RDP C

Revista de Direito Público
Contemporâneo

ISSN 2594-813X

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 04 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Jan/Jun 2020
Año nº 04 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Jan/Jun 2020

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Co-Editor | Coeditor:

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Sra. Camila Pontes da Silva.

Sr. Eric Santos de Andrade.

Sr. Jonathan Mariano.

Sra. Gabriela Vasconcellos.

Sra. Natalia Costa Polastri Lima.

Diagramação | Diagramación:

Sr. Daniel Pires Lacerda.

Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilla, Espanha.
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado e Rural do Rio de Janeiro, UFRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriá, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilla, Espanha. 2
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRJ, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

UMA PROPOSTA EPISTÊMICA PARA A LEGITIMIDADE DA TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

AN EPISTEMIC PROPOSAL FOR THE LEGITIMACY OF THE THESIS STATE UNCONSTITUTIONAL

Ian Fernandes de Castilhos¹

RESUMO: O Estado de Coisas Inconstitucional é um mecanismo bastante novo da Jurisdição Constitucional, colocando o judiciário como mediador entre os poderes constituídos no caso de violação massiva de direitos fundamentais por inércia ou ineficácia destes. A partir deste prisma o projeto de pesquisa terá o seguinte problema: pode a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ser democraticamente legítima? A hipótese a ser traçada e confirmada ao final do projeto é de que sob a condição de abertura do rol de legitimados a interpretar a Constituição pode-se começar a falar em legitimidade democrática do instituto. O método utilizado será a pesquisa bibliográfica para que aprofundar a problemática da tensão da separação entre os poderes e propor um modelo epistêmico de decretação de ECI que possa ser considerado democraticamente legítimo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional; Constitucionalismo; repartição de poderes; *check and balance*.

ABSTRACT: The Unconstitutional State of Things is a fairly new mechanism of the Constitutional Jurisdiction, placing the judiciary as mediator between the powers constituted in the case of massive violation of fundamental rights by inertia or inefficacy of these. From this perspective the research project will have the following problem: Can the Unconstitutional State of Things theory be democratically legitimate? The hypothesis to be drawn and confirmed at the end of the project is that under the condition of opening the role of those legitimated to interpret the Constitution one can begin to speak in the democratic legitimacy of the institute. The method used will be the bibliographical research to deepen the problem of the tension of the separation between the powers and propose an epistemic model of ECI decree that can be considered democratically legitimate.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Things; Constitutionalism; distribution of powers; check and balance.

Data da submissão: 25/11/2019

Data da aprovação: 11/04/2020

¹ Pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o fito de analisar a possibilidade de legitimidade democrática do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional e realizar uma proposta epistêmica que comunica o mesmo, enquanto esfera pública especializada, a tese da Sociedade Aberta de Interpretes. O trabalho será dividido em quatro partes consistente em: (a) apresentação sumária do instituto e suas críticas; (b) problematização da teoria da separação dos poderes; (c) enquadramento da ECI como esfera pública especializada; (d) intersecção entre o instituto e a tese da sociedade aberta de interpretes.

Na primeira seção será apresentado o ECI enquanto Jurisdição Constitucional Excepcional. Neste primeiro momento, será abordado de maneira sumária os requisitos e objetivo do mecanismo, qual seja, diante do quadro de violação massiva de direitos fundamentais (ilegalidade difusa) por inércia ou ineficácia dos poderes, chamar o Judiciário para ser mediador e iniciar o diálogo institucional entre os poderes a partir de uma sentença estruturante. Diante, entretanto, das críticas a ela apresentadas por STRECK (2015), DE GIORGI, FARIA e CAMPILONGO (2015) e VASCONCELOS (2017), quanto à violação a separação dos poderes, ineficácia do instituto, bem como o critério seguro para o uso, os próximos capítulos tentarão superar os problemas por eles constatados.

A segunda seção, por sua vez, demonstrará que existem tensões internas relevantes na teoria da separação dos poderes de uma perspectiva horizontal entre os poderes no que tange a governabilidade e de uma perspectiva vertical, entre os poderes e o povo, diante do debate entre democracia e constitucionalismo. Tal capítulo terá duas funções, demonstrar que não há uma forma única de engenharia do poder para repartição de funções estatais e também de informar que as teorias clássicas não se preocupam com o *povo* como possível praticante do poder de maneira direta.

Um dos fundamentos que ajudam a articular as ideias centrais é que a violação massiva de direitos fundamentais é a dimensão mais profunda dos *hard cases*, neste íterim, o Judiciário é chamado para mediar o diálogo não por princípios, mas por políticas. Sendo um cenário político, não se pode

imaginar que o Judiciário atue sozinho sem a maior representação democrática o possível. Por tal razão, na terceira sessão será abordado o ECI como esfera pública especializada onde deverão se articular os setores da sociedade pela busca de meios para concretizar as propostas estabelecidas.

Neste ambiente, o presente trabalho não pretende esgotar o tema da legitimidade democrática do judiciário, mas apenas problematizar um ponto específico: Pode a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ser democraticamente legítima? Será defendido que sim, sob a condição de abertura do rol de legitimados a interpretar a Constituição, bem como o fortalecimento da ideia de espaço público jurídico através da busca de cadeias de equivalência.

Entretanto, como se poder realizar a mixagem entre uma teoria alemã (Sociedade Aberta de Interpretes) e uma teoria colombiana (Estado de Coisas Inconstitucional) para aplicação em um contexto brasileiro? Em um primeiro momento, esse artigo propõe apenas um ponto de vista em abstrato para justificar uma possibilidade de legitimidade democrática, muito embora a hipótese de aplicada essa junção não existir incompatibilidade neste ponto entre tradições jurídicas díspares. Vê-se no direito constitucional brasileiro a abertura ainda tímida de legitimados a interpretar a constituição no controle abstrato, bem como a atuação direta em políticas públicas em caso de violação massiva de direitos fundamentais, como é o caso das audiências públicas realizadas em 2009 sobre a Judicialização da Saúde.² O que o trabalho pretende é trazer racionalidade para as ações.

1. PROLEGOMÊNOS A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXCEPCIONAL

1.1. ESTADO DE COISAS INSTITUCIONAL: ORIGEM, OBJETO E FORMA

A Jurisdição Constitucional é um tema por si só complexo abordando desde a legitimidade e os limites da interpretação Constitucional, até os procedimentos corretos do Controle de Constitucionalidade em uma

determinada Democracia Constitucional. Em que pese à dificuldade natural de lidar com a matéria, tal ponto que será abordado é ainda mais delicado: seria possível o Poder Judiciário resolver uma situação de violação massiva de Direitos Fundamentais decorrente da inércia ou ineficácia dos demais poderes? Se assim o fizer, haveria legitimidade democrática? Neste momento, a preocupação será debruçar-se sobre a primeira pergunta. A segunda pergunta ficará a cargo do terceiro capítulo deste artigo.

Não é meramente performático o ato de chamar a declaração de ECI de Jurisdição Constitucional Excepcional. Há duas dimensões que torna tal modo de exercício do poder uma exceção, quais sejam: os critérios formais e a modo que se dá a decisão. Para entender a primeira dimensão é necessário retornar a gênese do instituto. Remete-se este a experiência colombiana bem dividida, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (*apud* LAGE e BRUGGER, 2017, p. 9), em dois momentos: a Construção e o Aperfeiçoamento do ECI. Na Construção, podem-se observar os casos da Sentencia de Unificación 559/97 e na Sentencia nº T-153/98. O aperfeiçoamento se deu pela Sentencia nº T-025/04. Tais sentenças serão adiante explicadas.

A Constituição Colombiana de 1991 inaugurou um mecanismo processual chamado tutela, através do qual qualquer cidadão pode acionar a Suprema Corte para proteção de Direitos Fundamentais violados por ação ou omissão de autoridades públicas ou particulares prestadores de serviço público. A proteção judicial neste caso será a determinação para que imediatamente o ente abstenha-se de praticar a ação ou omissão (HERNANDEZ, 2003, p. 204). Em 1997, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar, por esta via processual, no caso de 45 professores de alguns municípios de Bolívar, que ajuizaram os chefes do Executivo Municipal, pela omissão em afiliá-los ao FBSM (Fundo de Benefício Social do Magistério), muito embora haja sido deduzido o valor das contribuições. Visualizou-se no decorrer do processo que não havia a mera violação a dimensão subjetiva do Direito Fundamental, mas sim a dimensão objetiva afetando toda aquela coletividade. Neste ambiente:

“[...] La Corte Constitucional hubiese podido limitarse, em el mejor de los casos, a declarar la vulneración de los

derechos subjetivos de los accionantes debidos a la omisión em la que incurrieron las autoridades públicas municipales, es decir, a explorar simplemente la dimensión subjetiva de aquéllos. No obstante, el juez constitucional considero necessário ahondar em el problema de la garantia objetiva de los derechos fundamentales, es decir, em el fondo del problema, examinando las cifras sobre afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio junto a la inequitativa distribución del situado fiscal entre los departamentos y municipios del país [...]”³ (HERNANDEZ, 2003 p 212).

Neste sentido, ao invés de focar na violação individual, preocupou-se a corte compromissada com o Estado Social de Direito a resolver o problema de forma mais fecunda. Os pontos que merecem destaque na “declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, na precursora Sentencia SU-559/97, são o dever de colaboração que a Corte Constitucional tem para com os demais órgãos do Estado, e a importância de se prevenir a multiplicação desmedida de ações de tutela” (JARDIM, 2018, p.20).

Outra decisão relevante foi a Sentencia de Tutela 153/1998 que visualizando o problema da superlotação dos presídios tomou as seguintes medidas: a) declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e notificou diversas autoridades públicas; b) ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação dos cárceres dentro de 3 meses; c) determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários; d) deu à Defensoria e à Procuradoria Geral a supervisão do cumprimento das ordens; e) Ordenou a separação total entre presos provisórios e condenados em até 4 anos; f) exigiu

³ O Tribunal Constitucional poderia ter se limitado, no melhor dos casos, a declarar a violação dos direitos subjetivos dos demandantes devido à omissão incorrida pelos poderes públicos municipais, isto é, simplesmente explorar a dimensão subjetiva deles. No entanto, o juiz constitucional considerou necessário aprofundar o problema da garantia objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, no fundo do problema, examinando os números sobre a filiação ao Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério, juntamente com a distribuição desigual do imposto entre os departamentos e municípios do país. [tradução livre]

aos membros do Executivo e do Legislativo regionais que criassem e mantivessem presídios próprios; g) ordenou ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. (LAGE e BRUGGER, 2017, p. 202). Ocorre que não houve resultado prático relevante devido à falta do diálogo institucional.

Doutro modo, em 2004 foi feita a decisão que delimitou melhor o paradigma a partir do caso de deslocamento forçado por decorrência das profundas crises internas naquele país. A tutela excepcional justificou-se por razão de que:

Deslocamentos internos forçados são constantes ao longo de toda a história colombiana, por conta dos inúmeros conflitos armados. Entre 1946 e 1958, no período conhecido como La Violencia, milhares de pessoas foram obrigadas a ceder suas terras e se descolar para os centros urbanos, para que se desenvolvesse um novo modelo agro-industrial. Nesse período, os grupos – legais e ilegais – vinculados aos partidos conservador e liberal eram os principais responsáveis por promover tais deslocamentos. A partir dos anos 1980, as guerrilhas e grupos paramilitares, para permitir a expansão das áreas de cultivo de coca, tornam-se os principais agentes promotores dos deslocamentos forçados. Por essa razão, áreas consideradas importantes para o plantio e/ou escoamento de drogas, bem como regiões ricas em recursos energéticos e minerais são as mais afetadas pelo deslocamento. (RODRIGUES, 2014, p. 248-249).

Diante deste quadro de violação massiva de direitos fundamentais, através da Sentencia de Tutela 025/2004 foram traçados os principais aspectos do Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (COLOMBIA, 2004, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127>. Acesso em 14 de jul. de 2019)

Pode-se, entretanto, resumir os pressupostos em apenas três: (i) violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; (ii) a ação ou omissão reiterada e prolongada dos poderes públicos; (iii) que a solução não possa ser dada por uma tutela jurisdicional simples, mas sim por uma sentença estrutural. Tais requisitos são prejudiciais, ou seja, na falta de qualquer um deles não há que se adotar a medida. (LAGE e BRUGGER, 2017, *passim*). Dentro destes novos parâmetros:

Antes totalmente ignorado, sem qualquer atenção estatal ou da própria sociedade, o problema da falta de direitos básicos da população, quando deslocada forçadamente, é

hoje um mal combatido. Após mais de 12 anos da implementação e monitoramento da sentença estrutural, a Corte já cogita declarar vencido o quadro de inconstitucionalidade fática (LAGE e BRUGGER, 2017, p. 205).

Quanto à forma da decisão, é considerado excepcional pelo fato de consistir a dimensão mais profunda dos *hard cases*, ou seja, casos complexos onde não haja uma regra clara pré-existente para a solução do litígio, tanto que não possa ser resolvido através de princípios, mas sim através de políticas. Entendem-se como argumentos de princípios aqueles que “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2002, p. 129) enquanto argumentos de política são aqueles tendentes a mostrar que “a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2002, p.129). Para Dworkin, o judiciário é o fórum dos princípios, portanto, não deve fazer política. Muito embora o debate da ECI não tenha chegado a sua obra, este é um caso excepcional em que o Judiciário é acionado para atuar não através de princípios, mas como mediador de políticas. Neste sentido fala-se em sentenças estruturais.

1.2. CRÍTICAS AO ECI

A teoria do ECI não está livre de críticas, inclusive de grandes e respeitados juristas, como STRECK (2015). As críticas de Lênio Streck podem ser resumidas em três eixos: (a) carência de relevância prática; (b) possibilidade de juristocracia; (c) interpreta-se fatos e não normas na ECI. Quanto ao primeiro aspecto, entende que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional é um mero *passaword* a uma tutela estrutural conceitualmente vaga. Opta pela declaração de inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade e o apelo ao legislador, instrumentos jurídicos germânicos, para os efeitos almejados. A possibilidade de uma juristocracia, trata-se mais de um alerta quanto a abertura de margem ao ativismo judicial já danoso. Por fim, a dicotomia fato-norma

ignora que a apreensão da realidade é parte intrínseca ao processo hermenêutico. <disponível em https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn5; visualizado em 14 de jul. de 2019>.

Crítica similar a da falta de efetividade é realizada por VASCONCELOS (2017, p. 156) para quem a declaração de ECI consiste em uma decisão cujo único fundamento é a finalidade que pretende alcançar com a indicação de um futuro esperado. Entretanto:

Esse consequencialismo nada tem a ver com uma capacidade de mensurar consequências futuras, mas funciona como técnica de fundamentação da decisão por meio de uma representação de futuro. Técnica extremamente eficaz, porque o futuro não existe e no presente aquilo que se indica como futuro é apenas uma expectativa, funciona como uma *self fulfilling prophecy*. (VASCONCELOS 2017, p.156)

Aponta-se para um futuro, sem ter a capacidade de alterá-lo. Assim sendo, interroga o autor, “A declaração de ECI não tem o condão de moldar ou alterar o futuro e nem mesmo de mensurá-lo. Então, o que faz?” (VASCONCELOS, 2017, p. 158). O que faz a ECI, segundo o autor tem o fito de isentar o direito e suas operações pelo estado de ilegalidade difusa que produziu o problema, transportando para a política os seus próprios males. Arremata informando que:

“Enquanto o controle de constitucionalidade de molde tradicional consiste, justamente, em uma técnica de interdição da auto-isenção, permitindo que o sistema aplique sobre si mesmo o código com o qual opera [conforme o direito (Recht)/ não conforme o direito (Unrecht), constitucional/inconstitucional], a declaração de ECI, ao contrário, bloqueia a possibilidade de aplicação

reflexiva dos códigos do sistema jurídico, cancela a interdição e realiza a auto-isenção e, então, obsta possibilidades cognitivas do sistema estabilizando expectativas.” (VASCONCELOS, 2017, p. 168)

DE GIORGI, FARIA e CAMPILONGO (2015) norteiam suas críticas sobre o fato de haver contradições internas, bem como ameaçar a separação dos poderes. Os autores fazem as três perguntas centrais que resumem bem seus argumentos: (a) como o STF pode optar por uma solução a um litígio estrutural democraticamente? (b) Quem controlaria a correção da decretação do ECI; (c) proferidas as decisões quem as executará?

Todas essas críticas são altamente relevantes. Não se pode falar em ECI no Brasil sem passar por elas, sob pena de quedar-se nos problemas que elas apontam. Para fins deste trabalho, entende-se que as principais críticas são a (i) violação da separação de poderes – tanto da perspectiva da legitimidade da decisão, quanto da legitimidade da execução da mesma -, (ii) a carência de eficácia da decretação por falta de coercibilidade e, por fim, (iii) um parâmetro objetivo seguro para a decretação. Para rebatê-las, o presente trabalho irá afirmar que: a) a separação dos poderes tem forma contingente que não pode sobrepor-se a sua finalidade (capítulo 2); b) o processo de ECI deve ser um ambiente para a síntese das opiniões públicas a respeito dos Direitos violados, bem como dos caminhos de resolução dos litígios (capítulo 3); c) deve-se abrir o rol de legitimados para interpretar o texto constitucional (capítulo 4).

2. TENSÕES SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES E GOVERNABILIDADE

A tese do Estado de Coisas Inconstitucional desvela-se aos poucos como uma questão espinhosa para o tema separação dos poderes. Isto se dá, porque *prima facie* destaca o Judiciário como protagonista, muito embora não seja a melhor perspectiva sobre a mesma. Para tanto, este capítulo se propõe a problematizar as tensões internas da teoria clássica de uma perspectiva horizontal e de uma perspectiva vertical. Na primeira, será analisada a governabilidade e a relação de dependência e independência entre o legislativo

e o executivo, enquanto na segunda será problematizada a questão sobre respeitar ou não a decisão majoritária por intermédio de uma revisão judicial da constitucionalidade das leis.

2.1. SEPARAÇÃO DE PODERES DO GOVERNO

Em artigo publicado na *Haverd Law Review*, Bruce Arckeman, professor de Direito de Yale, defende um modelo de governo diferente do presidencialismo norte-americano. Reconhece, juntamente com Steven Calabresi, que os Estados Unidos é o maior exportador do Direito Público com temas como controle de constitucionalidade, constituição escrita, entre outros. Entretanto discorda que o modelo de repartição de poderes seja o ideal para se apropriar (ACKERMAN, 2000, p. 635). Suas críticas giram ao redor de três grandes pontos: (a) impasse; (b) autoridade total, (c) culto a personalidade.

O primeiro ponto consiste em um evento não raramente visto: e se o Presidente e o Parlamento forem de partidos diferentes? O impasse pode gerar três cenários (i) o sonho Madisoniano: partidos podem barganhar e procurar um meio termo em um conjunto bastante atraente de resultados; (ii) o pesadelo Liziniano, ou seja, a resolução do conflito vir de agentes extraconstitucionais, como aconteceu algumas vezes na América-latina, principalmente com ajuda de militares; (iii) a crise de governabilidade.

Worse yet, the contending powers may use the constitutional tools at their disposal to make life miserable for each other: the house will harass the executive, and the president will engage in unilateral action whenever he can get away with it. I call this scenario the “crisis in governability.” Once the crisis begins, it gives rise to a vicious cycle. Presidents break legislative impasses by “solving” pressing problems with unilateral decrees that often go well beyond their formal constitutional authority; rather than protesting, representatives are relieved that they can evade political responsibility for making hard

decisions; subsequent presidents use these precedents to expand their decree power further; the emerging practice may even be codified by later constitutional amendments.

⁴(ACKERMAN, 2000, p. 646)

Um outro cenário indesejado do presidencialismo norte-americano é a autoridade total de um partido político que consegue vencer as eleições presidenciais e ter maioria no parlamento por tempo o suficiente a fazer hegemonia. Por fim, o culto a personalidade uma vez que:

Quite simply, an elected presidency predisposes the system to a politics of personality, and especially the politics of a single personality. To be sure, all presidents and prime ministers possess enormous power, making it natural for the public to scrutinize every personality quirk. But a parliamentary system does a better job of keeping these personalistic tendencies in check.⁵ (ACKERMAN, 2000, p. 657)

Assim sendo, o autor defende um parlamentarismo restrito, podendo ser melhor entendido como um parlamentarismo restritivo, que gera a dependência do parlamento por parte do chefe do executivo. Alguns exemplos por ele citados são o Japonês e o Germânico. A dieta, corpo legislativo japonês, é composta pela casa dos Representantes e pela casa dos Conselheiros e suas

⁴ Pior ainda, os poderes rivais podem usar as ferramentas constitucionais à disposição para tornar a vida miserável uma para a outra: o parlamento vai perseguir o executivo, e o presidente se envolverá em ações unilaterais sempre que puder escapar impune. Eu chamo esse cenário de “crise na governabilidade”. Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os presidentes quebram os impasses legislativos “resolvendo” problemas urgentes com decretos unilaterais que frequentemente vão além de sua autoridade constitucional formal; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados de poder escapar da responsabilidade política por tomar decisões difíceis; os presidentes subsequentes usam esses precedentes para expandir ainda mais seu poder de decreto; a prática emergente pode até ser codificada por posteriores alterações constitucionais. [tradução livre]

⁵ Muito simplesmente, uma presidência eleita predispõe o sistema a uma política pessoal e, especialmente, à política de uma única personalidade. Para ter certeza, todos os presidentes e primeiros-ministros possuem um enorme poder, tornando natural para o público examinar cada peculiaridade pessoal. Mas um sistema parlamentar faz um trabalho melhor em manter essas tendências personalistas sob controle.

atividades estão descritas no art. 41 ao art. 64 da Constituição Japonesa, dentre elas as investigações ao governo (art. 62) que pode ser realizada pelas casas separadamente, bem como a eleição de um tribunal de impeachment (art. 64). Dentre os representantes da Dieta é eleito o Primeiro-Ministro (art. 67). Os Juízes da Suprema Corte são indicados pelo presidente resguardado o referendo a câmara dos Representantes (art. 79).

O modelo Alemão é bastante complexo dividido em Parlamento (budenstag) e Conselho Federal (Budesrat). O primeiro é eleito por sufrágio universal e secreto (Art. 38), a cada quatro anos (art.39), enquanto o segundo é formado por membros dos governos dos Estados, que os nomeiam e exoneram. O Presidente, responsável pela representação internacional da federação (art. 59) é eleito pela Assembleia Federal, composta pelo Parlamento e pelo Conselho (art. 54). O chefe de Governo (chanceler) é indicado pelo presidente e eleito pelo Parlamento (art. 63). Os membros do Tribunal Constitucional Federal são escolhidos pelo Parlamento e pelo Conselho (art. 95), enquanto o Tribunal Federal Administrativo, de Finanças, do Trabalho e Social é eleito pelo Ministro da Pasta em conjunto com a comissão magistral de eleição, constituída por Ministros estaduais e membros eleitos pelo Parlamento. (art. 95)

Por sua vez, CALABRESI (2007) defende o presidencialismo norte-americano através dos argumentos de que: (a) O sistema fornece melhor amostragem da Vontade Popular; (b) Garante maior da estabilidade; (c) A Legitimidade Democrática do Primeiro Ministro, do Gabinete da Burocracia; (d) Dois sistemas partidários e governo presidencial; (e) O presidencialismo é anti-ideológico; (f) O presidencialismo leva à revisão judicial; (g) o presidencialismo aumenta o potencial de guerra; (h) o presidencialismo aumenta a liberdade.

Por serem muitos os pontos abordados pelo autor, será destacado apenas os principais, que para o mesmo são estabilidade, democracia, não-ideologia, possibilidade de revisão judicial e garantia da liberdade. Quanto a estabilidade e democracia, entende Calabresi que na mesma medida que há a

necessidade de aferição constante da vontade popular⁶, deve também o governante ter o poder de realizar as ações políticas a longo prazo, sem a constante dependência de um legislativo. Tal dependência, levaria o executivo a agir “no piloto automático”, enquanto os políticos democraticamente eleitos agem (CALABRESI, 2001, p. 60).

Defende ainda o presidencialismo por ser um sistema não-ideológico, diferentemente do sistema proporcional legislativo que tem como condição de possibilidade de existência a ideologia de partido. Para o autor, nos sistemas não-ideológicos é menos provável que haja conflitos por violência racial, linguística, religiosa, etc. (CALABRESI, 2001, p. 78), nesta esteira assevera que:

Let us begin consideration of the non-ideological nature of presidentialism with the point with which we ended the last section: presidentialism is inconsistent with the use of proportional representation in legislative elections. I agree with Professor Ackerman that this is the case. The reason is quite simply because proportional representation leads to multi-party systems and it would weaken and fragment the legislative leadership. (CALABRESI, 2001, p. 79)⁷

Outro ponto bastante relevante do ponto de vista da defesa do presidencialismo é que neste modelo pode haver a revisão judicial da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como surgiu na França em 1958, bem como nos Estados Unidos, algo que não há em sistemas parlamentaristas (CALABRESI, 2001, p. 85). Neste modo de pensar, haveria maior política de contrapesos e diminuição do arbítrio dos políticos eleitos,

⁶ No sistema americano a cada dois anos há eleição para o parlamento, a cada seis anos para 1/3 do senado e a cada 4 anos para presidente. Para Calabresi (2001, p. 56-57) isto demonstra maior legitimidade democrática por amostragem da vontade popular.

⁷ Vamos começar considerando a natureza não-ideológica do presidencialismo com a qual terminamos a última seção: o presidencialismo é inconsistente com o uso da representação proporcional nas eleições legislativas. Eu concordo com o professor Ackerman que este é o caso. A razão é simplesmente porque a representação proporcional leva a sistemas multipartidários e enfraqueceria e fragmentaria a liderança legislativa. [tradução livre]

garantindo por via oblíqua maior dimensão de peso aos direitos fundamentais e as liberdades civis.

A dependência ou independência do legislativo para o judiciário é exportado para os países de formas diferentes. Há quem defenda, que os países latino-americanos desenvolveram um outro tipo de relação entre estes poderes denominado semi-presidencialismo:

Rather, semipresidentialism — an undertheorized constitutional type that is most often associated with the French Fifth Republic — has rapidly gained ground. This constitutional type combines a popularly elected head of state with a head of government who is responsible to a popularly elected legislature, thus making the model conceptually and analytically distinct from the other two principal constitutional types existing in the world today.⁸
(SKACH, 2007, p.93)

Tal arranjo institucional corresponderia não a um terceiro modelo, mas sim na coexistência entre os dois, desenvolvendo-se as vezes como presidencialismo e as vezes como parlamentarismo, tal qual é o modelo brasileiro, que muito embora corresponda ao primeiro, possui fortes instrumentos do segundo como é o caso do *impeachment*. A legitimidade democrática destes modelos é relativa de acordo com as convenções sociais no mundo dos fatos.

2.2. SEPARAÇÃO DE PODERES ENTRE O POVO E O GOVERNO

Tanto os argumentos de Beckermann quanto o de Calabresi são especulativos, baseados deduções sem comprovação empírica definitiva. A legitimidade democrática desta ou daquela forma de repartição de poderes não

⁸ Em vez disso, o semi-presidencialismo - um tipo constitucional subentendido que é mais frequentemente associado à Quinta República Francesa - rapidamente ganhou terreno. Este tipo constitucional combina um chefe de Estado eleito popularmente com um chefe de governo que é responsável perante uma legislatura popularmente eleita, tornando o modelo conceptual e analiticamente distinto dos outros dois principais tipos constitucionais existentes no mundo de hoje. [tradução livre]

consiste em um ser-bom-por-si-mesmo, ambos são instrumentos para alcançar uma determinada finalidade, assim sendo, é possível mesmo que considerando seriamente o debate da governabilidade, escolher em abstrato qualquer um dos dois modelos com base nos argumentos de um ou de outro teórico. Trata-se de um ato de escolha política.

A perspectiva do debate parlamentarismo x presidencialismo é meramente horizontal. A proposta do artigo é também a análise da teoria de um ponto de vista vertical, ou seja, na separação de poderes entre povo e governo, uma vez que a representação não esgota o processo democrático, nem tão pouco a relação entre os poderes legislativo, judiciário e executivo são suficientes para fornecer um bom conteúdo epistêmico para dar suporte a uma teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Há também que se levar em consideração o Povo como um ente estatal relevante, ainda que heterogêneo e disforme.

A separação entre governo e soberania é feita de maneira bastante didática por Wilfrid J. Waluchow, para quem a soberania é a posse do poder normativo supremo e muito possivelmente ilimitado, enquanto o Governo são os órgãos e agentes que exercem a soberania (ZAMORA e SPECTOR,[org.] 2015 p.1894). Retomando o clássico conceito de Siéyes, o Poder Constituído (instituições jurídicas), não cria a si mesmo, mas é construído através de um Poder Constituinte que repousa sobre o Povo.

Assim sendo, o debate de um ponto de vista vertical enseja a análise não da questão da governabilidade e harmonia entre os poderes, mas sim a harmonia e contra pesos entre o Povo e o governo: deve-se ou não respeitar e em quais casos a decisão da maioria? Através desta pergunta chega-se ao ápice da tensão entre o poder do povo e o poder do governo (entendido no sentido lato, de qualquer uma das funções constituídas).

O conflito pode ser visto ainda da perspectiva de Constitucionalismo vs. Democracia, que do ponto de vista de Michelman, enquanto o primeiro significa contenção da política por uma lei superveniente que está além do alcance da política que ela pretende conter - uma lei de criação de leis, podemos chamá-la - controla quais outras leis podem ser feitas e por quais procedimentos, o

segundo significa a política feita pelo próprio povo que decide o rumo que as leis devem tomar (MICHELMANN, 1998, p. 400).

O principal defensor na modernidade do modelo Democrático de autogoverno é Waldron e do modelo Constitucionalista é Dworkin, ambos traçaram um dos debates mais complexos e importantes do Constitucionalismo moderno. Há dois elementos essenciais para a completa compreensão do debate: (a) a existência de um desacordo fundamental (tal qual o aborto, casamento homoafetivo, etc); (b) a necessidade de que haja uma decisão que resolva o desacordo.

Para entender a primeira vertente, é necessário ter em mente que o poder legislativo deve ser sempre observado como ordinário, delegado e precário em uma democracia Constitucional, uma vez que todo poder necessariamente emana do Povo (FREEMAN, 1994, p. 186). O poder constituinte pertence ao povo que cria certas instituições e nelas investem os poderes ordinários do Estado. Tais instituições são agentes do povo e do bem comum, não escapando de tal sentença o poder legislativo (FREEMAN, 1994, p. 187).

Assim sendo, defende Waldron um sistema em que “[...] o próprio povo pode decidir, através de procedimentos legislativos ordinários, se quer ou não permitir o aborto, a ação afirmativa contra discriminação de minorias, as cotas e o casamento gay” (BIGONHA e MOREIRA [org]., 2010, p. 95). Entretanto, tal modelo ideal depende de quatro elementos essenciais como condição de possibilidade de existência, qual sejam:

- (1) Instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal;
- (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito;
- (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria das suas

autoridades com a ideia de direitos individuais e de minoriais e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto aos direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Ou seja, a teoria de Waldron pressupõe democracia forte e madura com bom funcionamento das instituições que levariam a possibilidade de autogoverno pelo próprio povo como um ideal de regime democrático. Trata-se, portanto, de uma teoria de *como deve ser a democracia* e não *de como ela realmente é*.

O “Povo”, entretanto, normalmente tende a ser chamado a se manifestar apenas pelo voto. Basicamente, tal ente estatal não possui um rosto único e não necessita estar aberto ao debate nem justificar suas decisões, mas atua através de uma fórmula simplificada do tipo sim/não. Isto faz deste ente o mais poderoso e o mais frágil, sendo bastante simples um líder populista falar em nome das massas:

The majority of the valid votes decide, but nobody knows of whom it is composed, as the secrecy of the vote is protected. The people, if you think about it, cannot think, cannot talk, cannot discuss; it can only say yes or no to an act or proposition taken by another body, usually parliament, or, as in Switzerland, the promoters of a popular initiative. (AUER, 2016, p. 401)⁹

Neste sentido critica o autor supracitado o uso de referendos na União Europeia como tentativa de legitimação de ações em prol dos interesses dos

⁹ A maioria dos votos válidos decide, mas ninguém sabe de quem é composto, pois o segredo do voto é protegido. As pessoas, se pensarem sobre isso, não podem pensar, não podem falar, não podem discutir; só pode dizer sim ou não a um ato ou proposta tomada por outro órgão, geralmente o parlamento, ou, como na Suíça, os promotores de uma iniciativa popular [tradução livre]

governantes que convocam tal modo decisório. E se porventura, uma maioria numérica caucasiana decidisse pelo extermínio em massa da população negra? Ainda assim deveria o Judiciário executar tal ação em prol do respeito à democracia, ou o respeito a decisão seria conceitualmente antidemocrático?

Sobre este ambiente orbita a teoria de Dworkin sobre a revisão constitucional, que é em grande parte subjacente a sua teoria política do que é uma boa democracia liberal. Para ele “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm” (DWORKIN, 2002, p. XV). No ambiente democrático, tais trunfos devem ser usados quando “por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”. (DWORKIN, 2002, p. XV).

O papel do Constitucionalismo e do *Judicial Review* é, portanto, um papel contra majoritário, nas palavras do autor:

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger o cidadão (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. (DWORKIN, 2002, p. 209).

Assim sendo, depreende-se da opinião deste, que uma boa democracia não é apenas aquela que o povo toma a decisão, mas também aquela em que o judiciário não está a sombra da legislação sendo um fórum de princípios que norteiam os desacordos mais graves, quando não há uma regra de conduta pré-estabelecida. (DWORKIN, 2002, p. 130-131).

A explanação do debate em sua totalidade ensejaria um artigo a parte para trazer todos os argumentos, contra-argumentos, interpretes e releitores, entretanto, a apresentação dele serve para demonstrar que não há um

consenso quanto a como deve se dar a separação de poderes, seja do ponto de vista horizontal, seja do ponto de vista vertical. Interessante conclusão é a que chega FREEMAN (1994, p. 198) de que não há falta de legitimidade democrática na revisão judicial que derroga leis que infringem a igualdade, liberdade de consciência, etc. É antidemocrática a revisão quando ao contrariar decisões majoritárias com o fito de preservar os poderes e os privilégios de elites sociais e econômicas de mudanças e reformas e que visem garantir os direitos básicos do cidadão, informando ainda que a Suprema Corte norte-americana tem decisões nos dois sentidos.

A correção sob o parâmetro de justiça ou do ideal de boa-democracia é uma realização histórica e pontual e não perdida no tempo e espaço. A dinâmica entre os poderes demanda uma análise tangível diante de um contexto histórico específico, o que não isenta o cientista do Direito do dever de tentar antecipar cenários futuros possíveis de abuso de poder. Todos os debates até agora abordados são, em grande parte, debates parciais que olham a sociedade como uma unidade sintética de todas estas esferas. No caso em voga, ao menos para a violação em grande escala de Direitos Fundamentais, este artigo analisa estas tensões através de um modelo agonístico sobre o espaço público jurídico em um contexto radicalmente democrático.

3. CONSTITUCIONALISMO VIVO, DISPUTAS DE PODER VIVAS

Como visto anteriormente, não há uma forma única e universalmente válida de engenharia de poder, nem tão pouco as diversas maneiras como se expressa pode ser visto afastado de sua finalidade. Com base nessa premissa se defende o processo de ECI a partir de um modelo agonístico, uma vez que por se tratar de uma dimensão demasiadamente profunda dos *hard cases*, este processo deve ser um ambiente da esfera pública especializada, não com foco em um consenso racional, mas sim onde as diferenças contrapostas possam ser sintetizada em cadeias de equivalências. Por mais que, tal afirmativa tenha proximidade das teses deliberativas, será visto mais adiante a diferença essencial.

3.1. CONSTITUCIONALISMO COMO UMA ÁRVORE VIVA

É importante ressaltar que um dos maiores problemas para qualquer um que queira estudar seriamente fenômenos sociais complexos, como são as relações de poder, é a naturalização de certas dinâmicas e expressões culturalmente construídas por um processo histórico. Uma destas expressões culturais é a clássica doutrina da separação dos poderes de Montesquieu através de um modelo de freios e contrapesos entre o poder judiciário, executivo e legislativo como forma de coibir o autoritarismo, tese de relevância ímpar para o Constitucionalismo moderno.

Partindo da diferença entre Constitucionalismo em sentido fraco e em sentido forte, Waluchow (ZAMORA e SPECTOR,[org.] 2015, p. 1892.) escreveu artigo publicado em uma coletânea na Cidade do México, informando que normalmente esta ideia não é composta apenas pela criação de um poder executivo, um poder legislativo e um poder judiciário, mas sim aos limites relevantes aos mesmos, bem como a proteção do povo contra o governo através de Direito Fundamentais. Entretanto, esta separação de poderes não enseja a obrigatoriedade de um modelo norte-americano inaugurado em *Marbury vs Madison*. Para o autor:

no existe nada irracional em la sugerencia de que X puede estar obligado por una regla atrincheirada R, cuya interpretación y aplicación es dejada a X. Esta es, puede decirse, que la situación em Nueva Zelanda donde se le prohíbe a las cortes de derogar la legislación bajo el fundamento de que excede limites constitucionales. La observância y el cumplimiento de estos limites son dejados a los órganos legislativos cuyos poderes son no obstante reconocidos como constitucionalmente limitados [...] ¹⁰ (ZAMORA e SPECTOR [org.] 2015 p. 1899)

¹⁰ Não existe nada irracional na sugestão de que X possa estar obrigado por uma regra atrincheirada R, cuja interpretação e aplicação é deixada a X. Isto é, pode-se dizer, que a

Para compreender esta possibilidade de autorregulação dentro do mesmo poder, o autor demonstra que o Direito Constitucional não é composto meramente da Constituição Escrita, mas também das convenções constitucionais, ou seja, as formas não-institucionalizadas em regras impositivas de relações objetivas de poder, logo, não se manifestam como Direito Positivo aplicado coercitivamente, mas sim como convenções políticas (ZAMORA e SPECTOR, [org.] 2015, p. 1901).

Assim sendo, o autor acaba demonstrando que não há uma estrutura fixa única de engenharia de separação dos poderes. Muitos dos debates em torno da temática se baseiam na diferenciação entre presidencialismo e parlamentarismo entendido como a dinâmica de independência ou não do chefe do executivo em relação ao legislativo (SKACH, 2005, p. 96). Se o debate da engenharia da separação de poderes for levado apenas a este ponto, há de se ter um debate reduzido, uma vez que a separação de poderes não envolve apenas o presidente e o parlamento, mas também os Tribunais e as Agências do Executivo. (ACKERMAN, 2000, p. 639). Entretanto, a dinâmica supracitada é bastante ilustrativa do fato de que não há um modo horizontal único de repartição de poderes.

Muito embora, não tenha levado a suas últimas consequências, defende com brilhantismo o professor de Yale, que o modo que se dá a separação de poderes consiste na tentativa de alcançar algumas finalidades substantivas:

More concretely, I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the question, “Separating power on behalf of what?” The first ideal is democracy [...] The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third

situação da Nova Zelândia onde é proibido as cortes derogarem a legislação sob o fundamento de exceder os limites constitucionais. A observância e o cumprimento destes limites são deixados aos órgãos legislativos cujos poderes são não obstante, reconhecidos como constitucionalmente limitados [tradução livre.]

ideal is the protection and enhancement of fundamental rights.¹¹(ARCKEMAN, 200, p. 639-640)

Em outras palavras, a separação de poderes não é uma coisa-em-si, mas um meio-para-algo. Isto se dá, porque o Constitucionalismo é um corpo vivo de ações e convenções que ao mesmo tempo em que regula a sociedade, o transforma: o direito é criado e recriado pela sociedade a cada ação. A este fenômeno, Waluchow dá o nome de Constitucionalismo da Árvore Viva, e tem por base a ideologia de que (a) uma Constituição é um instrumento cujas disposições mudam juntamente com a sociedade; (b) as disposições constitucionais abstratas devem adaptar-se a seu meio; (c) essas mudanças podem ocorrer por via interpretativa, construtiva ou reformativa e; (d) estas mudanças são legítimas. (ZAMORA e JARAMILLO [org.], 2015, p. 261).

Se o Constitucionalismo é uma árvore viva que se adequa ao meio para a sobrevivência, o elemento de separação de poderes não seria diferente. Os modelos de engenharia de poder são eletivos de acordo com critérios históricos. O que não dispensa o diálogo, uma vez que do ponto de vista meramente *descritivo* o Direito é um dado, entretanto, este artigo tem finalidade *prescritiva* e busca compreender o que o Direito *deve ser*. Assim sendo, será defendido um modelo agonístico entre os poderes diferente do debate de dependência/independência de Beckermann e Calabresi, bem como o debate sobre a última palavra de Dworkin e Waldron.

O texto aproxima-se da ideia de modelo que visa uma relação não meramente dialógica, mas sim de uma efetivamente deliberativa de maneira interinstitucional entre os poderes em busca de uma resposta constitucionalmente adequada para problemas jurídicos retomando a ideia de que os poderes são dimensões de um único design (MENDES, 2011, p.29), visando incluir não apenas o diálogo legislativo-judiciário, mas também administrativa e da sociedade civil sintetizado no Estado de Coisas Inconstitucional.

¹¹ Mais concretamente, volto repetidamente a três ideais legitimadores ao responder à questão “Separar o poder em nome de quê?” O primeiro ideal é a democracia [...] O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem puramente simbólicas, a menos que tribunais e atos administrativos possam implementá-las de maneira relativamente imparcial. O terceiro ideal é a proteção e o aprimoramento dos direitos fundamentais.

O Constitucionalismo como árvore viva que se adapta ao meio, deve fazê-lo com verossimilhança dos anseios sociais ponderados diante da praticabilidade das ações afirmativas que os concretize.

3.2. CONSTRUÇÃO DA ESFERA PÚBLICA NO PROCESSO DE ECI

Merece bastante atenção à ideia de Esfera Pública, principalmente se considerarmos a tendência da soma das Esferas Privadas a passarem por um processo antagônico a sua proposta histórica excluindo certas classes sociais, tais quais os camponeses entre os séculos XVIII e XIX na França, Inglaterra e Alemanha (SILVA, 2002, p.10).

Por rigor técnico é necessário delimitar expressamente o que aqui se chama de esfera pública. Trata-se de ambiente comum imaterial do qual emana as decisões das ações políticas. Afasta-se, portanto o debate aqui traçado da definição de GIDDENS e SUTTON (2017, 239) que a trata como “Arena da discussão e do debate público nas sociedades modernas, podendo ser espaços formais e informais.”, por três razões: a) o debate público é um elemento contingente; b) a noção de esfera pública não é moderna, apenas o nome; c) no ambiente da esfera pública, normalmente os blocos de pensamento hegemônico tentam sobrepor-se sobre os outros e não debater.

Assim sendo, a esfera pública não necessariamente é democrática, deliberativa ou agonística, mas sim um *common ground* onde ocorre o embate entre os fatores reais de poder. Se de alguma forma segmentos sociais manifestam-se como tais fatores em embates deliberativos, pode-se dizer que há maior representação democrática, mas eventualmente tal espaço é preenchido por interesses econômicos escusos e pouco perceptíveis a olho nu. Percebe-se tal fenômeno, por exemplo, na naturalização de certos discursos para atingir finalidades políticas no fenômeno brasileiro muito ligado à: (a) crise econômica; (b) déficit fiscal; (c) combate a corrupção.

Há uma vertente teórica que entende a esfera pública com potencialidades democráticas apenas através de um modelo deliberativo, sendo os expoentes mais fortes destas terias John Rawls e Jürgen Habermas. Este primeiro defende tal espaço enquanto fórum político público serve para

alcançar uma razão pública que substitui doutrinas abrangentes referentes à verdade e ao justo por uma ideia do politicamente razoável endereçado aos cidadãos (WERLE E MELO [org.], 2007 p. 146). Tal ideia está intimamente ligada à possibilidade de alcançar um acordo moral mais profundo que o acordo sobre os procedimentos democráticos (MOUFFE, 2005 p. 12). Neste ambiente:

É tarefa da razão pública a explicitação básica dos valores políticos que medeiam a relação recíproca entre os governos democráticos e seus cidadãos. Governos não democráticos concomitantemente rejeitam a própria ideia de razão pública, porque embasam suas relações não numa concepção política de justiça, mas na amizade ou inimizade, ou numa luta implacável para impor ao mundo a sua verdade. O liberalismo político não compartilha desse exercício, pois, ao contrário, baseia-se na prioridade do justo sobre o bem. (BAVARESCO e LIMA, p. 2)

Para o autor, as ideias de Consenso Sobreposto e Posição Original exercem papel de centralidade uma vez que "o liberalismo político procura uma concepção política de justiça que, assim esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis de uma sociedade regulada por ela." (RAWLS, 2000 p. 52). Tal Consenso é necessário pelo fato do pluralismo razoável, uma vez que em uma sociedade de instituições livres é normal que haja doutrinas e modos de vida diferentes e conciliáveis (WERLE e MELO [org.], 2007, p. 145).

Entretanto a estabilidade deste modelo democrático-representativo depende que os ideais de justiça política produzido através de uma posição original, no qual as contingências do mundo sociais não afetem os acordos sobre tais princípios de justiça (RAWLS, 2000, p. 66). Arremata dizendo que:

"nosso exercício de poder político é inteiramente apropriado somente quando está de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, endossem à luz de princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum."
(RAWLS, 2000, p. 184)

Percebe-se no autor mencionado que não se pode separar de forma estanque sua teoria política sobre o liberalismo da sua teoria da justiça, dois pontos centrais para entender a esfera pública como o espaço de produção de um consenso sobreposto a partir de uma razão pública razoável. Neste ambiente, pode-se afirmar que "Rawls confia na potencialidade da deliberação entre indivíduos racionais e razoáveis. A base para um consenso sobreposto está na crença rawlsiana sobre o comportamento racional das pessoas."
(GANEM e ZETEL, p.9)

Outro defensor da vertente deliberativa da esfera pública é Jürgen Habermas com discordâncias a Rawls que consistem muito mais em um debate familiar. (HABERMAS, 1995, p. 110). A primeira crítica é a posição original uma vez que as "[...] condições abstratas, que tornam o *juízo* imparcial de questões práticas, não coincidem com as condições sob as quais nós estamos dispostos a agir moralmente". (HABERMAS, 1997a p.90). Pontua mais fortemente o problema da posição original afirmando que

"No estado primordial, os partidos que se unem em torno de princípios racionais não passam de constructos ou grandezas artificiais; eles não devem ser confundidos com os cidadãos de carne e osso, que viveriam sob as condições reais de uma sociedade organizada segundo princípios da justiça." (HABERMAS, 1997a p. 84)

Entretanto, para Habermas, a posição original torna-se um problema não apenas pela subjetividade da tese, mas pelo excesso na aposta em um

conteúdo substantivo universalmente válido, deixando de lado a deliberação das partes envolvidas na construção de um modelo procedimental dessa democracia (HABERMAS, 1995, p. 116). A segunda parte da crítica está umbilicalmente ligada a isto: a condição hipotética da posição original, agora aplicada a agentes de carne e osso não tem o fito de produzir um consenso sobreposto por falta de aceitabilidade social (HABERMAS, 1995, p. 138). Isto se dá porque o cerne da teoria habermasiana é resolver o problema de como a formação discursiva da opinião e da vontade pode ser institucionalizada, da ação recíproca entre as esferas informais do mundo da vida com as esferas formais dos processos de tomadas de decisão institucionalizados, de como transformar poder comunicativo em poder administrativo (LUBENOW, 2010 p. 231).

O modelo deliberativo Habermasiano, diferentemente do de Rawls, tem um caráter menos substantivo tendo em vista a contingência do mundo material e que indicam “‘quem’ participa, e ‘como’ fazê-lo (ou está legitimado a participar ou fazê-lo), mas não diz nada sobre ‘o que’ deve ser decidido.” (LUBENOW, 2010, p.132). O Aspecto normativo da esfera pública consiste no fato de que a partir dela se define as ações políticas e decisões fundamentais tomadas por aquela dada sociedade concretas.

Entretanto a Esfera Pública habermasiana não é algo homogêneo, doutro modo, bastante ramificado de maneira bastante especializada, uma vez que a esfera pública “é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade. [...] pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e *opiniões*, nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados[...]

 (HABERMAS, 1997b, p. 92) e tem o fito produzir uma “opinião pública”. Muito embora tal esfera da vida seja visto de maneira cética pelos sociólogos, assevera o autor que ela tem a função de ser “[...] uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado”. (HABERMAS, 1997b, p. 107).

Para fins do presente artigo, se aceita a definição de esfera pública de Habermas, entretanto é necessário rever alguns elementos quanto sua

finalidade. Não se podem olvidar alguns pontos relevantes: a) o processo deliberativo de esfera pública de um ponto de vista procedimental não pode ser visto como substantivamente irrestrito do ponto de vista político em geral uma vez que, de um ponto de vista prescritivo, não deve aceitar as opiniões antidemocráticas e do ponto de vista político-jurídico há limite no tipo-escrito; b) o modelo democrático deliberativo de Habermas e Rawls nega a dimensão agonística do político (MOUFFE, 2005, p. 19).¹²

Tendo em vista que o processo de ECI lida com a extensão máxima de *hard cases* que resultam na violação massiva de direitos fundamentais por inércia ou ineficácia dos poderes estabelecidos, este deve ser o ambiente deliberativo da esfera pública tendo o judiciário como mero mediador. Entretanto, como já fora descrito, a esfera pública no decorrer da história teve tendências excludentes, legitimando apenas alguns atores para tomar as decisões para a totalidade da sociedade. Exatamente por esta razão, deve-se pensar uma forma radicalmente democrática para evitar a superposição de certos grupos sobre outros:

Essa questão, pace os teóricos liberais, não é como negociar um compromisso entre interesses contrários, nem é como alcançar um consenso "racional", ou seja, totalmente inclusive, sem nenhuma exclusão. Apesar daquilo que muitos liberais nos querem fazer acreditar, a especificidade da política democrática não é a superação da oposição nós/eles, mas a forma diferente pela qual ela se estabelece. O que a democracia exige é que formulemos a distinção nós/eles de um modo que seja compatível com a aceitação do pluralismo, que é

¹² Chantal Mouffe retoma a diferença entre a política institucional e “o político” e Schmitt. Este último trata-se da dimensão de antagonismo que surge da vida social, enquanto a política é a forma de se estabelecer ordem através de certos discursos e instituições sobre aquela outra dimensão. Propõe a autora que tal fato não pode ser ignorado e que deve ser visto de um ponto de vista agonístico em que a relação amigo/inimigo não resulte na destruição do outro, mas no encontro de cadeias de equivalência que componha uma identidade política com características universais para aquela dada comunidade.

constitutivo da democracia moderna. (MOUFFE, 2015, p.13)

Ou seja, não se deve negar o elemento essencial do pluralismo agonístico: todo processo democrático enseja uma diversidade de opiniões contrapostas que muitas vezes são irreconciliáveis através de um consenso racional. Muito embora haja luta eterna destas elites em busca da sua hegemonia, a relação agonística enseja regras objetivas aceitas pelo adversário (MOUFFE, 2015, p. 20). A partir disso chega-se ao ponto fulcral deste capítulo: não há neutralidade no processo político - seja pelo procedimento ou pelo conteúdo -. O objetivo da ECI é buscar cadeias de equivalências, interesses comuns e formas de se chegar a tais interesses uma vez que vários movimentos hegemônicos irão colidir no ambiente processual, sejam as Fazendas Públicas, sejam os Movimentos Sociais, os Agentes Econômicos, entre outros atores possíveis. Neste sentido, o processo jurisdicional excepcional deve estar aberto para a maior quantidade possível de atores sociais que devem ter suas posições e opiniões seriamente consideradas.

4. SOCIEDADE ABERTA DE INTERPRETES: CONDIÇÃO DEMOCRÁTICA PARA O ECI

4.1. SOCIEDADE ABERTA DE INTERPRETES: UMA TESE HERMENÊUTICA

Na cultura jurídica ocidental, em especial na família anglo-saxã, a lei exerceu especial papel de racionalização do Direito. A *lex* atua através de uma ideia de direção (*directum*) à justiça enquanto linha condutora dos comportamentos presente na *regula* (régua) ou na *norma* (esquadro) (SUPIOT, 2007, p. 51), diferentemente da cultura oriental, onde a ideia de lei possui um peso muito menor (SUPIOT, 2007, p. 52). Percebe-se neste mecanismo uma relação próxima entre sentido, direção, conduta correta, em que tais pontos se interligam *a priori* e definem-se linguisticamente através da lei, em parte baseado na concepção de justiça baseada em *dar a cada qual a sua parte*.

“Essa concepção da lei é realmente característica do pensamento ocidental e não parou de produzir, até os nossos dias, imensos efeitos. Pois ela encaixa o campo do Direito (da lei humana) num conjunto unido pela ideia de causalidade universal, onde estão também a Lei divina e as leis da ciência.” (SUPIOT, 2007, p.58)

A Lei, entretanto, não consegue apreender em si e por si toda a realidade, tranca-la e molda-la conforme sua força simbólica *a priori*, por tal razão, uma vez que as normas *prima facie* “não são capazes de antecipar totalmente a multiplicidade de suas possibilidades de uso e aplicação, elas permanecem incompletas ou, ao menos, carentes de interpretação.” (VESTING, 2015, p.211), o judiciário tende a exercer um caráter de co-criador da norma jurídica. É certo que não só o judiciário interpreta o Direito, mas exerce a decisão de qual interpretação é a correta. (VESTING, 2015, p.211). O interprete, por sua vez, é um sujeito histórico que interpreta uma norma em um contexto histórico a partir de uma pré-compreensão sobre a matéria, ou seja, uma reserva de saberes comum ao indivíduo e seu(s) grupo(s) social(ais) (VESTING, 2015, p.236).

Outro paradigma importante da hermenêutica moderna é “o de que fundamento dos significados jurídicos está no uso prático das regras, não em uma regra (dever-se) dissociada da realidade (ser).” (VESTING, 2015, p. 241). Noutras palavras, a apreensão da realidade faz parte da construção normativa, construção esta que parte da pré-compreensão do interprete historicamente situado em um contexto social específico. Existe uma relação indissociável entre norma e a realidade que a regula, conforme ensina a doutrina:

Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com

vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. (MULLER, 1999, p. 54)

Neste ambiente, percebem-se três elementos importantes na hermenêutica moderna: (a) indissociabilidade entre fato e norma; (b) as normas são frutos de uma interpretação (concretização) ; (c) a concretização é realizada por um sujeito histórico a partir da sua pré-compreensão. Os três elementos são vitais para se falar em sociedade aberta de interpretes, uma vez que um de seus fundamentos é de que:

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la; toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional. [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, eles não detêm o monopólio da interpretação da Constituição. (HABERLE, 2002, p.12-15)

Isso e dá porque o sistema jurídico é um sistema ora nomológico, ou seja, tem sua coerência a partir de dedução de proposição internas ao sistema, ora um sistema empírico, ou seja, tem sua coerência a partir da dedução de proposições externas ao próprio sistema. Neste sentido, a proposição “se A realizar a conduta B, haverá a sanção C” exige uma série de reflexões internas ao sistema cuja correção será do tipo validade/invalidade a partir de critérios tais quais da produção da norma, a competência jurisdicional para aferir os fatos, entre outras. Doutro modo, exige também a apreensão da realidade, ou

seja, da verdade material no que tange a realização empírica da conduta “B”. A complexidade aumenta quando o referente da interpretação são dispositivos constitucionais, tais como a norma que confere aos cidadãos o direito à saúde ou o direito à moradia.

Ora, se a apreensão da realidade faz parte do processo de criação da norma, o detentor do monopólio institucional da interpretação não é o único, nem tão pouco o melhor interprete possível. Não se pode afastar a subjetividade e afetividade do processo criador normativo, muito embora não se deva do mesmo modo afirmar que a interpretação jurídica pode depender dos afetos e convicções pessoais do intérprete. Nos casos mais simples, onde há uma regra relativamente clara ou um consenso social quanto ao uso da mesma, o grau de subjetividade pode ser bem menor do que nos casos em que há um desacordo social grave. Nestes tipos de caso, a solução hermenêutica mais coerente não é tentar, utopicamente, afastar a subjetividade do interprete, mas ampliar as subjetividades possíveis.

Neste ambiente, como ensina Konrad Hesse, nos casos de cunho Constitucional os problemas interpretativos possuem mais frequência do que em outras naturezas normativas. A Constituição, para possuir força vinculante, precisa ser interpretada – em Hesse não é visualizado a distinção entre interpreta/aplicação -, por isso muitas vezes liga-se a vinculação de uma Constituição a sua Corte Constitucional. A interpretação Constitucional, por sua vez, possui uma finalidade, qual seja,

O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão. (HESSE, p. 103)

Não é objeto do presente trabalho dizer se há um conceito substantivo de decisão correta, mas sim de que deve haver meios procedimentais que possibilite, ainda que não a resposta correta, ao menos a melhor possível. Para

tal, é necessário que haja oxigenação dos elementos de pré-compreensão dos interpretes legítimos. Ora, os Juízes, muito embora diferenças étnicas, culturais e de gêneros, tem a mesma formação acadêmica, vivem em ambientes similares, etc. Isso gera uma sociedade fechada (HABERLE, 2007, p. 56). Viver normas constitucionais na realidade social é interpretar normas constitucionais. Desta forma:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados ao atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”. (HABERLE, 2007, p. 57)

Por tais razões, não se pode olvidar a legitimidade da interpretação pela própria sociedade ou por membros de determinadas coletividades. Entretanto, nenhuma interpretação é *a priori* melhor do que as demais possíveis. Há que se contrastar os anseios e expectativas normativas de uma sociedade complexa com a praticabilidade das políticas públicas que a conduzem. Deste modo, tratando-se o espaço processual de uma esfera pública controlada por regras objetivas pré-existentes, tais regras devem ter o condão de possibilitar que os atores sociais simbolicamente representados possam apresentar os argumentos que necessariamente serão discutidos por todos os outros atores.

Neste ponto do texto, já é possível afirmar que viver as normas faz parte do processo hermenêutico. Deste modo deve-se oxigenar a titularidade para a interpretação das normas jurídica. Entretanto, não basta apenas que diversos atores sociais tenham a possibilidade performática para participar do processo de tomada de decisão, doutro modo, cada ator social deve ter seus

argumentos levados a sério, rebatidos e sustentados racionalmente. Se qualquer argumento não for efetivamente sustentado e rebatido, queda-se juntamente parcela da legitimidade democrática que a discussão deve (ira) ter.

O judiciário tem como função típica ser um fórum de princípio, entretanto, no processo de ECI o mesmo é meramente um mediador de políticas. Neste ambiente, tal qual um árbitro de um jogo de futebol, o Juiz –em sentido lato senso – deverá conduzir os atos procedimentais com vistas a garantir o *fair play*. Tal garantia, não se trata meramente dos atos processuais previstos em uma legislação ou no regimento interno da corte, mas sim que seja garantido a legitimidade democrática do processo diante da plena potencialidade dos atores sociais manifestarem-se dentro do processo, bem como ter seus argumentos seriamente considerados.

Ora, os argumentos possuem pretensão de fundamentabilidade, noutras palavras, todo aquele que profere um juízo de valor está obrigado a fundamenta-los. Isto, por si só, não garante a correção ou a verdade material dos argumentos utilizados, porém tem o condão de possibilitar que sejam aferidos tais elementos uma vez que discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou correção das coisas que dizemos (ALEXY, 2001, p. 181) Quem faz uma afirmação não só quer expressar uma crença de que algo é o caso, mas também exige implicitamente que o que está sendo dito possa ser justificado, isto é, ser verdadeiro ou correto. Entretanto, maiores detalhes da aplicação de uma teoria discursiva da ECI seria trabalho moroso que merece dedicação exclusiva. Neste ponto, pretende-se meramente afirmar que, epistemicamente, é necessário que cada um dos atores sociais que participam do processo seja dotado de isonomia artificial, criada pelo próprio sistema processual específico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe mencionar que o termo conclusão não seria o ideal para esse tópico. Trata-se de um artigo em aberto, sujeito a críticas e reanálises. O que o presente trabalho busca é uma redução ao fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, mas não de como essencialmente ele é, doutro modo, como

ela deve ser de acordo com uma perspectiva teórica do que é uma boa democracia. Ora, na perspectiva que fora abordada, não existe uma ou outra teoria jurídica boa/correta/verdadeira em-si-mesma. É sempre um meio para uma finalidade, qual seja, a finalidade escolhida politicamente por uma sociedade, respeitado o progresso histórico de certos Direitos (Direitos Fundamentais).

Neste íterim, insta salientar que o que é o ECI dentro de um universo de linguagem de uma sociedade discursiva temporal e espacialmente localizada não é tema deste trabalho: não se fala aqui de uma linguagem corrente, práticas comuns ou de um Direito Positivo Estatal. A finalidade, neste momento, é a possibilidade em abstrato, da compatibilidade do instituto com a Democracia. No primeiro capítulo, foi visto além dos elementos principais do instituto, a sua crítica que baseia-se principalmente na falta de força cogente e a violação a teoria dos três poderes. Por tais razões, o segundo capítulo consiste em um esforço teórico para demonstrar que não existe apenas uma forma de engenharia de poder.

Ora, se existe várias formas possíveis de separação de poderes, tanto na perspectiva horizontal quanto na perspectiva vertical em países democráticos, não se pode dizer *in abstrato* que uma ou outra forma é *a priori* melhor do que outra. A análise que deve ser feita é a de adequação do social. Logo, não se pode descartar o Estado Inconstitucional de Coisas apenas no campo da abstração. Nem tão pouco, neste momento teórico há que se analisar a adequação social do instituto, para tal fim é necessário maior esforço teórico específico neste ponto.

O terceiro capítulo pretende demonstrar que em uma perspectiva ideal, o Estado de Coisas Inconstitucional *deve ser* uma arena para a discussão de mecanismos para a concretização de Direitos Fundamentais vilipendiados pela inércia ou ineficácia dos poderes constituídos. Tal espaço deliberativo pode ser entendido como uma esfera pública especializada no sentido habermasiano. Neste momento, abre-se o caminho para o quarto e último capítulo: se essa jurisdição excepcional deve ser um espaço deliberativo, deve-se estar aberto para a maior quantidade possível de interpretes para oxigenar o produto de tais interpretações.

Eis a linha de conexão entre o ECI e a teoria da Sociedade Aberta de Interpretes. O processo discursivo de interpretação trata-se de um círculo hermenêutico, onde se parte de um horizonte de compreensão *a priori* que atribui significação aos enunciados, da mesma forma que o universo de compreensão do próprio enunciado afeta o primeiro. Neste íterim, pode-se dizer que viver as normas faz parte do processo de sua interpretação. Assim sendo, quanto mais heterogêneo o número de vivências participantes do processo deliberativo, maior a legitimidade democrática abstrata.

Reforça-se mais uma vez a ideia: este é um trabalho em construção, um convite para o debate. Após a análise no campo abstrato, ainda deve-se analisar no campo concreto os mecanismos que o torne possível, fazendo-se o trabalho inverso deste artigo, ou seja, um esforço por tornar concreta a teoria.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo. Landy Livraria e editora: 2001.

AUER, Andreas. **The people have spoken: Abide? A critical view of the EU's dramatic referendum (in)experience**. European Constitutional Law Review, 12(3), 397-408, 2016.

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of powers**. Hawerd Law Review. Volume 113, number 3. January, 2000.

BAVARESCO, Agemir; LIMA, Francisco Jozivan Guedes de Lima. **A ideia rawlsiana de razão pública: Limites e alternativas a partir de Habermas**. Revista do Centro de Investigações sobre Ética Aplicada (CISEA).

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CALABRESI, Steven G. **The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman Is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution.** Constitutional Commentary, Volume 18, Issue 1, 2001.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Da República Da Colômbia. **Sentença T-025 de 2004.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref127>. Acesso em: 14 de jul. de 2019.

DENILSON, Luis Werle. MELO, Rúrion Soares. **Democracia deliberativa.** São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional.** O Estado de São Paulo, 19 de setembro 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,10000000043>. Acesso em: 14 de jul. de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREEMAN, Samuel. **Democracia e Controle de Constitucionalidade.** Revista Lua Nova, n. 32, p.181-241. 1994.

GANEM, Fabrício Faroni; ZETTEL, Bernardo. **O Modelo Democrático-Deliberativo à Luz do Pluralismo Político.** Revista da AGU. Ano 13, N. 35, Janeiro/Março. 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional.** Revista Direito Público nº 18, Outubro/Dezembro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's Political Liberalism:** 109- 131. In: The Journal of Philosophy. Vol. XCII, No 3, March 1995.

_____. **Direito e Democracia, entre a facticidade e validade, volume I.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e Democracia, entre a facticidade e validade, volume II.** Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997b.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”.** In Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Ano 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

HESSE, Konrad. Temas **Fundamentais do Direito Constitucional.**

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. **Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações.** Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 193-240.

LUBNOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. Modelo teórico e discursos críticos.** Revista Kriterion vol.51 no.121 Belo Horizonte, 2010

MENDES, Conrado Hübner. **Neither dialogue nor last word. Legisprudence** (Oxford. Print), v. 5, p. 1-40, 2011.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and Democracy--The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture**. California Law Review, volume 86, issue 3, 1998.

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Revista de Sociologia e Política Nº 25: 11-23. Curitiba, 2005

_____. **Sobre o Político**. Martins Fontes. São Paulo, 2015.

MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito Constitucional**. Síntese, Porto Alegre: 1999.

RODRIGUES, Cristiano. **Reforma Constitucional, Políticas Públicas e Desigualdades Raciais No Brasil e Colômbia: Um (Breve) Apontamento Analítico**. Revista de História Comparada, v. 8, n. 1, p. Rio de Janeiro, 2014, p. 236-237.

SILVA, Filipe Carreira de. **Espaço Público em Habermas**. Lisboa, ICS Imprensa de Ciências Sociais, 2002.

SUPIOT, Alain. **Homo jurídicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

SKACH, Cindy. **The “newest” separation of powers: Semipresidentialism**. International Journal of Constitutional Law, Volume 5, Issue 1, January 2007.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo, Saraiva, 2015.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra e JARAMILLO, Leonardo García (Org). **Filosofía del derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales**. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra e SPECTOR, Ezequiel (Org.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.