

REFLEXÕES SOBRE A IDENTIDADE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

REFLECTIONS ON IDENTITY IN THE ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Ricardo Tinoco de Góes¹

Rodrigo Ribeiro Romano²

RESUMO

O presente artigo se propõe a refletir sobre as lutas de identidade nas sociedades pós-modernas no controle abstrato de constitucionalidade. A metodologia aplicada se apoia na proposta de estudo crítico da Jurisdição Constitucional. O estudo, para tanto, busca repensar e problematizar a jurisdição constitucional no debate sobre a constitucionalidade de norma agressiva a atores sociais em situação de minoria. Assim, com o apoio dos estudos culturais sobre a identidade e diferença, foi empreendida uma análise cuidadosa da aplicação do princípio da tolerância, em vista das dificuldades inerentes à má-compreensão das relações de força na produção de sentido de identidade e da distância social produtora de um desvio linguístico entre o julgador o ator social estigmatizado.

PALAVRAS-CHAVE: Controle abstrato de constitucionalidade; Identidade e diferença; Princípio da tolerância.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the struggles of identity in post-modern societies in the abstract control of constitutionality. The methodology applied is based on the proposed critical study of Constitutional Jurisdiction. The study, therefore, seeks to rethink and question the constitutional jurisdiction in the debate over the constitutionality of the law aggressive social actors in minority situations. Thus, with the support of cultural studies on identity and difference, was undertaken a careful analysis of the application of the principle of tolerance, in view of the difficulties inherent misunderstanding of the balance of power in the production of sense of identity and producing social distance a linguistic difference between the judge stigmatized social actor.

KEY WORDS: Abstract control of constitutionality; Identity and difference; Principle of tolerance.

1 INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se mostrado um instrumento de relevo no direito constitucional e na ciência política moderna. Adotado em inúmeros

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

sistemas de constitucionalidade, nas diversas formas; o controle judicial de constitucionalidade revela-se mecanismo flexível e adaptado aos distintos sistemas políticos.

Desta feita, ao legitimar a atividade criativa de seus operadores, o controle judicial de constitucionalidade é encarado como mecanismo fundamental para a proteção de grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado. Afinal, a ideia atual de sociedade democrática não resume a democracia a simples prevalência da maioria. É, pois, participação, liberdade e, principalmente, tolerância.

Neste contexto, o presente artigo se propõe a discutir a legitimidade democrática da jurisdição constitucional no controle abstrato de constitucionalidade, a partir das lutas de identidade nas sociedades pós-modernas. Para tanto, a partir de um questionamento da tradição jurídica que nega o conhecimento de fatos em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, o presente artigo introduz a problemática da identidade e diferença dos estudos culturais, para refletir as dificuldades do exercício jurisdicional do respeito às diferenças.

Assim, o presente artigo, por uma questão de didática, é dividido nos seguintes capítulos: a. do controle abstrato de constitucionalidade e os fatos legislativos, que estabelece a premissa de abertura à complexidade pós-moderna no controle abstrato de constitucionalidade; b. da identidade, da diferença e das lutas pela identidade, em que se empreende uma elucidação de uma teoria discursiva das identidades e do seu interente jogo de poder; c. da realização do respeito às diferenças, no qual se problematiza o respeito às diferenças no exercício jurisdicional; d. considerações finais.

2 DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E OS FATOS LEGISLATIVOS

É certo que os textos constitucionais definem técnicas de controle das fontes normativas para fins de preservação e cumprimentos de suas disposições. Neste contexto, a fim de permitir um controle um tanto quanto mais técnico, os textos constitucionais dispõem de propostas de controle jurisdicional; para os quais a doutrina jurídica (DANTAS, 1996) classifica (pelo critério de sujeitos de controle) como sistema difuso (exercido por qualquer juiz) ou sistema concentrado (exercido por um órgão encarregado de julgar a matéria constitucional).

Ainda no tocante aos critérios classificatórios das propostas de controle jurisdicional assentados nos textos constitucionais, a doutrina jurídica pontua (DANTAS, 1996), a partir da

distinção do modo do exercício do controle: em controle por via incidental, controle por via principal ou controle abstrato ou concreto. Neste contexto, pontua Dirley da Cunha Júnior (2006) que o controle pode ser por via incidental, quando é provocado por meio de exceção ou defesa; via principal, quando a provocação é através de ação direta; abstrato, quando a impugnação da constitucionalidade é realizada independentemente de um litígio; e concreto, quando a questão constitucional é ventilada a partir de um litígio, um caso concreto.

O direito positivo brasileiro adota uma proposta de controle jurisdicional tanto difuso e concentrado, quanto concreto e abstrato.³ Neste sentido, é corrente na doutrina jurídica brasileira (CUNHA JUNIOR, 2006) distinguir: que no controle difuso e concreto a questão constitucional é questão prejudicial (situada na causa de pedir), na medida em que deve ser decidida pelo órgão judicial antes do julgamento da controvérsia concreta submetida (do litígio); e que no controle concentrado e abstrato, a questão constitucional é principal, porque se relaciona com o objeto da demanda.

Desta forma, é comum na tradição jurídica brasileira a concepção⁴ de que no controle abstrato de constitucionalidade, resolve-se apenas questão de direito, uma antinomia normativa em razão da hierarquia:

instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata, em virtude da qual a Corte examina, diante do pedido de inconstitucionalidade formulado, se a lei ou o ato normativo federal ou estadual impugnado contraria ou não uma norma constitucional. Essa apreciação do Supremo, longe de envolver a análise de caso concreto, limita-se a investigar a existência da antinomia normativa apontada. (CUNHA JUNIOR, 2006, p. 163)

Inclusive, em razão desta proposição (de controle abstrato de constitucionalidade), se faz coerente (por decorrência lógica) a constatação da ideia de processo objetivo (processo sem partes, destinado à eliminação de ato normativo contrário a constituição) – isto porque, no controle abstrato não há partes confrontantes, nem lide.⁵ Assim como se faz

³ Embora na tradição jurídica brasileira se perceba como vinculante a aparente associação entre controle concentrado e abstrato e controle difuso e concreto; Leonardo Martins (2011) destaca que o sistema de controle de constitucionalidade alemão, por exemplo, é concentrado (de competência exclusiva do Tribunal Constitucional Federal), cujo exercício tanto pode ser abstrato, como concreto.

⁴ E não apenas na tradição jurídico-doutrinária brasileira, em Portugal, Carlos Blanco de Moraes destaca-se que a acepção, a partir de uma reflexão sobre a natureza jurídica do instituto, de que no controle do tipo abstrato, “impugna-se o acto em si mesmo considerado, independentemente da sua aplicação a qualquer situação concreta”. (2011, p. 23)

⁵ Neste contexto, Edilson Pereira Nobre Junior (2011, p. 30), para quem no controle abstrato de constitucionalidade italiano se verifica um processo subjetivo, “tanto por concernir ao recorrente delimitar a matéria da contenda quanto pela faculdade daquele em desistir do prosseguimento da controvérsia, o que denota seu caráter disponível”.

compreensível a ideia de que no controle abstrato de constitucionalidade, o órgão jurisdicional não conhece questão de fato.

Neste sentido, relata Gilmar Ferreira Mendes (2004) que ainda na vigência da Representação de Inconstitucionalidade (instituída pela Emenda Constitucional nº. 16/1965) havia no Supremo Tribunal Federal uma identificação do controle abstrato de normas como processo objetivo. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal na Representação nº. 1.106/SP, relator Ministro Moreira Alves, DJ 26 out1979, destacava que o controle de constitucionalidade abstrato

trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o titular dela – e árbitro da conveniência da sua propositura – é um órgão político (o Procurador-Geral da República), e a competência exclusiva para processá-la e julgá-la cabe ao Supremo Tribunal Federal como cúpula dos poderes.

Entretanto, em que pese à proposição de que no controle de constitucionalidade (notadamente o) abstrato o órgão jurisdicional não conhece de “questão de fato”; a complexidade social e proteção de minorias (enquanto fundamento para a legitimidade de uma jurisdição constitucional democrática) pugnam por entendimento diverso.

Desta feita, Gilmar Ferreira Mendes (2000) aponta, a partir de uma concepção de sociedade aberta e da defesa de direitos de minorias⁶, a possibilidade de controle de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Argumenta que a leitura tradicional do controle abstrato que destaca o controle no mero contraste entre a norma questionada e a norma constitucional, impede que o Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, conheça de fatos controvertidos e ou que demandam dilação probatória.⁷ No entanto, segundo o autor, o conhecimento de questões de fato é inevitável – até mesmo em razão das conclusões levantadas pela hermenêutica constitucional sobre o processo de interpretação e aplicação da lei, a partir da natural comunicação entre a norma e o fato.

Pontua Gilmar Ferreira Mendes que a ideia de “fato legislativo” é imprecisa e revela-se mais ampla que o conceito de “questão de fato”, compreendendo-a como “todo e qualquer

⁶ É premissa do argumento de Gilmar Ferreira Mendes (2000) uma realização de hermenêutica constitucional que supere a hermenêutica tradicional que permita uma autolimitação da jurisdição constitucional em um espaço democrático; isto porque é função primordial de uma corte constitucional a proteção de minorias em face da maioria. Para tanto, destaca a importância da proposta de Peter Häberle de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, incentivando o uso de métodos que permitam a ampliação dos círculos de intérpretes e da pluralidade de sentidos.

⁷ Neste sentido, Supremo Tribunal Federal, ADI nº. 1372/RJ, relator Ministro Celso de Mello, DJ 14 dez1995.

‘fato real’ (“realer Sachverhalt”) que tenha relevo para a aplicação de uma norma” (2000, p. 100). Registra o autor, em sede de classificação, três “fatos legislativos” levados em consideração no controle de constitucionalidade: fatos históricos (os motivos que ensejaram as decisões legislativas), fatos atuais (verificação do tratamento equiparatório, alteração de estrutura econômica, questões de caráter política, religioso, filosófico etc.) e eventos futuros (prognósticos fixados pelo legislador).

Destaca, a partir de um estudo sobre a experiência constitucional tedesca do Tribunal Constitucional Federal, que na verificação da legitimidade das prognoses legislativas – controle de uma lei pela confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento – é possível auferir eficácias diferenciadas na decisão de controle abstrato de constitucionalidade; para tanto, por exemplo, se constatando a incorreção do evento futuro enunciado pela norma, mister a nulidade da norma pela declaração de inconstitucionalidade; ao passo que, se o prognóstico somente se revela falho no início da aplicação da norma ou se revela falho após uma continuada aplicação da norma, se faz necessária, respectivamente, ou a nulidade da norma ou modulação dos efeitos da declaração com fito a superar o estado de inconstitucionalidade. Diante disto, para Gilmar Ferreira Mendes (2000) a legitimidade de um controle de constitucionalidade na proteção da perspectiva de minorias reside na abertura de um procedimento que possibilite o conhecimento amplo e complexo das repercussões futuras da lei.⁸

Não obstante a compreensão do citado autor, é preciso pontuar que a legitimidade do controle abstrato de constitucionalidade não reside apenas na positivação de um procedimento aberto ou mesmo no controle de prognoses legislativas. É preciso ir além. Isto porque a complexidade da sociedade contemporânea, globalizada e contextualizada pelas lutas de identidades impõe decisões prudentes que conheçam dos jogos de poder discursivo das relações sociais, para enfim, aplicar pragmaticamente o princípio da tolerância.

3 DA IDENTIDADE, DA DIFERENÇA E DAS LUTAS PELA IDENTIDADE

Após anunciar uma pretensão à emancipação da tradição jurídica do controle abstrato de constitucionalidade, o presente artigo se dispõe a analisar, sob o foco da perspectiva dos

⁸ Não é preciso ir muito longe para se constatar a positivação na Lei Federal nº. 9.868/1999 da perspectiva de Gilmar Ferreira Mendes (2000) na prescrição de participação no processo abstrato de constitucionalidade da figura do *amicus curiae* (art. 7, § 2º) e de pessoas com experiência ou com autoridade na matéria em audiências pública (art. 8º).

estudos culturais em um cenário pós-moderno, contornos da questão da identidade (e das lutas pela identidade).

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

Esse processo produz o sujeito pós-moderno, conceptualizado como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma 'celebração móvel': formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam (Hall, 1987). É definida historicamente, e não biologicamente. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um 'eu' coerente. (HALL, 2011, p. 13)

A proposta de identidade assumida pelo presente artigo possui um caráter discursivo e pragmático. Isto, pois, as identidades⁹ são pontos de apego temporário às posições de sujeito construídas nas práticas discursivas (HALL, 2012). O sujeito, então, é produzido como um efeito do discurso e no discurso - e neste ponto, não se apresenta como uma existência autônoma (característica da noção de sujeito coletivo).¹⁰

Visto que produzida no discurso, a identidade é construída a partir de uma situação relacional com a diferença, de mutua-determinação e ativamente produzida.¹¹ É que a diferença não é um algo derivado da figura da identidade - nesta perspectiva, a identidade

⁹ Ainda por identidade, merece referência Manuel Castells (1999, p. 22), para quem a conceitua como o "processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o(s) qual (ais) prevalece (m) sobre outras fontes de significado". Para o citado autor, "significado" é definido como "a identificação simbólica, por parte de um ator social, da finalidade da ação praticada por tal ator". Desta feita, a identidade coletiva é um processo de construção simbólica de uma finalidade da ação praticada por um ator social, a partir de uma base cultural. A identidade, neste contexto, é fonte de significação originada de um processo de individuação e autoconstrução (CASTELLS, 1999, p. 23).

¹⁰ Alias, segundo Peter Sloterdijk (2002) a concepção da coletividade como sujeito somente nasce em Hegel, para quando esta (coletividade) deixa de ser substância e passa a apresentar uma vontade. Antes de ser teorizada como sujeito, a coletividade como substância - e percebida como multidão homogeneizada de súditos - deveria ser racionalmente submissa a um soberano estatal e tecnicamente modernizado. Desta feita, é na possibilidade de ser sujeito que reside na coletividade uma potência de emancipação política, que, embora não tenha uma relação de necessidade com a sua constituição (ou seja, não é um dado a priori), deve ser perseguida.

¹¹ Assim, também se rechaça - na linha de Carlos Guilherme O. do Valle (2012) - a simplificação do universo jurídico de identidade que supõe a qualidade de ser própria a uma coisa, causa ou pessoa. E, portanto, se situa conceitualmente, segundo Pierre Bourdieu (2010) em termos relacionais, ou melhor, por intermédio das relações no mundo social.

seria um ponto de referência a partir do qual se construiria a diferença.¹² Tomaz Tadeu da Silva (2012), situando o processo de identidade-diferença em uma estrutura teórica pós-estruturalista, cita Jacques Derrida para enfim, trazer para esta relação o caráter instável e indeterminável da linguagem. Isto porque o signo (que garante um significado e sentido à identidade) é uma não presença (não é a coisa pelo qual o signo refere-se); é uma promessa da coisa referida. Neste diapasão, a impossibilidade de presença da coisa obriga ao signo a depender de um processo de diferenciação: “Derrida acrescenta a isso, entretanto, a ideia de traço: o signo carrega sempre não apenas o traço daquilo que ele substitui, mas também o traço daquilo que ele não é, ou seja, precisamente da diferença”. Desta forma, “significa que nenhum signo pode ser simplesmente reduzido a si mesmo, ou seja, a identidade” (SILVA, 2012, p. 79). A identidade, portanto, carrega sempre o sentido da diferença, ilustrado no conceito de *différance* de Derrida (apud. SILVA, 2012).

Ocorre que a relação entre identidade e diferença – até mesmo porque assume a instabilidade da linguagem – não é simétrica. Isto porque sua representação é referida a uma relação social, e, conseqüentemente, sua definição está sujeita a relações de poder entre os atores sociais. Para Tomaz Tadeu da Silva (2012) a afirmação de uma identidade e a marcação da diferença implica operações de exclusão e inclusão – que por sua vez, reclama uma associação do que é uma identidade normal e do que é anormal. Deste modo, a fixação de uma identidade tanto pode oscilar em um movimento de tentativa de estabilização de uma identidade; como em tentativa de subversão ou desestabilização de outra identidade.

Neste passo, para consideração do processo de construção de identidade - até mesmo porque fundamentada em elemento do espaço social-cultural -¹³ os elementos naturais e não naturais são incluídos na noção de identidade-diferença, e assim, manipulados discursivamente pelos atores e reorganizados em razão da identidade discursiva. Manuel Castells (1999) apresenta estrutura analítica segundo a qual: “quem” constrói a identidade coletiva e “qual” a utilidade desta identidade é determinada pelo conteúdo simbólico desta identidade, como pelo significado para aqueles que se identificam ou que se excluem. Assim - e como a construção de identidade é marcada por relações de poder – o autor propõe três formas e origens de construção de identidades: uma identidade legitimadora, cuja origem está vinculada às instituições dominantes, com a finalidade de expandir e racionalizar a dominação

¹² Sob esta perspectiva, a identidade seria uma descrição do normal e a diferença, tudo aquilo que não seria normal.

¹³ Neste contexto, Fredrik Barth (2000) que considera a realidade das pessoas como sendo culturalmente construída, “composta de construções culturais, sustentadas de modo eficaz tanto pelo mútuo consentimento quanto por causas materiais inevitáveis.”. Fundamenta o autor, inclusive, que os dados naturais são meros reflexos de seus próprios pressupostos.

de atores sociais; uma identidade de resistência, geradas por atores sociais que estão em posição de discriminação e de desvalorização, com a finalidade de construir verdadeiras trincheiras de resistências; e uma identidade de projeto, produzida por atores sociais que partem de materiais culturais de que tem acesso, para resignificar sua posição na sociedade.

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

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

Neste contexto diversas lutas pelo reconhecimento de identidades, fundadas em direitos e valores da Constituição, são apresentadas ao Supremo Tribunal Federal para o controle abstrato de constitucionalidade. O que está em jogo nestas demandas judiciais é o reconhecimento de particularidades, reivindicação de direitos coletivos e a preocupação com direitos básicos de cidadania. Isto porque os atores sociais que utilizam deste expediente são atores expostos à desconsideração (ou até mesmo o desprezo)¹⁴ e a provável usurpação de direitos no espaço público.

Busca-se, com a política de identidade o reconhecimento da dignidade de uma identidade oprimida. Isto porque, o cotidiano brasileiro é marcado por atos de desconsideração. A desconsideração é o reverso do reconhecimento; trata-se de ato que não é apenas a falta de reconhecimento do ator social pelo interlocutor; é, em verdade, um insulto de caráter moral, pela negativa de identidade do outro (OLIVEIRA, 2011).¹⁵ Isto porque, como explicado, a definição de uma identidade, porque norteadas por um processo de inclusão e exclusão, fundamenta-se na atribuição de um status de normalidade, característico de uma situação moral.

¹⁴ O desprezo é o reconhecimento recusado. Peter Sloterdijk (1999, p. 55) cita Espinosa para afirmar que o desprezo é um fracasso, um “embaraço estético e moral que surge com o torna-se perceptível do não-digno de ser perceptível no espaço público”.

¹⁵ Neste sentido, a desconsideração é “vívica” (GADAMER, 2008) pelo grupo minoritário.

Atos de desconsideração permeiam o universo do público do cotidiano brasileiro, afundado pela notória e histórica desigualdade social, compreendidos em questões étnico-raciais, indígenas, sexuais, religiosas, de consumo, inclusão social etc.

4 DA REALIZAÇÃO DO RESPEITO ÀS DIFERENÇAS

Uma vez apresentada uma concepção pós-moderna da noção de identidade – pautada pela diferença – e carregada de vetores de poder; o presente artigo destaca que uma efetiva proteção de minorias – incrustada na veiculação de uma identidade estigmatizada – em sede de controle abstrato de constitucionalidade deve passar pela abertura dos fatos legislativos – situações fáticas inscritas no enunciado normativo – e pela cuidadosa aplicação do princípio da tolerância.

Isto porque fica um tanto quanto claro que as demandas por identidade envolvem um contexto moral (que possui uma natureza cultural): é que a desconsideração, enquanto insulto moral e negativa de reconhecimento de uma singularidade, é ato que agride normas de natureza ética e moral de uma particular coletividade. Atos de desconsideração são atos com um alto grau de dramatização por parte do sujeito social lesado e permeados de ressentimento. Segundo Luis Roberto Cardoso de Oliveira (2011, p. 162), o ressentimento da parte insultada é “um sentimento de indignação moral, na perspectiva de terceiros” - é, portanto, um sentimento moral compartilhado intersubjetivamente. Deste modo, um controle abstrato de constitucionalidade das normas que considere situações de dignidade de uma identidade estigmatizada deve tomar como norte o princípio da tolerância.

Em que pese às percepções ideológicas sobre o que ou qual seria o fundamento da tolerância¹⁶; pontua Ronald Dworkin a importância do agir tolerante de órgãos oficiais a fim de realizar uma defesa de coletividades em status de minorias em um ambiente democrático. Isto, pois, em uma democracia, a premissa majoritária não pode negar a subsistência de direitos individuais morais em face de demandas supracoletivas (ou seja, não se concorda com um utilitarismo coletivo). Assim, a derrogação da maioria (em detrimento a proteção individual ou de uma minoria) é vista como algo moralmente lamentável e reclama um custo moral a ser pago. Pondera Ronald Dworkin (2002) que uma democracia não objetiva somente responder os anseios da maioria, mas requer que as decisões coletivas sejam tomadas por

¹⁶ Ante as considerações sobre a tolerância, a despeito de associações liberais, tanto em Dworkin (FURQUIM, 2010), como em John Rawls (2002), para quem, as liberdades básicas podem ser restringidas em nome da própria liberdade, e assim, a tolerância surge como conteúdo da justiça enquanto virtude política.

instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratam a todos os membros da comunidade como indivíduos, com uma preocupação e respeito iguais. Desta forma:

requiere que las decisiones políticas día a día sean hechas por oficiales que han sido elegidos em elecciones populares. Pero la concepción constitucional exige que estos procedimientos democráticos procedan de una preocupación por el estatus igual de ciudadanos, y no de um compromiso con las metas de la mayoría (DWORKIN, 2002, p. 24)

Tais considerações são importantes, visto que deliberações jurisdicionais de constitucionalidade – notadamente aquelas que pontuam antinomia entre normativa e supõem uma tradição de independência às questões fáticas – possuem alto grau de discricionariedade, e, assim, se faria possível à realização do princípio da tolerância segundo uma fórmula utilitarista.

Segundo Will Kymlicka (2006), não obstante o utilitarismo, na expansão da máxima utilidade, apresentar como premissa o tratamento de pessoas com igual consideração; a sua noção de igualdade, na realização da tolerância se faz inadequada. Isto porque, segundo Will Kymlicka (2006, p. 48), “os utilitários pressupõe que toda fonte de felicidade e todo tipo de referência deve receber o mesmo peso se isso resulta em igual utilidade”. Desta forma, pretensões ilegítimas sobre a diferença são levadas em consideração no calculo racional de preferências e apresentam um mesmo peso que pretensões legítimas. No entanto, um conflito normativo, para qual se faz referência fatos legislativos sobre lutas de identidade, deve distinguir singularidades e conferir pesos de forma assimétrica a identidades estigmatizadas (oprimidas).

Adiante, exige-se que o conhecimentos dos fatos legislativos seja prudente; deste modo, impõe-se que o seu conhecimento deve, além de ponderar as identidades de forma distinta (em razão do grau de ressentimento), contextualizar as relações de poder, amortizando uma violência simbólica.

Isto porque, Tomaz Tadeu da Silva (2012, p. 96) destaca que como a questão da identidade envolve uma questão de poder, não se faz possível um trato essencialista. Para tanto,

a identidade e a diferença não são entidades preexistentes, que estão ai desde sempre ou que passaram a estar aí a partir de algum momento fundador, elas não são elementos passivos da cultura, mas têm que ser constantemente criadas e recriadas. A identidade e a diferença têm a ver com a atribuição de sentido ao mundo social e com a disputa e luta em torno dessa atribuição.

Assim, uma abordagem que não questiona – muito em virtude pela recusa ao conhecimento dos fatos legislativos – as relações de poder, naturaliza a diferença pela legitimação de uma identidade hegemônica; ou mesmo faz perpetuar atitudes de consentimento, pelo benevolente respeito, de uma diferença cultural como exótica.

A partir do questionamento das relações de poder na significação da identidade; um julgamento adequado de demandas de identidades exige uma postura referenciada do julgador frente à situação moral da identidade. Isto, pois, estruturas sociais distanciam os horizontes simbólicos entre o julgador e o ato social ressentido – com fito a evitar uma violência simbólica, ora “inerente à dissimetria entre os interlocutores muito inegavelmente providos de capital econômico e especialmente cultural” (BOURDIEU; BALAZS, 2007, p. 715).

Segundo Pierre Bourdieu (2010), é no campo jurídico¹⁷ que se verifica a concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, mediante a capacidade reconhecida de interpretar um *corpus* de texto que consagra a visão legítima. Pierre Bourdieu (2010, p. 224) esclarece que o conteúdo prático da lei “é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais”. Tanto é assim, que a significação real da lei, “determina-se na relação de força específica entre profissionais”, força essa oriunda de um capital simbólico. A consequência de se considerar a existência de um campo jurídico reflete-se na ideia de formação de fronteira simbólica.

Explica-se. É que a instituição de um campo jurídico, que remete a noção de espaço, implica “a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social” (BOURDIEU, 2010, p. 224).

Deste modo, aponta Pierre Bourdieu que:

a constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum,

¹⁷ Para fins de estudo da violência simbólica, Pierre Bourdieu (2010, p. 211) introduz a ideia de campo. O campo é um espaço no qual, atores estabelecem relações e criam e estabelecem representações, a partir de condicionamentos políticos e econômicos. Nesta linha, o citado autor procura explicar o campo jurídico, e por sua vez, a construção do corpo jurídico, distante da linha autônoma e fechada de Hans Kelsen (que apresenta uma visão consolidada na filosofia do direito), levando em consideração as pressões que estruturas sociais impõem. Neste diapasão, afirma Pierre Bourdieu, em “O poder simbólico” que: “as práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas” (2010, p. 211).

leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos factos, da sua ‘visão do caso’. (2010, p. 225-226)

Assim é que se apresentam duas visões de mundo, a do especialista da linguagem propriamente jurídica, que possui competência jurídica; e outra do vulgar. Trata-se, pois, de um desvio entre a visão vulgar¹⁸ da visão ‘justiciável’. Segundo Pierre Bourdieu

é um poder específico que permite que se controle o acesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele e a *forma* específica de que se devem revestir para se constituírem em debates propriamente jurídicos: só ela pode fornecer os recursos necessários para fazer o trabalho de construção que, mediante uma selecção das propriedades pertinentes, permite reduzir a realidade à sua definição jurídica, essa ficção eficaz (2010, p. 233).

Nota-se, porém, que, acaso o julgador, no conhecimento dos fatos legislativos, não pondere sua posição social perante o ator social ressentido pela norma, o desvio simbólico também o impedirá de buscar a legitimidade do tratamento de respeito às diferenças. Para tanto, uma fundamentação da decisão em controle abstrato de constitucionalidade escaparia de legitimação.

Desta feita, propõe-se que, para além do bom argumento¹⁹, a fundamentação do respeito à diferença deve realizar uma “reflexividade reflexa” à situação existencial de desconsideração vivida pelo ator social, no sentido visualizado por Pierre Bourdieu (2007). A “reflexividade reflexa” otimiza e densifica o conhecimento da situação moral que reclama o reconhecimento de uma identidade estigmatizada. Segundo Pierre Bourdieu (2007) é através da “reflexividade reflexa” que se faz possível tentar reduzir as distorções da violência simbólica. Reside, assim, como fito na legitimidade da jurisdição constitucional, propor ao julgador um olhar sociológico. Procura-se, então, estabelecer uma relação de escuta ativa e metódica (BOURDIEU, 2007), à singularidade da trajetória do ator social estigmatizado na qual se

pode conduzir, por uma espécie de mimetismo mais ou menos controlado, a adotar sua linguagem e a entrar em seus pontos de vistas, em seus sentimentos, em seus

¹⁸ Pierre Bourdieu, em “o Poder Simbólico”: “se a linguagem jurídica pode consentir a si mesma o emprego de uma palavra para nomear coisas completamente diferentes daquilo por si designado no uso vulgar, é que os dois usos estão associados a posturas linguísticas que são tão radicalmente exclusivas uma da outra como a consciência perceptiva e a consciência imaginária segundo a fenomenologia, de tal modo que a <<colisão homonímica>> (ou o mal-entendido) resultante do encontro no mesmo espaço dos dois significados é perfeitamente improvável” (2010, p.226-227).

¹⁹ Assim, Perelman, citado por Margarida Maria Lacombe Camargo (2003, p. 214): “um discurso convincente é aquele cujas premissas e cujos argumentos são universalizáveis, isto é, aceitáveis, em princípio, por todos os membros do auditório universal”.

pensamentos, com a construção metódica, forte, do conhecimento das condições objetivas, comuns a toda categoria. (BOURDIEU, 2007, p. 695)

5 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a refletir sobre as lutas de identidade nas sociedades pós-modernas no controle abstrato de constitucionalidade a partir da abertura do conhecimento dos fatos legislativos. Isto porque, uma negativa apriorística dos fatos legislativos, mediante uma aplicação de uma tradição jurídica que somente conhece de questões de direito, torna o debate sobre a constitucionalidade de norma agressiva a atores sociais em situação de minoria, distante da realidade.

Porém, se é certo que se faz mister um conhecimento dos fatos legislativos, este conhecimento deve seguir a baliza de um respeito às diferenças, a partir de uma manifestação questionada da tolerância (opondo-se uma concepção essencialista do trato das diferenças). Isto porque, as exclusões e inclusões de sujeitos nos discursos sobre a identidade refletem uma luta simbólica que impõe a atribuição de pesos diferenciados nas pretensões de atores estigmatizados.

Desta feita, acaso a jurisdição constitucional, no conhecimento dos fatos legislativos, não contextualize as relações de força na produção de sentido de identidade e não pondere sua posição social na sociedade, não se alcançará uma legitimidade condizente com um tratamento de respeito às diferenças.

Não é demais ressaltar que segundo Peter Sloterdijk (2002, p. 94): “o projeto democrático baseia-se na determinação de interpretar de outra maneira a alteridade das pessoas – de modo que as diferenças achadas entre elas caduquem e sejam substituídas por diferenças feitas”. As prerrogativas de algumas identidades devem reascender as conquistas modernas que se contrapunham contra todo e qualquer tipo diferença antropológica vertical. As diferenças devem, portanto, ser objeto de revisão, frequentemente. Assim, deve-se conceber a diferenciação sem, no entanto, impor a diferença de identidade sobre outra identidade.

Nesta esteira, em acordo com Ricardo Tinoco de Goés (2013, p. 251):

Definitivamente, numa democracia radical e autêntica, a Jurisdição não é só convencida. Ela também convence. Ou ainda: deve inserir-se num universo discursivo no qual a decisão, mesmo que formalmente conformada ao propósito de encerrar uma dada controvérsia, substancialmente adquire o perfil de mais um proferimento do próprio discurso. Ela se vaza no sentido dialógico que a pragmática

universal encampa, contendo elementos de argumentação persuasiva que se dirige não só a justificar, como fito, formalmente as conclusões a que chegou, mas a levar aos que com ela interagiram numa dimensão prévia de discussão, a informação deontológica que parte do texto constitucional e que aterrissa sobre a realidade estabelecida no processo.

Deste modo, pelo conhecimento da singularidade dos atores sociais e do jogo político de proposição de sentidos, a jurisdição constitucional deve redefinir seu dever de motivar decisões; assumindo a pretensão de convencer uma esfera pública dramatizada por situações existenciais.

REFERÊNCIAS

- BARTH, Fredrik. A análise da cultura nas sociedades complexas. In: LASK, Tomke (org.). **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000;
- BOURDIEU, Pierre, **O Poder Simbólico**. 14ed. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010;
- BOURDIEU, Pierre. Compreender. In: BORDIEU, Pierre. **A Miséria do Mundo**. Petrópolis: Vozes, 2007;
- BOURDIEU, Pierre; BALAZS, Gabrielle. O Interrogatório. In: BORDIEU, Pierre. **A Miséria do Mundo**. Petrópolis; Vozes, 2007;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº. 1.106-SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 26 de outubro de 1979. **RTJ**: 95/993-1000;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 1372/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, 14 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584750>>. Acesso em: 20 fev. 2014;
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003;
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e terra, 1999;
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2006;
- DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996;
- DWORKIN, Ronald. La lectura moral de La constitución y La premissa mayoritaria. In: **Cuestiones Constitucionales**. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 7, de julio-diciembre de 2002;
- FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade São Paulo, São Paulo;
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meuer. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008;
- GÓES, Ricardo Tinoco. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013;
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva et al. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011;
- HALL, Stuart. Quem precisa da identidade?. In: SILVA. Tomaz Tadeu da. (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012;
- KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011;
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: Hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Brasília, DF, ano8, n.31, p. 90-108, abr-jun.2000
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004;
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 2 t;
- NOBRE JUNIOR. Edilson Pereira. **Jurisdição Constitucional: Aspectos Controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011;

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Direito Legal e Insulto Moral**: Dilemas da Cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2011;

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça**. Tradução Almiro Pisetta et al. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

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

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

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

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