

**ANÁLISE DAS DOUTRINAS DO “MOOTNESS” E DO
“RIPENESS” NO DIREITO NORTE-AMERICANO E
AS NOCIVIDADES PARA UMA DEMOCRACIA
ENTRE LIVRES E IGUAIS DECORRENTES DA
DISTINÇÃO ONTOLÓGICA ENTRE UM
CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE. UMA CONTRIBUIÇÃO
PARA O PROCESSO DISCURSIVO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA
TEMPO E RISCO COMO ELEMENTOS CONCRETOS
DO CONTROLE NORMATIVO**

*Cássius Guimarães Chai**

Mentem no passado. E no presente passam a mentira a limpo. E no futuro mentem novamente. Mentem fazendo o sol girar em torno à terra medieval/mente. Por isto, desta vez, não é Galileu quem mente, mas o tribunal que o julga herege/mente. Mentem como se Colombo partindo Ocidente para o Oriente pudesse descobrir de mentira um continente. Mentem desde Cabral, em calmaria, viajando pelo avesso, iludindo a corrente em curso, transformando a história do país num acidente de percurso. (Affonso R. de Sant’Anna)

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Doutor em Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e pela Benjamin Cardozo School of Law – Yeshiva University. Mestre em Direito Constitucional – FD – UFMG. Membro: da International Association of Constitutional Law e da International Association of Prosecutors; do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Instituto de Ciências Penais e da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Coordenador de Ensino e Extensão do Programa de Pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão e coordenador do Programa de Graduação da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Unisulma.

A presente tese, apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, objetiva contribuir com e justificar uma prática incluyente e democratizante no e pelo controle judicial normativo, ou do conhecido controle judicial de constitucionalidade, como uma determinante na conformação da identidade constitucional de uma sociedade entre livres e iguais, com aporte nos fundamentos teóricos discursivos da democracia participativa e do constitucionalismo, sob a variável da limitação do exercício do poder, consignados o mecanismo antimajoritário, a aceitação do princípio do *rule of law*, e a proteção de direitos fundamentais¹, resultando em uma prática jurisdicional mais efetiva, mais ampla e mais próxima dos atores sociais atingidos pela aplicação do direito, a partir da problematização da natureza do controle de constitucionalidade quanto à **distinção ontológica desse controle entre concreto e abstrato na leitura da doutrina e da judicatura brasileiras, demonstrando algumas conseqüências processuais e teóricas nocivas para a cidadania decorrentes desse enfoque.**

O papel da judicatura, nesse contexto, reside em que, além de aplicar a lei, é instrumento que empresta potencial possibilidade de, na construção de uma identidade social-constitucional, favorecer o levantamento de pretensões à validade em um procedimento **equi**primordialmente estabelecido e de reconhecimento recíproco entre livres e iguais ao tempo em que permite uma interação entre a realidade legal e a social sem que, enquanto operador totêmico, crie sentimento de vulgaridade dos indivíduos considerando-os como de diferentes classes uns em relação aos outros, quiçá desmistificando

¹ Cf. ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives**. Durham: Duke University Press, 1994. p. 3; Cf. Idem. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Ainda, sobre direitos fundamentais propõe-se um correlato conceito com o de preceito fundamental em que se lho considera enquanto toda norma construída validamente ante a concorrência de todos os interessados afetados em um processo discursivo democraticamente instituído, reconhecendo a necessidade da preservação da identidade individual e coletiva na diversidade, ou seja, ao exercício efetivo da cidadania, movido pelos princípios da autonomia, da implicação ou reciprocidade e da participação. E no âmbito institucional relaciona-se com o dever, na perspectiva da moralidade política, e a possibilidade do cidadão em resistir aos abusos e às indiferenças decorrentes do exercício e do exercente das funções de poder (autoridade / decisão) da administração pública. Certamente que seu conteúdo se dá apenas no caso concreto.

classes de pessoas. Contudo, o papel da judicatura, se maquiavelicamente direcionado, pode instaurar tiranias ou ainda nazismos, emprestando uma imagem de legitimidade e solidificação de uma identidade nacional, como sói acontecer na Alemanha do III Reich².

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional desempenha um papel de mediar o *eu e o outro*. Um papel de Alteridade, construindo e (re)construindo a identidade constitucional, concorrendo para a construção do aceitável e do rejeitável. — O papel da jurisdição constitucional não deve estar circunscrito apenas enquanto um elemento do sistema de medidas técnicas cuja finalidade seja assegurar o regular exercício das funções estatais. Das funções estatais que quer criem direitos ou os execute³.

Se com Sócrates, Platão e Aristóteles inaugura-se a *decisão* histórica das diferenças, *decisão* que vive da perplexidade em se pensar a identidade como identidade e não apenas como igualdade, isto é, que enfrenta a dificuldade de se afirmar enquanto identidade no seio social das diferenças, essa mesma *decisão* vige hoje manifestando passado no presente, pelas tradições, as quais são recorrentes como critérios de escolhas, interpretações e avaliações.

² De acordo com Freud, os tabus têm origem em atitudes sociais ambivalentes e na verdade representam ações proibidas para as quais existe uma forte inclinação inconsciente. Existe amplo consenso, contudo, quanto à constatação de que os tabus vigentes em qualquer sociedade em geral se relacionam a objetos e ações de importância para a ordem social e pertencem ao sistema geral de controle da sociedade.

³ Cf. Em sentido contrário Hans Kelsen (Jurisdição Constitucional) p.123 ss. “A garantia jurisdicional da Constituição - a jurisdição constitucional - é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução.

O problema da regularidade da execução, de sua conformidade à lei, e por conseguinte o problema das garantias dessa regularidade, são objeto corrente de estudo. Já a questão da regularidade da legislação, isto é, da criação do direito, e a idéia das garantias dessa regularidade, enfrentam certas dificuldades teóricas. Não seria uma petição de princípio querer medir a criação do direito com um padrão que só é criado com o próprio objeto a medir? E o paradoxo que reside na idéia de uma conformidade do direito com o direito e ainda maior porque, na concepção tradicional, identificam-se sem maiores preocupações legislação e criação do direito,

De outro lado, a constatação de que a sociedade moderna é uma sociedade em essência complexa e de riscos aponta que, para a formulação de uma identidade que a todos represente *a priori*, é imprescindível a manutenção de um mecanismo de permanente e efetiva acessibilidade na plataforma discursivo-normativa ou em outras palavras no processo *do discurso normogênético* de aplicação que possibilite o sentimento de integração e pertinência⁴, que aqui se apresenta como questão de fundo do controle de constitucionalidade, apontando, inclusive, argumentos a reforçarem o controle difuso de constitucionalidade, buscando na desconstrução da distinção ontológica entre um controle concentrado em concreto e um controle concentrado em abstrato fundamentos jurídicos para o legítimo exercício de uma cidadania participativa pelo discurso jurídico sob condições de observância do *princípio democrático do direito* e da adequação dos resultados atingidos com o *princípio do igual respeito e consideração*. Ou seja, o que se pretende com uma cultura constitucional democrática, possibilitada pelo acesso à Justiça e identificando o papel institucional do Poder Judiciário, de sua mais elevada instância, o Supremo Tribunal Federal. De outra sorte, é necessário indagar-se, noutro plano, sobre os limites e as extensões desse papel, bem como suas implicações.

Assim, ao contrário da perspectiva do controle concentrado ou do difuso clássico que localizam a possibilidade do controle sob os órgãos que o exercem ou podem fazê-lo, aqui se desloca a perspectiva para o interessado no provimento jurisdicional, ou em outras palavras, para aquele que *ver-se-á afetado* pela decisão ou ato administrativo-normativo, ou ainda *afetado* pelos

e por conseguinte lei e direito; de sorte que as funções reunidas sob o nome de execução, a jurisdição, e ainda mais particularmente a administração, parecem ser, por assim dizer, exteriores ao direito, parecem não criar propriamente direito, mas apenas aplicar, reproduzir um direito cuja criação estaria como que acabada antes delas. Se admitirmos que a lei e todo o direito, regularidade equivale a legalidade, e então não é evidente que se possa ampliar ainda mais a noção de regularidade.

Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação e a aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito”.

⁴ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madrid: Reus, 1985.

efeitos do exercício do poder judicial⁵, permitindo-lhe provocar a apreciação do caso, que de sempre concreto, com a sua lesão ou ameaça a seu direito, **a quaisquer dos órgãos jurisdicionais**, fugindo-se à armadilha castradora da limitação objetiva dos legitimados ativos, como mecanismo de uma justiça discricionária, e portanto irradiadora de aceções. — Uma limitação formulada nos fundamentos da compreensão do processo judicial enquanto uma relação jurídica, na qual se atribui o exercício do papel da cidadania à instituições outorgando-se-lhes na letra da lei o *interesse processual* e desconhecendo ao povo, o seu legítimo direito a argüir o seu próprio direito o seu imediato interesse.

Limitações como essa autorizam, até sob argumentos de natureza administrativo-funcional, a remissão da defesa de direitos, mesmo que indisponíveis, à intempérie anomia de injunções políticos-institucionais.

Nesse sentido, albergado na compreensão de um devido processo⁶, busca-se verificar que um dos papéis do direito, ao tempo que é aquele de **assentar expectativas de direito**, é também o de pensar, avaliar e lidar com as conseqüências de riscos e os riscos em si, sem a pretensão de extingui-lo. Esse papel por assentamento de expectativas de direito encontra-se em parte, enquanto espaço de luta pelo direito, no exercício da jurisdição constitucional.

Assim, o controle de constitucionalidade, como produto histórico do constitucionalismo, que impõe, na modernidade, a busca racional de um fundamento plausível do uso da “força institucionalizada” e, limites aos potenciais arbítrios do Poder, ou de quem o exerça, é o mecanismo e é uma via procedimental argumentativa institucionalizada a possibilitar, no levantamento **das pretensões de validade, em concreto**, a informação de qual seja a *pretensão* revestida de legitimidade.

Uma outra questão logo emerge: o controle de constitucionalidade sendo afirmativamente uma possível via de verificação da tensão entre liberdade e igualdade, ou seja, da imposição de limites ao exercício do Poder, operaria a

⁵ Cf. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p.277- a governamentalidade.

⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

desocultação dos paradoxos⁷ advindos do uso criativo do Direito, possibilitando em última análise o resultado de um direito ao direito de resistir à lei, ou do reconhecimento deste direito imanente da própria ordem constitucional. Mas, além da possibilidade de ser uma via discursiva, ser um estado de discurso.

No mesmo sentido, assume-se que o uso do *controle normativo em abstrato* objetiva legitimar atos de poder excludentes⁸ distribuindo ônus sob o pretense argumento da segurança jurídica, com orientação político-governativa, valendo-se mesmo de opaca fundamentação no sintagma em nome “do excepcional interesse social”⁹. Pois, apenas o reconhecimento de que **as condições de tempo e humanas de racionalidade são limitadas** é que se dá lugar a uma teoria discursiva enquanto reconstrução, posto que a problematização dessas categorias conduz ao que Carvalho Netto diz ser a abertura da possibilidade de se lidar racionalmente com a complexidade envolta na determinação e no reconhecimento dos afetados não somente no instante, mas ao longo do eixo temporal para se levar a sério as mutáveis pretensões concretas a direitos levantadas pelos cidadãos na vivência cotidiana em uma comunidade de princípios sempre aberta ao processo histórico de aprendizado acerca de como se podem e se devem afirmar a liberdade e a igualdade reciprocamente reconhecidas a todos¹⁰.

Nesse relacionamento intra-sistemas, observa-se que o sistema do direito imiscui-se junto aos demais sistemas sociais em uma constante tensão

⁷ Cf. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria Social de Nicklas Luhmann**. Mexico: ITESO, 1996.

⁸ No sentido de se terem autorizados os riscos a serem assumidos e de desconhecer os ignorados. Excludentes do reconhecimento mútuo entre iguais.

⁹ Cf. Lei 9868/99 art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifos pelo autor). Semelhante redação se vê encartada na lei 9882/99 “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹⁰ Notas de classe disciplina Tópicos em Teoria da Constituição 2001.2ºSem. (Tópicos de Teoria da Constituição - Constituição Como Realidade Intersubjetiva; 45h/a). Programa de Pós-graduação da FDUFG.

entre a regulamentação do potencial e do desconhecido com a certeza e a segurança. Noutras palavras, a tensão entre as oportunidades e os riscos.

A precariedade do conhecer humano impõe a recolocação dessa problemática, não mais do molde do contrato social, mas da perspectiva da atuação da jurisdição constitucional radicalmente localizada nos efeitos oponíveis contra terceiros e vinculantes a todos, sejam os reconhecidos enquanto partes ou não. — Seria o que Tribe configura enquanto curvatura de atuação das decisões legais¹¹.

De outro lado, o exercício da jurisdição constitucional fundado na distinção ontológica entre um controle concreto e um controle abstrato tende a fragilizar o sentimento de pertencimento constitucional da identidade em constituição.

Essa fragilização parte de antemão da concessão do interesse processual ou do direito-de-ação de forma objetiva sem considerar, como afirmado, *todas as potencialidades de vida*, os casos futuros-concretos, embora nos fundamentos das decisões sejam recorrentes os argumentos do risco e da segurança jurídica. E de maneira mais nociva permite que, na articulação dos sistemas de controle concentrado e de controle difuso as decisões proclamadas naquela sede, tornem prejudicados os objetos sob exame nesta via incidental.

Assim, a estrutura discursiva institucionalizada, em sede de controle de constitucionalidade, nos diversos sistemas jurídicos, toma a determinação da legitimidade para provocação das funções de controle normativo como uma ferramenta ou para alargar o espaço e as possibilidades de discussão e de realização do próprio controle, ou para restringir o círculo de acesso à instância jurídica de onde se passa a ser **capaz de observar conscientemente, movido pelos princípios da participação e da implicação**, o próprio sistema social, de uma perspectiva da validade normativa. Em outras palavras, sobre o espectro de riscos, suas potencialidades e do desconhecimento dos afetados.

A nocividade de um processo constitucional que desconhece a alteridade, que por sua natureza secular é limitado pela não-ubiquidade humana espaço-temporal, tende a minar a lealdade jurídico-constitucional também em

¹¹ Cf. TRIBE, Laurence. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. Harvard Law Review. Cambridge: Harvard University Press, n.103, v.1, p. 5-17, 1989.

razão dos efeitos promanados das decisões em sede de controle concentrado à revelia de um contraditório em simétrica paridade, algumas vezes deslocando a efetividade da validade da norma constitucional para a autoridade institucional de seu guardião, como tratado adiante sobre a Reclamação ao STF, outras vezes porquê se assume um lapso temporal para determinar a validade do direito, desconhecendo a própria validade de relações jurídicas já estáveis.

Inicia-se, portanto, traçando-se em linhas gerais alguns aspectos da função jurisdicional, dos sistemas e modos do controle de constitucionalidade, abordando-se em especial a questão da *distinção ontológica* acima referida para marcar que essa *distinção* é uma *distinção* funcional, e dela decorrem, inclusive, deformações no processo constitucional de controle normativo que afetam o princípio do contraditório e o princípio da igualdade.

A ameaça a direito e a ameaça à lesão são tão concretos e sensíveis quanto a lesão ao direito. Tal como o *risco* é suficientemente concreto para autorizar uma intervenção judicial liminar *inaudita altera pars* ou determinar uma antecipação de provimento judicial.

Não é por acaso que expressamente textos legais, leis ou decisões colegiadas, empregam os termos ameaça, lesão ou a expressão *ameaça a lesão* e até mesmo o verbete **risco**.

No Brasil **há a ameaça** como conduta típica, culpável e antijurídica.

A própria Constituição traz no bojo do art. 5º XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*. Por certo que a depender da autoridade que promova a dita lesão ou a ameaça a direito, a revisão do ato de violência (*gewalt*) pode perdurar uma eternidade judicial. Contudo, um ponto crucial a ser tematizado aqui é se há critérios legítimos para a seleção dos riscos, ou das situações de risco e, sobretudo quem ou qual órgão e sob quais condições discursivas assume o *locus* discursivo para determinar quais riscos ou situações-de-risco podem ser objeto da tutela judicial. Noutros termos, objeto do processo discursivo de controle normativo.

De outro lado, pela experiência norte-americana, as doutrinas do *mootness* e do *ripeness*, operando enquanto exceções como um dever ao exercício da jurisdição constitucional, trazem respostas plausíveis e mais coerentes com uma sociedade democrática do que as formulações erigidas sobre uma distinção ontológica do controle concentrado de constitucionalidade entre concreto e abstrato.

– O *mootness* e o *ripeness* são relacionados ao tempo e ao risco. Este ao aspecto da não judicialização prematura da questão, e aquele a sua não apreciação tardia. Assim, quanto ao tempo porque a provocação da jurisdição deve acontecer de modo a permitir uma intervenção eficaz. — Em razão do risco porque, conforme visto em *Roe v. Wade*, embora o fato primário trazido a juízo tenha se consumado, o risco subjacente à *case and controversy* capaz de se manifestar novamente, **constituindo uma situação de proteção permanente**, impõe a realização do controle normativo para se declarar a validade ou a invalidade da norma questionada.

Disto resulta que uma leitura mais acurada da decisão *Roe v. Wade* revela-se indispensável a fim de se recuperar essas doutrinas do *mootness* e do *ripeness* como a emprestarem fortes argumentos a favor da não abstração do *judicial review*, e, portanto, da legitimidade dos afetados para pleitear a intervenção judicial no reconhecimento, preservação e responsabilização de direitos ou de sua violação.

Para tanto, se justifica a recorrência às doutrinas do *mootness* e do *ripeness* que são, na prática do *judicial review*, exceções ao princípio do *case and controversy* e autorizam e determinam a atuação da jurisdição constitucional. São exceções que assumem a ameaça a direito, a ameaça de lesão a direito ou a situação de risco a direito como critérios definidores da legitimidade de agir e do interesse em um provimento judicial ou administrativo.

Cumprido, no bastante, assentar que as tradições republicanas brasileiras sempre se viram descomprometidas com um projeto incluído de uma alteridade igualitária. E, nesse descompromisso a distinção **público e privado** nas práticas institucionais de um Estado-social, como assenta Carvalho Netto¹², subtrai o respeito e a capacidade de autonomia dos cidadãos sob o discurso do protecionismo, e de múltiplos mecanismos transversais para o uso da comunicação ante a substituição representativa de suas próprias pretensões.

– A intenção está declarada: *assistencialismo* processual.

A palavra está cassada.

A espada – o Direito – como ameaça.

¹² Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

– Outra vez o Direito é interpretação. Carvalho Netto lembra que Gadamer vincula-se à tradição teórica da hermenêutica filosófica para resgatar os exigentes pressupostos que informam a postura do juiz em uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, apontando a imprescindibilidade de se tomarem os supostos iniciais de Ronald Dworkin, sobre **a unicidade e a irrepetibilidade** que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, **qualquer caso concreto, e acresça-se, seus riscos prementes e subjacentes**, sobre os quais se pretenda tutela jurisdicional, os quais exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico, **irrepetível por definição**. Em outros termos, todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um caso difícil, como um *hard case*.

Se de um lado o sistema difuso de controle normativo é compreendido pelo Supremo Tribunal Federal enquanto um modelo pluralista – de massas (sic. ADC1) –, de outro lado a imposição de um sistema concentrado sob o fundamento de que aquele outro se põe como ameaça ao princípio da segurança jurídica, além de se revelar, nos supostos do modelo germânico, dissonante com a sociedade pluralista brasileira, é um retorno a incompreensão dos limites temporais e humanos da racionalidade. Como visto, é não assumir a via de reconstrução social pela via da teoria discursiva de justificação de uma sociedade de livres e iguais.

– A distinção ontológica do controle de constitucionalidade entre abstrato e concreto tende a ocultar por meio das estruturas discursivas assimétricas o que não se pode justificar pela recorrência discursivo-coerente e consistente do argumento plausível.

O retrato do fisiologismo brasileiro, malgrado as novas cores, permanece com seus delineamentos como que fronteiras marcando a profunda diferenciação do *teu*, do *meu* e do *povo*, promovendo, com fundamento nos referenciais de uma interpretação autêntica, a conveniente seleção dos autorizados-a-participarem-do-jogo. — Como apontado, se o jurisdicionado não pode acessar a jurisdição constitucional, cedo ou antes, porque não manifestou suas pretensões sobre a decisão que lhe vincula, não mais é sujeito.

Com a pena objetiva-se o subjetivo; para no distorcer de sentidos preencherem-se os significantes com estudados significados tendo por destinatários a miríade de, assim consignados, insignificantes.

Oportuno lembrar as palavras de Wolfgang Zeidler, ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, durante a 7ª Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, realizada em Lisboa entre 26 e 30 de Abril de 1987¹³, ao distinguir entre as naturezas das causas apreciadas pelo Tribunal, dentre os quatorze tipos de situações elencados na Lei Fundamental¹⁴.

Zeidler fora preciso ao afirmar que as mais significantes questões de controle de constitucionalidade realizadas referem-se a questões abstratas e concretas e às queixas constitucionais, mas, ressaltou que, a exemplo do sistema americano, na Alemanha não há previsão normativa legal que autorize o controle preventivo ou a *advisory opinion*¹⁵.

¹³ Cf. ZEIDLER, Wolfgang. **The federal constitutional court of the federal republic of germany**: decisions on the constitutionality of legal norms. Notre Dame Law Review, n. 62, p.504, 1987. “In the Federal Republic of Germany, the Federal Constitutional Court is the principal body of constitutional jurisdiction. The Court’s exclusive jurisdiction is to decide constitutional questions arising under the Federal Republic’s Constitution, the Basic Law (das Grundgesetz). A constitution, particularly one that contains an extensive catalogue of basic rights binding on all public authority, will necessitate a greater degree of interpretation than other legal norms. Unlike other courts of last resort, access to the Federal Constitutional Court is limited, except in the case of constitutional complaints, to state and federal governments, state and federal courts, and parliamentary groups such as party factions and minorities in national and state legislatures. The role of the Federal Constitutional Court, therefore, is particularly significant, considering the potential far reaching effect of its decisions. (...) Nearly all of the Federal Constitutional Court’s jurisdiction, covering fourteen types of disputes, is defined in the Basic Law. **The most significant areas of review involve abstract and concrete judicial review and constitutional complaints. There are no statutory provisions for a preventative or an advisory judicial review of legal norms.** The Law Concerning the Federal Constitutional Court originally provided for the possibility of obtaining advisory opinions. The provision was soon dropped, however, in view of the difficulties that arose in conjunction with the binding nature of such decisions.” Zeidler, Dr. Iur. Presidente do BVerfG. Lei Fundamental Alemã (GRUNDGESETZ) art. 13.

¹⁴ Lei Fundamental Alemã (GRUNDGESETZ) art. 13.
¹⁵ **BVerfGG § 97** (texto vigente em Março 12, 1951) (revogado em Julho 21, 1956) [**BVerfGG** – Lei do Tribunal Constitucional Alemão]. É oportuno trazer a observação do então Presidente da Corte Constitucional Alemã, prof. Zeidler, Dr. Iur., in *ibid.* loc. Cit., de que a provocação para controle normativo, ajuizada ou pelo governo federal, ou por parte do Parlamento, ou ainda por parte de governo estadual, sobre a compatibilidade normativa entre atos normativos infraconstitucionais e o texto constitucional, sejam leis advindas do Parlamento Federal, das instâncias de poder dos entes federados ou de seus diversos órgãos administrativos, são questões de regra levadas à apreciação da Corte Constitucional pelos partidos políticos, momentaneamente, vencidos no debate do processo legislativo. **De outra sorte, lembra o Juiz Zeidler que o controle abstrato também é acessado nos casos em que uma autoridade administrativa, ou uma instância jurisdicional inferior ou qualquer outra agência federal**

Esta colocação é essencial. – Faz emergir o sentido equívoco do termo abstrato entre universal e não-existencial ou hipotético. E, pelo que se depreende do texto, ao colocar, além da categoria *abstrato*, a categoria *advisory opinion*, é de se admitir que o sentido empregado por Zeidler é o do *sentido universal*, ou seja, de uma *iuris questio* de interesse plural, não apenas particularizado.

– No *judicial review* norte-americano o art. III da Constituição Federal limita a Suprema Corte a conhecer questões que conformem os requisitos do *case & controversy*, ou seja, a legitimidade processual é coetânea ao interesse de agir. Isto significa que a Corte apenas poderá exercer sua jurisdição quando e somente quando se tratar de uma situação na qual haja *personnal injury* (lesão pessoal concreta e individualizada), *injury-in-fact* (lesão de fato concreta e individualizável), *real or immediate threat of harm* e *controversy capable of repetition* (ameaça real ou imediata e ainda pretensão”controvérsia de provável recorrência), não sendo admitido à Suprema Corte expedir a chamada *Advisory Opinion*¹⁶.

ou estadual recusa-se a aplicar uma lei ou norma administrativa sob a alegação de sua invalidade diante da lei Fundamental. Nesse sentido cf. **BVerfGG** § 76: (1) A solicitação do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de uma terça parte dos membros do Parlamento Federal, de acordo com o art. 93 num. 1 e 2 da Lei Fundamental, é admissível somente se o solicitante considera o direito federal ou estadual: 1. Nulo por sua incompatibilidade formal ou material com lei Fundamental ou outra norma federal, ou; 2. Válido, depois que um tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da federação ou de um Estado, não a aplica por considerá-la incompatível com a Lei Fundamental ou outra norma federal. Zeidler ainda menciona que há uma crítica ampla de que essas disputas políticas judicializadas são em geral aquelas que não são resolvidas institucionalmente dentro do Parlamento. De consequência, a precariedade de informações ante a não aplicação das normas, objeto do controle abstrato, e de suas implicações, tem imposta ríspida crítica a essa via de controle. *Loc cit.* [Commentators critically note that it is only the political disputes which were unsuccessfully resolved in the Bundestag that are continued in the courtroom. Because an abstract judicial review forces the Federal Constitutional Court to decide the constitutionality of a legal norm without access to sufficient information regarding the implementation of the norm or its implications, this review procedure has been subject to criticism.]

¹⁶ O caso histórico ocorrido entre o presidente George Washington e o primeiro Chief Justice da Suprema Corte Americana em que o presidente solicitava à corte conselhos sobre possíveis consequências da guerra entre a França e a Inglaterra para os Estados Unidos. O então Chief Justice John Jay respondeu que expedir uma opinião (decisão) sobre possíveis ações quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, acerca de sua constitucionalidade, sem que houvesse um fato concreto, apenas uma situação hipotética, seria uma ruptura (violação). O então Juiz

De seu lado, a doutrina e práticas americanas, ao associarem a compreensão do hipotético ou do acadêmico à categoria do abstrato, assumem que nesta situação uma pretensão não merece o *status* de judicializável e, portanto, é consignada enquanto contenedora das chamadas *advisory opinions*, e, por outro lado, diferenciam os casos do *Declaratory Judgment Act* de 1934, ao assumirem o *juízo de declaração de direito* ao afirmarem que a questão é judicializável, e, portanto, objeto de resolução, ao se indagar *se os fatos apresentados configuram um imediato ou atual conflito de interesses ou pretensões juridicamente oponíveis*. — Ressalta-se que o argumento do risco também se encontra expressamente elaborado nesses casos

disse: We exceedingly regret every event that may cause embarrassment to your administration, but we derive consolation from the reflection that your judgment will discern what is right. A respeito do tema cf. *The Declaratory Judgment Act* de 1934, na sua limitação a caso e controvérsia, manifestamente referenciou-se à provisão constitucional e é aplicável apenas em relação às controvérsias nesse sentido de natureza constitucional. A palavra atual é mais de ênfase do que de definição. Portanto a aplicação do *Declaratory Judgment Act* é apenas procedimental. O Congresso ao prover mecanismos de defesa e ao definir procedimentos quanto aos casos e as controvérsias de natureza constitucional está atuando dentro dos limites de suas competências sobre a conformação da jurisdição das cortes federais. O exercício desse controle do processo e da atuação jurisdicionais não confina a sociedade à forma e ao processo tradicional. Ao tratar dos mecanismos processuais o Congresso pode criar, melhorar ou mesmo abolir ou restringir. Mas, o processo deverá ser conformado consoante determina a própria constituição. Uma pretensão nesse sentido deve ser aquela adequada à judicialização. Uma pretensão judicializável é portanto distinta de uma diferenciação ou de uma disputa de natureza hipotética ou abstrata; ela é distinta de uma disputa acadêmica ou moot. A pretensão deve ser definida e concreta afetando e criando situações jurídicas entre interesses legais oponíveis. Deve ser uma pretensão real e substancial possibilitando uma atuação efetiva por parte do Judiciário, diferente de uma consulta sobre fatos hipotéticos. Cf. *Maryland Casualty Co. v. Pacific Coal & Oil Co.*, 312 U.S. 270, 61 S.Ct. 510, 85 L.Ed. 826, (pag. 273 of 312 U.S., pag 512 of 61 S.Ct., 85 L.Ed. 826): ‘The difference between an abstract question and a ‘controversy’ contemplated by the Declaratory Judgment Act is necessarily one of degree, and it would be difficult, if it would be possible to fashion a precise test for determining in every case whether there is such a controversy. Basically, the question in each case is whether the facts alleged, under all the circumstances, show that there is a substantial controversy, between parties having adverse legal interests, of sufficient immediacy and reality to warrant the issuance of a declaratory judgment. Cf. *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 239-242, 57 S.Ct. 461, 463, 464, 81 L.Ed. 617, 108 A.L.R. 1000. It is immaterial that frequently, in the declaratory judgment suit, the positions of the parties in the conventional suit are reversed; the inquiry is the same in either case. *Nashville, C & St. L.R. Co. v. Wallace*, acima mencionado (288 U.S. 249) pag. 261 (53 S.Ct. 345, 77 L.Ed. 730, 87 A.L.R. 1191).

sobre pretensões oponíveis na jurisprudência da Suprema Corte Americana e das Cortes Federais Distritais e dos Circuitos, como se diz: *It's the function of the Declaratory Judgment Act to afford relief against peril and insecurity*¹⁷.

A Lei Federal 9868/99, ao disciplinar a via direta ou concentrada do *controle abstrato de constitucionalidade*, mediante a regulamentação e estruturação do processo e julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, **manteve o rol de legitimados restringido**, consoante determina a CF em seu art. 102, e **não admitiu expressamente a intervenção de terceiros**, mas, outorgou ao ministro relator a soberania de permitir o ingresso no processo discursivo de aplicação outros órgãos ou entidades, tendo por critérios *a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes*, sic art.7º, §2º. Outra vez, critérios gordurosos ou não critérios.

A Lei Federal 9882/99 a par-e-passo da LF 9868/99, também contemplou a possibilidade de no processo e julgamento da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, a critério do relator, ser autorizada

¹⁷ Cf. *Reliance Life Ins. Co. v. Burgess*, 8 Cir., 112 F.2d 234; *Mississippi Power & Light Co. v. City of Jackson*, 5 Cir., 116 F.2d 924; *Oil Workers Inter-Union v. Texoma Nat. Gas Co.*, 5 Cir., 146 F.2d 62. *leading cases* interpretando e aplicando a *Lei Federal Declaratory Judgment Act* *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 57 S.Ct. 461, 81 L.Ed. 617, 108 A.L.R. 1000, no qual uma companhia de seguros teve admitida uma Ação Declaratória para assegurar que uma apólice de seguro de vida prescrevera por ausência de pagamento e porque o segurado não sofrera incapacidade permanente. A corte decidiu que a questão tratava-se de uma pretensão oponível nos parâmetros da Declaratory Judgment Act. O Ministro-presidente relembrou os precedentes (pag. 239-241 of 300 U.S., pag 463 of 57 S.Ct., 81 L.Ed. 617, 108 A.L.R. 1000;) *In Altwater v. Freeman*, 319 U.S. 359, 63 S.Ct. 1115, 87 L.Ed. 1450, an action was brought to adjudicate that certain patents were invalid or in the alternative, that they were covered by a certain license agreement. The Court held that the action might be maintained. It remarked that unless the plaintiff could obtain an adjudication of his rights, **he incurred the risk of judgments** for damages in infringement suits and added that 'It was **the function of the Declaratory Judgment Act to afford relief against such peril and insecurity**. (pag. 365 of 319 U.S., pag. 1118 of 63 S.Ct., 87 L.Ed. 1450.). *In Dewey & Almy Chemical Co. v. American Anode*, 3 Cir., 137 F.2d 68, it was held that an action for declaratory judgment would lie to determine the validity of a patent. The same conclusion was reached in *E. Edelmann & Co. v. Triple-A Specialty Co.*, 7 Cir., 88 F.2d 852, 854, in which Judge Lindley stated: 'It was the congressional intent to avoid accrual of avoidable damages to one not certain of his rights and to afford him an early adjudication without waiting until his adversary should see fit to begin suit, after damage had accrued.

a participação, não de terceiros, mas de interessados no processo através de sustentação oral e da juntada de memoriais, *sic art. 6º, §2º-LF.9882-99* . É necessário o registro que aqui não se tratam das partes, *sic art.6º, §1º*.¹⁸ O legislador passou a admitir a figura do *amicus curiae*¹⁹, aquele que não é parte

¹⁸ in verbis: “§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

¹⁹ Cf. Entrada no American Heritage Dictionary: “A party that is not involved in a particular litigation but that is allowed by the court to advise it on a matter of law directly affecting the litigation.” Cf.: “*amicus curiae*: “an adviser to the court on some matter of law who is not a party to the case; usually someone who wants to influence the outcome of a lawsuit involving matters of wide public interest.” in *amicus curiae*.” The New Dictionary of Cultural Literacy, Third Edition. Houghton Mifflin Company, 2002. O Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI-MC 2321 - DF - TP - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 10.06.2005) assim se manifestou sobre a figura do *amicus curiae*: PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* - UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. **A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.** - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. O procurador-geral da república, quando ajuizar ação direta, deve assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, deduzindo pedido de declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Incumbe, ao Procurador-Geral da República, quando ajuizar a ação direta, o dever de assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive aquele que se refere à obrigação de pedir a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Encargo processual atendido, na espécie, pelo Chefe do Ministério Público da União. - O Procurador-Geral da República não mais pode, ante a pluralização dos sujeitos processuais ativamente legitimados ao exercício da ação direta (CF, art. 103), limitar-se ao mero encaminhamento formal de representações que lhe venham a ser

direta no processo, mas aconselha a Corte, **mediante interesse, afetando o resultado da prestação jurisdicional.**

A própria Corte Brasileira reconhece o relevo do papel do *amicus curiae*, ora afirmando sua importância enquanto configurador do pluralismo no debate constitucional, ora reconhecendo-o como defensor dos interesses ou de indivíduos afetados pelo resultado final.

Assim, após tratarem-se de alguns aspectos da Jurisdição Constitucional e de se **marcar a distinção funcional** entre um controle de constitucionalidade concentrado *abstrato e concreto*, e não ontológico, passa-se à questão *do risco na perspectiva da decisão em sede de Jurisdição Constitucional.*

Não se trata, como afirmado acima, de um controle normativo do risco no sentido de sua eliminação. Mas, como demonstrado adiante, trata-se de se evidenciar o *argumento do risco* como um argumento utilizado no exercício do provimento jurídico, tanto judicial quanto legislativo, já que a própria decisão se apresenta como um ato de coação devendo, portanto, recordar as demais possibilidades excluídas. Nesse sentido, a Teoria Discursiva de Aplicação do Direito e a Teoria do Direito como Integridade desnudam as incoerências de *um sistema de controle normativo* que se afirma democrático, mas que realiza uma prática procedimental seletiva quanto aos autorizados-a-participarem-do-jogo comunicativo e cujos efeitos são vinculantes a todos e contra qualquer um, resultando em um provimento que desprovê o cidadão de sua própria identidade constitucional. — Nesse ponto, resta inequívoco que compreensão de democracia é reciprocamente determinada pela compreensão de constituição, e a compreensão de legitimidade é o elemento subjacente dessa relação mútua e tensa. E esta análise se empreende da perspectiva de um

dirigidas, incumbindo-lhe assumir - como se impõe, de ordinário, a qualquer autor - a posição de órgão impugnante da espécie normativa por ele questionada, deduzindo, sem qualquer ambigüidade, pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade das leis e atos estatais cuja validade jurídica conteste em sede de controle concentrado. - Desde que se ampliou, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a pertinência subjetiva da lide, com o estabelecimento de um regime de legitimidade ativa "ad causam" concorrente (CF, art. 103) não mais subsiste a "ratio" que justificava, sob a égide das Cartas Políticas anteriores, o comportamento processual adotado, em muitos processos, pelo Procurador-Geral da República, a quem incumbia, então, enquanto "dominus litis", o monopólio da titularidade do poder de agir em sede de fiscalização normativa abstrata.

sistema social de riscos por três razões: risco é uma variável presente em qualquer sistema social, é criado e impingido por organizações e instituições as quais se supõem responsáveis por sua administração e seu controle²⁰; a dimensão do risco decorre da qualidade das relações e dos processos sociais; e, primariamente o risco decorre da dependência social de instituições e atores sociais que se indiferenciam, obscurantizam e **se tornam inacessíveis** pelas pessoas afetadas pelos riscos em questão.

Exemplificadamente: ao impedir o povo, um breve retorno às justificações para os vetos encetados ao art. 2º da lei 9882/99, **sob o discurso da assistência, de ele próprio (povo) considerar os riscos das situações**, ensina-se-lho a aceitar, a qualquer tempo, em qualquer sociedade e nesta especialmente, sem questionar, qualquer norma de conduta. O povo passa, então, a desconhecer o conteúdo normativo.

É preciso deixar assentado que a compreensão do controle normativo concentrado idealizado por Kelsen, como anotado com a Constituição de 1920 e sua reforma de 1929, pressupunha o não retorno ao governo de juízes observado no sistema germânico pela Escola Livre do Direito²¹ e *da jurisprudência livre*. Contudo, um ponto essencial que merece destaque é que o **controle normativo quanto à validade constitucional** operando da perspectiva da separação qualificada dos poderes não era diretamente exercido por um órgão judicial. Já observava Kelsen que sendo o Estado um ordenamento jurídico que se diferencia apenas quantitativamente e não qualitativamente²², posto que todo ato de poder público manifesta-se enquanto ato jurídico ou como ato de produção ou de execução de normas jurídicas, o ato judicial como

²⁰ Cf. Nessa perspectiva, credibilidade e confiança são questões nascidas no campo do risco. Logo, credibilidade institucional, credibilidade de mercados etc.

²¹ Cf. SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p.165. Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.317 ss. Em sentido semelhante cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30 ss : "... No sistema difuso que praticamos, a possibilidade do controle incidenter tantum ativa a instrumentalidade do próprio processo jurisdicional à ordem constitucional, sem a necessidade da cisão do julgamento da causa (nos sistemas europeus, o órgão judiciário somente delibera a questão constitucional e envia o julgamento à corte competente)."

²² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 3.ed. Tradução de J. Crettela Jr e Agnes Crettela. São Paulo: ERT, 2003. p.134 ss; cf. Idem. **Teoria pura do direito**. p. 292 ss.

ato de produção de direito haveria de se limitar ao caso concretamente trazido a sua análise em uma interpretação autêntica da própria norma aplicada ou aplicável. E, assim, para Kelsen nesta diferenciação quantitativa a decisão judicial é a continuação, mas não o começo, do processo de criação jurídica²³.

²³ Cf. *Idem. Criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do Direito e segurança jurídica in Teoria Pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.277 ss; p.283 ss; p.295; p.300 ss — Nessa alheta, Kelsen pontua que as funções cometidas ao estado e que se dividem, na tradição da Teoria Geral do Estado, em legiferação, administração e jurisdição, são todas funções jurídicas, mas se a legiferação é considerada enquanto uma função do Estado é porque esta função é realizada por um Parlamento, segundo o princípio da divisão do trabalho, e que para tal é eleito através de um processo fixado pela própria ordem jurídica. Kelsen ressalta que os indivíduos que exercem função legislativa no parlamento o fazem não na condição de funcionários do Estado, mas o fazem como parte de um processo essencial de criação legítima do direito. p.325 ss.

Kelsen, ainda, em *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: **Jurisdição Constitucional** afirma que: o controle da constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição. E mesmo no caso de que a Constituição exclua totalmente determinado conteúdo de lei, de modo que uma lei constitucional com tal conteúdo não possa absolutamente ser adotada, por exemplo a lei de um estado-membro que intervém na competência federal (e que, mesmo adotada como lei da Constituição estadual, não esteja conforme à Constituição federal), ainda nesse caso a inconstitucionalidade da lei consiste na sua adoção; não no fato de não ter sido adotada de maneira devida, mas no simples fato de ter sido adotada. O suporte fático [*Tatbestand*] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma - fato e norma são conceitos distintos - mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser subsumido pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser subsumido a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou consequência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplicá-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em todos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é subsumido à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela. O tribunal constitucional, por outro lado, reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde, como *actus contrarius*, ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, isto é, com a anulação da norma inconstitucional, seja apenas - de modo pontual - para o caso concreto, seja - de modo geral - para todos os casos.

Quando Schmitt caracteriza o controle da constitucionalidade de uma lei no sentido de que aqui é apenas “confrontado o conteúdo de uma lei com o de outra, sendo esta-belecida uma colisão ou contradição”, de modo que apenas “são comparadas regras gerais, mas não subsumidas

— Kelsen no texto *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? [Quem deve ser o guardião da constituição] publicado entre 1930"31 in Die Justiz* afirma que a leitura feita por Schmitt da teoria do gradualismo, ou seja, de que tanto a lei quanto a decisão criam direito, e que portanto polemiza, não tem quase nada a ver com **a teoria do gradualismo defendi-da por ele [Kelsen]**. — Diz o autor de Teoria Pura do Direito que há um mal-entendido *grosseiro*. Schmitt crê estar refutan-do essa teoria quando escreve:

Quando uma norma é mais difícil de modificar que outra, trata-se – sob todos os aspectos pensáveis: lógico, jurídico, sociológico – de outra coisa que uma hierarquia; uma atribuição de competência por meio de lei constitucional não está, com respeito aos atos emanados pelo órgão competente, na posição de autoridade superior (pois uma normatização não é uma autoridade), e a lei ordinária não é, com maior razão, subordinada à lei mais difícil de modificar.

– Acresce pois, Kelsen, que se ele sustentasse que a Constituição só está “acima” da lei porque é mais difícil de modificar que esta, então sua teoria seria de fato tão absurda como Schmitt a expõe.

De outro lado, afirma Kelsen que Schmitt, em sua crítica, ignora um pequeno detalhe, aquele no qual Kelsen diferencia com a máxima ênfase entre Constituição no sentido material e Constituição no sentido formal, e que fundamenta a subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não através da forma da Constituição, puramente acidental e não essencial, mas sim através

uma à outra ou aplicadas uma à outra”, ele força um entendimento da realidade de modo tal que não vê a diferença entre a lei como norma e a produção da lei como suporte fático. Ele é simplesmente vítima de um equívoco. Em consequência, fa-lha totalmente o seu argumento, apresentado em todas as va-riações possíveis, de que não existe uma ‘jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária’, nem “uma jurisdição da norma sobre a norma, uma lei não pode ser a guardiã de uma outra lei”. Na jurisdição constitucional não se trata como Schmitt exige da teoria normativa que analisa essa função - de que uma norma deva “proteger normativamente a si mesma”, ou que uma lei mais forte deva proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas sim meramente que uma nor-ma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mes-mo, num nível superior”. p.256-257.

do seu conteúdo. Observa com percuciência Kelsen que a Constituição interessa como norma que está acima da legislação porque define o procedimento legislativo, e em certa medida também o conteúdo das leis (a ser emanado com base na Constituição); do mesmo modo que a legislação está acima da assim-chamada execução (jurisdição, administração), eis que regula a formação e – em medida bastante ampla – o conteúdo dos respectivos atos. Na relação entre o nível da legislação e o da execução, a questão da alterabilidade mais fácil ou mais difícil não tem nenhum papel. — Diz Kelsen que Schmitt deveria sabê-lo, mesmo que tivesse lido apenas a comunicação sobre “Essência e desenvolvimento da jurisdição do Estado” [Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit] (in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, 1928), ou ao menos a p. 36 do mesmo escrito.²⁴

Kelsen ainda observa que:

Uma pesquisa jurídica científica que se ocupa com a possibilidade de uma jurisdição constitucional não deveria, por fim, ignorar o fato de que já existe um Estado – precisamente a Áustria – em que há mais de um decênio funciona uma jurisdição constitucional central perfeitamente organizada. Analisar a sua real eficiência seria certamente mais frutífero que indagar sobre a sua compatibilidade com o conceito de Estado legislativo. Schmitt se contenta em colocar a “solução austríaca” entre aspas e observar que “no cansaço da primeira década após o *crash*, o exame do significado objetivo de tal alargamento da jurisdição não foi adequado, satisfazendo-se com normativismos e formalismos abstratos”. “Normativismos” e “formalismos” seriam uma referência à Escola de Viena; bem, esta não foi impedida por sua “abstração” de realizar um trabalho criativo-jurídico bastante concreto, onde se inclui a Corte Constitucional austríaca, cujo “significado concreto”, em todo caso, Schmitt deixa de examinar, não descendo para tanto do alto de suas próprias abstrações.

A impossibilidade teórica desse método, a sua contradição interna, tornam-se manifestas também quando Schmitt, na

²⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: _____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003 .p. 259ss.

conclusão de seu escrito, põe-se a deduzir das suas premissas teóricas o desejado resultado de política do direito.

Lê-se ali: “Antes portanto de instituir, para questões e conflitos eminentemente políticos, um tribunal como guardião da Constituição, sobrecarregando e ameaçando o judiciário com tal politização”, deveria ser lembrado o conteúdo positivo da Constituição de Weimar, a qual, no juízo de Schmitt, institui o próprio presidente do *Reich* como guardião. Isto significa, nem mais nem menos, que para questões e conflitos eminentemente políticos não se deve instituir um tribunal como guardião da Constituição porque através da atividade de tal tribunal a jurisdição seria politizada, sobrecarregada e ameaçada. A jurisdição? Como poderia justamente a jurisdição ser sobrecarregada e ameaçada pela jurisdição constitucional, quando esta última – como Schmitt ininterruptamente se esforçou por demonstrar – não é absolutamente *jurisdição*?

Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos *limites* da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. Nesse contexto, porém, a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim **como um problema sobre a melhor configuração da função desta**, devendo-se separar claramente ambos os problemas. **Caso se deseje restringir o poder dos tribunais**, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, “a qual pode tornar-se o expoente de forças

políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento”. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la. Trata-se do antiquíssimo dilema platônico: *politeia* ou *nomoi*?; reis-juizes ou legislador régio? Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como formulei anteriormente – como *legislador negativo*. Porém entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. **Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como legislador negativo** (no sentido material da palavra *lex-Lei*). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis.²⁵ (grifos não constam do original).

²⁵ Idem.p.260-264.

De outro lado como afirma Kelsen “para não permitir que a jurisdição constitucional valha como jurisdição, para poder caracterizá-la como le-gislação, Schmitt apóia-se numa concepção da relação entre essas duas funções que acreditávamos até então poder con-siderar há muito obsoleta. Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas “deduzida” desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico! Schmitt afirma de fato com toda seriedade que a “decisão” do juiz “é deduzida no seu conteúdo de uma outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei”. Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que - dado o seu caráter geral -lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas “acha” direito já formado, “acha” uma decisão já existente

Essa distinção é crucial porquê desta compreensão resulta que:

1. O Poder Judiciário no sistema austríaco não realizava controle normativo;

2. Essa operação pelo Tribunal Constitucional era consignada enquanto uma operação abstrata porquê,

na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo⁷. Não é portanto tão estranho que Schmitt, depois de haver se servi-do dessa teoria do automatismo para separar, como princípio, a jurisdição como mera aplicação da lei e a legislação como criação do direito, e depois que ela lhe assegurou o principal argumento teórico em sua luta contra a jurisdição constitucional – “uma lei não é uma sentença, uma sentença não é uma lei” –, coloque-a de lado, declarando enfaticamente: “Em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei”. Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter político. Com isso, porém, toma-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político. Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas. É difícil que haja outra explicação além desta: a tese de que a jurisdição constitucional não é jurisdição é tão importante, sendo até mesmo sustentada por Schmitt em contradição com sua própria compreensão teórica, porque constitui o pressuposto de uma exigência da política do direito: como a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei e a anulação de uma lei inconstitucional não são jurisdição, por isso mesmo tal função não pode ser confiada a um colégio de juízes independentes, mas deve ser confiada a um outro órgão. Trata-se apenas de outro uso da mesma argumentação quando Schmitt divide os Estados – segundo a função preponderante em cada caso – em Estados jurisdicionais e Estados legislativos, concluindo do fato de que um Estado – como o Reich alemão hoje seja um Estado legislativo que: “Num Estado legislativo, ao contrário, não pode haver jurisdição constitucional ou jurisdição do Estado como o apropriado guardião da Constituição”. Do mesmo modo afirma: “Num Estado que não seja puramente jurisdicional, esta [a jurisdição] não pode exercer tal função.” Talvez porém fosse mais correto dizer que um Estado cuja Constituição estabelece um tribunal constitucional não é, por isso mesmo, um “Estado legislativo”, do que concluir, porque tal Estado não se encaixa nesse esquema teórico, que aqui “não pode” existir um tribunal constitucional. É sempre a mesma técnica de deduzir de um conceito jurídico pressuposto uma configuração jurídica desejada, a típica mistura de teoria jurídica com política do direito. Ibid.p.257ss. Em sentido contrário ver SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. [Verfassungslehre] Madrid: Alianza Editorial, 1982(1996).

conforme a descrição kelseniana nos supostos do sistema de *checks and balance*, **não aplicava diretamente a norma controlada**²⁶.

Nesse sentido, a abstração da norma no sistema austríaco é diretamente associada à não aplicabilidade do resultado do controle normativo ao caso suscitado. Muito embora haja as situações em que o Tribunal Constitucional atue diretamente na preservação de direitos individuais, na Jurisdição Austríaca²⁷ e de direitos fundamentais, na Jurisdição Alemã, conforme determina o art.90 da LFA; e nestes casos, diz-se que o Tribunal Constitucional realiza o controle concreto²⁸.

²⁶ Ainda hoje vige o art.89 da Constituição da República da Áustria que determina o impedimento das cortes e juízes do exame da validade (conformidade constitucional) das leis, tratados ou normativas administrativas, devendo, diante da situação jurídica da compreensão de que uma norma não deva ser aplicada, encaminhar em libação a questão para a Corte Constitucional. E, precavidamente, se a indigitada norma veio a ser revogada, ainda assim a instância judiciária que enfrenta a situação deve requerer a manifestação da Corte Constitucional para se posicionar sobre a compatibilidade e conformidade constitucional ou não, pois disto decorrerão decisões tomando-se por referência os efeitos da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

²⁷ É de se registrar que o sistema judiciário austríaco tem em sua estrutura uma Suprema Corte (art. 92), competente para julgar em última instância recursos em matéria criminal e cível; uma Corte Administrativa (art. 109), competente para verificar da legalidade de todos os atos da administração pública, com sede em Vienna; e a Corte Constitucional. A legitimidade para provocar a atuação da Corte Administrativa vincula-se- às questões de ilegalidade de atos administrativos, e é assegurada a qualquer um que, havendo exaurido as instâncias judiciais, alegue violação de seus direitos(sic art. 131). De outro lado o art. 144 assegura, observado o princípio da subsidiariedade o acesso direto à Corte Constitucional a quem alega violação de direito individual sob os argumentos ou da ilegalidade, ou da inconstitucionalidade ou de um tratado contrário ao direito estabelecido. Cf. Constituição da República da Áustria.

²⁸ Cf. Zeidler *ibid.* loc. cit. Qualquer Corte que aplica uma norma, da qual dependa a fundamentação de sua decisão, deve primeiro examinar a compatibilidade desta norma com uma que lhe seja superior, em especial a Lei Fundamental. Se a referida Corte conclui, meras dúvidas não bastam, que uma lei aprovada pelo Parlamento, uma lei formal, não é compatível com a Lei Fundamental então a Corte deve suspender o processo e encaminhar a questão de incompatibilidade normativo-constitucional para o Tribunal Constitucional Federal. Este é o caso também de violação da Lei Fundamental ou de qualquer lei federal por lei Ente Federado. — O Tribunal Constitucional Federal irá apenas decidir se a indigitada lei é ou não compatível com a Lei Fundamental. Subsequentemente, a aplicação concreta na questão deve ser realizada pela Corte que suscitara a inconsistência. E aqui segue crucial advertência, a autoridade de declarar uma norma legalmente aprovada pelo Parlamento de inconstitucional é reservada

No sistema brasileiro tem-se o Supremo Tribunal Federal como o órgão máximo do Poder Judiciário realizando, *se aceitável a distinção*, a interpretação e a aplicação dos dispositivos legais interpretados. Portanto, **da compreensão de um sistema de controle normativo a operação do controle** não é apenas não abstrata porque a mesma Corte realiza as duas operações, a de interpretação (fixar o sentido) e a de aplicação, sendo uma e outra a mesma coisa²⁹, mas porquê **supõe-se o risco como elemento concreto do controle**, seja em que sistema constitucional for.

A esse mecanismo operacional de *libação da questão* por uma Corte Judiciária que suspende o processo e representa à Corte Constitucional para manifestação sobre a constitucionalidade da norma legal a que se recusa aplicação, a doutrina americana compreende como um *juízo de referência*.

– No sistema judiciário americano há uma possibilidade de esta situação ocorrer. Quando por exemplo uma Corte Federal se defronta na situação de interpretar uma norma estadual, seja na possibilidade de aplicação de normas distintas, ou quando se alega que a lei estadual viola norma federal. Neste caso, a Corte Federal pode decidir suspender o feito e remeter a questão para a Suprema Corte Estadual declarar qual o direito [*certify the question to the highest state court*]³⁰. — É quando há a suscitação de conflito sobre a

exclusivamente ao Tribunal Constitucional Alemão a fim de assegurar, não apenas a separação de poderes, mas de evitar e proibir que uma corte inferior de obstacularizar a vontade da legislação democraticamente estabelecida. Ou seja uma inequívoca distinção entre legitimidade da judicatura e legitimidade preservada à legislatura. É de se registrar que o Tribunal Constitucional Alemão reconhece sua competência para conhecer da constitucionalidade tanto de normas pós-constituição, como toda norma anterior a atual ordem constitucional. Nesse sentido cf. 63 BverfGE 181, 188; 66 BverfGE 248, 254-55; 70 BverfGE 126, 130.

²⁹ Ressalta-se que da compreensão do giro linguístico, superada a filosofia da consciência, o ato de interpretar em si constitui a aplicação de sentido (s). Müller diz acerca da dissolução dos direitos fundamentais em “valores”, em *Discours de la Méthode Juridique*, em nota-de-página n213, que exatamente no que Alexy se equivoca é não haver assimilado o giro pragmático da teoria da linguagem, e em especial por compreender a norma como um dado anterior ao caso concreto.p.154-155. Cf. HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.p19.; Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997. p.11.

³⁰ Quase todos os regimentos das Cortes Supremas ou das Hight Courts dos Estados possuem expressa disposição sobre a matéria. Cf. REITZ, John C. **AMERICAN LAW IN A TIME OF GLOBAL INTERDEPENDENCE: U.S. NATIONAL REPORTS TO THE XVITH INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW: SECTION IV: Standing to**

interpretação de uma norma da Constituição Estadual ou outra norma estadual que não constitucional. Neste aspecto, a Suprema Corte Estadual não aplica a sua interpretação ao caso em concreto, mas devolve o seu entendimento à Corte Federal para continuidade do julgamento. — De outro lado, às Cortes Estaduais não é permitido solicitação de interpretação de norma federal às Cortes Federais.

No direito germânico, Juan Sola observa que a Constituição Alemã ao predeterminar as situações do controle normativo, limita o intérprete alemão a não questionar a extensão do próprio controle normativo e a competência da Corte Constitucional, e conseqüentemente, não se questiona sobre a legitimidade do controle realizado tal como ocorre no sistema norte-americano.

Essa limitação opera risco em sentido duplo, de um lado porque obsta o legislador de rever a decisão da Corte dentro de um processo legislativo, pois que a atuação naturalmente legislativa negativa já pressupõe suprir o discurso legislativo. De outro lado, como apontado por Juan Sola, assim na Alemanha como nos demais países europeus, a atuação das Cortes Constitucionais tem sofrido um elevado índice de atuação no sentido de estabelecer explicitamente ao Poder Legislativo os limites da constitucionalidade assinalando-se-lhes um programa legislativo. Como afirma Juan Sola esta situação tem favorecido uma judicialização do processo político que tende a limitar o próprio processo político-legislativo por imposição de valores pelo Tribunal Constitucional aos demais atores políticos sem que haja um controle popular para essas decisões³¹. Citam-se da Alemanha os exemplos B Verf.39, 1 e B Verf.88, 203 sobre o aborto; a decisão sobre o Tratado de Maastricht B Verf.89,155³².

Raise Constitutional Issues. American Journal of Comparative Law. n.50 Am. J. Comp. L. Fall 2002.p. 437. Clark, **Ascertaining the Laws of the Several States: Positivism and Judicial Federalism after Erie.** 145 U. Penn. L. Rev.1459, 1545-48 (1997). *“Even in the absence of state certification procedures, the federal courts have been permitted or even required to abstain by suspending proceedings pending state court litigation in certain circumstances.”* Id. p.1463, 1516-24, 1528; cf. LANGER, Laura. Judicial review in State Supreme Courts: a comparative study. Albany: SUNY Press, 2002.170p.

³¹ Cf. op. cit., p.167.

³² A lei do Tribunal Constitucional Alemão determina em sua secção 31 que as decisões da Corte têm nível legislativo. Mendes reconhece esse construtivismo simbólico exercido pelo Tribunal Constitucional Alemão ao atestar que ... *As decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um*

É imprescindível o registro de que, o Tribunal Constitucional Alemão não assume o mecanismo de controle normativo como um instrumento processual objetivo menoscabando e inviabilizando o acesso direto plural-individualizado, admitindo apenas o acesso corporativo, parlamentar ou governamental.

Ao se analisar jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, constata-se que a proteção dos **direitos fundamentais tem operado e provocado a ampliação das estruturas processuais**, e que conforme reconhece sua Primeira Câmara (Senado) nos autos da BvR385"77, os direitos fundamentais influenciam não apenas na totalidade do direito material, mas também no direito processual, na medida que o processo é significativo para uma efetiva proteção dos próprios direitos fundamentais. Nesse sentido, cf. BverfGE 37,132[141,148];46,325[334]; 49,220[225] referente ao art.14³³ num1LF; BverfGE 39,276[294];44,105[119ss]; 45,422[430ss] relacionado ao art.12 num1LF.

O Tribunal Constitucional, em ambas as Câmaras (Senados), ainda determina que em qualquer caso fundado no art.2 num. 2 LF, levar-se-á em conta a capacidade de agir cf. BverfGE 51,234; 52,214[219]. Por fim, em relação a esse *leading case*, determina que nos processos de controle

*setor da vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontrar-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocadas por uma de suas decisões. Para demonstrar o peculiar significado dessa instituição para o processo político, bastaria mencionar a jurisprudência desenvolvida sobre o sistema de concessão de rádios e televisões, sobre partidos políticos, sobre as consultas plebiscitárias, sobre as pesquisas censitárias, sobre o Tratado Fundamental entre as duas Alemanhas, a jurisprudência sobre extremistas no serviço público, sobre a política das escolas superiores e as decisões sobre os subsídios dos parlamentares. In **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ed. São Paulo: SaraivaJur, 2005.p.13ss.*

³³ **Art.14 num.1.** São garantidos a propriedade e o direito de herança, com o conteúdo e os limites determinados em lei; num.2. A propriedade cria obrigações. Seu uso deverá servir a um só tempo ao bem comum; num.3. Dar-se-á a expropriação apenas quando em interesse comum, é realizar-se-á unicamente por lei ou em virtude de uma lei, que determinará a modalidade e o valor da indenização. A indenização ajustar-se-á mediante uma justa ponderação dos interesses da coletividade e do afetado. Em caso de conflito quanto ao valor da indenização caberá recurso aos tribunais ordinários.

Art.12. num.1. Todos os alemães têm o direito à livre escolha de sua profissão, ao seu posto de trabalho e ao seu centro de formação, porém o exercício das profissões poderá ser regulamentado por lei ou em virtude de uma lei.

normativo que versem sobre matéria de autorização de centrais de energia nuclear **não se pode assumir a priori que terceiro que haja ajuizado a ação de impugnação careça de legitimidade.**

Da perspectiva de um controle normativo essencialmente democratizante a *co-responsabilidade normativa* é decorrente de um procedimento **equi**primordialmente estabelecido. — Na sessão C expositiva da sentença em comento, o Tribunal Constitucional Alemão ao examinar a constitucionalidade da normativa de concessão para instalação da usina considerou o risco da atividade para as futuras gerações e **contra os potenciais afetados**, construindo a argumentação tomando por critérios constitucionais, conforme declarado no item 2 da decisão, o direito à vida e à integridade corporal em concorrência com o direito a uma proteção efetiva³⁴.

Esta, pode-se dizer, é uma cobrança de Hanna Arendt³⁵ ao tratar sobre a banalidade do mal, recuperada por Klaus Günther³⁶ para exemplificar que a aplicação discricionária das normas jurídicas é incompatível com o propósito da norma, cujos princípios são de destinação universal; porém, não é porque uma autoridade formulou uma norma que a mesma emana validade e deva, portanto, ser aplicada a qualquer caso sem qualquer entendimento. De igual maneira, não se deve acatar uma norma como um dado, mas como uma proposição justificável individualmente, em um nível em que a validade da norma esteja vinculada a um procedimento que garanta a observação por todo aquele afetado, posto que a imparcialidade do julgamento não é apenas decisiva para

³⁴ SCHWABE *ibid.* p.89-90ss. A própria **Constituição Espanhola** prevê um mecanismo de acesso direto ao Tribunal Constitucional de España: Artículo 161 e Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados. Artículo 163.

³⁵ Cf. ARENDT, Hannah. **Thinking and Moral Considerations: A Lecture**, in *Social Research*, no. 38/3 (1970), p. 417-436.

³⁶ Cf. KLAUS, Günther. **Syposium: law and social theory – the idea of impartiality and the functional determinacy of the law**. in *University Law Review*. Northwestern: Northwestern University Press, 1989. n.83. p.155.

a legalização da norma, mas também para sua aplicação em situações específicas. Não por outra razão que Günther propõe ser um risco considerável, da perspectiva de um observador, relegar a resolução de conflitos, nas situações em concreto, à dependência exclusiva de habilidades naturais desigualmente distribuídas e parcialmente desenvolvidas³⁷.

Como atesta Habermas, o princípio da democracia explica o caráter performativo da prática de autodeterminação exercida pelos co-associados jurídicos reciprocamente que se reconhecem como membros livres e iguais de uma associação à qual voluntariamente aderiram, pois, o princípio democrático encontra-se em **um nível distinto** daquele do princípio moral³⁸. Aliás, exatamente porque as normas jurídicas têm um caráter artificial, pois, compreendem um plexo intencionalmente produzido de normas de ação que é reflexivo no sentido de se aplicar às próprias normas, que **incumbe ao princípio da democracia não apenas** aquele estabelecimento de um procedimento de elaboração legislativa legítimo, **mas, sobretudo reger a produção dos próprios meios jurídicos**, de forma equitativa. Como ressalvado por Habermas, o princípio da democracia deve indicar, de acordo com o princípio do discurso, as condições a serem satisfeitas pelos direitos individuais, ou seja, por qualquer direito **adequado à constituição de uma comunidade jurídica** e de servir como o meio de auto-organização dessa comunidade³⁹.

³⁷ Cf. op. cit., p.161.

³⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy** (trad. William Rehg). Boston: MIT Press, 1996/1999. p.110.

³⁹ op. cit., p.111: “One way we can distinguish the principles of democracy and morality is by their different levels of reference. The other is by the difference between legal norms and other action norms. Whereas the moral principle extends to any norm for whose justification moral arguments are both necessary and sufficient, the democratic principle is tailored to legal norms. These rules differ from the simple, more or less quasi-natural norms of interaction we find in everyday life. The legal form in which these norms are clad is a relatively recent product of social evolution. In contrast to naturally emergent rules, whose validity can be judged solely from the moral point of view, legal norms have an artificial character; they constitute an intentionally produced layer of action norms that are reflexive in the sense of being applicable to themselves. Hence the principle of democracy must not only establish a procedure of legitimate lawmaking, it must also steer the production of the legal medium itself. The democratic principle must specify, in accordance with the discourse principle, the conditions to be satisfied by individual rights in general, that is, by any rights suitable for the constitution of a legal community and capable of providing the medium for this community’s self-organization. Thus, along with the system of rights, one must also create the language in which a community

Por essas razões tematiza-se a relação *decisão v. afetados* a partir dos referenciais doutrinários do *mootness* e do *ripeness*, ou seja, o tempo e o risco ou a situação de risco, a possibilitarem, e mesmo, a determinarem o exercício da jurisdição constitucional, mas reconhecendo em um procedimento em simétrica paridade, o afetado como sendo **o afetado** por um eventual ou necessário provimento jurídico. — Se no plano do processo discursivo legislativo⁴⁰ o princípio da representatividade da maioria se vê manifestado enquanto vontade geral, emprestando à universalidade do texto legal validade *a priori*, **o princípio da democracia impõe o funcionamento de um mecanismo de garantias que assegure a cada um uma participação igualitária**, não apenas nesse estágio em que operam os argumentos morais, políticos, preferências etc., mas naquele em que esses textos adquirem densidade no caso concreto, no processo de aplicação. Assim, se a norma é o resultado da operação comunicativa pressupondo o texto legal (*faticidade*) e o caso concreto (*validade*), a legitimidade e a determinação do direito somente poderão emergir se nessa indeterminação cognitiva, todos os afetados puderem levantar suas pretensões de validade à própria norma (decisão). — Ocorre que da perspectiva de um controle democratizante, pressupondo o Direito enquanto um Direito de Integridade como o faz Dworkin, requer-se pelo *princípio do direito* e pelo *princípio da democracia participativa* que o próprio direito, no seio do processo legislativo, estructure o devido processo judicial mantendo a **equi**primordialidade das relações sociais mediante um contraditório reflexivo, só então, poder-se-á admitir a validade de decisões com fundamentos ético-jurídicos.

can understand itself as a voluntary association of free and equal consociates under law. Corresponding to the two ways in which we have distinguished the principles of democracy and morality, then, are two tasks the required system of rights is supposed to solve. It should institution-alize the communicative framework for a rational political will -formation, and it should ensure the very medium in which alone this will-formation can express itself as the common will of freely associated legal persons. To specify this second task, we must precisely define the formal characteristics of the medium of law.”

⁴⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. Ibidem. p. 121. “O princípio do discurso só se encontra designado para assumir a forma de um princípio da democracia no processo, na trilha (Weg), de institucionalização juridicamente configurada; desse modo, o princípio da democracia, por sua vez, confere força legitimadora ao procedimento de elaboração legislativa (Rechtsetzung). A idéia-chave é a de que o princípio da democracia deriva da interpenetração do princípio do discurso com o da forma jurídica (Rechtsform). Entendo essa interpenetração como uma gênese lógica de direitos (logische Genese von Rechten) que pode ser reconstruída de uma maneira gradual (schrittweise).”

Um contraditório reflexivo coloca a condição segundo a qual se propõe uma abertura para o discurso de justificação de maneira contrafática. Como indica Günther⁴¹, essa condição localiza-se no fato de que se deve interpretar uma norma reconhecida como válida de maneira que ela seja coerente em toda e qualquer situação com todas as outras normas válidas *a priori*. Pois, é apenas nesse momento que ganha sentido o fato de que todos os indivíduos afetados, que podem invocar razões normativas válidas para sua interpretação da situação, performam a idealização contrafática de uma interpretação coerente e completa de todas as normas válidas.

A aplicação imparcial da norma nos termos de uma *teoria do discurso argumentativo* relaciona-se com o caráter obrigatório das normas práticas na medida em que qualquer destinatário de uma norma possa proceder, por ele mesmo, a uma interpretação da situação. — De outro modo, não há pertencimento.

Se por um lado uma das mais férreas críticas ao *judicial review* reside na compreensão da ruptura do princípio da separação dos poderes, com a limitação de função ou da revisão (correção) do exercício de função (poder) do Judiciário quer sob o Executivo quer sob o Legislativo, a escolha do argumento do risco que fundamenta essa crítica para sua não aceitação também serve como eventual argumento para seu cortejo. De exemplo tomam-se os fundamentos minutados nos autos da ADI 221-MC, ao interpretar o Supremo Tribunal Federal o art. 62 da CF⁴², quando o Min. Celso de Melo justificou a edição [das medidas provisórias] daquela espécie normativa, com força de lei, no direito constitucional pátrio, como sendo a **existência de um estado de necessidade**, que imporia ao Poder Público [Poder Executivo] a adoção imediata de providências, **de caráter legislativo**, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* [risco] que fatalmente **decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa**, chegou a afirmar: (...) “É inquestionável que as medidas provisórias

⁴¹ Cf. **The sense of appropriateness**. p.41ss-46ss.

⁴² Texto conforme assinalava a Carta de 1988 ao ser examinada a presente matéria” Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação da EC nº 32/01)”

traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanção desses atos, pelo Presidente da República, **configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes**”⁴³.

Ressalte-se que os pressupostos da emissão de Medida Provisória, por si somente, já exigem o reconhecimento do risco da situação a ser regulamentada, ou regularizada, ou ainda contornada para se eximir à responsabilidade. Bastante os critérios da relevância e da urgência. Mas, novamente, quais **os critérios** para densificar **esses critérios**? Sob quais condições: procedimentais e discursivas?

A compreensão de pluralismo político concorre, também, para a conformação das estruturas discursivas institucionalizadas. — Desse ponto de vista, Habermas afirma, ao criticar a posição original de uma sociedade Justa em Rawls, que à luz das normas jurídicas pode-se decidir o que se estará obrigado a fazer, no horizonte dos valores, apenas se pode decidir qual o comportamento mais recomendável. Ratificando-se, aquelas obrigam a todos sem exceção e, igualmente, estas no mais expressam as preferências de uma determinada comunidade. Aquelas visam assentar expectativas de direitos enfrentando abertamente os riscos e suas potencialidades. Estas, como valores ou bens ou comandos otimizáveis, apenas se realizam mediante fins estratégicos. E, por fim, as normas jurídicas, ao contrário dos valores, não fixam relacionamentos de preferências, e não se contradizem por pretenderem valer para todos os participantes do círculo de destinatários, mantendo-se em uma relação de coerência por uma validade binária e não gradual⁴⁴. — Outra vez, recorda-se o direito tem sido válido até sua momentânea derrogação.

Trata-se de um enfrentamento sobre a racionalidade do exercício do poder não há controvérsia. A dissensão encontra-se entre a consistência e a coerência da decisão adotada (do risco assumido) com os resultados atingidos. Incluídos aqueles efeitos mediatos à decisão, como o sentimento de aceitação, em cujo processo a legitimidade é coetânea da própria decisão.

⁴³ Cf. (ADI 221-MC, voto do Min. Celso de Mello, DJ 22/10/93).

⁴⁴ Cf. HABERMAS, op cit., p.49ss.

Após se digredir sobre uma sociedade de riscos e da concretude do controle abstrato⁴⁵ de normas, em que pese o Supremo Tribunal Federal entender que em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade a Corte realiza controle abstrato e em sede de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão realiza controle concentrado⁴⁶, trazem-se algumas reflexões, sobre a construção do interesse processual no *judicial review*, e em particular a doutrina do *ripeness* e do *mootness*, apontando-se que, aqui como lá (EUA), a compreensão de questões judicializáveis sempre se mostraram recorrentes para um exercício discricionário da jurisdição, *for leaving things undecided*, como afirma Cass Sunstein⁴⁷, assentando uma *politização do judiciário pela ação estratégica no discurso de justificação do controle normativo brasileiro como um risco premente à democracia entre livres e iguais, ante as inovações e distorções chanceladas pelas leis federais 9868/99 e 9882/99*. E, de outro lado, comparando o sentido empregado à expressão *em abstrato* no sistema

⁴⁵ Na decisão que se segue o Min. Moreira Alves afirma com propriedade quando se tem um caso de controle em abstrato; contudo ao que parece quando um texto normativo é considerado em abstrato, como na forma proposta, o fato de ser percebido, já coloca em risco a ordem constitucional quer por sua consideração de per si quer pelos efeitos jurídicos decorrentes da medida judicial adotada com fundamento nesse referencial: "Arguição de inconstitucionalidade das alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 45, de 25 de junho de 2002, nos parágrafos 6º, 7º e 8º do artigo 21 da Lei 9.650, de 27 de maio de 1998. Aquilo a que visa a presente ação direta de inconstitucionalidade é resolver, em abstrato, questões que podem dar margem a discussão, em casos concretos, sobre eventual violação, pelos dispositivos legais atacados, de decisão judicial que foi proferida pela Justiça do Trabalho e depois rescindida em ação rescisória julgada procedente, rescisão essa cujo alcance o requerente pretende restringir às parcelas vincendas que não foram pagas espontaneamente pelo Banco Central, tendo em vista o que foi decidido também concretamente em embargos de declaração opostos ao acórdão que manteve a referida rescisão. Para exame dessa ordem, não se presta a ação direta de inconstitucionalidade que se destina à análise, sem intermediação, entre o texto em abstrato do ato normativo e o texto constitucional para verificar se há, ou não, choque entre eles." (ADI 2.695, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03).

⁴⁶ Cf. "Impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão (violação negativa da Constituição). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundada nas múltiplas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão, firmou-se no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional." (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03).

⁴⁷ **USA Supreme Court Term 1995: leaving things undecided**. Cambridge: Harvard Law Review, 1996, v.110, n4:06-101.

nacional à *Advisory Opinion sendo esta* uma manifestação judicial sem efeitos vinculantes ou impositivos, e assim sendo, como afirmado na doutrina norte-americana, um procedimento sobre discussões acadêmicas ou hipotético-teoréticas desprovido de *case and controversy* (caso e pretensão- oponível), e, ainda cotejando-o com o *abstract review*, na jurisdição Alemã, onde o procedimento aduz questões de efetivas pretensões normativas, e portanto de riscos à sociedade, a fim de marcar que a distinção ontológica entre controle em concreto e controle em abstrato, é apenas uma forma de estruturação discursiva excludente para o uso da violência institucionalizada.

Sendo o risco contingencial, as decisões sobre o mesmo não se podem dar de forma arbitrária ou com nuances de arbitrariedade⁴⁸, uma vez que os sistemas realizam suas operações considerando o possível. Dentro dessas possibilidades encontra-se inclusive a possibilidade de negação do risco, seja com o argumento da segurança (jurídica), quando se afirma a impossibilidade da perda, ou com o argumento do perigo (ameaça⁴⁹) quando se nega o atributo da perda a uma decisão. Ou ainda como afirma Luhmann, quando se recorre a uma distinção secundária do tipo **risco conhecido/risco desconhecido**⁵⁰ ou **risco comunicado/risco não-comunicado**⁵¹. De qualquer forma a negação do risco constitui-se em si mesma um risco.

⁴⁸ Quando se fala em nuances de arbitrariedade se diz das escolhas realizadas sem levar em consideração as partes afetadas, ou quando se utiliza o processo como forma de limitar institucionalmente o acesso ao círculo hermenêutico.

⁴⁹ Cf. "Constitucional. Processual penal. Habeas corpus: cabimento. Inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Não é somente a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção que autoriza a impetração do habeas corpus. Também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5º, LXVIII, da CF. Possibilidade da discussão da constitucionalidade de norma legal no processo do habeas corpus." (RHC 76.946, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11/06/99).

⁵⁰ Cf. O Tribunal, por maioria, não conheceu de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Popular Socialista contra a parte final do art. 170 da Lei 1.284/2001 — Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Entendeu-se ser inviável a pleiteada declaração parcial de inconstitucionalidade do ato atacado, em face do princípio segundo o qual a impugnação parcial de norma só é admissível no controle abstrato se se pode presumir que o restante do dispositivo, não impugnado, seria editado independentemente da parte supostamente inconstitucional, o que, na espécie, não teria ocorrido, já que a extinção dos cargos prevista no mencionado art. 170 se dera apenas porque, no mesmo dispositivo, fora viabilizado o aproveitamento dos servidores nos novos cargos." (ADI 2.645-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo 369).

⁵¹ Op. cit., p.18.

Por isso a imparcialidade, como faculdade de decisão, emerge como critério determinante não apenas quando da elaboração da norma, mas de sua aplicação. Exatamente porque cada situação é única e de outro lado, porque se pretende que a validade posta seja universal, é que surgem dúvidas sobre a imparcialidade e adequação na aplicação da norma⁵².

O argumento contido no princípio da segurança jurídica⁵³ pode, portanto, ser acessado para se alijar interessados no estabelecimento de um processo discursivo plural e democrático ao lhe emprestar a substância de princípio de preservação institucional visando salvaguardar-lhe a “funcionalidade”, e localizando os afetados pela decisão/escolha/ato administrativo na posição de observadores de primeira-ordem que jamais permanecem interagindo no jogo.

Para os fins de demonstrar a plausibilidade de um controle normativo democratizante, pressupõe-se democracia enquanto um regime de governo no qual não apenas a iniciativa individual é garantida, mas a ação coletiva igualmente. No qual a legitimidade não se restringe a legalidade formal do princípio da igualdade, e no qual os mecanismos de preservação da participação político-social estejam assegurados, mesmo diante de decisões majoritárias, a preservar o pluralismo. Ou seja, democracia entendida enquanto um governo de iguais, onde a cada indivíduo deva ser assegurado um papel que lho permita contribuir na essência das decisões políticas, e no qual a importância desse papel não seja estruturalmente determinada ou limitada em razão de seu valor, talento ou capacitação, na perspectiva de um regime constitucional⁵⁴.

⁵² Cf. KLAUS, Günther. Symposium: law and social theory – the idea of impartiality and the functional determinacy of the law. In: University Law Review. Northwestern: Northwestern University Press, 1989. n.83. p.158.

⁵³ Cf. veto ao art.2º da Lei 9882/99:

⁵⁴ Nos autos do MI 284 o Min. Celso de Mello ao relatar a matéria sobre a aplicação do art.8º, §3º. ADCT, sobre este aspecto, da manifestação da autonomia individual, das liberdades públicas, como mecanismo de resistência a abusos afirmou que: “O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional — consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — impõe que se defina, como passivamente legitimado ad causam, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, ex vi do parágrafo 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. Alguns dos muitos abusos cometidos

Negar a constituição nesse recorte **é, além de fazer inserir no sistema do direito elementos políticos** não apenas no processo legislativo, **impor**, por práticas liberais excludentes, **uma validade ilegítima de um texto normativo, da expectativa abstrata e geral, aos casos concretos**. Em uma sana principialesca de dar contornos a um governo não apenas representativo, mas soberano. E, em consequência tendo judicialmente seus atos governamentais legalmente declarados. O próprio sentido de ato nulo e inexistente ganha perímetros móveis e atributos existencialistas⁵⁵.

A aprendizagem da democracia revela também seus equívocos quanto à representatividade dos interesses e dos interessados. Se por um lado o princípio da maioria admite a igualdade de participação universal, por outro lado não significa a certeza da preservação ou da representação do interesse universal. A democracia tem necessidade de se estruturar em vista da ampliação das atribuições do Estado que sempre requer uma melhor organização de seus órgãos visando um melhor serviço ao público.

pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo ‘perigoso fascínio do absoluto’ (Pe. Joseph Comblin, *A Ideologia da Segurança Nacional — o Poder Militar da América Latina*, p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, *Civilização Brasileira*), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em praxis governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (*O Futuro da Democracia*), 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro — que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta — consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como ‘um modelo ideal do governo público em público.’ (MI 284, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/06/92).

⁵⁵ Cf. Sic Lei 9882/99 – “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. grifos pelo autor.

Segundo Habermas, o princípio da democracia decorre da interpenetração entre o princípio do discurso e a forma jurídica; sendo essa interpenetração como gênese lógica dos direitos. Inicia-se por aplicar o princípio do discurso ao direito de liberdade, e acaba-se por se institucionalizarem as condições para o exercício discursivo da autonomia política⁵⁶. Esta abordagem conduz à uma perspectiva do direito como integridade encontra sua legitimidade na idéia de reciprocidade. Pois, os indivíduos que integram as democracias contemporâneas partilham uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. De outro lado, fica demonstrado também que a distinção entre controle abstrato e controle concreto, qualquer que seja o controle, não opera uma distinção ontológica sobre o seu objeto, que sempre é uma pretensão jurídica.

Nos sistemas legais utiliza-se a terminologia *controle abstrato* para outorgar de forma limitada e restrita o acesso à jurisdição constitucional, determinando-se legalmente (*statutory standing*) a legitimidade processual para o controle normativo, assumindo o sentido de abstrato enquanto universal, e assim, supondo que o interesse geral estará representado por aqueles a quem se outorga o mandato judicial.

Não há dúvidas de que esta pressuposição **é incompatível** com o fundamento de uma sociedade cuja identidade se funda na concepção democrática participativa, e mais, **é uma pressuposição inconsistente** da perspectiva da certeza da precariedade e da limitação humana de racionalidade. Ademais, **é uma pressuposição incoerente** porque ela impõe uma escolha da perspectiva parcial da universalidade de afetados, quanto ao interesse ou à pretensão a direito assumido, **ficando**, na dimensão das potencialidades da seleção institucionalizada, **x-riscos, x-oportunidades e x-afetados excluídos do processo**, resultando em uma decisão desprovida de legitimidade, cujos efeitos democraticamente não se podem afirmar vinculantes.

De outro lado, a estrutura processual em sede de jurisdição constitucional coloca o princípio da separação dos poderes como um subterfúgio para o não enfrentamento de situações em que flagrante o abuso pelo direito.

⁵⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.(trad. William Rehg). 3. ed.Massachusetts: MIT, 1999. p.121.

— Assim, torna-se o controle de constitucionalidade um meio legitimador para decisões de justificação flexível⁵⁷.

A operacionalidade e a funcionalidade institucionais não são a prioridade em um Estado Democrático Constitucional de Direito.

A prática americana indica que a *legitimidade*, o *interesse de agir* e o *interesse processual* se formulam dentro do processo e no caso levado a conhecimento de quem presta a jurisdição. É o requisito bastante: *case and controversy*. — Como visto antes, a demanda deve afirmar-se enquanto uma causa sobre pretensão oponível decorrente de uma lesão a direito individual, ou de uma lesão à pretensão a direito individualizável, ou ainda diante de uma real ou imediata ameaça, ou de uma lesão à pretensão a direito permanente. Em qualquer que seja a situação jurídica, a situação de risco a direito subjaz como constitutivo da intervenção judicial, do provimento jurídico.

É necessário entender que *case and controversy* não se limita à uma lesão física ou realizada no tempo. O sistema jurídico assegura a preservação e a proteção contra a lesão que ainda não se realizou, mas poderá realizar-se. — O sistema jurídico brasileiro também assume o risco como referencial da intervenção jurisdicional, bastante os instrumentos da Medida Cautelar, da Liminar ou da *antecipação de tutela*.

O interesse processual e o interesse de agir como decorrência natural de um sistema difuso de controle são construídos caso-a-caso, sendo que a abertura, o acesso processual, milita da **premissa de que todos tem a priori** a legitimidade para questionar a constitucionalidade de um ato normativo ou administrativo sob o argumento de sua não aplicação ou incompatibilidade ou inconformidade constitucional. A declaração das partes do processo dar-se-á após verificação preliminar da demonstração, em juízo, quem são essas partes e quem são os interessados no provimento jurisdicional.

Esta legitimidade includente *a priori* repousa na compreensão de que a jurisdição apenas pode ser exercida diante de uma situação concreta, ou

⁵⁷ SCALIA, Antonio. **The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers**, 17 SUFFOLK U.L. REV. 881, 894-97 (1983); *People Organized for Welfare & Employment Rights v. Thompson*, 727 F.2d 167, 172-73 (7th Cir. 1984) (Posner, J.); *Vander Jagt v. O'Neill*, 699 F.2d 1166, 1177-79 (D.C. Cir.) (Bork, J., concurring), cert. denied, 464 U.S. 823 (1983).

seja, a jurisdição não é exercida quando a questão levada ao judiciário trata-se de uma questão hipotética, vulgo *abstract*, ou de uma discussão acadêmica, ou ainda, como dizem: *entertainment of naked claims of the government action*⁵⁸.

A ministra da Suprema Corte Sandra Day O'Connor, relatora, afirmou nos autos que *standing* envolve vários limites judiciais para que uma questão seja apreciada pela Corte, entre eles o que veda a alguém levantar pretensão em nome de terceiro, mas há as exceções como no caso *Grinswold v. Connecticut*, 381 U.S.438 (1965), a restrição de que a Corte julgue questões genéricas, remetendo-as para o parlamento, e que a questão recaia no que a Corte entende por *zona de interesses protegidos pela norma indicada*.

Como afirma O'Connor, a legitimidade requer uma construção sem definição precisa. Às vezes ela é distinta e palpável, mas, não é abstrata, hipotética ou conjetural. — Não é um exercício mecânico⁵⁹.

A determinação da *injury* como componente, às vezes distinguível e palpável, da legitimidade demanda duas abordagens: a verificação da lesão (*injury*) requer não apenas a tactibilidade ou atualidade da alegada agressão,

⁵⁸ *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State*, 454 U.S. 464, 485-86 (1982) (na há legitimidade processual para questionar a distribuição de donativos governamentais a organizações religiosas em razão da não demonstração de lesão individual (pessoal) como consequência da ação governamental).

⁵⁹ Cf. Notas Case or Controversy Requirements and Passive Virtues in STONE, Geoffrey, SEIDMAN, Louis, SUNSTEIN, Cass, TUSHNET, Mark. **Constitutional Law**. 4. ed. New York: Aspen Law and Business, 2001.p.89ss; cf. SUNSTEIN, Cass. **Standing and the Privatization Of Public Law**. Columbia Law Review, n. 88 Colum. L. Rev. NOVEMBER, 1988.p.1432: "... It is ironic that during the early period of administrative law, doctrines controlling regulatory agencies were built directly on common-law principles that administrative regulation was self-consciously designed to displace. ... There was no clear indication, in the text or history of the APA, whether and when the beneficiaries of regulation might have standing to vindicate legal requirements — though they too could easily be thought to suffer from a legal injury in the form of harm to their statutorily protected interests. ... It would have been possible for courts to use these ideas to build on the legal-wrong test in such a way as to grant statutory beneficiaries broad standing to bring suit. ... Whether someone is the object of regulation or its beneficiary cannot be decided without an independent theory outlining what it is that government ordinarily or properly does. ... In this sense, the injury-in-fact test was (and is) quite malleable, and the standing determination inevitably depends on a range of considerations that the notion of injury in fact, by itself, cannot capture. ... In this sense, the causation requirement, as applied in *EKWRO*, can operate as a surrogate for a belief that Congress implicitly precluded standing of this kind in most tax cases. ..." passim.

mas a possibilidade de conhecimento judicial do interesse jurídico alegado que se diz estar ameaçado ou lesado. — A esse propósito o direito como interesse pode relacionar-se a algo que se tem, ou que se quer, ou ao direito enquanto pretensão como condição de possibilidade do exercício de um direito⁶⁰. — **Como ensina Aroldo Plínio Gonçalves, é identificável quem tem pretensão quando sobre seu alegado direito incidirem os efeitos da própria decisão. Assim, os efeitos vinculam não apenas para o caráter impositivo do resultado, ou seja da seleção dos riscos, mas para constituição e conhecimento da situação jurídica.** Pois, para que a seleção do risco seja legitimamente válida, exigível, os efeitos requerem a participação, em contraditório simétrico, dos afetados⁶¹.

A doutrina do *case and controversy* reforça esse aspecto descrito de que a questão levada a conhecimento do Juízo relacione-se **sobre uma pretensão a direito e de risco a essa pretensão** e, que esta pretensão revele-se **concreta e não hipotética ou abstrata** dessa perspectiva; porém **o mootness acentua essa exigência na medida em que requer que essa condição de risco à lesão se protraia durante todo desenrolar da respectiva ação**⁶². — Esta condição relaciona-se a possibilidade jurídica do pedido e o seu interesse processual.

É preciso não se quedar inerte e conformado nessa forma posta do discurso público sem público. A flagrante exclusão discursiva justifica repensar-se a via do controle normativo, particularmente, do controle de

⁶⁰ Cf. FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21ss. PLÍNIO GONÇALVES, idem.p.105ss.

⁶¹ PLÍNIO GONÇALVES. idem. p.170ss.

⁶² Cf. National Propane Gas Ass'n v. United States DOT, Civil Action No. 3:97-CV-2576-D, UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS, DALLAS DIVISION, 43 F. Supp. 2d 665; 1999 U.S. Dist. LEXIS 3109; 48 ERC (BNA) 1554; 29 ELR 21261, March 17, 1999, Decided, March 17, 1999, Filed... **entangling themselves in abstract disagreements over administrative avoiding entanglement in abstract disagreements serves function found and the choice made, judicial review of the agency's decision consists of Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Ins. Co., 463 U.S. 29, 43, 77 L. Ed. 2d 443, 103 S. Ct. 2856 (1983). "The essential function of judicial review, in this context, is to ensure that the adequate protection against the risks to life and property inherent materials with plaintiffs' assessment that the risk of discharge is too small to justify the public should not bear the risk" that hazardous materials inspector expose the public to unacceptable risks of injury and property damage**

constitucionalidade, como sendo uma *arena* procedimental institucionalizável a possibilitar o levantamento de pretensões a direitos a serem legitimamente reconhecidos e aceitos; pensando, avaliando e lidando com os riscos e suas conseqüências; enfrentando, no momento, a constante tensão entre liberdade e igualdade; e, operando a desocultação dos paradoxos do próprio direito. — É um enfrentamento da perspectiva da construção da identidade constitucional, do pluralismo político, de indicativos processuais para a superação das estruturas discursivas estrategicamente postas contra uma democracia de livres e iguais. Dentre esses indicativos, aponta-se uma abordagem hermêutico-deliberativa para o papel do *amicus curiae* visando a reconciliação da razão pública, seu discurso de justificação e seu discurso de aplicação com seus afetados, recuperando-lhes a igualdade no reconhecimento recíproco e na consideração das pretensões jurídicas.

A Metódica Jurídica ou a Teoria Estruturante do direito perpassa o presente ensaio, bem como da Teoria da Integridade do Direito e da Teoria do Discurso, sempre da ótica do controle normativo posto que é uma questão de interpretação e do uso que dela se faz.

De plano fica estabelecido que, da concepção de uma *teoria discursiva* democrático-participativa aqui adotada, todo caso é regido por uma norma jurídica, e necessita de justificação coerente e consistente com os supostos deontológicos do sistema jurídico, no campo de aplicação normativo⁶³.

Contudo, não basta apontar-se uma nova taxonomia ou um novo mecanismo sem assinalar na prática seus supostos que se encontram formulados pelo próprio direito então instituído, como por exemplo o interesse de agir, a legitimidade processual e o objeto ou o direito a ser assegurado. E nesse sentido desnudando algumas inconsistências que subjazem na aplicação das Leis 9882/99 e 9868/99.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa iniciou-se movida pelo objetivo de demonstrar algumas conseqüências processuais e teoréticas nocivas à democracia ante a

⁶³ Cf. Em sentido contrário: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 19ss.

distinção ontológica entre *controle abstrato e controle concreto* de constitucionalidade, ou seja do uso instrumental e estratégico das estruturas processuais do controle de constitucionalidade servidos para legitimar o desconhecimento de pretensões a direitos.

– Desconsideram-se os afetados pelas decisões.

– Retêm-se as oportunidades e impingem-se os ônus disfarçados no discurso de que *esse é o seu direito*.

Esta análise se empreendeu da abordagem da Teoria Discursiva do Direito assumindo a sociedade enquanto uma comunidade de princípios e da perspectiva de um sistema social de riscos por três razões: **risco é uma variável presente em qualquer sistema social, é criado e impingido por decisões** de organizações e instituições as quais se supõem responsáveis por sua administração e seu controle; a dimensão do risco decorre da qualidade das relações e dos processos sociais; e, primariamente, o risco decorre da relação de dependência social das decisões de instituições e de atores sociais que se indiferenciam, obscurantizam e se tornam inacessíveis pelas pessoas afetadas pelos riscos em questão.

Ao final constata-se pelas estruturas discursivas usadas como fundamentos para o uso da força institucionalizada em sede de jurisdição constitucional, a partir da consideração do controle de constitucionalidade como uma determinante na conformação da identidade constitucional de uma sociedade entre livres e iguais, com aporte nos fundamentos teóricos discursivos da democracia participativa e do constitucionalismo; e, sob as variáveis: **a)** da limitação do exercício do poder, assinalado como mecanismo antimajoritário; **b)** a aceitação do princípio do *rule of law*; e, **c)** a proteção de direitos fundamentais **que**:

1. O risco é elemento concreto e subjacente na argumentação de todo e qualquer controle normativo;
2. Toda decisão é contingencial;
3. Toda decisão, sendo contingencial, é uma escolha sobre potencialidades;
4. Toda decisão judicial assume por referencial, não apenas o texto normativo, mas o risco e os efeitos que advêm de sua consideração sob a variável do tempo; devendo, nos supostos

de uma teoria discursiva de aplicação do direito e de uma teoria como integridade, nela (decisão) ser reconciliado, mediante um contraditório em simétrica paridade, o uso público da razão em busca da decisão *correta*;

5. Toda estrutura processual que determina *a priori* uma composição fechada para o acesso à fala, ao atribuir reconhecimento de interessados, desconhece interesses e pretensões ferindo a compreensão democrática de um reconhecimento recíproco entre livres e iguais;
6. Toda decisão judicial, pressupondo um interesse processual, irradia efeitos intra-processo e extra-processo;
7. Toda decisão, cujos efeitos vinculam um afetado, deve assegurar-lhe a sustentação de sua pretensão, sendo-lhe permitido dispor ou não de fazê-lo pessoalmente;
8. Afirmar-se uma decisão *de abstrato* **não lhe retira as propriedades subjetivas nem desnatura o elemento concreto de seu objeto**, qual seja: *o risco à pretensão ao descumprimento, à ameaça ou lesão a direito* e o risco, também, ao desconhecimento dessa pretensão;
9. Um controle normativo consignado *de abstrato* **designa apenas** a atribuição *estatutária ou legal*, seletiva, do *interesse processual*;
10. Toda decisão dita *em abstrato* não é uma decisão hipotética ou sem efeitos concretos, sendo seu resultado ilegítimo quanto à vinculação dos cidadãos que não foram autorizados a participarem do respectivo procedimento discursivo judicializado, e nem se fizeram representar legitimamente;
11. Toda decisão dita *em abstrato*, *exatamente porque não é decisão hipotética*, importa em **um juízo sobre riscos, interesses e pretensões de afetação de toda sociedade**, não sendo nos supostos de uma jurisdição democrática aceitável a determinação do interesse processual *a priori* sem possibilidades de abertura;
12. Toda decisão dita *em abstrato* nos supostos da jurisdição Alemã é uma decisão sobre interesses concretamente identificados sobre o argumento dos riscos;

13. O grau de aceitabilidade da decisão constitucional é diretamente relacionado ao grau de abertura nas estruturas de realização da jurisdição constitucional e do uso da fala em uma simetria equíprimordial das considerações às pretensões equidistantes envolvidas;
14. Todo controle dito *em abstrato* identifica-se com o uso estratégico institucional para restringir a exigência de justificação para o uso da força institucionalizada;

Essas constatações decorrem:

1. de que a jurisdição constitucional desempenha um papel de mediar o *eu e o outro*, construindo e (re)construindo a identidade constitucional, concorrendo para a construção do aceitável e do rejeitável;
2. de que a sociedade moderna é uma sociedade em essência de riscos requerendo, para a formulação de uma identidade que a todos represente *a priori*, a imprescindível manutenção de um mecanismo de permanente acessibilidade na plataforma discursivo-normativa ou em outras palavras no processo *do discurso normogênico* que possibilite o sentimento de integração e pertinência,
3. de que a perspectiva do controle concentrado classificado de abstrato **não mais satisfaz às exigências** de uma sociedade que se afirma democrática participativa, ao localizar a possibilidade do controle sob os órgãos que o exerce ou pode fazê-lo. Aqui se desloca a perspectiva para o interessado no provimento jurídico-jurisdicional, ou em outras palavras, para aquele que *ver-se-á afetado* pela decisão ou ato administrativo-normativo, ou ainda *afetado* pelos efeitos do exercício do poder, permitindo-lhe provocar a apreciação do caso, que de sempre concreto, com a sua lesão ou ameaça a seu direito, a quaisquer dos órgãos jurisdicionais, fugindo-se à armadilha castradora da limitação dos legitimados ativos, como mecanismo de uma justiça discricionária, e portanto irradiadora de acepções;

4. de que o *controle normativo em abstrato* objetiva legitimar atos de poder excludentes sob o pretense argumento da segurança jurídica, com orientação político-governativa, valendo-se mesmo de opaca fundamentação no sintagma em nome “do excepcional interesse social”;
5. de que todo caso é regido por uma norma jurídica, e necessita de justificação coerente e consistente com os supostos deontológicos do sistema jurídico, no campo de aplicação normativo;
6. de que o elemento risco sempre está presente na tomada de decisões;
7. de que o texto legal é sempre o ponto de partida e não o fim, não o resultado normativo em si;
8. de que toda decisão apresenta-se como um ato de coação, e deve ela mesma recordar as demais possibilidades excluídas;
9. de que a possibilidade de dissenso, de sentidos diversos sobre um mesmo texto, uma mesma situação, uma mesma faticidade é uma questão de riscos, e a questão em relevo é de controle;
10. de que o risco reside em condição subjacente à decisão, que acomoda uma pluralidade de distinções;
11. de que a compreensão de democracia é reciprocamente determinada pela compreensão de constituição, e a compreensão de legitimidade *de agir* é o elemento subjacente dessa relação mútua e tensa;
12. de que o *rule of law* é princípio que se imbrica com uma democracia constitucional que não utiliza o formalismo legalista para o exercício instrumental do poder, mas como um escudo a assegurar o pluralismo social;
13. de que o *rule of law* por advogar a universalidade dos direitos, na perspectiva de um controle normativo democrático – que supõe a decisão como risco, e essa decisão como distribuidora de ônus – não se lhe pode permitir as incoerências internas do liberalismo, que realiza o *rule of law* sob uma estrutura institucional excludente com critérios parciais, setorizados e seletivos. — Todo risco tem seus afetados. — Logo, um

Estado de Direito que se afirma *democrático*, a fim de manter sua coerência interna precisa incluí-los no processo decisório mediante o contraditório, sem restrições *a priori*;

14. de que a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais, no sentido de que constitucionalismo e democracia não são concorrentes, mas faces de uma mesma moeda: os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático fundado na autonomia jurídica e na equiprimordialidade das esferas pública e privada. Sendo um dos seus papéis centrais produzir a desparadoxalização do paradoxo do uso criativo do próprio Direito, ao se buscar reconhecer os riscos;
15. de que a **distinção ontológica** do controle de constitucionalidade entre abstrato e concreto tende a ocultar por meio das estruturas discursivas assimétricas o que não se pode justificar pela recorrência discursivo-coerente e consistente do argumento plausível;
16. de que a **distinção ontológica** do controle de constitucionalidade concentrado entre concreto e abstrato, como visto, compromete não apenas a compreensão de uma sociedade que se afirma enquanto democrática de direito, mas sobretudo a construção da própria identidade constitucional. Comprometimento que se aprofunda em desfavor do cidadão na medida em que essa distinção erige o controle abstrato enquanto um mecanismo de ação não-comunicativa, e o apõe enquanto um processo de natureza objetiva descompreendendo a percepção subjetiva da e na defesa dos interesses sob exame, consentindo mesmo em uma parceria, um asserto político funcional da jurisdição constitucional;
17. **de que o estabelecimento *a priori* de interesse processual e de agir, ou de *cause of action*, ou de *standing*, do processo constitucional**, concretizando um excesso de racionalidade na especialidade dos tutores, além de se desqualificar de legitimidade o resultado imposto, ao se

constituir em uma parceria, **permite**, estando à margem de um controle efetivamente democrático de sua própria constitucionalidade pelo princípio da adequabilidade equiprimordial, como afirma Alexy, **que quem decide tenha que ser discreto e compreenda que o caso sob julgamento não é completamente regido por normas jurídicas;**

18. de que a aplicação imparcial da norma nos termos de uma *teoria do discurso argumentativo* relaciona-se com o caráter obrigatório das normas práticas na medida em que qualquer destinatário de uma norma possa proceder, por ele mesmo, a uma interpretação da situação. — Disto decorre legitimamente seus efeitos vinculantes: quando o afetado encontrar-se obrigado a seguir uma norma desde que lhe seja possibilitado observar sua própria situação, dentro do procedimento constitucional em contraditório distinguindo os riscos, como sendo a situação na qual a decisão deva ser seguida por se apresentar enquanto uma pretensão a direito aceitável;
19. de que em um Estado Constitucional Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade é um limitador aos enunciados emitidos pelos exercentes de funções públicas, mormente dos Poderes Executivo e Legislativo, já que seus discursos de justificação podem ser em um mecanismo de controle de constitucionalidade, como espaço público de conflito concreto, acerca da legitimidade, do direito positivo e de um discurso de aplicação vazio de democracia, questionados quanto as suas pretensões de (à) validades;
20. de que a compreensão de pluralismo político concorre, também, para a conformação das estruturas discursivas institucionalizadas.

É imperioso não se olvidar que essas compreensões assumem que o melhor argumento sobre a tomada de uma decisão pode ser alcançado enquanto uma questão de comunicação e que a imparcialidade, como faculdade de decisão, emerge como critério determinante não apenas quando da elaboração da norma, mas de sua aplicação. — Pois, o princípio da democracia explica o

caráter performativo da prática de autodeterminação exercida pelos co-associados jurídicos reciprocamente que se reconhecem como membros livres e iguais de uma associação à qual voluntariamente aderiram, pois, o princípio democrático encontra-se em um nível distinto daquele do princípio moral. — Exatamente porquê as normas jurídicas têm um caráter artificial, *pois, compreendem um plexo intencionalmente produzido de normas de ação* que é reflexivo no sentido de se aplicar às próprias normas, incumbindo ao princípio da democracia não apenas o estabelecimento de um procedimento de elaboração legislativa legítimo, mas, sobretudo reger a produção dos próprios meios jurídicos, de forma eqüitativa; pois, do ponto de vista da teoria do discurso, considerando-se a tessitura social complexa, o Direito adquire condições, visando sua adequação à constituição de uma comunidade jurídica, de servir como o meio de auto-organização dessa comunidade.

Como discorrido, democracia é um aprendizado. Um processo reflexivo no qual todo conhecimento – toda informação – deve ser considerado (a), sobretudo quando relacionado (a) à questão implicada na decisão.

Fica demonstrada a plausibilidade de um controle normativo a partir da pressuposição da democracia enquanto um regime de governo no qual não apenas a iniciativa individual é garantida, mas a ação coletiva igualmente. No qual a legitimidade não se restringe a legalidade formal do princípio da igualdade, e no qual os mecanismos de preservação da participação político-social estejam assegurados, mesmo diante de decisões majoritárias, a preservar o pluralismo. Ou seja, democracia entendida enquanto um governo de iguais, onde a cada indivíduo deva ser assegurado um papel que lho permita contribuir na essência das decisões políticas, e no qual a importância desse papel não seja estruturalmente determinado ou limitado em razão de seu valor, talento ou capacitação, na perspectiva de um regime constitucional. Pois, do contrário nega-se a constituição nesse recorte e, além de fazer inserir no sistema do direito elementos políticos não apenas no processo legislativo, impõe-se, por práticas liberais excludentes, uma validade ilegítima de um texto normativo, da expectativa abstrata e geral, aos casos concretos.

Desse ponto de vista concorda-se com Habermas que afirma, ao criticar a posição original de uma sociedade Justa em Rawls, que à luz das normas jurídicas pode-se decidir o que se estará obrigado a fazer, no horizonte dos valores, apenas se pode decidir qual o comportamento mais recomendável.

Ratificando-se, aquelas obrigam a todos sem exceção e igualmente, estas no mais expressam as preferências de uma determinada comunidade. Aquelas visam assentar expectativas de direitos enfrentando abertamente os riscos e suas potencialidades. Estas, como valores ou bens ou comandos otimizáveis, apenas se realizam mediante fins estratégicos. E por fim, as normas jurídicas, ao contrário dos valores, não fixam relacionamentos de preferências, e não se contradizem por pretenderem valer para todos os participantes do círculo de destinatários, mantendo-se em uma relação de coerência por uma validade binária e não gradual. — Outra vez, recorda-se: **o direito tem sido válido até sua momentânea derrogação.**

Para tanto, postula-se o *Controle de Constitucionalidade* como um processo constitucional democrático e democratizante, posto que é mecanismo que concorre para a densificação da identidade constitucional de um povo, reconhecendo-se o risco como elemento concreto do controle normativo e admitindo o interesse *processual* e o direito-de-ação abertos definíveis intra-processo.