada por um ser concreto cujos horizontes de compreensão são conformados por uma história efetiva que o orienta. Por consequência, para que essa subjetividade inafastável não signifique arbitrariedade, é necessário que a interpretação não seja realizada por um sujeito isolado em si mesmo. Ao contrário, ela deve ocorrer no interior de um todo argumentativo, como processo circular e dialógico aberto à argumentação das partes envolvidas, possibilitando-se que o caso concreto seja interpretado à luz das normas jurídicas e estas à luz daquele.

Por outro lado, deve-se ter em mente que os processos de produção e aplicação normativa dividem-se em razão dos discursos que se fazem presentes em cada um daqueles momentos. Durante a produção das normas, os discursos de justificação se abrem a argumentos tanto morais quanto éticos ou pragmáticos, além de compromissos negociados, tendo em vista o problema da validade jurídica. Quando da aplicação dessas mesmas normas, o problema da validade já foi superado, bem como a possibilidade de se trazerem à discussão argumentos que não sejam estritamente jurídicos. Ultrapassado o momento de sua elaboração, as normas que se reverteram da forma do direito devem ser entendidas como normas jurídicas e não mais como normas morais ou éticas ou como mandamentos pragmáticos. Por isso mesmo, a práxis hermenêutica não pode pretender enxergar na Constituição uma ordem concreta de valores ou a consubstanciação de uma moral transcendente. Ao debruçar-se sobre ela, o intérprete encontra-se diante de normas jurídicas e é como tais que deve buscar compreendê-las, através dos discursos de aplicação sustentados no binário lícito-ílicito, direito e não-direito.

Seguindo adiante, princípios e regras devem ser corretamente diferenciados, embora essa diferenciação não possua natureza morfológica nem possa ser feita *a priori*, mas apenas diante de um caso concreto. Ao

Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 332-345.

contrário do caminho seguido por uma Jurisprudência dos Valores²⁰, os princípios constitucionais possuem natureza deontológica, não axiológica. Logo, não podem ser trabalhados como máximas otimizáveis, realizáveis em graus distintos quando em choque com outros princípios. Por conseguinte, o método da ponderação precisa dar lugar à idéia de adequabilidade, isto é, à perspectiva segundo a qual é possível, para cada caso, encontrar-se a única resposta correta. Essa resposta, porém, não possui dimensão ontológica, mas aparece como exigência de postura do intérprete em face das situações interpretativas colocadas à sua apreciação. Ademais, ela não surge internamente a um todo fechado de regras, mas é construída dentro de um complexo sistema normativo formado por regras, princípios e programas políticos e informado pelo ideal de integridade do direito.

Além de tudo isso, é imperativo reconhecer que toda interpretação acontece no bojo de uma disputa paradigmática²¹. Isto é, os atos interpretativos partem de uma pré-compreensão do intérprete acerca do direito que rege a sociedade e do papel que ele deveria cumprir dentro dela. Apesar de não se configurar como uma lente intransponível que determina previamente as respostas a serem formuladas diante de casos concretos, essa pré-compreensão exerce influência fundamental na postura do sujeito que interpreta durante o processo de construção de sentido das normas.

Como conclusão dessas breves reflexões sobre a hermenêutica jurídica, parece possível afirmar que a busca pela compreensão das normas constitucionais não pode ser privilégio de um ou outro sujeito. Ao invés disso, e para que de fato se preste à legitimação inter-geracional da Constituição tomada como projeto aberto, faz-se necessário que toda e qualquer atividade interpretativa se realize como prática democrática da qual todos os possíveis interessados possam participar.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Daí decorrem diretamente outros dois pontos. O primeiro deles refere-se ao titular da atividade hermenêutico-constitucional, ou seja, aquele a quem deve caber a delimitação do sentido das normas constitucionais. Frente ao que até aqui foi defendido, não resta outra hipótese senão afirmar que a Constituição deve ser interpretada por todos aqueles que a vivenciam, isto é, por todo o povo, entendido como grandeza plural. Mais do que um texto normativo, a Constituição significa ato de constituir, de forma que constitui o próprio povo que a elabora, cabendo, pois, a ele (re)construir os sentidos em que ela deve ser entendida. Nenhuma instância jurídica ou política, por mais sábia que se pretenda, pode querer arrogar-se o privilégio de exclusividade no posto de intérprete da Constituição.

O segundo ponto tem relação com o momento, ou os momentos, em que deve acontecer a interpretação da Constituição. Vivenciada a todo tempo, por todo o povo, ela deve igualmente ser interpretada a cada instante. A hermenêutica constitucional não pode ser compreendida como excepcionalidade. No seio de uma sociedade democrática, ela somente pode ser tomada como prática contínua e inevitável, aberta e plural.

4 A jurisdição constitucional: a maneira de realizá-la e a tarefa que a ela cabe

Dando seguimento à linha de desenvolvimento pensada para o presente artigo, resta discutir a jurisdição constitucional.

Sem sombra de dúvidas, o principal legado da Revolução Americana, tomada em sentido amplo, para o Constitucionalismo consubstancia-se em dois aspectos inter-relacionados: o postulado da supralegalidade constitucional e a conseqüente possibilidade do controle de constitucionalidade das leis²². Entretanto, uma vez reconhecida a possibilidade de se realizar tal controle, fica faltando definir como ele deverá ser feito.

²² PAIXÃO, Cristiano, BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008, p. 150.

Desde o início da República, prevaleceu no Brasil o controle jurisdicional de constitucionalidade, diferentemente do controle político adotado no modelo francês. Além disso, assemelhando-se ao sistema norte-americano, esse controle caracterizou-se como difuso e incidental, sendo a decisão acerca da inconstitucionalidade de natureza declaratória e com efeitos *ex tunc* e *inter partes*.

No entanto, pelo menos desde a reforma constitucional de 1926, pode-se reconstruir uma tendência crescente, ainda que de forma lenta, a centralizar a jurisdição constitucional. Recentemente, essa tendência foi materializada nas leis 9868/1999 e 9882/1999 e o símbolo maior de sua culminação parece ter sido previsto com o nome de súmula vinculante.

Em face dessas circunstâncias, sobretudo num momento em que tais súmulas proliferam e o uso político que delas se pode fazer mostra mais claramente seus perigos, ganha relevância ímpar refletir sobre a compreensão de jurisdição constitucional adequada à consolidação do Estado Democrático de Direito em terras brasileiras, conforme dispõe, e propõe, o projeto constituinte expresso na Constituição de 1988.

Se esse projeto é de fato marcadamente democrático, não há outro caminho senão atribuir prioridade ao controle difuso, realizado por via incidental em todas as instâncias jurídicas. O controle concentrado, por via direta, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, deve acontecer apenas em caráter excepcional. Exercer o controle de constitucionalidade significa, antes de qualquer coisa, definir o sentido de normas, tanto as constitucionais quanto as demais que a elas se devem adequar. Conforme defendido acima, a interpretação constitucional não é tarefa privilegiada de nenhum órgão político ou jurídico, mas prática contínua que deve ser realizada por todo o povo em sua vivência cotidiana. Logo, se a esse povo é que cabe a construção do sentido das normas constitucionais através da práxis hermenêutica, também a ele deve caber, por excelência, a aferição da constitucionalidade ou não das normas infraconstitucionais. E isso melhor se consegue através do

controle difuso, que possibilita a qualquer juiz debater, com as partes envolvidas no caso, sobre o sentido da Constituição.

Ademais, como a democracia é um regime político complexo, e mesmo contraditório, sendo caracterizada pela pluralidade e pela dinamicidade a ela inerente, não é possível engessar a Constituição com decisões que se pretendam universais, isto é, com efeitos *erga omnes*. Também isso somente deve ocorrer excepcionalmente. Ao contrário, as decisões proferidas devem possuir efeitos *inter partes*, permitindo que outras pessoas, em novos casos concretos, reinterpretem o texto constitucional e, se assim julgarem correto, atribuam-lhe sentido distinto e decidam diferentemente sobre a compatibilidade ou não das leis com aquilo que esse texto prescreve.

Finalmente, a idéia de uma lei inconstitucional precisa ser entendida como uma contradição em termos. Quer dizer, se inconstitucional, ela nunca chegou a ser lei. Portanto, a natureza da decisão de (in)constitucionalidade deve ser meramente declaratória e seus efeitos *ex tunc*. Aceitar que uma lei inconstitucional tenha sido válida e produzido efeitos jurídicos por certo tempo, de maneira que a decisão acerca da constitucionalidade ou não da norma infraconstitucional possua natureza constitutiva e efeitos *ex nunc*, é, no mínimo, paradoxal. Mais grave que isso apenas a possibilidade da modulação de efeitos dessa mesma decisão, ou seja, a possibilidade de que uma norma reconhecida como inconstitucional continue produzindo seus efeitos até um momento mais ou menos arbitrário definido pelo Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida, isso pode significar o início da ruína da supremacia constitucional.

Como conclusão parcial acerca da jurisdição constitucional, pode-se afirmar que deve assumir primazia o controle difuso, por via incidental, com decisões de natureza declaratória e de efeitos *ex tunc* e *inter partes*²³. O controle concentrado, por via direta, realizado pelo Supremo Tribunal Federal

²³ OMMATI, José Emilio Medauar. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris Editor, 2003.

através de decisões com efeitos *erga omnes*, deve acontecer tão somente em caráter excepcional. Mesmo nesse caso, porém, as decisões devem ter efeitos *ex tunc*, pois não se pode aceitar que uma norma contrária à Constituição tenha eventualmente produzido efeitos jurídicos válidos. Uma norma inconstitucional, seja ela qual for, assim o é desde sua origem e a essa origem é que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade devem retroagir. A Constituição, como constitutiva do próprio processo político democrático, não pode ser politicamente instrumentalizada. Considerações políticas não podem definir, de maneira mais ou menos arbitrária, um ponto na história em que uma norma desde sempre inconstitucional deixe de produzir os efeitos que até então produzia.

Tratada a questão de como deve se dar o controle de constitucionalidade, é necessário, como ponto final das reflexões aqui propostas, abordar a tarefa que deve caber a uma jurisdição constitucional que se preste à consolidação do projeto constituinte brasileiro em curso.

Diferentemente de uma perspectiva liberal que atribua à jurisdição constitucional somente o papel de proteção de minorias e de garantia de direitos fundamentais negativos em face de pretensões do Estado, e também destoando de uma concepção típica do Estado Social que enxerga no controle de constitucionalidade um espaço a mais para a realização de pretensões majoritárias e materializantes da sociedade, a tarefa da jurisdição constitucional deve possuir um caráter fortemente procedimental²⁴. No marco de uma concepção discursiva e procedimentalista do Estado Democrático de Direito, seu papel divide-se basicamente em quatro grandes funções: assegurar o devido processo legislativo; assegurar o devido processo legal; garantir o respeito a direitos fundamentais individuais, políticos e

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 297-354.

participatórios; e permitir que as gerações futuras se apropriem crítica e reflexivamente da Constituição²⁵.

Somente assim será possível que a consolidação da democracia siga adiante no Brasil, a partir do exercício equi-primordial das autonomias pública e privada por parte de sujeitos de direito que se reconhecem, ainda que contrafaticamente, como cidadãos livres e iguais. A Constituição não precisa ser guardada, mas, sim, vivida. É papel da jurisdição constitucional colaborar para que essa vivência se potencialize, de forma a propiciar a realização do Estado Democrático de Direito como processo que corrige a si mesmo no devir histórico e a conseqüente efetivação do projeto aberto lançado ao futuro pela Constituição da República de 1988.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 6a. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 19-28.

²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 81-86.

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tempo Cairológico da Constituição e Democracia sem Espera*. Conferência organizada pelo grupo de Estudos “Flanar – Direito, Utopia e Democracia”. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, abril de 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prol. de Tércio Sampaio Ferraz Junior. 4a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 1. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*. 2a. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2a. ed. São Paulo: 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. 5a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. trad. Ênio Paulo Giachini. 3a. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LINDOSO, José. *Estado, Constituinte e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, 2003.
- PAIXÃO, Cristiano, BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Resumo: este artigo aborda três questões fundamentais: a legitimidade da Constituição de 1988, a interpretação das normas constitucionais e o controle de constitucionalidade das leis. A discussão que apresenta baseia-se na teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas.

Palavras-chave: constituição, legitimidade, interpretação, controle de constitucionalidade.

Abstract: this article approaches three fundamental questions: the legitimacy of the Constitution of 1988, the interpretation of the constitutional norms and the judicial

review. The discussion that it presents is based on the discourse theory of law and democracy by Jürgen Habermas.

Keywords: constitution, legitimacy, interpretation, judicial review.