

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Felipe Rosa-Lima

DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE STF E CÂMARA DOS DEPUTADOS SOBRE
FAMÍLIA E A POLÍTICA DELIBERATIVA

Brasília,
2022

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE STF E CÂMARA DOS DEPUTADOS SOBRE
FAMÍLIA E A POLÍTICA DELIBERATIVA

Felipe Rosa-Lima

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito na
Universidade de Brasília (UnB).

Orientadora: Prof^a Dr^a Paula Pessoa Pereira

Brasília,
2022

Felipe Rosa-Lima

DIÁLOGO CONSTITUCIONAL ENTRE STF E CÂMARA DOS DEPUTADOS SOBRE
FAMÍLIA E A POLÍTICA DELIBERATIVA

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em
Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora:

Prof^a Dr^a Paula Pessoa Pereira (UnB)

Banca Examinadora:

Prof^a Dr^a Christine Oliveira Peter da Silva (UniCeub)

Prof. Dr. José Arthur Castillo de Macedo (IFPR)

Brasília, 22 de setembro de 2022

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar, na perspectiva da política deliberativa, o diálogo constitucional ocorrido entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional em torno de determinada decisão judicial. O julgamento da ADIN 4277 e a consequente tramitação do PL 6583/2013 constroem significados constitucionais sobre *família* e estabelecem certa forma de diálogo entre as instituições. Apresentamos as perspectivas teóricas sobre o diálogo institucional e sua importância para a política deliberativa, a fim de discutir dados provenientes da análise lexical sobre o discurso decisório do STF e das falas na Câmara dos Deputados. Verificamos que o diálogo constitucional se estabelece entre estas instituições e a sociedade ampla; e que o diálogo entre as instituições entre si é caracterizado por uma heterogeneidade interna, que no STF responde pelas diferentes funções que sua representação constitucional de família busca realizar e na Câmara pela organização de diferentes grupos internos e pela aproximação com diferentes grupos sociais e políticos. Na Câmara, ora o STF é tratado como interlocutor na construção de significados constitucionais, ora é invisibilizado e seu papel institucional negado. Concluimos que o diálogo constitucional em torno de família possui determinadas características que favorecem o diálogo e outras que o desfavorecem. A análise de dados empíricos fornece caminhos para se diferenciar tais características e, com isso, fornecer direções para uma abordagem normativa do diálogo.

PALAVRAS-CHAVE: diálogo constitucional; política deliberativa; representações sociais; constitucionalismo democrático; esfera pública.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the constitutional dialogue that took place between the Federal Supreme Court and the National Congress around some judicial decision, towards a perspective of deliberative politics. The judgment of ADIN 4277 and the consequent processing of PL 6583/2013 build constitutional meanings about the family and establish a certain form of dialogue between institutions. We present the theoretical perspectives on institutional dialogue and its importance for deliberative politics, in order to discuss data from lexical analysis on the judicial decision of the STF and the speeches in the Câmara dos Deputados. We verify the constitutional dialogue is established between these institutions and the wider society; and that the dialogue between the institutions is characterized by an internal heterogeneity, which in the STF is responsible for the different functions that its constitutional representation of the family seeks to perform and in the Câmara dos Deputados for the organization of different internal groups and approximation with different social and political groups. In the Câmara, sometimes Supreme Court is treated as an interlocutor in the building of constitutional meanings, sometimes it is made invisible and its institutional role is denied. We conclude that the constitutional dialogue around *family* has some characteristics that favor dialogue and others that are counter it. Empirical data analysis provides ways to differentiate such characteristics and, therefore, provide directions for a normative approach to dialogue.

KEYWORDS: constitutional dialogue; deliberative politics; social representations; democratic constitutionalism; public sphere.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1: O DIÁLOGO INSTITUCIONAL/CONSTITUCIONAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL	14
1.1 - CONCEITUALIZANDO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL	14
1.1.1 - A multiplicidade de conceitos	14
1.1.2 - Conceitos norteadores	16
1.1.3 - Diálogo institucional vs. constitucional	17
1.1.4 - Perspectivas teóricas	19
1.2 - IMPORTÂNCIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL PARA O CONSTITUCIONALISMO	21
1.2.1 - Constitucionalismo e diálogo	21
1.2.2 - Controle de constitucionalidade e dificuldade majoritária	23
1.2.3 - Reconhecimento factual dos diálogos	26
1.2.4 - Potencial Normativo	29
1.3 - A IMPORTÂNCIA DOS DIÁLOGOS ENTRE STF E CONGRESSO	33
CAPÍTULO 2 - A DEMOCRACIA NA POLÍTICA DELIBERATIVA	36
2.1 - ASPECTOS GERAIS	36
2.1.1 - O Estado Democrático de Direito	37
2.1.2 - Poder comunicativo e poder político	38
2.1.3 - Sistema político e sociedade civil	41
2.1.4 - As instituições do sistema político	44
2.2 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PERSPECTIVA HABERMASIANA	46
2.2.1 - Controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito	46
2.2.2 - Constituição para a teoria discursiva	48
2.2.3 - Política deliberativa e racionalidade da jurisdição	49
2.2.4 - Reconstrução discursiva	51
2.3 - O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NA POLÍTICA DELIBERATIVA	54
2.3.1 - Por que uma abordagem discursiva?	54
2.3.2 - Revisitando conceitos	56
2.3.3 - Os fluxos comunicativos na política deliberativa e no diálogo constitucional	58
2.3.4 - Estabilidade, mudança e projeção futura	62
2.3.5 - Construção de significados constitucionais	63
CAPÍTULO 3 - METODOLOGIA	66
3.1 - PRESSUPOSTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS	66
3.2 - PROCEDIMENTOS DE CONSTRUÇÃO DO CORPUS	69
3.3 - PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE	70

3.3.1 - Análise lexical por contexto de um conjunto de segmentos de texto	70
3.3.2 - Análise das dimensões da representação	71
CAPÍTULO 4 - OS SIGNIFICADOS CONSTITUCIONAIS SOBRE FAMÍLIA NA ESFERA PÚBLICA	73
4.1 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADIN 4277	73
4.1.1 - Quais os sentidos de família compartilhados pelo STF?	73
4.1.2 - Funções sociais e simbólicas das representações	75
4.1.3 - Efeitos na esfera pública política	77
4.2 - CÂMARA DOS DEPUTADOS NA TRAMITAÇÃO DO PL ESTATUTO DA FAMÍLIA	79
4.2.1 - Quais os sentidos família na Câmara dos Deputados?	79
4.2.2 - Funções sociais e simbólicas das representações	81
4.2.3 - Efeitos na esfera pública	85
CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE STF E CÂMARA	89
5.1 - CONSTITUIÇÃO DE 1988	89
5.2 - CÓDIGO CIVIL DE 2002	90
5.3 - ADIN 4277/ADPF 132	91
5.4 - <i>BACKLASH</i> É DIÁLOGO?	95
5.5 - CÂMARA DOS DEPUTADOS	96
5.6 - INTERTEXTUALIDADE ENTRE CÂMARA E STF: HÁ DIÁLOGO INSTITUCIONAL?	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

Democracia não significa uma coisa só e nem pode ser resumida a um único elemento (VILLAS-BOAS, 2013; KOSELLECK, 2006). Tema de interesse de disciplinas diversas, cada vez mais se priorizam abordagens complexas e dinâmicas para seu estudo. Mesmo no campo do Direito, não são mais satisfatórias abordagens que se limitem ao aspecto formal, seja ele legalista, doutrinário ou dogmático (SILVA, 2009). A preocupação com o ideal normativo de democracia não desaparece, mas se reformula para dar conta da realidade em que a democracia se desenvolve. Nesse ponto, o constitucionalismo democrático se apresenta como tradução, no campo do Direito Constitucional, dessas pretensões (BARROSO, 2018).

A relação entre as instituições políticas e a qualidade da democracia pode ser abordada por diferentes perspectivas teóricas e levar a diferentes normativas dogmáticas. Na perspectiva do Direito Constitucional, a garantia dos direitos fundamentais caminha lado a lado com a organização política do Estado (SAMPAIO, 2002; VICTOR, 2015).

Nesta perspectiva, constitucionalista democrática, o papel das instituições e sua relação com a Constituição está não somente na previsão que esta faz daquelas e do que seja o seu correto funcionamento, mas em como as instituições, de fato, funcionam na garantia dos direitos previstos no texto constitucional e na organização política do Estado voltado para este fim. Por consequência, esse funcionamento não está garantido na abstração das normas (SILVA, 2009). Também o isolamento de cada instituição em si mesma é insuficiente diante do dinamismo das relações necessárias dentro de cada Poder ou mesmo na relação entre eles, já que a separação devida é acompanhada de uma necessária harmonia entre os poderes (BATEUP, 2006; FISHER, 2014).

É nesse sentido que ganham proeminência conceitos como o de diálogo institucional. O desenvolvimento do constitucionalismo desencadeia uma série de mudanças de ordem políticas, jurídicas e normativas (BARROSO, 2018). Acompanhando a garantia dos direitos fundamentais e o dinamismo da organização política para além da formalidade, o controle de constitucionalidade abre portas para

a mudança de perfil e do papel do Poder Judiciário, cada vez mais ativo e, por vezes, protagonista no Estado Democrático de Direito (FISHER, 2014). Esse papel, porém, compõe a relação de esperada harmonia e interdependência entre os poderes, de forma que não invada prerrogativas próprias do Legislativo e nem ofenda o seu papel. A relação dinâmica entre os poderes é então pensada a partir da atuação por meio de suas instituições e numa perspectiva comunicativa, não apenas de imposição de poder político institucionalizado ou do formalismo jurídico (SILVA, 2009). Longe de solução imediata, o diálogo institucional se apresenta como campo de exploração e pesquisa e como problema da realidade democrática a ser, senão resolvido, aperfeiçoado.

Nesse sentido, é importante conhecer como as instituições dos Poderes da República dialogam entre si, quais as características desse diálogo, em especial, o diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Especificamente no contexto em que, supostamente, a supremacia da constituição é exercida por meio do Poder Judiciário em Cortes Supremas, reservadas as atribuições normativas e constituintes do Poder Legislativo, é de particular interesse o diálogo institucional entre a Suprema Corte e a Casa Legislativa (SAMPAIO, 2002; VICTOR, 2015; MENDES, 2011). Como que estas instituições interagem de forma dinâmica e partilham ações e decisões em determinados temas que se influenciam mutuamente na vida política de forma a efetivar certa organização do Estado e determinados direitos?

Estas são as inquietações que levam ao presente trabalho, assim como tem levado vários pesquisadores e estudiosos a se debruçar cada vez mais sobre a temática do diálogo institucional (MEUWSE & SNEL, 2015; BATEUP, 2006; KENNEY, REISINGER & REITZ, 1999). Esse interesse, em muitos momentos, é acompanhado de um crescente interesse na pesquisa empírica como forma de produção de conhecimento jurídico. A pesquisa empírica sobre diálogos institucionais vai ao encontro dos seus fundamentos teóricos de maior aproximação com uma realidade material, além dos textos normativos. Na realidade brasileira, o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional é objeto privilegiado nessa seara (VICTOR, 2015).

O diálogo institucional entre STF e Congresso é o objeto desse estudo pela sua importância no cotidiano do sistema político e da sociedade e como via de concretização dos seus ideais constitucionais.

Situado no campo do Direito Constitucional, traz o tema do diálogo institucional especificamente tendo como objeto o diálogo institucional entre STF e Câmara dos Deputados, no contexto da ADPF 132/ADI 4177¹ e do Projeto de Lei 6.583/2013². As justificativas dos votos que compõe o discurso decisório do Supremo e as falas apresentadas na tramitação do projeto de lei constituem o recorte empírico para se estudar o problema de pesquisa apresentado.

Justifica-se a pesquisa dos pontos de vista teórico, metodológico e prático-social.

A produção teórica do Direito Constitucional cada vez mais busca superar paradigmas de Constituição que se afastam de sua aplicabilidade e se aproximam do mero formalismo. A concretização de ideais constitucionais acontece em meio à realidade das instituições que compõem a organização do Estado, também definida constitucionalmente, e esta não é estática, mas dinâmica. Os estudos buscam avançar da compreensão e na crítica da supremacia do judiciário e da soberania legislativa para a compreensão dos diálogos travados (GODOY, 2015; MENDES, 2011; VICTOR, 2015). Para isso, o ramo do Direito Constitucional amplia suas possibilidades para além do estudo do texto constitucional, dos processos, legislativos ou judiciários, e se estende para o estudo do funcionamento das instituições. O conceito de diálogo institucional se mostra como um campo de exploração frutífero, ainda em construção e em ampliação do seu alcance. Nesse sentido, este estudo busca contribuir com a pesquisa sobre diálogo institucional tanto a partir da produção de novas informações na relação com os dados empíricos, quanto na relação com conceitos de política deliberativa e dos fluxos comunicativos da esfera pública. Ou seja, há uma esperada contribuição teórica tanto no estudo dos diálogos institucionais quanto no diálogo teórico entre esta perspectiva e outros referenciais.

Metodologicamente, a contribuição empírica para o estudo dos diálogos institucionais é acompanhada por uma proposta metodológica para este tipo de estudo. Sendo pretensão associada a este paradigma de estudos a aproximação com a realidade institucional, a análise de textos constitucionais ou mesmo dos atos processuais seria insuficiente para a adequada compreensão do fenômeno. Este

¹ Esta ação de controle de constitucionalidade teve como objetivo definir a união civil do ponto de vista constitucional e decidir sobre o reconhecimento de união civil homoafetiva.

² O PL em questão trata do Estatuto da Família, de iniciativa da Câmara dos Deputados e tendo tramitado apenas nesta casa.

estudo busca propor um método empírico de estudo do diálogo institucional numa perspectiva comunicativa e discursiva. A organização dos dados, os pressupostos teórico-metodológicos e as análises textuais efetuadas, vinculadas à chamada teoria das representações sociais (MOSCOVICI, 2007), ainda que amplamente desenvolvidas em campos de ciências sociais diversas, ainda são pouco utilizadas no campo do Direito e potencialmente ausentes dos estudos de diálogo institucional, onde pressupõe-se contribuição frutífera.

No sentido prático social, o estudo do diálogo institucional objetiva melhorar a qualidade da relação dinâmica entre os poderes e alcançar os objetivos maiores do atual momento constitucionalista, quais sejam, a efetivação democrática e a garantia dos direitos fundamentais. Contribuir a partir de estudos fundamentados para melhorar as relações republicanas e o funcionamento da democracia são aspirações e necessidades que justificam esse estudo do ponto de vista social. Especificamente, no contexto do estudo sobre o diálogo em torno da compreensão normativa-social de família, a justificativa também é de lançar luz sobre os complexos movimentos que se travaram entre STF e Congresso no assunto. Entende-se que esta compreensão fala também da vida social e do reconhecimento político, trazendo consequências para as pessoas. As concepções de família que transitam entre STF e Câmara falam, ao mesmo tempo, da realidade coletiva e de inúmeras realidades particulares. Garantir que ambas caminhem no sentido de realização da democracia e da garantia de direitos também é uma contribuição que se espera caminhar em direção dentro das limitações de um estudo desse porte.

Portanto, os objetivos desta pesquisa são:

Objetivo geral: analisar, por meio de análise textual empírica, o diálogo constitucional entre Supremo e Câmara a partir da discussão sobre o instituto jurídico da família

Objetivos específicos:

- caracterizar o conteúdo das falas sobre família no discurso decisório do STF e na tramitação do Estatuto da Família;
- caracterizar o diálogo institucional entre STF e Câmara a partir do significado constitucional de família;
- analisar criticamente as características do diálogo institucional realizado a partir da política deliberativa;

- utilizar a teoria das representações sociais como arcabouço teórico-metodológico para o estudo dos diálogos constitucionais.

Para isso, serão utilizados dados secundários produzidos em pesquisa anterior intitulada “A família representada na esfera pública: análise psicossocial de falas judiciais e parlamentares” (ROSA-LIMA, 2018). O método do estudo é descrito, bem como a análise do diálogo constitucional a partir dos dados.

Em resumo, é nesta perspectiva pretende-se o desenvolvimento no presente trabalho. Teoricamente, buscar nos referenciais do Direito Constitucional as ferramentas necessárias para se analisar o diálogo institucional entre STF e Câmara, utilizando o material empírico sobre o tema de família. Empiricamente, buscamos aprofundar a análise nos pontos de interseção, cruzamento e intertextualidade que emergiram na pesquisa. Há ainda uma pretensão metodológica de agregar à pesquisa sobre diálogo institucional a possibilidade do tipo de análise que foi conduzida, a partir dos dados textuais e utilizando-se de análise lexical e de contexto.

Diante do tema escolhido, de sua justificativa e do percurso traçado até aqui, o presente trabalho se organiza da forma a seguir.

Para isso, no primeiro capítulo apresenta-se como o diálogo institucional se localiza no Direito Constitucional, descrevendo conceitos e balizando a importância do diálogo institucional para o Constitucionalismo e apresentando brevemente as pesquisas realizadas sobre o diálogo institucional entre STF e Congresso.

No capítulo seguinte, aprofunda-se a relação entre diálogo institucional e democracia a partir do conceito de política deliberativa. Para isso, é exposta brevemente a teoria discursiva da sociedade, fundamento teórico da política deliberativa como trazida neste trabalho e propõe-se a abordagem discursiva e deliberativa do diálogo institucional.

No terceiro capítulo, é proposto um arcabouço teórico-metodológico para o estudo empírico dos diálogos institucionais e apresenta-se a análise proposta. As diferentes etapas e análises elementares que compõem a análise textual no seu todo são descritas e discutidas.

O quarto capítulo sumariza alguns resultados, para os propósitos dessa monografia, das análises do discurso decisório do STF e das falas parlamentares e não parlamentares no Congresso. Apresenta-se cada contexto e seus pontos de

relação. O conteúdo das justificas dos votos sobre família no STF é descrito, assim como o conteúdo das falas sobre família na Câmara, e como o primeiro conteúdo aparece no segundo.

No capítulo final, antes das considerações finais, traremos a análise do diálogo constitucional a partir de sua sequência lógica e cronológica. Expande-se a análise para discutir como o diálogo caracterizado se relaciona com a democracia, quais as possibilidades que esse diálogo oferece na forma como empiricamente se deu. A construção da esfera pública política em torno da família é debatida na perspectiva do diálogo entre STF e Câmara, sobretudo pela capacidade de institucionalização desse poder comunicativo presente nas deliberações.

Dessa forma, busca-se lançar luz sobre a necessidade de abordagens que consideram o diálogo institucional para além da procedimentalização, mas na sua capacidade comunicativa com a esfera pública em diferentes densidades, minimamente daquela formada no diálogo institucional entre os poderes.

Nas considerações finais, resgata-se os objetivos do trabalho e discutimos de que forma o presente trabalho os alcança, as limitações encontradas e desdobramentos futuros. Para além dos desdobramentos de pesquisa, busca-se apontar implicações políticas e normativas a partir dessa pesquisa, esperando assim contribuir.

CAPÍTULO 1: O DIÁLOGO INSTITUCIONAL/CONSTITUCIONAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, apresentamos como o diálogo institucional se localiza no Direito Constitucional, descrevendo conceitos e balizando a importância do diálogo institucional para o Constitucionalismo e apresentando brevemente pontos de destaque sobre o diálogo institucional entre STF e Congresso.

A pesquisa sobre diálogos institucionais tem sido crescente em diversos países, a exemplo do Brasil, EUA, Canadá, Nova Zelândia, entre outros (MEUWESE & SNEL, 2013; BATEUP, 2006; SAMPAIO, 2002; VICTOR, 2015). A importância do tema geralmente é justificada pela importância crescente das relações entre a organização judiciária do país e seu poder legislativo para o funcionamento da democracia constitucionalista na realidade concreta (KENNEY, REISINGER & REITZ, 1999). Porém, essa relação não é a única que pode ser entendida a partir do conceito de diálogo institucional. De fato, levantamentos sobre o conceito mostram uma diversidade de usos, do seu significado e de afiliações teóricas e mesmo diversidade dentro das teorias de diálogo (MEUWESE & SNEL, 2013). Também não é somente a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo que pode ser entendida a partir da noção de diálogo. Mais abrangente, o diálogo institucional tem uma variedade de contextos, relações e possibilidades teóricas. Nesse capítulo, apresentamos algumas delimitações teóricas sobre diálogo institucional, traçamos sua importância para o constitucionalismo e nos aproximamos da relação entre Supremo Tribunal e Congresso na perspectiva do diálogo institucional.

1.1 - CONCEITUALIZANDO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

1.1.1 - A multiplicidade de conceitos

O conceito de diálogo institucional não é unívoco nem unidimensional. Por um lado, autores o utilizam com sentidos diversos, sem tanta pretensão de delimitação, muitas vezes. Por outro, mesmo delimitado, pode se referir a uma variedade de fenômenos complexos que acontecem dentro das instituições, entre elas e fora delas

e podem ser compostos de elementos procedimentais, discursivos, retóricos, normativos, entre outros (MEUWESE & SNEL, 2015; FISHER, 2014).

Nesse sentido, o levantamento de Meuwese e Snel (2015) identificou o conceito de diálogo constitucional³ sendo usado em uma multiplicidade de sentidos. As autoras traçam um panorama geral diante da polissemia do termo e da consequente dificuldade em se estabelecer um significado preciso. É interessante que estas autoras partem da pluralidade de sentidos e se propõem a traçar um guia de orientação diante dessa pluralidade. Essa pluralidade não parece refletir apenas uma diversidade de conceitualizações e de aportes teóricos por trás. Há um apelo no uso do termo do diálogo constitucional que pode, inclusive, responder à sua popularidade, ao menos em parte. Isso porque são muitos os estudos que utilizam o termo, porém sem nenhuma pretensão de definição, aprofundamento ou operacionalização.

De fato, em alguns estudos não há o uso de diálogo constitucional como um conceito, mas apenas como um termo vago que pretensamente fala de processos conhecidos por todos, sem ultrapassar o senso comum. No entendimento das autoras, ainda que o termo seja popular, as comunidades acadêmicas e de operadores do direito ainda parecem inseguras do que qualifica um diálogo, seja na prática ou na teoria, ou ainda que implicações vêm com esta qualificação. O resultado é que o termo é usado sem definições.

A pretensão do levantamento de Meuwese e Snel (2013) é traçar um panorama geral, orientar os pesquisadores diante dessa diversidade e, mais especificamente, caracterizar o que seja o diálogo constitucional e as implicações dos usos possíveis do conceito. A ausência de uma definição clara e aceita de forma ampla de “diálogo constitucional” nas publicações colaboram para uma diversidade de modos de empregar o conceito.

Nessa diversidade, embora o conceito de diálogo constitucional seja mais frequentemente referenciado ao papel do judiciário na relação com o Executivo e com o Legislativo, ele é utilizado em outros contextos e com múltiplos atores possíveis. Ou seja, não se refere a uma *setting* específico de atores.

No artigo de Meuwese e Snel (2013), os estudos em torno do diálogo constitucional também são diferenciados a partir dos atores envolvidos,

³ Adiante será apresentado, no escopo desse trabalho, a relação entre diálogo constitucional e diálogo institucional.

notadamente, as relações da Corte Suprema com o Legislativo (ou mesmo com o Governo); as relações entre Cortes de diferentes países ou diferentes níveis; entre Cortes e cidadãos; e entre atores não judiciais e outros cidadãos.

De acordo com Roach (2001), a teoria do diálogo institucional não tem como objetivo e competência fornecer a resposta correta.

"O que o diálogo tem o condão de fazer é tornar o debate sobre questões constitucionais sérias mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico e, por essas razões, ele pode reforçar o potencial democrático do sistema como um todo". (p. 194)

1.1.2 - Conceitos norteadores

Para este propósito, partimos de algumas definições sobre diálogo constitucional e algumas consequências desse emprego. Nos aspectos gerais do diálogo constitucional, as diversas teorias trazem traços comuns que permeiam as definições (MEUWESE & SNEL, 2013). São eles a equidade entre as partes, ou ao menos uma temporária heterarquia que substitui (provisoriamente) a hierarquia das relações de poder; a qualidade deliberativa da interação, em um aprendizado mútuo; podendo ainda ser implícito ou silencioso; e com contribuição para as normas de governo ou de exercício do poder coercitivo (diante dos direitos, portanto).

O diálogo pode ser definido por Pearce & Pearce (2004) a partir de uma perspectiva comunicativa.

"A característica definidora da comunicação dialógica é que todos os atos de fala são feitos de modo que assegura a posição de alguém mas permite que outros adentrem o espaço para assegurar as suas posições, e são profundamente abertos a ouvir a posição dos outros sem necessitar se opor ou assimilá-las" (p. 45).

Esta definição, conforme se vê, padece da idealização de diálogo constitucional que pode servir para seu aspecto normativo mas pouco informa sobre a caracterização no mundo concreto, em que nem sempre o diálogo travado pelas instituições apresenta essas características de segurança da posição dos falantes ou de abertura para a posição dos outros.

A definição de trabalho que Meuwese e Snel (2013) apresentam de diálogo constitucional é de uma *sequência de comunicações implícita* ou *explicitamente* moldadas entre dois ou mais *atores* caracterizadas pela *ausência de um ator dominante* - ou, pelo menos, por um intervalo de dominância -, com a intenção

compartilhada de aprimorar a prática de *interpretar, revisar, escrever ou emendar as constituições*.

A definição compreensiva de Meuwese e Snel (2013) merece detalhamento por ser composta de elementos com algumas particularidades. O aspecto processual do diálogo é dado pela sequência e continuidade das comunicações. O aspecto comunicativo é central para o diálogo, ainda que possa assumir formas implícitas ou explícitas. Os atores que fazem parte do processo não são pré-estabelecidos, sendo útil o conceito para diversas configurações, bastando que os atores estejam envolvidos no processo caracterizado, não se exigindo atores determinados para que se fale em diálogo constitucional. Ainda, a dominância absoluta de um ator no processo inviabiliza o diálogo, cuja participação se dá entre um ator e outro(s) e não apenas unilateralmente. No diálogo, é necessária o compartilhamento de intenções, ainda que com pontos de vista e finalidades divergentes, na resolução de certa questão que se resolve, ao menos temporariamente, com a interpretação, revisão, escrita ou emenda da Constituição.

De acordo com Meuwese e Snel (2013), a diálogo constitucional entre Judiciário e Legislativo tem no seu centro o engajamento mútuo em um processo de conversação sobre o significado constitucional, no qual ambos atores ouvem (ou deveriam ouvir) para aprender a partir da perspectiva do outro, o que pode conduzir a modificar suas próprias visões.

“Por ‘diálogo institucional’ se quer dizer que ‘tribunais e legislaturas participam em um diálogo que visa alcançar o equilíbrio adequado entre princípios constitucionais e políticas públicas e a existência desse diálogo constitui uma boa razão para não conceber o controle de constitucionalidade como democraticamente ilegítimo’ e se aplica ‘em qualquer lugar que as legislaturas sejam capazes de reverter, modificar, evitar ou de outra forma responder a decisões judiciais que anulam a legislação’. Desta forma, o ‘diálogo’ representa o ‘caminho intermediário entre a supremacia judicial, por um lado, e a supremacia legislativa, por outro’.” (MEUWESE & SNEL, 2013, p. 128).

Esta concepção certamente se distancia da ideia antecessora do Tribunal Constitucional como detentor da última palavra⁴.

1.1.3 - Diálogo institucional vs. constitucional

⁴ Nesse sentido, o trabalho de Conrado Hubner Mendes, Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, opõe à perspectiva da última palavra à perspectiva do diálogo institucional, superando a inclinação por juízes ou por legisladores por uma deliberação inter-institucional.

Entre as possibilidades, o diálogo institucional acontece ao redor de problemas constitucionais que se expressam também em relações e contextos diversos (MEUWESE & SNEL, 2013; BATEUP, 2006; KENNEY, REISINGER & REITZ, 1999; SAMPAIO, 2002; VICTOR, 2015). O conceito de diálogo institucional se contextualiza no sentido constitucional da relação a que se refere. Os diálogos constitucionais são constitucionais pela natureza do processo dialógico entre as instituições e os agentes sobre a matéria constitucional. Não se definem apenas como diálogos institucionais que acontecem entre instituições específicas, por exemplo a Corte Constitucional, mas se caracterizam por dinâmicas próprias que tem a ver com o próprio processo constitucional e seus agentes.

Nesse momento, é interessante notar, a partir da definição de trabalho de Meuwese e Snel (2013), que o que caracteriza determinado diálogo institucional como diálogo constitucional é a questão que envolve a *interpretação, revisão, escrita* ou *emenda* da Constituição. Nem todos diálogos institucionais, por mais que envolvam os mesmos atores, terão este compartilhamento de intenções.

Por outro lado, a institucionalidade dos diálogos constitucionais pode ser associada às teorias institucionalistas ou aos atores envolvidos no processo, notadamente instituições legislativas e judiciais. Nem todos os diálogos institucionais serão, dessa forma, constitucionais. E nem todos os diálogos constitucionais se travam entre instituições. As teorias institucionalistas enfocam o aspecto institucional do diálogo constitucional.

Para Victor (2015), que estuda o debate entre STF e Congresso Nacional, o diálogo institucional se refere à construção conjunta de sentidos constitucionais de modo mais democrático e homenageador do ideal do Estado de Direito. A sua definição aproxima de forma evidente diálogo institucional com diálogo constitucional, não apenas pelos atores envolvidos como pelas características do diálogo constitucional. A construção conjunta é central para o conceito e vai além da coordenação de ações institucionais, volta-se para a construção de sentidos constitucionais e como deve ser feita essa construção. Tarefa central, dado o desafio que Victor (2015) se propõe, de enfrentar o debate entre STF e Congresso em torno do controle de constitucionalidade.

1.1.4 - Perspectivas teóricas

O que os usos do conceito indicam são pontos em comum e pontos de diferença sobre o termo “diálogo constitucional”. No aspecto mais comum, que as vezes não é ultrapassado em algumas menções, muitas vezes diálogo constitucional sinaliza “apenas” aprendizado mútuo e desenvolvimento, sem maiores esclarecimentos. Outro grupo de pesquisas usa o conceito inserido em algum marco teórico. Esse grupo se divide entre pesquisas que usam o conceito de diálogo constitucional de forma mais institucionalizada, pesquisas que o utilizam de forma tangencial e outras que partilham das mesmas premissas mesmo que não usem explicitamente o conceito (MEUWESE & SNEL, 2013).

Dentre as teorias que não usam o conceito de diálogo mas tem pontos de semelhança ou pontos de partida comuns com as teorias de diálogo constitucional, estão teorias de tomada de decisão pública, como as teorias de governança e de regulação. As teorias que tangenciam a questão do diálogo constitucional e em que o conceito tem importância, tem como grandes categorias as teorias contextualistas e as teorias sobre o processo de escrita das constituições (*constitutional-writing*). As teorias contextualistas, nesse sentido, se referem à dinâmicas externas às instituições, um importante foco do estudo de Meuwese e Snel (2013).

De acordo com Meuwese e Snel (2013), a maior parte de teorias do diálogo constitucional pode ser categorizada como "teorias institucionalistas". Elas focam no processo institucional pelo qual as decisões sobre o significado constitucional são tomadas, mais do que critérios ou técnicas interpretativas que juízes usam ou devem usar.

Teorias institucionalistas não necessariamente negligenciam o contexto, mas colocam um forte foco no papel das instituições. Bateup (2006) revisa as teorias institucionalistas e as diferencia em quatro grupos: teorias de construção coordenada, teorias de princípio judicial, teorias de *equilibrium* e teorias de parceria. Essas teorias se diferenciam, de certa forma, na relação possível entre as instituições, sobretudo as instituições judiciárias, seja com o sistema legislativo seja com outras formações da sociedade.

Assim como as teorias contextualistas, são de particular interesse para este artigo as teorias de equilíbrio e teorias de parceria. As teorias de equilíbrio trazem a

dimensão da relação das instituições, sobretudo judiciária, com o contexto social, seu papel no funcionamento da sociedade como um todo. As teorias de parceria enfatizam a dimensão dialógica e o processo comunicativo entre as instituições. Elas partem do início do diálogo constitucional com o legislador, ao considerar inicialmente se a legislação é consistente com as normas constitucionais escritas. O diálogo continua por meio dos casos individuais em que as deliberações do legislativo, por meio dos argumentos legais, encontram as deliberações do judiciário, por meio dos seus julgamentos. Em sequência, o diálogo retorna ao legislativo, que considera o meio de responder à decisão da Corte.

A definição de diálogo constitucional nas teorias de parceria trazida a partir de Meuwese e Snel (2013) também enfatiza o aspecto comunicativo interligado e interdependente, para além da atuação conjunta de instituições que traduz a independência harmônica e que caracteriza as abordagens de construção coordenada. Dessa forma, essa definição se aproxima das teorias de parceria e se diferencia das teorias de construção coordenada e das teorias do princípio judicial. As teorias de parceria têm em comum que não presumem que as Supremas Cortes são as mais aptas para resolver desacordos sobre o significado dos direitos por princípio.

Diante deste panorama trazido por Meuwese e Snel (2013), este estudo se aproxima às perspectivas institucionalistas, a partir dos aspectos trazidos nas teorias de parceria e de equilíbrio, e ao mesmo tempo se direcionam às perspectivas contextuais. O diálogo institucional que ocorre entre STF e Câmara é tomado nos seus aspectos dialógicos, internamente vinculados, e, ao mesmo tempo, em relação com outros sistemas sociais, podendo ser caracterizados como sociedade civil. A partir da relação entre as falas apresentadas e discursos sociais mais amplos se pretende a abordagem contextual. É neste entre as teorias institucionalistas de parceria e de equilíbrio e as teorias contextualistas que se insere esse estudo. Ao mesmo tempo que nos interessa certos pontos de vista que são clássicos das teorias institucionalistas, como o próprio diálogo entre Supremo Tribunal e Congresso, enquanto Corte Suprema e Casa Legislativa, instituições judiciárias e legislativas, o seu aspecto comunicativo e a heterárquico, nos interessa também certos apontamentos trazidos pelas teorias contextualistas.

Outros elementos que definem o diálogo constitucional para os objetivos deste estudo serão apresentados a partir da sua inserção no referencial teórico da

Teoria Discursiva de Sociedade. A distinção entre os aspectos institucionalistas e contextualistas deve ficar mais clara na medida em que se proponha o enquadramento teórico particular deste estudo para o diálogo constitucional. De forma geral, a questão é que a partir da abordagem contextualista, tomamos as instituições como parte da esfera pública, mas não sua totalidade, e a abordagem discursiva permite acessar esse contexto amplo a partir do discurso trazido no seio das instituições. A relação com a sociedade civil através de outros aspectos que não institucionalizados se dá no discurso compartilhado e na representação de diferentes públicos.

1.2 - IMPORTÂNCIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL PARA O CONSTITUCIONALISMO

1.2.1 - Constitucionalismo e diálogo

A importância do diálogo para o constitucionalismo está associada às modificações que este esteve submetido ao longo de sua história, sobretudo no Século XX. O neoconstitucionalismo, por vezes chamado constitucionalismo democrático, é pomposamente condecorado como “ideologia vitoriosa do século XX”, em ensaio do Ministro Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2018). Ainda que, traído pelo entusiasmo com o novo paradigma constitucional histórico, peque na leitura histórica linear e progressiva, o ensaio traz as características do constitucionalismo em solo brasileiro e americano, ocupando-se sobretudo no que se refere ao neoconstitucionalismo e ao novo direito constitucional brasileiro. Dentre outras características, a mudança de perfil do Poder Judiciário e ao protagonismo e ativismo judiciais.

A Constituição, em sua concepção inicial, poderia se resumir a um documento declaratório de boas intenções ou exortações cívicas de cunho político, ainda que se pudesse atribuir-lhe algum valor jurídico (SAMPAIO, 2002). É apenas com o desenvolvimento de uma instância jurisdicional que há a conversão de seus termos declaratórios. Essa mudança não implica apenas no controle de constitucionalidade, mas nas pretensões que se deseja alcançar a partir da Constituição e do seu papel

tanto na garantia dos direitos fundamentais quanto da organização do Estado que declara. Consequencialmente, o papel das instituições que materializam essas pretensões se modifica e se intensificam as relações entre as instituições.

Se, tradicionalmente, a declaração poderia servir a fins políticos de um falso reconhecimento de direitos faticamente inexistentes, situação em que a garantia era eclipsada pela existência normativa, progressivamente a constituição passa a ser peça fundamental na perseguição daquilo que declara.

Enquanto o Constitucionalismo inovou na limitação jurídica do Estado e na declaração de direitos fundamentais, o Constitucionalismo Democrático inova com uma condução programática do Estado e na (busca da) garantia dos direitos fundamentais. Como a denominação traduz, busca-se conciliar a democracia com o constitucionalismo, em que exigências de um ou outro campo entram em choque com as do outro (BARROSO, 2018; VICTOR, 2015; SAMPAIO, 2002; FISHER, 2014). Se, por um lado, a condução programática do Estado deve manter uma determinada forma de governo - a democracia, o funcionamento democrático não é suficiente se não há garantia dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo condição e consequência do direito à democracia.

O problema da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional é apenas uma das manifestações da tensão entre constitucionalismo e democracia que o constitucionalismo democrático enfrenta (FISHER, 2014; SAMPAIO, 2002; SILVA, 2009). O controle de constitucionalidade ganha projeção internacional a partir desse novo paradigma e, no Brasil, o novo direito constitucional carrega algumas mudanças institucionais importantes. Barroso (2018) destaca a ascensão institucional do Poder Judiciário e o maior ativismo judicial. O ativismo não se traduz na judicialização, mas na capacidade do Judiciário em se posicionar de forma ativa nos diálogos em que questões constitucionais tornam-se importantes. A atuação ativa na direção de concretização dos ideais da República e, portanto, de realização do Estado Democrático de Direito embasam tal papel e admitem, inclusive, certo protagonismo, de acordo com o ministro.

Certamente esse protagonismo é compartilhado e não pode tornar-se monólogo. A afirmação que a Corte detém a palavra final dentro da dinâmica constitucional, ainda que atraente, é criticada amplamente. Essa ideia é, de várias formas, contrária à ideia de diálogo constitucional (FISHER, 2014; VICTOR, 2015).

Na definição de diálogo constitucional trazida por Victor (2015), há duas prescrições sobre o modo como a construção de sentidos constitucionais deve ocorrer: de modo mais democrático; e homenageador do ideal do Estado de Direito. Essas duas prescrições visam reconhecer na construção de sentidos constitucionais a tensão entre constitucionalismo e democracia, presente no controle de constitucionalidade, e reconhecer no diálogo a solução para esta tensão. Também insere a democracia como forma de alcançar o ideal de Estado de Direito e esse como pressuposto para a democracia.

O livro de Fisher (2014) mostra como o direito constitucional não começa nem termina na Suprema Corte. A constituição e seus princípios, instrumento fundamental de governo, são continuamente explorados, testados e, às vezes, retestados por múltiplos atores na arena política. O autor enfatiza o colóquio e a interação constantemente em funcionamento entre as pessoas, seus representantes eleitos e os juízes indicados na jornada conjunta da interpretação constitucional. A interpretação, por consequência, não é o ato que começa e termina no julgamento dos Tribunais, mas todo o processo social e político na forma do diálogo em torno das questões constitucionais. O direito constitucional proferido pela Corte, portanto, não se desenvolve isoladamente, nem sem incorporar os valores e crenças dos atores não judiciais da sociedade.

1.2.2 - Controle de constitucionalidade e dificuldade majoritária

Sampaio (2002) questiona se “a história da constituição seria a mesma sem jurisdição constitucional?”, evidenciando um processo de reinvenção da constituição a partir do controle de constitucionalidade. Essa reinvenção vai na linha da mudança paradigmática da Constituição a partir do constitucionalismo democrático.

Para Perry (1996), a Suprema Corte se coloca como principal matriz institucional para o desenvolvimento da tradição político-constitucional. O aparente paradoxo entre desenvolvimento e tradição é característico da posição que as cortes ocupam e da dupla função da jurisdição constitucional: por um lado, atua como guardião mantendo a fidelidade à tradição política relevante e indeterminada, e, por outro, atua de forma criativa e constitutiva participando do desenvolvimento da tradição. Dessa forma, lei e política se relacionam intimamente, e a atividade de

jurisdição constitucional seria ambas, lei e política, autoritária e pragmática. Nas palavras do autor, visão do passado e visão orientada para o presente e para o futuro.

"A jurisdição constitucional pressupõe e reforça, portanto, a Constituição como norma jurídica (dimensão jurídico-formal) e a ordem [política] como pluralismo de forças constitucionais (dimensão político-substancial)" (p.19)

Segundo Sampaio (2002), para Michael Perry a Suprema Corte representa a comunidade política em face das diretivas morais e políticas fundamentais da comunidade, especialmente em contextos nos quais estas são relevantes e indeterminadas. Seria, nesse sentido e de acordo com Sampaio (2002), a adjudicação constitucional uma das "primeiras institucionalizações da racionalidade auto-crítica" da comunidade política, um fórum institucional para desenvolvimento de argumentos narrativos sobre como ela deve viver.

No Brasil, Victor (2015) se debruça sobre o controle de constitucionalidade para estudar o Diálogo Institucional entre o STF e o Congresso. O autor debate o papel dos poderes do Estado na construção conjunta de sentidos e soluções constitucionais. O estudo realizado por Victor (2015) se depara com a chamada dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade. Em resumo, a dificuldade contramajoritária é um desafio histórico quando se aborda controle de constitucionalidade (SAMPAIO, 2002; VICTOR, 2015). A decisão de um pequeno grupo de juízes não responsáveis politicamente ter o poder de invalidar o trabalho de uma assembleia representativa popular democrática é questionada na sua legitimidade. A tensão entre constitucionalismo e democracia se coloca na necessidade de se proteger a supremacia da constituição e os direitos individuais em face de eventuais investidas das maiorias políticas de cada momento.

A dificuldade contramajoritária se coloca, principalmente, dentro de uma perspectiva constitucional de independência institucional e de um controle de constitucionalidade realizado na tensão entre a soberania legislativa e a supremacia judicial.

O diálogo constitucional aparece como alternativa para sobrepôr-se tanto à supremacia judicial quanto à noção de soberania do parlamento. A supremacia judicial não é consenso, ainda que surja, em certas visões, como decorrência da superioridade da norma constitucional no ordenamento jurídico e da necessidade de proteção por um guardião, em geral, o poder judiciário e, em especial, a Suprema

Corte (SAMPAIO, 2002; VICTOR, 2015). Silva (2009) apresenta argumentos contundentes na separação entre controle de constitucionalidade e supremacia judicial. Seja qual for o papel do judiciário no controle de constitucionalidade, Silva (2009) conclui que o “controle de constitucionalidade é parte do jogo democrático, é algo muito mais complexo do que mero procedimento judicial” (p. 221) e aponta o diálogo como possibilidade, ainda que traga o seu foco específico para as questões de deliberação interna.

De qualquer modo, a perspectiva de diálogo constitucional é contrária à ideia de supremacia judicial, como a ideia de que a Suprema Corte deve ter a última palavra sobre a interpretação da constituição (VICTOR, 2015). Sendo final a palavra do Judiciário, trata-se de um monólogo impositivo e que se encerra na própria Corte qualquer possibilidade argumentativa. A perspectiva de diálogo constitucional surge diante das objeções ao papel da Suprema Corte como detentora da última palavra sobre o significado da constituição.

O próprio controle de constitucionalidade, especialmente o *judicial review*,

“não significa uma barreira à atividade legislativa e à vontade da maioria, mas o início de um processo dialógico entre as instituições encarregadas de interpretar a Carta e de promover as políticas públicas que irão implementar os direitos que dela constam” (VICTOR, 2015, p. 167).

A decisão judicial tem o condão de conclamar o Legislativo a um debate qualificado e público sem, no entanto, vinculá-lo às suas interpretações. A regra é o diálogo, mas não há regra em concordar ou discordar.

Não se pode interpretar os atos comunicativos a partir de uma polaridade normativa entre declarar constitucional ou inconstitucional. O que se faz é analisar como esses atos se apresentam no próprio processo comunicativo entre as instituições. Por exemplo, inconstitucionalidade parcial ou mesmo a interpretação conforme também são atos dialógicos e precisam, empiricamente, ser examinados.

O papel contramajoritário da corte não é absoluto, ele acontece em meio às outras relações políticas. Questiona-se, assim, a capacidade do Judiciário em ameaçar o governo da maioria. Alguns autores, como Bassok (2011), inscrevem a Suprema corte como instituição majoritária, com papel privilegiado em construir alinhamento político com a opinião popular. Nem sempre, portanto, o papel da corte é contramajoritário.

De fato, ao que parece, o papel contramajoritário só consegue se estabelecer em condições favoráveis politicamente, ou seja, em casos de maiorias já fracas. Do contrário, as decisões são politicamente revistas.

1.2.3 - Reconhecimento factual dos diálogos

Não raro, autores que estudam o diálogo constitucional buscam evidenciar como após o pronunciamento do Tribunal Constitucional e sem diminuir o seu papel no controle de constitucionalidade, outros passos são tomados seja do ponto de vista institucional, com respostas legislativas mesmo que indiretas, muitas vezes, seja do ponto de vista social, em que discussões são apresentados, reações às decisões, leituras midiáticas e formação de coalizões mais ou menos formais que apoiam ou se opõem ao decidido; entre outros exemplos.

Fisher (2014), 30 anos atrás, já afastava a ideia de palavra final da Corte ao compreender a interpretação judicial como um processo político que se estabelece em meio a diálogos constitucionais. O processo político ao qual se refere Fisher (2014) envolve a atuação conjunta de atores múltiplos, a continuidade dos efeitos das ações na própria instituição, mas, sobretudo, fora dela, na comunicação com outras; sua realização em etapas sequenciais; e a relação institucional que se desenvolve.

A partir da discussão sobre Direito Público e Política, Fisher (2014) apresenta a doutrina do *judicial review*, abordando os limites de atuação dos poderes e a organização do Judiciário, culminando nos processos de tomada de decisão e estratégia, com foco na contenção da corte e na construção coordenada. De acordo com o levantamento de Bateup (2006) e de Meuwese e Snel (2013), é um exemplo de teoria institucionalista, de construção coordenada.

De acordo com Fisher (2014), as decisões imperiosas e vinculantes da Corte Constitucional, em países diversos, são exceções. Em geral, há movimentos de aproximação, autocontenção, evitação, recuos e incentivos: "uma política necessária e sensata para resolver questões constitucionais que têm profundas ramificações políticas, sociais e econômicas". Também, segundo Fisher (2014), na maioria das vezes, as decisões judiciais são provisórias e reversíveis como outros eventos políticos. As ordens judiciais devem ser obedecidas, mas a obediência aqui se refere

apenas à administração ordenada e rápida da justiça, não à solidez ou finalidade de uma ordem judicial.

"O fato de o Judiciário ter agido não isenta os membros dos poderes políticos ou o público de exercer um julgamento independente. (...) A Corte não é a Constituição. Aceitar os dois como equivalentes é renunciar à responsabilidade individual e à capacidade de autogoverno. As determinações constitucionais não são assuntos que podem ser deixados exclusivamente para o judiciário. Indivíduos fora dos tribunais têm seus próprios julgamentos a fazer. (...) Mesmo com nosso próprio consentimento, não podemos abdicar do dever de pensar por nós mesmos. O que é constitucional ou inconstitucional deve ser deixado para nós a explorar, ponderar e chegar a um acordo." (FISHER, 2014, p. 276)

A visão de Fisher (2014) tem seu cerne na interpretação como fenômeno jurídico e político, para a partir daí pautar a normatividade. Tampouco há apenas uma descrição do fenômeno, mas uma proposta de análise. A questão segue sendo menos se acontece o diálogo ou não acontece, mas como podemos ver por essa lente e organizar por esse método. A questão de como o diálogo deveria transcorrer acaba, por vezes, solapando como tem transcorrido e, nesse caso, o diálogo é um meio de alcançar os movimentos dos atores políticos para além do ideal.

Há algumas linhas de raciocínio, apresentadas por Fisher (2014) no sentido de negar a palavra da Corte, embora de suma importância, como palavra final. De um ponto de vista empírico, são raras as decisões que derrubam ou revisam atos do executivo ou do legislativo e, mesmo nesses casos, o diálogo é retomado em novas propostas após um tempo. A pesquisa empírica no Brasil mostra cenário contundente nesse sentido.

A análise de Victor (2015) esquadrinha decisões de controle abstrato no STF e confirma o viés majoritário ou deferente em relação à atividade legislativa. Assim, em 85% das vezes os atos normativos questionados foram declarados constitucionais, restando preservada a vontade comum majoritária nelas expressa. O autor apresenta pesquisa de Thamu Pogrebinschi sobre a atuação do STF nas ações de controle abstrato de constitucionalidade traça um panorama dos atos normativos do Congresso julgados pelo STF. A pesquisa "Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil" revela que entre 1988 e 2009 apenas 857 ações, 18,74% do total de ações julgadas pelo STF, foram atos normativos do Congresso Nacional. Esse resultado, cobrindo 21 anos, vai contra a ideia comum da produção legislativa do Congresso como alvo contínuo da atuação do STF. Das ações que receberam alguma decisão final (503 ADI e ADPF), apenas 25,65% receberam decisão de mérito. Em 21 anos, o STF apreciou o mérito de 129

ações de controle abstrato em face de legislação federal, tendo julgado 62 improcedentes e 67 procedentes ou procedentes em parte. Em 89,55% dos 67 casos, a declaração foi de parcial procedência, não sendo a norma invalidada e permanecendo em vigor. No final, restam duas decisões do STF que invalidaram normas editadas pelo Congresso Nacional. Em outras 44 vezes, houve impugnação parcial.

"Das ações julgadas pelo STF sobre normas oriundas do Congresso Nacional, 86,68% das decisões confirmam a constitucionalidade das normas atacadas e, assim, o STF endossa a vontade majoritária expressa na norma aprovada." (VICTOR, 2015, p. 211)

Utilizando análises empíricas, o trabalho de Victor (2015) revela que há uma prática de diálogo constitucional mais do que a alegada supremacia judicial em controle de constitucionalidade. Ao investigar a extensão e o grau de influência do STF a partir do controle de constitucionalidade, o autor contrapõe a experiência do diálogo constitucional ao aparente monólogo judicial em face da Constituição.

O monólogo judicial é anedoticamente representado na fala de Charles Hughes, político e advogado entre os séculos XIX e XX, governador de Nova Iorque: "Nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é", conforme citado por VICTOR, (2015, p. XXXX). O diálogo constitucional não deixa de ser, na perspectiva de Victor (2015) uma forma de prevenir o monólogo representado na fala de Hughes. A prevenção trazida aqui sinaliza uma possibilidade normativa do diálogo constitucional, correspondendo às pretensões analisadas por Bateup (2006). Porém, mais que a prevenção, o diálogo aparece em diversos estudos de base empírica apresentados por Victor (2015) como realidade factual. Ao acompanhar decisões judiciais sobre controle de constitucionalidade e seus efeitos, percebe-se que há menos uma atuação unilateral restritiva e definitiva por parte do STF e mais uma atuação conjunta, processual e dialógica entre as instituições maiores de cada Poder.

O Legislativo, por seu turno, também não age como um todo homogêneo. O Congresso, além de constituído por duas casas, é constituído politicamente e reflete, de forma mediada pela eleição e pelos processos que a determinam, determinada composição política entre coalizões, grupos e mesmo indivíduos diferentes. Os processos parciais e os conflitos internos, configurados em embates e tensões entre os grupos, são parte do diálogo. O diálogo interno ao parlamento faz parte do

diálogo constitucional e aproximar-se daquele ajuda a entender o diálogo constitucional e suas possibilidades.

O que os dados mostram é que, na prática, não há um controle de constitucionalidade que implique numa atuação da jurisdição prioritariamente contra a legislação. Mesmo quando há desacordo, essas situações são minorias e poucas vezes levam à invalidade da norma. Se o controle de constitucionalidade não se revela um monólogo impositivo, a possibilidade do diálogo é reconhecer a realidade do controle exercido nas relações possíveis intra e entre as instituições em matéria constitucional.

"A ideia é que, conforme foi exposto, o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. É preciso que os Poderes Judiciário e Legislativo tomem consciência da existência desse diálogo institucional e de suas potencialidades e, para isso, é necessário que a academia reflita sobre o tema e divulgue aos atores políticos e jurídicos as suas conclusões. (...) Seja em que formato for, o diálogo institucional é um fato que precisa ser reconhecido pela academia jurídica e pelos operadores do Direito para ser mais bem entendido e vivenciado." (VICTOR, 2015, pp. 233 e 234)

1.2.4 - Potencial Normativo

A confusão entre análises empíricas e considerações normativas no Direito Constitucional é um ponto problemático, de acordo com Meuwese e Snel (2013), decorrente da falta de clareza teórica a respeito do conceito de diálogo constitucional. Do lado empírico, o conceito de diálogo constitucional descreve o processo cada vez mais interativo que está ocorrendo na área de desenvolvimento constitucional entre o legislativo e o judiciário e entre os atores nacionais e internacionais entre si, bem como entre atores dentro do Estado de direito e aqueles fora. Por outro lado, se as relações institucionais não são objetos do estudo normativo, será mais difícil discernir se as características dialógicas da interação são meramente parte de uma realidade empírica ou parte de "como as coisas deveriam ser" de acordo com a doutrina constitucional.

Meuwese e Snel (2013) estão preocupadas tanto com a capacidade descritiva do conceito de diálogo constitucional quanto com sua potencialidade normativa. Uma separação estrita entre a análise empírica envolvendo o diálogo constitucional e os usos normativos tem suas próprias desvantagens. Bateup (2006), considerando várias versões de teorias nas quais o conceito de diálogo judicial é central, aponta que as teorias normativas são muitas vezes problemáticas na medida em que

supervalorizam o papel dos tribunais na tomada de decisões constitucionais e que as teorias explicativas ou descritivas que usam o diálogo constitucional como um conceito empírico “não oferecem uma versão normativa atraente do que a revisão judicial deve realizar na sociedade moderna” (p. 1122).

Em geral, as teorias institucionalistas trazem como questão o desenvolvimento da Constituição e apontam a direção da melhora do processo constitucional a partir da interação entre a Corte e os outros atores. Há, portanto, tanto um caráter descritivo como normativo (BATEUP, 2006).

O potencial normativo das teorias de diálogo constitucional é o objeto de estudo de Christine Bateup (2006). Em seu artigo, a autora provê uma consideração crítica das teorias de diálogo constitucional com objetivo de determinar quais dessas teorias detêm a melhor perspectiva normativa. Sua análise detém em duas etapas; a primeira, saber se as teorias atingem o objetivo de resolver a objeção democrática ao *judicial review*⁵; a segunda, superada a questão de legimitidade, verificar se as diferentes teorias sobre diálogo constitucional fornecem uma visão normativa atraente sobre o papel do *judicial review* no constitucionalismo democrático.

Na análise de Bateup (2006), as teorias de *equilibrium* e as teorias de parceria são as mais promissoras para o potencial normativo entre as teorias do diálogo constitucional, propondo uma fusão entre ambas. Uma compreensão normativamente satisfatória do diálogo constitucional emerge através da fusão dinâmica dos modelos de diálogo de equilíbrio e parceria. Como vimos, as teorias do equilíbrio concentram-se no papel do judiciário em facilitar e fomentar a discussão constitucional em toda a sociedade, enquanto os modelos de parceria chamam a atenção para funções institucionais mais distintas que os poderes judiciário e legislativo desempenham em diálogo um com o outro. Tal fusão se refere à incorporar o aspecto comunicativo interinstitucional foco das teorias da parceria com a capacidade do sistema judicial em influenciar o equilíbrio dinâmico da sociedade em torno de questões constitucionais.

A síntese desses entendimentos destaca que o diálogo deve, idealmente, incorporar tanto aspectos sociais quanto institucionais.

⁵ A objeção democrática ou o dilema democrática é central nas discussões sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, diante da ausência de legitimidade representativa do tribunal, que não é escolhido por meio de processo eleitoral periódico. O diálogo constitucional é uma perspectiva que busca responder a este dilema.

“Mais importante ainda, esta compreensão dualista do diálogo fornece a visão normativa mais forte do papel do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, e também a maior possibilidade de projetar sistemas constitucionais aprimorados que possam realmente cumprir a promessa dialógica. (...) Isso não apenas produzirá uma visão de diálogo que efetivamente dê conta dos diferentes papéis que os vários participantes podem desempenhar na elaboração do significado constitucional, mas também permitirá uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional.” (BATEUP, 2006, p. 1180)

O desafio que permanece para os teóricos constitucionais é pensar em mecanismos de design criativo que permitirão que essa visão de diálogo seja mais plenamente alcançada nos sistemas constitucionais de todo o mundo.

O potencial normativo da definição dual apresentada por Victor (2015) nas suas prescrições (“garantir a democracia” e “homenagear os ideais da constituição”) parece ir na linha do problema trazido por Bateup (2006) do potencial normativo e o responde na direção da qualidade do diálogo que garanta os direitos fundamentais, a organização política e o modo democrático.

Segundo Perry (1996) a Suprema Corte representa a comunidade política em face das diretivas morais e políticas fundamentais da comunidade, especialmente em contextos nos quais estas são relevantes e indeterminadas. Compete que, para além da teoria da adjudicação constitucional que é objeto do exame de Sampaio (2002), do ponto de vista institucional, a Suprema Corte não apenas representa a comunidade política como faz parte desta comunidade. No sentido amplo da política, que não a distancia do jurídico mas que encontra no jurídico uma forma e um momento de seu processo, o STF é um dos atores que dialogam na instituição da política construída na comunidade de outros atores, mais ou menos institucionalizados e mais ou menos formais. Seria, nesse sentido e de acordo com Sampaio (2002), a adjudicação constitucional uma das "primeiras institucionalizações da racionalidade auto-crítica" da comunidade política, um fórum institucional para desenvolvimento de argumentos narrativos sobre como ela deve viver. O potencial normativo, nesse caso, não se limita à procedimentalização dos procedimentos jurídicos da corte, mas da compreensão da própria interpretação jurídica constitucional como processo político.

Roach (2001) prefere o diálogo franco a qualquer monólogo e, nesse sentido, encarar os atos de fala do parlamento e do judiciário é o caminho de ação, ao invés de ignorar que existem, institucionalizados ou não. A resposta ao ativismo judicial não seria inércia ou dissimulação do papel no conflito, mas ativismo legislativo.

Nesse sentido vale resgatar a diferença entre ativismo judicial e judicialização que nos fala Barroso (2018), afastando do sentido pejorativo como é interpretado o ativismo judicial. Para Barroso (2018) o ativismo judicial é caracterizado por

“um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais” (p. 27).

É esse mesmo caráter proativo, expansivo no sentido da continuidade do diálogo e participativo na concretização dos valores e fins constitucionais que se busca na atuação legislativa em matéria de controle de constitucionalidade, para que, de fato, não se detenha o poder de dizer a constituição em apenas um espaço.

Outra implicação do estudo de Fisher (2014), apresentada em suas conclusões, é a leitura do processo de interpretação constitucional como aberto e voltado para o futuro, não preso ao passado. As tentativas e erros da Corte podem ser corrigidos, não são absolutos. A sua correção passa tanto pela revisão dos julgados pela Corte, quanto pelo escrutínio de suas decisões, pelo sistema político e pelos cidadãos. Nesse sentido, são ressaltados os aspectos processuais do diálogo, aberto para o futuro, sua composição de múltiplos atores, em que o tribunal entra em contato com outros pontos de vista, a natureza política do processo e sua relação com a sociedade ampla.

A temporalidade é importante também para Victor (2015). As ações se seguem cronologicamente, com cada instituição agindo e reagindo a partir do acumulado de decisões anteriores e de cenários atualizados. O que surge a partir das decisões é tão importante como o que a gerou. Nesse sentido, a Corte atua com os olhos voltados para o futuro, para onde vai a opinião pública em geral, e não para o passado, para os precedentes judiciais e as tradições.

"O Congresso, o Presidente, os estados e o público têm o dever de buscar outras alternativas ou convencer a Corte a revisitar e repensar posições anacrônicas. Não há justificção para deferimento automático ao judiciário devido às suas competências técnicas e independência política. Cada decisão de um tribunal está sujeita a escrutínio e rejeição por cidadãos e funcionários públicos. O que é 'final' em um estágio de nosso desenvolvimento político pode ser reaberto em alguma data posterior, levando a revisões, novas interpretações e reversões das doutrinas da Corte. Por meio desse processo de interação entre os poderes, as três instituições são capazes de expor fragilidades, controlar excessos e, gradativamente, forjar um consenso sobre questões constitucionais. Também por meio desse processo, o público tem a oportunidade de adicionar legitimidade e significado ao que poderia ser um documento estranho e de curta duração." (FISHER, 2014, p. 245).

1.3 - A IMPORTÂNCIA DOS DIÁLOGOS ENTRE STF E CONGRESSO

O *caput* do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 institui a guarda da Constituição como competência precípua do Supremo Tribunal Federal. Não necessariamente essa locução corresponde ao monopólio interpretativo da Constituição. No caso brasileiro, é na relação institucional entre o STF e o Congresso Nacional que a questão do diálogo constitucional ganha maior destaque, numa perspectiva institucionalista.

Afastando a imposição de monopólio interpretativo da constituição por parte do Supremo, Victor (2015) afirma que o diálogo institucional no Brasil ocorre de modo mais constante e mais natural do que em países de tradição liberal.

O Ministro Gilmar Mendes caracteriza nossa trajetória constitucional com uma tendência ao diálogo institucional (MENDES, 1999). A participação do Senado no controle de constitucionalidade, aplicando eficácia *erga omnes* à decisões de casos concretos, é prevista desde a constituição de 1934. O rol de legitimados para ações de inconstitucionalidade foi ampliado ao longo do tempo. A constituição de 1937 trazia a possibilidade de suspender, via ato legislativo, decisão judicial de inconstitucionalidade. Após a Constituição de 1988, a superação de decisões judiciais continua possível via emenda constitucional, por um lado, e alega-se inclusive, inconstitucionalidade formal de lei que revê interpretação da Corte Constitucional.

Victor (2015) afirma que mesmo em países em que o diálogo não foi institucionalizado, como é o caso do Brasil, não obstante, ele acontece, conforme visto em pontos anteriores.

Não é apenas a fala dos juízes da Suprema Corte sobre a Constituição que é decisiva, são também constituintes os procedimentos de institucionalização dessa decisão, por um lado, e a inserção dessa fala institucionalizada no diálogo com outras instituições democráticas constitucionais, por outro (VICTOR, 2015). Exemplos do primeiro caso passam desde pelo processo de conversão da fala dos juízes em votos que deverão seguir alguma regra, configurando regras de decisão para a jurisdição constitucional (PEREIRA, 2017) até as deliberações internas como fortalecimento de unidade institucional na institucionalização das decisões (SILVA, 2009). O segundo tópico será melhor abordado na discussão sobre esfera pública,

trazida a partir da perspectiva discursiva pra se pensar o diálogo constitucional para além das instituições do sistema político.

Na grande quantidade de casos em que diálogos institucionais foram travados entre o Supremo e Congresso, via de regra, há a superação da decisão judicial por Emenda Constitucional. De acordo com Victor (2015), é a forma mais comum de diálogo institucional entre STF e Congresso. A partir da aprovação da emenda, o congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo. A supremacia judicial, historicamente no nosso país, não foi regra pacífica.

A superação por meio de atos legislativos infraconstitucionais, caso do Estatuto da Família, é mais difícil. Entre a possibilidade de atos legislativos divergentes de decisão judicial anterior sobre a constitucionalidade de atos semelhantes, há diversas nuances, se é possível editar lei, se a lei é válida, se é constitucional etc. Mais do que o julgamento prévio, o que se defende na perspectiva do diálogo constitucional é que, diante de nova lei fruto da liberdade de conformação do legislador, a Corte deve se abrir ao diálogo institucional e aferir a compatibilidade material entre a nova lei e o texto constitucional. O STF, em alguns casos, se posiciona em relação à possibilidade de revisão por norma infraconstitucional de decisão judicial. A reversão da decisão por lei ordinária é possível, mas passa por nova decisão do STF, mesmo preliminar e monocrática, senão de mérito e colegiada.

Victor (2015) lista episódios de superação de decisões do STF pelo Congresso e pelo Executivo, ressaltando que a intensidade do conflito entre Poderes depende da publicidade do caso. Esta publicidade não se limita à cobertura midiática, mas na relação com os interesses em conflito na arena política e na esfera pública (SILVA, 2009).

Nos casos de omissão inconstitucional, o diálogo é mais evidente. Nesses casos, o STF convida o Congresso a falar institucionalmente sobre o tema. Também em casos polêmicos a decisão judicial se resguarda ao lugar provisório e, de certa forma, precário em razão de uma necessária legislação vindoura. Outras formas de diálogo são possíveis. De fato, as formas de diálogo institucional são múltiplas. Outro exemplo é quando há a pressuposição, por parte de parlamentares, de certa abordagem dos dispositivos normativos pela Corte Suprema, ensejando uma atuação no sentido esperado, o que nem sempre se concretiza mas evidencia o papel do diálogo institucional mesmo antes desse efetivamente acontecer. Na formulação das leis é presumido a atuação de diferentes institucionais e dialoga-se

com essa atuação. Um exemplo é o caso de descumprimento antecipado da constituição contando-se com a sua declaração de inconstitucionalidade sem comprometer o capital político em se votar, no parlamento, contra medida popular (ver caso da Ficha Limpa).

O Congresso também inova via interpretação constitucional diversa de anterior, voltada para solucionar questões práticas e políticas. A exemplo do trancamento de pauta no caso de MP não votada. Também a reedição de Medidas Provisórias é exemplo de atuação conjunta dos três poderes.

Naturalmente, o diálogo pressupõe a alteridade e heterarquia e envolve que o STF também esteja aberto ao diálogo com as demais instituições. Nesse sentido, Victor (2015) afirma que o tribunal deve estar alerta ao contexto político que circunda a reiteração da legislação pelo parlamento após declaração de inconstitucionalidade. Sua ação não deve ser de nova declaração de inconstitucionalidade meramente reativa, mas de compreender:

“a motivação do Poder Legislativo, bem como a interpretação da Constituição manifestada na peça legislativa editada, pois, com um postura como essa por parte da Corte, a construção dos significados constitucionais tem muito a ganhar. (...) A colaboração entre os Poderes, em especial Legislativo e Judiciário (Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal), no que concerne à interpretação da Constituição, permite-lhes a construção conjunta de sentidos constitucionais, de modo mais democrático e homenageador do ideal do estado de direito" (p. 230).

Na visão de Victor (2015), o diálogo institucional, especialmente entre STF e congresso nacional, incrementaria os índices democráticos do sistema jurídico-político, uma vez que não impede o recurso ao Judiciário e estimula a participação dos representantes eleitos na tomada de decisões constitucionais sobre os princípios mais amplos e sobre políticas públicas.

CAPÍTULO 2 - A DEMOCRACIA NA POLÍTICA DELIBERATIVA

Dentre as afiliações teóricas levantadas anteriormente, optamos por articular o conceito de diálogo institucional a partir da concepção de política deliberativa e da teoria discursiva de sociedade (HABERMAS, 1997a; 1997b). A ênfase nos aspectos comunicativos, racionalizáveis e procedimentais são motivos para esta opção teórica. Ao mesmo tempo, a política deliberativa estrutura a relação entre sociedade civil e sistema político para além do aspecto procedimental, como um ecossistema de relações ao invés de um exercício unidirecional de poder. Apresentaremos alguns pontos centrais desta perspectiva teórica, problematizando o controle de constitucionalidade a partir dela e expondo as articulações com o conceito de diálogo constitucional.

2.1 - ASPECTOS GERAIS

Diante das problemáticas assumidas pelo constitucionalismo democrático, diversos autores teoriam, com maior ou menor base empírica, sobre as possibilidades de realização dos direitos fundamentais e da democracia. É nesse sentido que Habermas (1997a; 1997b) contribui no entendimento do funcionamento do Estado Democrático de Direito. Analisando a tensão entre facticidade e a validade do direito, Habermas elucida a conversão do poder gerado comunicativamente em poder político, através do direito. Duas consequências surgem dessa análise, a partir do empírico e do normativo. Primeiro, a política deliberativa oferece uma teoria normativa da democracia e uma tradução sociológica (DURÃO, 2011). Segundo, o Estado Democrático de Direito se constitui como opção política e jurídica de institucionalização dos processos discursivos e dialógicos.

A posição de privilégio dessa perspectiva para o estudo dos diálogos institucionais e para os diálogos constitucionais é evidente, porém será devidamente abordada ao final do capítulo. Antes, é importante adentrar no que compõe o Estado Democrático de Direito e qual caminho este estabelece desde a transformação do

poder comunicativo em poder político, central para o funcionamento da sociedade politicamente institucionalizada em sistema político, e em como estas instituições se relacionam. Abordando esses aspectos gerais da teoria, pretende-se em seguida abordar como o controle de constitucionalidade é justificado e compreendido nesta perspectiva, visto a relação entre Supremo Tribunal e Congresso que iremos abordar a partir da constitucionalidade da família. Por fim, fazemos as articulações diretas entre o diálogo constitucional e a política deliberativa.

2.1.1 - O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito (*demokratischen Rechtsstaat*) constitui-se por meio de um nexos interno entre direito e política (DURÃO, 2009). Este nexos entre direito e política consiste em paralelamente realizarem funções próprias e, simultaneamente, realizarem funções recíprocas internamente. Como função própria, o direito regula os conflitos entre ações interpessoais ou coletivas; enquanto a política elabora programas coletivos de ação. Reciprocamente, o direito confere legitimidade à política enquanto esta dota as normas jurídicas de capacidade de coação. Esta relação entre o pólo normativo (o direito) e o pólo instrumental (a política) coloca em tensão a validade das normas e a facticidade dos direitos realizados através da política.

Para resolver a tensão entre validade e facticidade do direito, de acordo com Habermas (1997a), há uma forma de democracia que, em relação intrínseca com o direito, favorece a aproximação entre um direito que seja, ao mesmo tempo, válido e factual. Segundo o autor, a concepção deliberativa de democracia busca a partir da tensão interna entre direito e política construir o Estado Democrático de Direito tomando por base uma teoria discursiva do direito.

A tarefa da construção de uma sociedade democrática, a partir do Estado Democrático de Direito, está na capacidade de institucionalizar processos e pressupostos da socialização comunicativa e procedimentos que associem as deliberações institucionalizadas à opinião pública formada informalmente. Trata-se de proceduralizar a soberania popular e ligar o sistema político às redes periféricas de uma sociedade descentrada.

Nessa concepção de democracia - a política deliberativa - a forma procedimental e argumentativa de política, que institucionaliza pressupostos da ação comunicativa, está *pari passu* à formação da esfera pública, dos seus temas e posicionamentos, por meio da opinião e vontade públicas. Os dois aspectos - procedimentais/institucionalizados e discursivos/comunicativos - são fundamentais para a realização da política deliberativa.

Habermas (1997b) ressalta que o pluralismo político cultural necessário para a existência de uma esfera pública heterogênea e não captada por ou reduzida ao sistema político - que opera pelo meio do poder - se assenta numa base social nos quais os direitos de igualdade dos cidadãos conseguiram eficácia social, possibilitando que os conflitos sejam solucionados de forma comunicativa. A autonomia privada e autonomia pública, para Habermas, constitui o próprio nexo interno da Constituição.

Dessa forma, a realização do Estado Democrático de Direito, na perspectiva habermasiana, corresponde às necessidades colocadas pelo constitucionalismo democrático e propõe a forma de realização a partir da ação comunicativa institucionalizada na política deliberativa.

2.1.2 - Poder comunicativo e poder político

É através da socialização comunicativa que as pessoas entram em acordos, negociam, expressam vontades, compromissos e formulam orientações pragmáticas. Habermas (1997b) esclarece as formas possíveis do agir comunicativo orientado ao entendimento, mesmo em uma sociedade complexa e altamente funcionalizada como a nossa.

Garantir que a socialização comunicativa opere em níveis tão abstratos e institucionalizados de forma a garantir a participação e o entendimento característico de uma democracia é uma questão que Habermas busca responder no seu conceito de política deliberativa. Esta se exerce tanto na forma de procedimentos institucionalizados, estabelecidos também comunicativamente, e pela comunicação garantida entre centro do sistema político e a periferia da sociedade civil não organizada, através da esfera pública. Dessa forma, não há uma ruptura

intransponível entre Estado e toda a sociedade política na concepção de democracia trazida por Habermas (1997a; 1997b).

O fluxo em que o poder comunicativo, difuso na sociedade civil, se institucionaliza como poder político, administrativo e normativo, também passa a ser de responsabilidade para manutenção da democracia, na sua concepção procedimental. O poder comunicativo se reveste de uma forma jurídica e pode ser exercido pela via normativa ou administrativa.

Segundo Habermas (1997b) o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante para a política deliberativa e este não é garantido apenas pela procedimentalização democrática, como no voto e no processo legislativo. A formação da vontade pública ocorre junto à formação da opinião pública, em esferas formais e informais. Um exemplo concreto, apesar de distópico, é a influência de fake news no debate público, nas conversas informais, nos aplicativos de mensagens, e, por fim, na definição de eleições no mundo à fora. Esse processo de formação da "vontade geral" não acontece fora dessa arena política.

Por um lado, são necessários para a política deliberativa procedimentos que institucionalizem pressupostos da comunicação sobre os quais se articulam a ação humana e, por consequência, a política. Por outro, associam-se sistema político e sociedade através de uma esfera pública em que o poder comunicativo gerado dá legitimidade às decisões desse sistema e regula-se por fluxos comunicacionais entre a periferia dessa esfera pública na sociedade civil não formalizada e o centro no sistema político, institucionalizado no Estado.

A esfera pública é a arena pública de discussão entre os atores sociais. Estes encontros acontecem desde a vida cotidiana, numa linguagem que é acessível a todos e de forma pouco organizada, na praça pública, nos bares, cafés, reuniões familiares, associações de bairro, reuniões de condomínio, reuniões de pais e professores; até ambientes como os tribunais e parlamentos, onde discute-se a vida comum num ponto de privilégio em relação à centralidade do sistema político no Estado.

É importante notar que é então na esfera pública que assuntos tidos como consensuais são provocados e também são estabelecidos novos consensos. Os atores sociais, em cada situação de fala, se localizam em um referencial do que seja estabelecido como um referencial consensual, não discutido, e que permite a colocação de questões a serem negociadas e debatidas, ao mesmo tempo que este

referencial consensual legitima instituições e práticas culturais e orienta a ação dos próprios indivíduos.

A esfera pública se apresenta como uma generalização e uma abstração da estrutura espacial subjacente aos encontros entre atores em situações de comunicação. As arenas ou fóruns de debates, foros e palcos das situações de fala, são as metáforas arquitetônicas de um espaço social criado e que permite o encontro de atores e o compartilhamento intersubjetivo mediado pela linguagem. À concretude e ao imediatismo da noção espacial que acompanha tais interações, se opõem o caráter abstrato, genérico e potencialmente virtual da esfera pública. Ainda, como consequência, a constituição da esfera pública está associada à própria possibilidade dessa rede comunicacional, não à função que ela exerça ou aos conteúdos específicos que transitem (HABERMAS, 1997b).

É na esfera pública geral que novos problemas são captados, identidades coletivas e interpretações de necessidades são articuladas de modo mais livre e os discursos expressivos de autoentendimento são conduzidos. As esferas públicas particulares que se constituem podem introduzir na esfera pública política e no sistema político determinados conflitos existentes na periferia desse sistema, ou seja, na sociedade civil. Trata-se, porém, de identificar quais as razões subjazem às formações políticas de opinião e vontade sob determinadas condições.

Portanto, para Habermas (1997b), a construção de uma sociedade democrática está na capacidade de institucionalizar processos e pressupostos da socialização comunicativa e procedimentos que associem as deliberações institucionalizadas à opinião pública formada informalmente, ou seja, corrente em diferentes espaços, com a participação acessível aos diferentes atores e racionalizada comunicativamente.

A transformação do poder comunicativo em poder político proporciona a institucionalização do sistema político e do direito como meio de integração social. Os domínios de ação social organizados comunicativamente em instituições, orientadas para a integração social, passam pela transformação através do direito, por uma institucionalização legal. Isto torna possível que o direito atue como meio de justificação quando a validade das normas ou a legitimidade do atores em questioná-las é posta em dúvida. Também como meio de normatização pela sua proximidade e nexos internos com o poder político, conferindo a força coativa e o aparato institucional necessários.

Assim, as instituições passam a ter uma forma jurídica que reveste o poder político que se associa a elas. Ainda assim, para as instituições integradas comunicativamente que assumem uma forma jurídica, ao contrário das que são efetivamente constituídas pelo direito, o acesso a tal forma jurídica por seus atores se dá apenas no casos de conflito, sendo primariamente organizados por suas formas não-jurídicas (HABERMAS, 1997a). É uma distinção importante pois lidamos com dois tipos emblemáticos de instituições que foram constitucionalizadas, assumindo a forma jurídica, a família, e instituições que nascem a partir de uma institucionalização jurídica, como o parlamento e o STF.

2.1.3 - Sistema político e sociedade civil

A integração social é primeiramente realizada no mundo da vida, em que impera a racionalidade comunicativa e se constituem panos de fundo consensuais para questões socialmente relevantes. A existência dos sistemas, historicamente, é fruto de um processo originado no mundo da vida. As demandas com que a sociedade se depara, em cada momento histórico e social, são responsáveis por problematizar o que antes não era problematizado.

A integração social então é complementada de forma concorrente pela integração sistêmica, realizada através dos sistemas que operam por outra racionalidade que não a comunicativa. Como forma de aliviar o mundo da vida que se vê sobrecarregado a partir da diferenciação funcional da sociedade, bem como a complexificação de suas próprias estruturas culturais, sociais/institucionais e pessoais/socializadoras, a pretensão de validade não é dada a partir entendimento mútuo e a ação comunicativa abre espaço para a ação instrumental, teleológica, orientada para determinados fins. Os sistemas, entre eles o sistema econômico e o sistema político, operam por meio da racionalidade instrumental, dirigida a determinados resultados e que não utilizam a linguagem e o entendimento na elaboração sua pretensão de validade (HABERMAS, 1997a). No caso do sistema econômico, a ação instrumental terá como mediação o dinheiro; no caso do sistema político, o poder. Poder e dinheiro são, então, mediadores da ação humana que estruturam a integração realizada através dos sistemas econômico e político.

Para Habermas (1997b), o sistema político não é a ponta de uma pirâmide separada da sociedade civil e também não se confunde com a sociedade geral. O sistema político é entendido como um sistema de ação do lado de outros. Em uma concepção descentrada de sociedade, o sistema político deixa de ser encarado como centro ou ápice de um modelo estrutural da sociedade. Cabe ao sistema político comunicar-se através do direito com todos os demais domínios de ação legitimamente ordenados, independentemente de como se estruturam ou são regulados.

"Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui - ao lado da esfera pública política - uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento dos problemas de toda a sociedade" (HABERMAS, 1997b, p. 24).

Nas sociedades altamente especializadas, o sistema político regula administrativamente diferentes sistemas sociais e se articula comunicativamente através da esfera pública com os diferentes grupos e indivíduos. O sistema político opera segundo sua própria racionalidade, mediada pelo poder, paralelamente a outros sistemas sociais.

As discussões no sistema político tem potencial normativo por diferentes vias. Por um lado, a discussão no sistema político é resultado de um "sistema de comportas" (HABERMAS, 1997b) com raízes no mundo da vida que seleciona determinados temas e determinadas formas de tematizá-lo. Ou seja, fala da penetrabilidade de certos temas e formas do cotidiano para a esfera pública política. Por outro lado, é nessa discussão no sistema político onde se busca construir legitimidade para decisões judiciais, dispositivos legais e também políticas públicas. Se torna, pois, ponto de partida para diferentes ações normativas e administrativas.

Além desse potencial normativo, as discussões no sistema político têm importância do ponto de vista comunicativo e democrático. Segundo Habermas (1997b) o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante para a política deliberativa. A procedimentalização democrática, outro componente da política deliberativa, não garante tal nível discursivo que se direcione para a realização democrática de direitos. O sistema político também é sensível e capaz de ser direcionado, em algum grau, por processos discursivos de formação da vontade e da opinião pública, que ocorrem na esfera pública. Dessa forma, normativamente, o debate público deve atender determinados requisitos.

Existe então uma via dupla nos fluxos comunicacionais entre o sistema político e a sociedade civil, através da esfera pública. Num primeiro sentido, da esfera pública política à esfera pública informal, a capacidade do sistema político em publicizar determinadas questões, constituindo esferas públicas relacionadas a estes temas, e em exercer o poder administrativo a outros sistemas e mesmo colonizar o mundo da vida. No sentido oposto, da esfera pública informal à esfera pública política, na capacidade de trazer problemas sociais para o centro do sistema político a partir de sua captação, problematização e circulação pelos fluxos comunicacionais. É na capacidade de articular sociedade civil e Estado, bem como mundo da vida e integração sistêmica, que reside a importância da esfera pública. Esta compõe um conceito procedimental de democracia, encontrado através da política deliberativa (HABERMAS, 1997b).

A esfera pública organizada no complexo parlamentar é regulada por processos e tem a capacidade de aplicar administrativamente pelo caminho da legislação o poder produzido comunicativamente. Esta transformação de poder comunicativo em poder administrativo é garantido pelo fluxo comunicacional que serpeia entre a formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, mantendo uma continuidade da racionalidade comunicativa na influência do sistema político, ao lado da racionalidade instrumental do sistema.

O estudo da esfera pública política no seu ponto de comunicação com o sistema político apresenta um ponto privilegiado de observação dos problemas sociais trazidos e como são trazidos. Apresenta-se este momento como resultado de um caminho da periferia ao centro, pavimentado pelos procedimentos e deliberações; e como semente de um caminho do centro para periferia, dividido na influência sobre a conformação de esferas públicas, no poder administrativo e no uso do direito como meio de integração sistêmica a partir desse poder.

A importância dos diálogos constitucionais na esfera pública é marcante e desdobra-se nas possibilidades de diálogo entre atores que se estendem desde a sociedade civil informal até os complexos do sistema político. As instituições, entre elas STF e Congresso, tem ampla participação na construção da esfera pública, no seu funcionamento e na capacidade de comunicação, e, portanto, qualidade do debate público.

2.1.4 - As instituições do sistema político

Na concepção deliberativa de democracia (HABERMAS, 1997a), a construção de uma sociedade democrática está relacionada à qualidade das deliberações e como elas são institucionalizadas continuamente. Na situação em que o poder político é institucionalizado em poderes legislativo, executivo e judiciário, a sua procedimentalização precisa garantir que as instituições funcionem de acordo com o entendimento sobre o qual foram criadas.

Comparativamente, a clássica divisão de poderes, de Montesquieu, nesse sentido, divide o poder político isolando o Estado de outras forças da sociedade. Ainda que funcione no plano normativo, ou seja, no critério de validade do exercício desse poder, a divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário ignora importantes pontos factuais, de acordo com a perspectiva discursiva habermasiana. O primeiro é a origem desses poderes no agir comunicativo, que rompe com a circularidade entre "o poder do Estado existe porque é do Estado". O poder político é institucionalizado no Estado, mas o Estado não gera a si mesmo. Os poderes legislativo, executivo e judiciário são uma forma de institucionalizar o poder político, que é anterior ao Estado, mas se institucionaliza nele. O segundo ponto factual que não corresponde a essa divisão é a presença de outros poderes atuando sobre a sociedade e sobre o Estado. Essa atuação acontece na instrumentalização do sistema econômico e do sistema político sem uma racionalização correspondente. Ou seja, a influência que o dinheiro, a burocracia e os grupos de interesse fortes podem exercer no funcionamento dos poderes do Estado, independente de sua divisão em Legislativo, Judiciário e Executivo.

Oposta à concepção que totaliza o poder no Estado ou que o justifica a si mesmo, a concepção de democracia na política deliberativa insere o sistema político em uma ampla arena em que processos comunicativos se institucionalizam em poder político.

O que Habermas (1997b) defende a partir do conceito de política deliberativa é que o sistema político, ao lado e em relação com outros sistemas, promova uma socialização discursiva de uma comunidade jurídica. Por sua vez, tal comunidade estrutura a partir de uma constituição o próprio sistema político. Dessa forma, o sistema político permanece dependente das realizações dos outros sistemas, de forma mais ou menos direta, como no caso das realizações fiscais do sistema

econômico ou da captação de novos temas ou formas de abordar circulantes nas esferas públicas. As instituições, nesse sentido, instrumentalizam o sistema político legitimado comunicativamente.

Dessa forma, as instituições surgem numa perspectiva discursiva por meio da procedimentalização do agir instrumental, dirigido para determinados fins. Diferente do agir comunicativo orientado para o entendimento, comum em esferas do mundo da vida que não foram institucionalizadas, os pressupostos de validade não estão à disposição dos envolvidos. Pelo contrário, o poder comunicativo é derivado em formas institucionais de resolução dos conflitos. Essas instituições podem ser reconhecidas na forma jurídica ou serem constituídas a partir dela. A configuração do sistema político ocorre com a institucionalização do poder político como meio de resolução dos conflitos, não mais disponível para os participantes a partir dos pressupostos da socialização comunicativa. A racionalidade desse sistema político depende, porém, da contínua transformação do poder comunicativo em poder político e vice-versa, que não termina no surgimento das instituições.

A comunicação na esfera pública é central, tanto do ponto de vista empírico quanto normativo. A esfera pública geral, como dito anteriormente, é composta de esferas públicas parciais, formais ou informais, com duração e tema diversos (HABERMAS, 1997b). A esfera pública política, ainda que descentrada, encontra um núcleo de ação institucionalizado no sistema político, notadamente no complexo parlamentar. A esfera pública política diz respeito à publicidade das discussões que tem como matéria “as coisas do governo e da política” em diferentes espaços. A publicidade é entendida como “propriedade comum a todas as coisas que são abertas, descobertas, disponíveis, acessíveis” (Gomes, 2006, p. 4). A esfera pública política se caracteriza pela discussão pública sobre os assuntos políticos; a publicidade é a abertura para a discussão pelos atores sociais de temas disponibilizados e acessíveis. Contrasta-se com a publicidade, ou com a esfera pública, o domínio das comunicações reservadas, veladas; o domínio da privacidade ou da esfera privada.

Tanto a procedimentalização da política deliberativa quanto a comunicação entre sistema político e sociedade civil descentralizada na esfera pública fazem parte do funcionamento das instituições. A relação entre sistema político, seus atores, diferentes instituições, públicos fortes e fracos, organizações, mídia, associações e toda a esfera pública é feita através de meios instrumentais e comunicativos. O

diálogo entre as instituições, sobretudo o diálogo constitucional, é peça-chave nessa dupla construção, entre poder comunicativo e poder político.

Qual o diálogo possível quando se trata da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, sobretudo no controle de constitucionalidade? Há alguns apontamentos na perspectiva da política deliberativa que traremos a seguir.

2.2 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PERSPECTIVA HABERMASIANA

Como o diálogo entre STF e o Congresso acontece sobretudo na seara do controle de constitucionalidade, partimos à exposição de como o controle de constitucionalidade é entendido no contexto da política deliberativa. Habermas (1997a) irá abordar o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional a partir da teoria discursiva. É central entender qual o papel do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito para o qual a sua teoria discursiva busca contribuir.

2.2.1 - Controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito

O controle de constitucionalidade no Estado democrático de Direito busca articular paradigmas republicanos e liberais de Estado e Constituição. Em outras palavras, o direito constitucional estabelece princípios procedimentais que relacionam o Estado que conserva o direito e o Estado que planeja (HABERMAS, 1997a).

Do ponto de vista das condições processuais que garantem legitimidade à formação institucionalizada da opinião e da vontade, decorrentes da visão republicana de política, os discursos políticos devem tematizar as orientações axiológicas e interpretações de carências e com isso a própria compreensão pré-política de si mesmo e do mundo para poder transformá-las de forma razoável (racionalização); esta transformação é obtida a partir do princípio do discurso em que pese a possibilidade de diferentes razões serem articuladas para que seja simétrico em relação a todos os participantes. Os cidadãos são participantes do

processo discursivo da formação da opinião e da vontade a partir de sua capacidade de autodeterminação. O processo político só pode validar uma norma societal como lei dada se inseri-la nesse processo gera maior entendimento; se há procedimentos que garantem que não seja impositivo e respeite a liberdade e a identidade; e se essas condições realmente prevaleceram no processo de formação da lei.

O tribunal não se posiciona como neutro do processo político, mas ativo nesse processo (ativismo judicial) para buscar realizar o ideal republicano a partir da realidade constitucional.

O modo vitalista de autodeterminação democrática não é presente somente quando em oposição ao poder legislativo do Estado e para ser tutelada pelo Tribunal Constitucional nos chamados momentos constitucionais quando rompe com o ethos da comunidade; Habermas insere o lugar contínuo do Tribunal Constitucional em buscar legitimidade através do processo deliberativo a ser resguardado. O Tribunal Constitucional protege o estado republicano não como um ethos comunitário mas como um processo deliberativo (tanto procedimental como também informal nas redes de comunicação).

O processo de normatização jurídica que o tribunal constitucional realiza tem a legitimidade fundada na política deliberativa e o tribunal deve utilizar os meios disponíveis de sua competência para que essa deliberação ocorra realmente em todo o processo. A política deliberativa, que tem a pretensão de formar arenas políticas sob pressupostos comunicativos, corresponde tanto à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares quanto à formação informal da opinião na esfera pública política.

Os argumentos do tribunal não são políticos (pois não dispõem dos mesmos) ou hipotéticos, mas argumentos fáticos. Não basta que os argumentos objetivos justifiquem a lei, é preciso que seus fins legítimos, na ótica dos civis, sejam publicizados como decorrência de interesses privados ou produtos de um processo deliberativo que fundamenta sua legitimidade.

Na teoria do discurso, os direitos e deveres são entendidos como fundados em relações recíprocas de reconhecimento, formando um sistema de direitos de conteúdo intersubjetivo. O poder político não pode ser legitimado pelo direito que ele mesmo normatizou. Nem no legislativo, nem no executivo, nem no judiciário. O judiciário então dispõe de argumentos legitimadores a serem extraídos da constituição na perspectiva da aplicação do direito. A interpretação imediata (não

mediada pela lei) e a configuração do sistema de direitos não são permitidas, não estando disponíveis para os aplicadores.

O tribunal constitucional, então, protege o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Sobretudo, examina conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Dessa forma, tem por função manter livres os canais de formação da opinião e vontade públicas, e se baseia em uma dimensão intersubjetiva do direito, sinalizando para a socialização horizontal que precede a afirmação perante o Estado e que está na base da tensão entre a validade e a facticidade do direito.

Para a política deliberativa, somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito em um Estado Democrático, lembrando que tais condições envolvem a institucionalização de procedimentos e também a qualidade da comunicação na esfera pública.

2.2.2 - Constituição para a teoria discursiva

Para a política deliberativa, a Constituição se refere à interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e autonomia pública. Dessa definição, é extraível o aspecto processual que incide na compreensão procedimentalista da constituição, ainda que não seja sua única causa. Também, a interpretação é entendida como parte da formação da constituição. Se diferencia da criação da constituição pois a interpretação não tem à sua disposição a configuração do sistema de direitos a partir dos princípios, que já estão fundamentados tanto do ponto de vista comunicativo de deliberação quanto do ponto de vista de sua institucionalização pelo sistema político, inclusive pela normatização através das leis e dispositivos constitucionais. Por fim, a noção de nexo interno entre autonomia privada e autonomia pública é o ponto crucial, em que as tensões entre constitucionalismo e democracia, bem como entre direitos fundamentais e organização política, são articuladas como condição fática e possibilidade normativa.

De acordo com a teoria discursiva, a constituição determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos assumem seu direito de autodeterminação e

cooperativamente perseguem o objetivo de condições de vida equitativas. Por isso é vista como um nexos interno entre autonomia pública e privada.

No controle de constitucionalidade, o tribunal constitucional apela a uma autoridade derivada da soberania do povo, entendida numa concepção procedimental de constituição. Há importância da sociedade civil e da esfera pública política para manutenção da solidariedade como força de integração social, garantida comunicativamente pela prática de entendimento dos cidadãos.

Assim, o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilitam a autonomia privada e pública dos cidadãos. Precisa examinar especialmente conteúdos de normas controvertidas, sobretudo no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Em relação aos processos comunicativos, é função constitucional nessa perspectiva manter livres os canais de formação da opinião e vontade públicas.

Da mesma forma que a gênese da lei na contenção normativa contínua do povo possibilita a constituição republicana, a jurisprudência constitucional republicana é baseada em um processo que reforça a representação através da manutenção do engajamento popular jurisgerativo. Ou seja, se republicanamente, é seguida a vontade do povo e isto é conseguido através dos procedimentos de formação da lei (legislação), o que cabe à jurisprudência constitucional é ajudar a manter que essa vontade popular continue sendo representada (através de sua formação e da formação da lei). De certo, a procedimentalização tem o seu tributo a pagar com as concepções republicanas, resgatadas por Habermas de forma crítica. Da mesma forma, a proteção aos direitos fundamentais é resgatada no diálogo com as concepções liberais, ainda que a sua crítica crie uma nova forma de entender essa proteção.

2.2.3 - Política deliberativa e racionalidade da jurisdição

O ponto de partida para o exame da racionalidade da jurisdição é que esta deve satisfazer os critérios de segurança do direito e de aceitabilidade pela razão. Porém, para Habermas (1997a) não se trata de postular exigências ideais, e sim de

estabelecer procedimentalmente na prática jurídica esses pressupostos pragmáticos de segurança e aceitabilidade.

Para o autor, a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. A legitimidade do direito vigente, por sua vez, depende da racionalidade do processo de legislação. E o processo de legislação não se encontra à disposição de quem irá aplicar o direito. Por isso, a jurisdição constitucional se estabelece na relação entre justiça e legislativo.

A relação entre tribunal constitucional e legislador político é controversa e coloca a questão de qual racionalidade a constituição confere ao processo legislativo. Nesse caso, há concorrência entre tribunal constitucional e legislador democrático. O controle abstrato é feito, até a votação dos projetos de lei, pelo próprio parlamento; após, pelo reexame judicial. O controle abstrato no legislativo, feito até a votação, é passível de ser feito como forma de autocontrole pelo próprio legislativo mesmo em revisão ou segunda instância. São formas de garantir que o conteúdo normativo dos princípios constitucionais esteja presente no próprio processo de legislação e podem ser operacionalizados nas comissões parlamentares e na deliberação entre os parlamentares.

Habermas (1997a) entende o controle abstrato de normas como função do legislador, delegada ao tribunal constitucional por razões pragmáticas e político-jurídicas. Dentre as competências do Tribunal Constitucional, está o controle abstrato de normas. O controle abstrato das normas deve referir-se principalmente às condições da gênese democrática das leis. Por óbvio, essa gênese democrática está relacionada a todos os pressupostos comunicativos procedimentalizados e ao nível discursivo do debate público, sobretudo na relação entre sistema político e sociedade civil. Não é bastante para a gênese democrática das leis o seguimento dos procedimentos que instrumentalizam o poder político institucionalizado. A gênese democrática que orienta o controle abstrato é entendida no contexto da teoria discursiva e da política deliberativa, de modo que somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Nesse sentido, são conceitos-chave para o Direito Constitucional os princípios procedimentais que relacionam o Estado que conserva o direito e o Estado que planeja.

Concretamente, justifica a racionalidade da jurisdição constitucional a partir de uma jurisprudência constitucional ofensiva para imposição do procedimento

democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade públicas.

2.2.4 - Reconstrução discursiva

Habermas (1997b) fala da reconstrução discursiva que os tribunais constitucionais operam para realizar seus fins democráticos de acordo com os pressupostos comunicativos. Primeiramente, é importante esclarecer que os tribunais constitucionais não apresentam apenas uma função. Para Habermas (1997b) há um conjunto de funções enfeixadas na atuação dos tribunais constitucionais (especialmente o Alemão e o dos EUA, que estuda). A função de uniformização do direito acontece a partir do controle concreto e na relação do Tribunal com o Poder Judiciário na forma de reflexão e autocontrole. A mediação ou resolução de conflitos entre os órgãos, inclusive entes federativos é outra função que corresponde à uma necessidade tecnicojudicial de resolução e, na prática, deriva da impossibilidade de coerção entre os poderes. Por fim, o controle abstrato de normas, conforme dito anteriormente, ocorre na concorrência entre tribunal constitucional e legislador democrático.

Nesse sentido, o controle abstrato de constitucionalidade não é exclusividade do Judiciário nem acontece somente após a promulgação das leis. Antes da promulgação, enquanto tramita pelo complexo parlamentar, é exercido como forma de autocontrole pelo próprio legislativo, utilizando inclusive, para isso, procedimentos de revisão ou segunda instância.

Esse controle feito pelo próprio legislativo é importante forma de garantir que o conteúdo normativo dos princípios constitucionais esteja presente no próprio processo de legislação. Esses procedimentos podem ser exemplificados no funcionamento das comissões de constituição e justiça, bem como nos procedimentos de deliberação no parlamento e no plenário. Ainda que sejam a forma de autocontrole do legislativo, ao se proceduralizar institucionalmente, também se constituem parâmetro para avaliação pelo Judiciário, em momento oportuno.

Por outro lado, a partir das deliberações públicas, criam-se feixes de argumentos que são publicizados na busca por legitimidade dos atos normativos e políticos, ao lado da proceduralização institucional. Os argumentos trazidos nas

deliberações públicas, inclusive aquelas que acontecem no seio do sistema político, como no complexo parlamentar, devem corresponder à racionalidade comunicativa que fundamenta a própria constituição do sistema político na perspectiva discursiva. Os pressupostos da racionalidade comunicativa, porém, nem sempre estarão presentes no contexto fático.

A inteligibilidade necessária, a verdade relacionada com o mundo objetivo, a correção diante dos acordos intersubjetivos e a veracidade da pretensão dos agentes são, portanto, elementos sob os quais serão cotejados os argumentos utilizados nas deliberações, tanto do ponto de vista procedimental quanto da formação de opinião pública e vontade públicas. As perturbações à racionalidade comunicativa são de ordens diversas e falam tanto do funcionamento interno do sistema político quanto da comunicação deste com outros sistemas e outros pontos da esfera pública.

Do ponto de vista das relações tidas como externas, destaca-se a capacidade de interferência do poder privado, especificamente o poder econômico mediado pelo dinheiro, substituindo a racionalidade comunicativa do agir orientado para o entendimento pela racionalidade instrumental mediada pelo dinheiro e que se orienta, entre outros, para a acumulação e concentração. Não se nega a participação de agentes econômicos na esfera pública ou a importância dos argumentos econômicos. O que se coloca em cheque é a capacidade do sistema econômico em substituir o processo comunicativo pela busca de seus interesses particulares. Nesse sentido, não se sustenta publicamente a racionalidade instrumental do sistema econômico; ora se nega a influência do meio dinheiro para a definição de questões políticas e normativas, ora se colocam como argumentos de racionalidade comunicativa. A relação com a formação da opinião pública, mediada tanto pelo dinheiro quanto pela *mídia*, também se coloca como requisito de análise racional que orienta para o modo discursivo de legislação e busca a deliberação presente no processo legislativo, contra o poder privado e que não se sustenta publicamente.

Internamente ao sistema político, há a possibilidade de que o poder político busque justificar a si mesmo, dessa forma se afastando dos pressupostos de legitimidade das decisões e que se assentam na comunicação, originária e contínua, com a soberania popular definida na perspectiva discursiva como descentralizada e não resumida aos procedimentos de voto e legislação. Há, é claro, a deterioração da

comunicação com a esfera pública, porém, se destaca que internamente isto afeta a qualidade das deliberações e a correspondência dos argumentos aos pressupostos da ação comunicativa. Até que ponto os argumentos apresentados para o uso do poder normativo em determinado sentido, por meio da legislação, são argumentos inteligíveis, verdadeiros, sinceros e retos?

Nesse cenário, algumas possibilidades são associadas ao tribunal constitucional enquanto guardião da democracia deliberativa. Novamente, entende-se a constituição como nexos internos entre autonomia privada e autonomia pública. A primeira diz respeito à salvaguarda dos direitos fundamentais e a segunda à possibilidade de participação da vida pública e das decisões políticas.

Os direitos fundamentais são tidos como princípios de uma ordem jurídica geral. A fundamentação com base nos direitos fundamentais substitui a fundamentação em leis nas decisões da jurisdição constitucional, por ser ela própria anterior, no sentido de fundamentar a constituição, a elaboração de leis e a participação política. A proteção aos direitos fundamentais funciona como garantia de condições para exercício da autonomia segundo os princípios do discurso e da democracia.

No controle de constitucionalidade a partir da política deliberativa, a jurisdição opera na reconstrução discursiva de uma determinada parte da comunicação. Todo o processo de elaboração da constituição, que não se encerra na sua escrita mas estende-se na elaboração de novas leis e na interpretação das mesmas, segue procedimentos institucionalizados e também processos de conversão de poderes sociais em poder político institucionalizado.

Para a reconstrução discursiva, o judiciário dispõe de argumentos legitimadores a serem extraídos da Constituição na perspectiva da aplicação do direito. Novamente, ainda que a aplicação e a interpretação sejam momentos criativos, se diferenciam da criação de normas por não dispor dos princípios para configuração do sistema de direitos. O Tribunal Constitucional dispõe de feixes de argumentos, presentes na Constituição e no processo legislativo amplo senso que dá origem às normas e atos que se questionam no âmbito do controle de constitucionalidade. Na perspectiva deliberativa, o judiciário desamarra o feixe de argumentos para recompô-los de acordo com os princípios do direito vigente a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular.

A decisão coerente também é entendida a partir dos pressupostos comunicativos de inteligibilidade, verdade, sinceridade e retidão. Esses pressupostos comunicativos devem estar presentes não apenas nas decisões judiciais, mas no processo de elaboração das normas e dos atos administrativos.

A atuação do Tribunal constitucional, nesse sentido, identifica interesses particulares, podendo limitá-los, ao mesmo tempo que pode incitar a deliberação por meio das agências reguladoras ou próprio legislativo, por exemplo, na comunicação com a sociedade. A presença do outro excluído se alinha com as pretensões contramajoritárias da Corte e também se traduz a partir do reconhecimento das vozes de grupos sociais autoconscientes, trazidas para o contexto legal-doutrinal. A realização das audiências públicas é um, mas não o único exemplo. Por certo, as possibilidades procedimentais não são as únicas, assim como o cuidado com a realização do procedimento institucionalizado não encerra o papel do Tribunal.

A reconstrução discursiva trata também da comunicação, interna ao sistema político e na relação deste com a sociedade. Ou seja, no acompanhamento dos fluxos comunicativos responsáveis por gerar poder político a partir do poder comunicativo e vice-versa. O direito constitucional precisa atender as condições de manutenção da política deliberativa que legitima e realiza o direito, a democracia e a Constituição. Aproximar a validade e a faticidade do direito continua como desafio presente no controle de constitucionalidade.

2.3 - O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NA POLÍTICA DELIBERATIVA

2.3.1 - Por que uma abordagem discursiva?

Neste ponto buscamos abordar como o diálogo constitucional se localizada na política deliberativa, trazendo construções teóricas em torno do diálogo institucional e constitucional e a teoria discursiva que em se baseia a política deliberativa. A pretensão não é o aprofundamento teórico, mas evidenciar como algumas construções conjuntas são possíveis e auxiliam no entendimento do contexto fático de desenvolvimento dos diálogos constitucionais. Ademais, a potencialidade

normativa dos diálogos ganha peso com o uso da política deliberativa no seu aspecto normativo.

Conforme abordamos anteriormente, conceitualizar diálogo constitucional não é uma tarefa fácil nem o conceito se apresenta sempre delimitado (MEUWESE & SNEL, 2013). Além da multiplicidade de perspectivas teóricas, há diferentes níveis de delimitações conceituais que nem mesmo estarão necessariamente associadas a uma perspectiva teórica.

Apesar de nos parecer uma associação óbvia, o diálogo institucional não é abordado a partir da perspectiva habermasiana de forma habitual, sendo mais frequente à associação com outros autores (MEUWESE & SNEL, 2013; BATEUP, 2006; VICTOR, 2015). O ganho para o entendimento dos diálogos institucionais com a teoria discursiva está em localizar o conceito teoricamente numa perspectiva sociológica e normativa. Além disso, este arcabouço teórico parte da ação comunicativa para o entendimento do direito e da democracia, temas que nos parecem muito próximos ao campo conceitual do diálogo institucional. A procedimentalização e a comunicação na esfera pública também parecem coadunar com a perspectiva dialógica institucional.

Porém, se não há apenas um conceito de diálogo institucional, é necessário que se explicita qual a perspectiva a que nos referimos. O referido levantamento de Meuwese & Snel (2013) organiza as perspectivas teóricas em que localizam o conceito de diálogo constitucional e retomam a classificação de Bateup (2006). Dentro das perspectivas abordadas, as teorias institucionalistas e contextualistas são de especial importância. Entendemos que a teoria discursiva, por suas características, pode focar diferentes aspectos e ser localizada tanto como parte das teorias institucionalistas como parte das teorias contextualistas.

As teorias institucionalistas são divididas por Bateup (2006) entre teorias de construção coordenada, de princípio judicial, de parceria e de *equilibrium*. A autora propõe uma fusão entre as teorias de parceria e *equilibrium* e é no sentido dessa proposta que a teoria discursiva se encontra. De forma geral, as teorias institucionalistas são a maior parte das teorias que abordam o diálogo constitucional (MEUWESE & SNEL, 2013) e focam no processo institucional pelo qual as decisões sobre o significado constitucional são tomadas.

Enquanto as teorias de construção coordenada tratam o processo institucional a partir da independência harmônica, as teorias do princípio judicial inserem o

judiciário numa perspectiva institucional preferencial para o controle de constitucionalidade e para o diálogo constitucional. Na teoria discursiva a relação entre os poderes não é externa, nem se limita aos procedimentos coordenados, assim como a atuação do judiciário não é feita de um topo em relação ao sistema político, mas como parte de um ecossistema. A teoria discursiva se aproxima da fusão entre teorias de *equilibrium*, na medida em que trata do papel das instituições, sobretudo do sistema político, no funcionamento da sociedade como um todo; e as teorias de parceria, na medida em que enfatiza a dimensão dialógica e o processo comunicativo entre as instituições, sem presumir que as Suprema Cortes estão mais aptas para dizer os significados da constituição.

Além de compartilhar aspectos das teorias institucionalistas de *equilibrium* e de parceria, a teoria discursiva se aproxima das teorias contextualistas. De acordo com Meuwese e Snel (2013), estas teorias se referem à dinâmica externa às instituições. Nesse caso, a formação da vontade pública na esfera pública ultrapassa os limites institucionais e se caracteriza, inclusive, por espaços que operam por outras lógicas e atingem elevados graus de informalidade. A relação entre diferentes públicos e grupos sociais também é uma possibilidade a partir da teoria discursiva que fundamenta a política deliberativa.

Em comum com as teorias institucionalistas e contextualistas, a teoria discursiva situa o diálogo institucional além de critérios ou técnicas interpretativas que juízes usam ou devem usar, mas na relação entre instituições com a sociedade (*equilibrium*) a partir dos fluxos entre poder político e poder comunicativo que são institucionalizados administrativamente (parceria) e que se comunicam na esfera pública com os processos de formação da opinião pública e da vontade pública da sociedade civil (contextualista).

Ao mesmo tempo que buscamos, nesta pesquisa, nos aproximar de aspectos contextuais através da formação discursiva de diferentes grupos, o foco é o diálogo entre instituições, no caso, o STF e a Câmara dos Deputados.

2.3.2 - Revisitando conceitos

Feita essa localização teórica, conforme o guia proposto por Meuwese & Snel (2013), cabe visitar a definição apresentada e lê-la no contexto da política

deliberativa e a partir da teoria discursiva. O que caracteriza o diálogo constitucional é o caminho intermediário entre supremacia judicial e a supremacia legislativa, em que tribunais e legislaturas participam para o equilíbrio entre princípios constitucionais e políticas públicas e se aplica em qualquer contexto em que as legislaturas possam “responder” a decisões judiciais que anulem a legislação. Tanto supremacia judicial como soberania legislativa, a partir da teoria discursiva, são elementos normativos ideais e que comunicativamente não se justificam, por operarem via poder político para fazer valer sua pretensa soberania. O caminho da teoria discursiva é esclarecer o funcionamento interligado em que o judiciário opera com normas a partir da soberania do ponto de vista comunicativo e o legislativo tem como fonte de legitimidade procedimentos democráticos que devem preservar a validade da legislação. O equilíbrio entre princípios constitucionais e políticas públicas representam o nexos interno entre direito e política a que a democracia e o constitucionalismo respondem. A possibilidade das legislaturas em responder às decisões judiciais afastam as situações de última palavra que inviabilizam qualquer concepção de diálogo ou de discurso.

O diálogo constitucional, na política deliberativa, pode ser entendido como os processos comunicativos em diferentes pontos da esfera pública que se desenvolvem em torno da interpretação, revisão, escrita ou emenda da Constituição.

Como os diálogos constitucionais podem ser estabelecidos entre diferentes participantes da esfera pública, nem sempre se referem à participação das instituições. Por isso, nem todos os diálogos constitucionais serão diálogos institucionais e vice-versa. Os diálogos institucionais envolvem a participação das instituições que compõem o sistema político ou o mundo da vida.

O diálogo é um dos fluxos comunicativos na esfera pública. Quando se trava entre as instituições, carrega certas características que o definem como institucional, inclusive na capacidade de articular o poder político em procedimentos institucionalizados. Opera, assim, pela racionalidade instrumental dirigida para os fins determinados, via poder administrativo. Quando envolve processos de criação, interpretação, escrita e revisão de temas constitucionais, se estabelece como diálogo constitucional.

O objeto de análise é, então, como os diálogos constituem os fluxos comunicativos da esfera pública, especialmente na comunicação do sistema político com a sociedade civil, por um lado, e como estes se procedimentalizam em ações

institucionais. O componente procedimental dos diálogos constitucionais corresponde, em certa medida, à sequência legislativa (HOGG & BUSHELL, 1997, apud VICTOR, 2015). Nesse caso, qualquer resposta do Parlamento à decisão do Judiciário representa uma sequência no diálogo, não encerrado na decisão judicial mas aberto pelo legislativo. Mesmo quando não há comunicação expressa, a sequência de procedimentos que se relacionam compõe, de algum modo, o diálogo institucional. O que, além dos procedimentos institucionalizados, as decisões geram em termos de ação comunicativa, complementa o diálogo institucional. Dessa forma, podemos falar no diálogo constitucional mesmo quando os procedimentos entre Parlamento e Corte se seguem sem ligação direta ou sem continuidade temática, necessariamente.

2.3.3 - Os fluxos comunicativos na política deliberativa e no diálogo constitucional

Se o diálogo constitucional não se prende às instituições, de acordo com as teorias contextualistas, os fluxos de comunicação não são apenas os estabelecidos entre as instituições, alcançando, inclusive, a opinião pública. Nesse sentido, Meuwese e Snel (2013) afirmam que a opinião pública pode alcançar a Corte Constitucional por diferentes caminhos: por meio de indivíduos que trazem ações judiciais para testar os limites de uma decisão constitucional, por artigos acadêmicos, por lobby formal ou informal de grupos de interesse, pela atenção da mídia etc. O tribunal desempenha, nesses casos, um papel importante no sistema mais amplo de diálogo, servindo como facilitador de uma discussão nacional mais abrangente sobre o significado constitucional. A questão mais premente, nesse ponto de vista, se torna “até que ponto o debate popular e a pressão política resultante levarão à produção de visões estáveis e amplamente apoiadas sobre questões constitucionais?” (FRIEDMAN, 1998). Essas visões, por certo, não dependem apenas dos atos de fala da Corte, mas da relação entre essas falas e as organizações da sociedade política e civil.

Diante desta comunicação entre sociedade civil e instituições políticas, trazemos algumas questões provenientes da política deliberativa. Os fluxos comunicativos na esfera pública e o processo de formação de opinião pública são

pilares da política deliberativa, ao lado da procedimentalização dos pressupostos comunicativos. A esfera pública, como vimos, não se limita às instituições, nem mesmo aos domínios de ação formalizados, se estendendo em sua periferia até os encontros mais ocasionais. Por isso, nessa perspectiva, não há como isolar o diálogo entre as instituições de processos comunicativos mais amplos. A comunidade científica, os grupos de interesse, a mídia, entre outros, são formações sociais que se posicionam mais ou menos explicitamente e geram tarefas de entendimento e influência política a serem metabolizadas na esfera pública. O exemplo trazido por Meuwese & Snel (2013) relata um dos sentidos em que o fluxo comunicativo se direciona na esfera pública política, indo da sociedade civil para o núcleo do sistema político. Nesse sentido específico, a tematização no judiciário ou no complexo parlamentar é feita a partir da possibilidade desses diferentes grupos influenciarem o sistema político. Essa influência não ocorre apenas do ponto de vista do poder comunicativo, visto que na esfera pública coincidem também a atuação do poder econômico, mediado pelo dinheiro, e da própria mídia. O outro sentido do fluxo comunicativo parte das decisões do sistema político, transformadas em normas e programas de ação dotados de poder administrativo, por um lado, e que continuam mobilizando debates e circulação das informações, por outro. Nesse caso, o questionamento de Friedman (1998) torna evidente que a estabilidade e amplo apoio são objetivos para as respostas constitucionalmente dadas (por um tribunal, por exemplo) que não dependem apenas de sua capacidade de institucionalizar suas decisões a partir do ponto de vista administrativo.

Por um lado, o poder administrativo do sistema político não está somente nas mãos de uma única instituição. Mesmo em situações de controle de constitucionalidade concentrado em um Tribunal Constitucional, como vimos, é difícil estabelecer, de fato, uma “palavra final”. O poder institucionalizado no Legislativo e no Executivo permitem outros procedimentos legal ou constitucionalmente previstos que respondem à decisão judicial. Mesmo que não haja possibilidade direta de reversão ou questionamento de decisões judiciais, o poder político legitimado através dos pressupostos constitucionais nos procedimentos típicos de cada instituição permite ações que podem trazer mais ou menos estabilidade para a decisão apresentada judicialmente. Por outro lado, a decisão judicial traz reverberações em outros pontos do sistema político e na sociedade civil também do ponto de vista comunicativo, em que se discordam, debatem, põe em dúvida,

concordam, questionam e corroboram as decisões e os argumentos levantados. Como ressaltam Sampaio (2002) e Fisher (2014), há uma série de processos políticos que são responsáveis por estabilizar uma decisão judicial através do apoio no sistema político e na esfera pública e que não se limitam à ação institucional ou ao âmbito da Corte Constitucional.

Os temas que mobilizam o complexo parlamentar ativam ou criam diferentes esferas públicas em torno daquele tema para os grupos que os discutem, seja através da mídia ou de diferentes formas de comunicação entre os atores. Utilizando a noção de esfera pública como publicidade de Gomes (2006), percebe-se que tais temas passam a ter uma dimensão de abertura, disponibilidade e acessibilidade para sua discussão pública. O acesso à ou a partir da esfera pública não é homogêneo, novamente podendo se falar em públicos fortes e fracos (FRASER, 2021).

No sentido inverso da transmissão, quando há instauração desses problemas na esfera pública do complexo parlamentar, refere-se menos ao processo de identificação dos problemas sociais a partir da sensibilização dessa esfera política e mais na justificação da escolha dos problemas e na decisão entre propostas concorrentes (HABERMAS, 1997b). Ou seja, um processo eminentemente ativo e político, não apenas passivo e comunicativo.

O debate popular e a pressão política que Friedman (1998) traz como possibilidades de maior ou menor estabilidade e apoio não são paralelos. De fato, olhando com os olhos da política deliberativa, fica evidente o contínuo processo de transformação de poder comunicativo em poder político e vice-versa. Se, por um lado, o debate popular pode alcançar a Corte Constitucional através de procedimentos como as audiências públicas, por outro ele se apresenta na própria faticidade das questões trazidas, que não escapam a uma realidade factual e nem mesmo se ausentam das falas e dos argumentos trazidos pelos juízes. Ainda, o debate popular se converte em pressão política tanto na coalização de diferentes grupos de interesses quanto na ação de outras instituições que podem estar mais ou menos abertas à ação desses grupos. O debate popular ocorre antes da tematização na Corte e fora dos seus domínios, continua após e pode retornar diretamente ou através da ação de outras instituições como pressão política. Por óbvio, a pressão política advinda dessas outras instituições não é fruto somente da relação destas com a esfera pública informal, mas das decisões de uso do seu poder

político. O amplo apoio e a estabilidade, dependem então, da capacidade da decisão judicial em estabelecer formações na esfera pública que direcionem o poder comunicativo e o poder político no mesmo sentido àquele da decisão judicial.

O diálogo amplo, então, é com a sociedade e não apenas entre as instituições. Por consequência, o diálogo constitucional, mesmo aquele travado entre instituições como o Parlamento e o Tribunal Constitucional, precisa ser levado em conta diante desses fluxos comunicativos com a sociedade em geral, política e civil, e que acontecem em direções e sentidos diversos.

Se, como afirma Victor (2015), novos significados constitucionais são produzidos por meio das inter-relações travadas pelos Poderes e o diálogo institucional sobre a interpretação da constituição pode gerar resultados expressivos e incrementar o nível democrático do sistema jurídico-político, estas inter-relações acontecem do ponto de vista discursivo e não se separam da rede de comunicações que unem sistema político e sociedade civil.

As questões que se levantam são sobre as representatividades dessas instituições e seus pressupostos de derivação de um poder constituinte associado à soberania popular não são estranhas ao processo democrático. Pelo contrário, concorrem para o seu aprimoramento na medida em que mantêm vivo o fluxo do poder comunicativo que legitima o poder político e, se há falta de representatividade, a capacidade de expressar, organizar as falas e interesses, tematizar questões na esfera pública política e influenciar as decisões que irão ser revestidas do poder político institucionalizado é remédio e não doença.

Victor (2015) recorre à Whittington para afirmar que o diálogo institucional é um fator enriquecedor da prática constitucional, no sentido de reconhecer a Constituição como documento jurídico e político, ao mesmo tempo. Fisher (2014) também entende que o aprimoramento constitucional passa por reconhecer a interpretação constitucional como um processo político que não se encerra na normatividade nem na atuação do Judiciário.

"A jurisdição constitucional pressupõe e reforça, portanto, a Constituição como norma jurídica (dimensão jurídico-formal) e a ordem [política] como pluralismo de forças constitucionais (dimensão político-substancial)" (SAMPAIO, 2002, p. 19, 20)

A proposta de Habermas (1997a) estabelece a relação interna entre direito e política para a reconstrução do direito de acordo com os princípios do Estado Democrático de direito. Habermas não está entre os autores citados no

levantamento feito por Victor (2015) sobre as perspectivas que embasam o controle de constitucionalidade numa perspectiva dialógica entre STF e Congresso. Ainda assim, entendemos que Habermas (1997a; 1997b) responde à tensão entre constituição e democracia como nexos internos sem os quais nem a democracia nem o constitucionalismo seriam plenos. Mais uma vez, para Habermas (1997a), a constituição se configura num sistema de direitos em que há um nexo interno entre autonomia privada e pública que relacionam os direitos fundamentais e a soberania do povo como processo. O pluralismo de forças da ordem política constitucional, frisada por Sampaio (2002) pode ser entendido a partir da política deliberativa como a variedade de públicos constituintes da esfera pública e mesmo a institucionalização de diferentes interesses.

2.3.4 - Estabilidade, mudança e projeção futura

A abertura ao diálogo não implica somente a participação de atores diversos, em graus de formalização e institucionalidade diversos. A estabilidade das decisões e a projeção futura se colocam como desafios na perspectiva do controle de constitucionalidade. Se a estabilidade exige a “última palavra” da Suprema Corte, impassível de mudança, qualquer possibilidade de diálogo é minada em sua raiz. Nesse caso, a estabilidade seria sinônimo de imutabilidade. O que as pesquisas nacionais e internacionais mostram, no entanto, é que mesmo em contextos em que o controle judicial não pode ser diretamente revisto (ou respondido de alguma forma), onde teórica e normativamente o Tribunal teria a última palavra, a estabilidade depende do processo político que se segue (VICTOR, 2015; FISHER, 2014). Ao se levar em conta o nexo entre o direito e a política, e entre facticidade e validade do direito, a estabilidade é trazida a partir da perspectiva do processo comunicativo e político que se desdobra a partir das decisões judiciais e legislativas em direção ao futuro.

"Em democracias, os canais viabilizadores de mudanças devem permanecer impreterivelmente abertos a todos. É evidente, portanto, que trabalham com a possibilidade de mudanças das decisões anteriormente adotadas e, nesse sentido, o diálogo institucional é importantíssimo" (VICTOR, 2011, p. 239).

Por um lado, o ideal de estado de direito exige previsibilidade e segurança; por outro, o ideal democrático impõe que as decisões não sejam definitivas, mas que

permaneçam abertas às críticas e às alternâncias de opinião da sociedade. O diálogo institucional se associa à democracia na possibilidade de manter esta aberta à mudança de posições anteriores, coalizões de poder e organizações políticas contextuais (FISHER, 2014).

Resgatamos a visão de Perry (1996) que traz a Suprema Corte como matriz institucional para o desenvolvimento constitucional em uma dupla direção de estabilidade. Primeiro, como guardiã da Constituição buscando a estabilidade a partir da manutenção da tradição política relevante e indeterminada; segundo, buscando a estabilidade a partir da capacidade de firmar acordos ou, ao menos, fortalecer condições políticas a partir de sua atuação proativa e, muitas vezes, constitutiva (SAMPAIO, 2002).

2.3.5 - Construção de significados constitucionais

A questão de como as decisões do Supremo participam do debate público é simétrica à questão de como o debate público participa das decisões do Supremo, tanto do ponto de vista empírico quanto normativo. O debate público, nesse caso, se refere tanto ao diálogo institucional quanto aos demais fluxos comunicativos da esfera pública.

Esta participação pode acontecer por meio de grupos de interesses, categorias sociais e também por meio de significados compartilhados (VICTOR, 2015). Esse entrelaçamento entre Judiciário, ou qualquer outra instituição do sistema político-jurídico, e sociedade civil é certamente mais sutil e necessita maiores análises, porém é uma realidade quando consideramos a perspectiva linguística e política em que se desenvolvem os diálogos constitucionais. Nesse sentido, Victor (2015) nomeia como construção constitucional "construção constitucional (...) o método de elaboração de significados constitucionais nesse terreno político. (p. 251)". Ora se referindo a significados constitucionais, ora a sentidos constitucionais, o autor enfatiza a construção conjunta dos sentidos constitucionais. de forma colaborativa, democrática e institucionalizada.

A ênfase na comunicação institucional é foco do autor, que trata de diálogos institucionais entre STF e Congresso. Na política deliberativa, sabemos que outros diálogos participam desta construção conjunta, seja na influência desses atores

específicos seja assumindo posições de participantes do diálogo, via sistema político ou via esfera pública. Em nossa visão, a construção de significados ou sentidos constitucionais se refere, na política deliberativa, à tematização que ocorre nos fluxos comunicacionais (HABERMAS, 1997b).

No sentido da atuação do Judiciário diante da Constituição, nos deparamos com a reconstrução discursiva como possibilidade de dispor dos aspectos comunicativos para legitimar e projetar decisões revestidas do poder político institucionalizado. Para Habermas (1997b) “fluxos comunicacionais [na esfera pública] são filtrados e sintetizados a ponto de se condensar em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. (p. 92, grifo do autor)”. Esses feixes de opiniões em temas específicos são os sentidos ou significados constitucionais cuja construção conjunta o Supremo participa institucionalmente e publicamente⁶. Além da técnica jurídica tradicional, o cotejamento desses significados com os interesses e princípios políticos é outro ponto de construção do sistema de direitos (VICTOR, 2015).

No controle de constitucionalidade, a forma de diálogo é permeada por fortes aspectos institucionais, procedimentalizados e de primazia do poder político institucionalizado, dirigindo a ação para determinados fins em que a comunicação, embora presente, não necessariamente media a ação. Porém, na construção dos significados constitucionais a comunicação está presente, necessariamente, ainda que o foco maior seja nos aspectos institucionais e procedimentais. Viabilizar o aproveitamento do poder comunicativo no seu caminho de transformação e relação recíproca - embora não simétrica - com o poder institucional é poder se aproximar da facticidade e da validade do direito que operam. Na atuação do Legislativo há significados sendo construídos e que operam o poder político em determinada direção, orientado para determinados fins.

“(...) mostra-se imperioso bem compreender a motivação do Poder Legislativo, bem como a interpretação da Constituição manifestada na peça legislativa editada, pois, com um postura como essa por parte da Corte, a construção dos significados constitucionais tem muito a ganhar” (VICTOR, 2015, p. 257).

Nesse caso, a própria noção de significados construídos revela a importância de uma análise do conteúdo dos atos de fala do legislativo e do judiciário e não

⁶ A concepção de “representação constitucional” é utilizada para se aproximar do processo de formação social e simbólica destes significados e práticas sociais no âmbito do Direito Constitucional, a partir da Teoria das Representações Sociais (ROSA-LIMA, 2018).

apenas dos atos processuais ou procedimentais. Há, nesse caso, a necessidade de uma aproximação do diálogo do ponto de vista discursivo e não apenas procedimental. Nesse sentido, o empírico se torna importante fonte de análise e, com isso, decorrem exigências metodológicas para que a teoria que dá conta do diálogo institucional existente possa ser efetivamente útil. Esse será objeto do próximo capítulo e, espera-se, importante ponto de discussão deste estudo de caso como um todo.

Em resumo, as teorias que trazem o diálogo constitucional em geral o fazem a partir do controle de constitucionalidade, buscando conciliar a os princípios democráticos e o Estado de Direito; em última instância, aperfeiçoar a tensão entre constitucionalismo e democracia e entre direito e política (VICTOR, 2015; FISHER, 2014; SAMPAIO, 2002; KENNEY, REISINGER & REITZ, 1999). A potencialidade normativa e o reconhecimento fático do diálogo são também aspectos de destaque. A teoria discursiva, ao propor a política deliberativa, adereça a esses mesmos objetivos, fornecendo um pano de fundo para o seu entendimento e uma proposta normativa que parta do contexto fático das relações e se utilize da base comunicativa dos fenômenos que pretende regular. Em última instância, relaciona-se com uma perspectiva discursiva e dialógica de democracia em que as características da comunicação do sistema político entre si e com os diferentes atores sociais é central.

CAPÍTULO 3 - METODOLOGIA

Para abordar o diálogo constitucional entre o STF e a Câmara dos Deputados, este trabalho se valerá de dados produzidos em pesquisa anterior (ROSA-LIMA, 2018) e discute-os a partir da perspectiva dos diálogos institucionais. O estudo anterior teve como objetivo analisar a esfera pública política em torno do tema família, a partir das falas no Supremo e no Congresso em momentos específicos. Esses momentos são o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, ambas julgadas no plenário do STF, e a tramitação do PL 6383/2013 na Câmara dos Deputados. O primeiro se refere ao reconhecimento da união civil homoafetiva e o segundo ao Estatuto da Família.

Para a presente pesquisa, iremos caracterizar o diálogo institucional entre o STF e a Câmara por meio da análise do material produzido nesse contexto. Para isso, descrevemos o conteúdo sobre família nas justificativas trazidas no discurso decisório pelo STF e nas falas no parlamento durante a tramitação do projeto de lei e o analisamos a partir do conceito de representações sociais. A forma como essas representações são formadas e participam de dinâmicas sociais nos fornece a referência de como o diálogo ocorre, na participação de diferentes atores, nas diferentes formas de comunicação que realizam, na organização da realidade social, na execução de propósitos políticos e na forma como direciona a mudança ou a estabilidade (JOVCHELOVITCH, 2000; 2008).

Por fim, trazemos as teorias do diálogo para compreender como a forma que o diálogo acontece nesta situação específica entre STF e Câmara pode ser entendido no sentido descritivo e normativo.

3.1 - PRESSUPOSTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS

Alguns pressupostos teórico-metodológicos guiam as análises. A possibilidade de utilizar as falas dos ministros, deputados e demais participantes se dá pela busca na comunicação não apenas o que cada sujeito enuncia individualmente, mas a construção socialmente compartilhada de objetos que

simbolicamente adquirem materialidade e organizam a esfera pública (JOVCHELOVITCH, 2000). Em outras palavras, trata-se de considerar as falas como parte da comunicação presente na construção conjunta dos significados constitucionais, e como estes aparecem nestas falas.

Os “feixes de opiniões públicas tematizados na esfera pública” são metodologicamente abordados a partir da noção de representações sociais. Essas representações são formas de produção e de organização do pensamento social a respeito de determinado objeto⁷. São formações sociais e simbólicas, em que sua manifestação linguística e textual está relacionada à organização social de diferentes grupos e suas relações políticas. Não se separa, portanto, o conteúdo expresso do processo de formação, sendo ambos sociais e simbólicos (JOVCHELOVITCH, 2008; MOSCOVICI, 2012).

A representação, simbólica e social, não se estabelece fora da linguagem ou independente da mesma. Na separação de uma linguagem comum, não particularizada, em diferentes universos lexicais a partir dos usos em contexto e dos contextos de uso, tanto textuais como sociais, têm-se a aproximação de como as representações se organizam.

De forma geral, percebe-se que para expressar diferentes ideias, utilizamos diferentes palavras ou variamos o contexto de significação daquela palavra. Da mesma forma, diferentes escolhas lexicais expressam diferentes significados ou diferentes sentidos a partir das relações que estabelecem entre palavras e seu contexto elementar de uso. Do ponto de vista lexical, organizam-se textos a partir das enunciações das palavras, seja em textos escritos propriamente, falas, entrevistas, notícias ou outras modalidades de enunciação.

Os fragmentos de texto, trechos em que as palavras se inserem, são o contexto elementar e imediato das palavras escolhidas e também a inserem num sistema de referências, enquadrado pelo texto original a que eles pertencem, com suas características de produção, na interação que lhes dá origem e enunciação. Nesse ponto são dois contextos, portanto; um contexto elementar dado pelo texto próximo e um contexto inicial, dado pela fala/texto como um todo.

⁷ A possibilidade de aproximação entre a Teoria das Representações Sociais, de Moscovici, e a Teoria Discursiva da Sociedade, de Habermas, foi discutida em trabalho anterior (ROSA-LIMA, 2018) e não será aprofundada aqui.

Ainda, os textos são produzidos em interações sociais historicamente e culturalmente localizadas, e estes parâmetros se fazem presentes nos textos e em seus fragmentos. Falamos aqui de um contexto mais amplo dado pela inserção das fontes dos textos, das pessoas falantes, do momento histórico, das relações sociais que moldam as interações, entre outros elementos.

Dessa forma, as palavras escolhidas adquirem significado a partir dessa estrutura de significantes em relação com seu contexto imediato (texto) e mediato (situação social e histórica). Em outro sentido, o contexto social e histórico produz diferentes parâmetros de entendimento, componentes do mundo da vida, os quais organizam as tomadas de posição que serão discursivamente elaboradas. Os textos produzidos (conversas, debates, entrevistas, narrativas policiais etc) são concretizados através de escolhas lexicais que perseguem determinado fim ou concretizam determinado efeito.

Essas diferentes escolhas lexicais estruturam também o interior do texto, modulando diferentes sentidos e também os significados associados às palavras em um contexto ou outro. Para além do que há de comum nesses universos lexicais, o foco é de que maneira eles se diferenciam em relação a momento histórico, referencial societal, princípios organizadores, pertencimento a grupos, situações de fala e contexto elementar. No caso, como se diferenciam ou se agrupam as falas dos ministros, ou as falas produzidas no contexto do STF e da Câmara, como se aproximam, quais as coalizões se produzem ao se diferenciar um tipo de fala sobre o tema de outro, quais os efeitos da filiação partidária no compartilhamento de visões de mundo, quais os discursos se fazem presentes e qual a relação deles com demandas políticas e históricas.

Neste trabalho não abordaremos todas essas possibilidades em profundidade, antes, nos interessa saber como as falas produzidas nos dois contextos (STF e Câmara) manifestam um diálogo constitucional em torno do tema família. Dessa forma, opta-se pela combinação de técnicas quantitativas e qualitativas de análise textual a partir de fonte secundária. A este tipo de análise se dá o nome de *análise lexical por contexto de um conjunto de segmentos de textos*. Parte-se do léxico utilizado para discutir os processos dialógicos a partir dos contextos textuais, institucionais e sociais.

3.2 - PROCEDIMENTOS DE CONSTRUÇÃO DO *CORPUS*

O *corpus* é definido como o conjunto de elementos textuais que serão analisados. Uma vantagem da análise escolhida é poder considerar praticamente a totalidade do texto, sem escolhas arbitrárias ou pré-definidas, sem seletividade por parte do pesquisador e afastando-se de definições intuitivas do que é ou não relevante.

Consideramos inicialmente para a pesquisa original uma seleção a partir de discursos políticos centrados na temática da família. São duas as fontes de dados: uma, os debates ocorridos na tramitação (até o momento) do Estatuto da Família (PL 6583/13) na Câmara dos Deputados; outra, os debates ocorridos no julgamento sobre reconhecimento jurídico da união civil homoafetiva (ADI 4277/ADPF 132).

O *corpus* com fonte na Câmara dos Deputados então foi dos discursos proferidos na Comissão Especial ao se tratar do Estatuto da Família. A comissão especial é criada para acompanhamento de determinada proposição legislativa quando de interesse específico (na prática, proposições cujo tema seja de competência de mais de três comissões de análise do mérito). O *corpus* é unitário, sendo todas as falas inicialmente agrupadas.

A segunda fonte é composta de todas as justificativas apresentadas nos votos e que compõe o discurso decisório do STF no julgamento em questão. É relevante que para o julgamento o Supremo Tribunal Federal ouviu um grande número de atores da sociedade civil. Porém, compõe o inteiro teor do julgamento disponibilizado pelo arquivo eletrônico do STF apenas as falas proferidas na apresentação dos votos do ministros. Como a discussão em questão não é da relação do STF com os representantes da sociedade inseridos no contexto decisório interno do Tribunal, mas deste com a Câmara, o foco nas falas dos ministros foi tido como suficiente. Este corpus também será considerado unitário, sem divisões internas.

As falas de cada participante foram caracterizadas segundo variáveis nominais. Para as falas provenientes do julgamento no STF, a única variável assinalada foi a variável *min, que corresponde a qual ministro proferiu tal fala. Para as falas na comissão especial da Câmara dos Deputados, foram registradas as variáveis ano (*ano), tipo de reunião (*tip), sujeito (*suj), qualificação profissional e gênero (*qg), partido (*part) e unidade da federação (*uf).

3.3 - PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE

Foram realizadas duas principais análises do *corpus*, a análise lexical⁸ e, sobre ela, a análise das dimensões da representação social (JOVCHELOVITCH, 2008).

3.3.1 - Análise lexical por contexto de um conjunto de segmentos de texto

Inicialmente e de forma exploratória, é realizada a análise lexical. Foi utilizado o software *Iramuteq* para empreender tal análise. Trata-se de análise a partir do léxico do texto, seu contexto imediato e das relações entre diferentes segmentos textuais. A análise efetuada trata-se de uma análise da estrutura das falas em conjunto, baseado na escolha de vocabulário e suas relações com o texto como um todo.

A análise lexical feita com auxílio do *Iramuteq* consiste na fragmentação do texto em trechos que são separados tomando por base o cálculo de *chi-quadrado*. Estes segmentos de texto são agrupadas em classes, que são grupos indivisíveis de segmentos de texto que compartilham um mesmo vocabulário, ou seja, falam de um mesmo assunto da mesma forma, diferente do assunto de outra classe.

Posterior a esta divisão, comparando as associações das palavras entre si e analisando segmentos de texto que são características de determinada classe, é feita a análise semântica daquela classe, dando seu significado.

Dessa forma, identifica-se grandes classes de texto que se diferenciam entre si, sendo seu significado analisado em função dos fragmentos de texto que a compõem e suas palavras mais características.

De forma resumida, são feitas as seguintes etapas:

- 1) Divisão do *corpus* em segmentos de texto.
- 2) Classificação Hierárquica Descendente (CHD), gerando a organização do *corpus* em diferentes grupos de texto, as chamadas classes, que dão a estrutura do material analisado.

⁸ Em todas as referências à análise lexical, estamos nos referindo ao tipo específico da análise textual efetuada, conhecida como análise lexical por contexto de conjuntos de segmentos de texto.

3) Classificação Hierárquica Ascendente (CHA), gerando a organização interna de cada classe, como as diferentes palavras estão se juntando para compor diferentes frases, sentidos, expressões etc.

4) Análise fatorial de correspondência: para diminuição do número de variáveis, estabelecimento de princípios organizadores das classes, “estruturantes” últimas do material analisado.

Com a análise lexical por conjuntos de contextos, pretende-se evidenciar a estrutura lexical dos discursos enunciados, com sua organização em diferentes classes, bem como quais fatores resumem esta distribuição lexical. Com isto, identificar como os “feixes temáticos de opiniões públicas” se apresentam em termos de representações simbólicas-sociais, a partir dos universos lexicais compartilhados e sua formação social.

3.3.2 - Análise das dimensões da representação

Na etapa seguinte, os resultados sintetizados pela etapa anterior de análise são organizados segundo dimensões das representações e caracteriza-se as funções exercidas em cada dimensão. Para cada “feixe temático” ou “conjunto de falas” se analisa como dimensões “quem fala”, “o que fala”, “como fala”, “por que fala” e “para que fala”. São, respectivamente, as dimensões dos atores, do objeto, das práticas comunicativas, das razões e das funções. Cada dimensão realiza propósitos próprios em termos de identidade, memória, comunicação, orientação e consequências.

“Dessa forma, as dimensões - quem, o que, como, por que, para que - comuns a toda representação correspondem a funções específicas que a representação exerce. A representação tem por função conferir identidade, estabelecer uma comunidade, estruturar objetivamente a memória social, orientar projetos futuros e executar os propósitos dos sujeitos coletivos.” (ROSA-LIMA, 2018, p. 57).

Nessa etapa de análise, nos atemos aos elementos destacados na etapa anterior, de análise lexical, para discutir as dimensões das representações identificadas, tanto com base nos trechos selecionados como significativamente associados, como nas palavras em suas relações e nas variáveis que identificam a posição dos sujeitos.

Como etapa final, os resultados encontrados são discutidos a partir da caracterização do diálogo constitucional ocorrido entre STF e Câmara em torno do tema *família*.

CAPÍTULO 4 - OS SIGNIFICADOS CONSTITUCIONAIS SOBRE FAMÍLIA NA ESFERA PÚBLICA

4.1 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADIN 4277

4.1.1 - Quais os sentidos de família compartilhados pelo STF?

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar o tema da família na ADIN 4277, o pauta como *atual família constitucional*. Ainda que haja diferenças entre os ministros, a síntese da discussão corresponde a um pensamento estruturado a partir dessas diferenças mas que se coloca como um campo comum de referência. Essa síntese corresponde a esta forma de tratar o tema da família como *atual família constitucional*. As diferenças individuais são construídas em torno desta concepção.

Como dito anteriormente, *atual*, neste sentido, insere a dimensão histórica da disputa política, delimita a referência de Constituição (1988), admite a memória plural das formas anteriores, e denota ainda sua provisoriedade e abertura ao futuro desconhecido (ao invés da afirmação de uma existência eterna de uma forma específica de família). *Constitucional*, nesse caso, insere o STF como sujeito e enfatiza o seu papel institucional, de tribunal constitucional, além do próprio conteúdo do significado construído e da sua forma de construção.

É importante frisar que o significado construído não é construído apenas no aspecto simbólico, mas organiza diferentes grupos de interesse, estabelece caminhos viáveis de comunicação e enfatiza a realidade objetiva do significado construído. A construção de significados constitucionais é enfatizada por alguns autores, seja na interpretação enquanto processo político (FISHER, 2014), no diálogo institucional entre diferentes atores (VICTOR, 2015) ou na comunicação mais ampla das instituições com a esfera pública, como nas teorias de *equilibrium* (BATEUP, 2006). Mais uma vez, enfatizamos que os significados construídos são inseparáveis do processo de construção e os aspectos simbólicos são inseparáveis dos aspectos sociais (JOVCHELOVITCH, 2008).

Consideramos, então, uma representação de família que apresenta variações mas se estabelece como unidade no âmbito do STF. Para o STF, a definição de

família que irá prevalecer no conjunto de justificativas dos votos e a partir da interação entre as justificativas de todos os ministros em conjunto é de uma *atual família constitucional*.

Ainda, a *atual família constitucional*, trazida pelo STF, tem uma formação complexa que está intimamente ligada à dinâmica institucional e as necessidades que o STF institucionalmente busca responder. Dessa forma, o Supremo enfatiza tanto a instituição social como seu caráter de instrumento e sua forma de convivência; associando estabilidade institucional à possibilidade de inovação no sentido do reconhecimento de existências plurais e da atualização dos seus significados. Por um lado, o conteúdo do significado de família construído, do outro, as funções que esse significado, dessa forma, realiza.

O conteúdo da *atual família constitucional* se expressa em cinco direções, trazidas nas justificativas apresentados nos votos para a decisão judicial. A (a) *família como instrumento para a dignidade humana*, (b) *instituição social a ser protegida*, (c) definida por uma *forma de convivência* e que apresenta diversas modalidades, como a (d) *família monoparental* e a (e) *família formada pelo casamento civil* (e).

A família como *instrumento para a dignidade humana* traz a discussão principiológica e, ao mesmo tempo, doutrinária. A doutrina é trazida e os juristas se tornam interlocutores aceitos. O princípio da dignidade humana é o parâmetro constitucional a ser aplicado e dele deriva a possibilidade da família ser encarada, conforme posicionamento doutrinário, como instrumento e não fim em si mesmo (TEPEDINO, 1997; 2000; LOBO, 2004).

A discussão principiológica é a que mais se afasta da literalidade dos dispositivos normativos, pela própria natureza normativa dos princípios. Os outros componentes da noção de *atual família constitucional* são marcados por dispositivos específicos, reiterados nas justificativas apresentadas.

O artigo 226 da Constituição apresenta a família como *base da sociedade* e de *especial proteção do Estado*. É nesse sentido que se traz a família como *instituição social*, de importância organizativa e historicamente reconhecida pelo Estado. A proteção especial do Estado, a que se faz menção no dispositivo constitucional, é trazida como dever do Estado para a diversidade de famílias que constituam a base da sociedade.

Os parágrafos 3º e 4º deste mesmo artigo são trazidos no contexto de *modalidades de família*. A *família monoparental*, objeto do parágrafo 4º, e a *família formada pelo vínculo do casamento civil*, objeto do parágrafo 3º são possibilidades de constituição de família. Além de serem equiparadas, elas são caminhos distintos de composição que exercem a mesma função (como instrumento para dignidade e como instituição social de especial proteção do Estado). A *família formada pelo vínculo do casamento*, por exemplo, não é uma exclusividade. De fato, o vínculo do casamento pode estar presente ou não, ainda como, apesar de ser família do ponto de vista jurídico, sem as qualificações de instrumento para dignidade e da forma de convivência, não haveria família do ponto de vista fático.

As condições de convivência são enfatizadas a partir do artigo 1723 do Código Civil. A *convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família* definem a família, mais que a *união entre homem e mulher*. A própria relação estabelecida entre o Código Civil e a Constituição é interessante. Ainda que haja, pela força dos princípios, a prevalência da Constituição, o Código Civil também informa a decisão para uma leitura sistemática do ordenamento jurídico. Dessa forma, mais do que a hierarquia absoluta de uma pirâmide normativa, há um ecossistema normativo com relações entre diferentes nichos, que não se resumem entre si. Ou seja, o papel da Constituição se mantém e não se confunde com o Código, porém não o descarta.

4.1.2 - Funções sociais e simbólicas das representações

Esse conjunto de nuances que definem a *atual família constitucional* realiza funções sociais e simbólicas específicas de forma compartilhada e coordenada (ROSA-LIMA, 2019). Há, na elaboração por parte do STF da família como *atual família constitucional*, a tentativa de equilíbrio entre segurança e novidade, entre tradição e mudança, entre o papel normativo do STF e seu intento em dar conta da pluralidade da realidade social. São funções ambivalentes que esta construção de significado constitucional realiza e buscam o equilíbrio entre a manutenção do familiar como base segura para a orientação institucional e para exercício do poder político, por um lado; e a aproximação com o não-familiar como capacidade de

diálogo entre o sistema político e a sociedade civil, ampliando o poder comunicativo que o sistema político obtém dessa interação.

Como a principal função de uma representação simbólica-social é transformar em familiar o não familiar, esta ambivalência se repete nas outras funções que ela exerce. Na construção de identidade, por um lado há a homogeneização de um outro a quem se fala a representação de família, a afirmação do papel social do STF e a representação da Constituição como um sujeito abstrato desta forma de representar, dotado de autoridade. Há, por outro lado, a representação da sociedade civil também como heterogeneidade entre si, assumindo a pluralidade de perspectivas e também a alteridade.

O próprio fato de representar esta sociedade civil como um ator que participa é uma função importante em termos da identidade que esta forma de conceber constrói. A função de comunidade marca assimetria e simetria. Em torno de um objeto tomado juridicamente, o acesso do STF enquanto ator se define justo na disposição de um poder político e comunicativo que o coloca como grupo que elabora uma definição para ser seguida, institucionalmente e socialmente. Esta definição, porém, é disposta de forma que os diferentes grupos sociais possam transformá-la a partir da incorporação de suas experiências reconhecidas como família. Claro que esse processo de reconhecimento não depende da sociedade civil, estando essa capacidade de transformação dentro de estreitos limites dado pelo sistema político. Porém, a representação de atual família constitucional estabelece diretrizes para manutenção desse espaço de atuação e maleabilidade da representação.

A memória social é objetivada em formas constitucionais que são incorporadas pelo entendimento atual da Constituição. Ao mesmo tempo que preserva a experiência do passado, servindo de orientação para o presente a partir dessa experiência, funciona como afirmação desse presente como forma de leitura do passado. Também o presente, uma atual família constitucional, compõe um objeto solidamente construído e que, por isso, fornece bases de referência para o futuro. A ambiguidade da antecipação de futuro que realiza é da garantia da segurança aliada ao impulso pela descoberta. Ao mesmo tempo, não há um afastamento ou sentimento de ameaça diante do novo que acompanhe a garantia de segurança, prevalecendo a dimensão de aproximação com o novo. Por fim, ideologicamente ela funciona seguindo os propósitos de reconhecimento de formas

diversas, tanto formas de família historicamente hegemônicas quanto aquelas não previstas ou não constituídas sob formas jurídicas. Como a disputa política dos grupos hegemônicos não é pelo reconhecimento da sua forma de representar a família, já historicamente garantida, mas pela exclusividade desse reconhecimento, a função ideológica incide nessa disputa e nessa relação de poder em favor das formas historicamente não reconhecidas. Logo, a própria decisão do STF foi na realização dos propósitos de reconhecimento, trazendo a função que a representação exerce nas disputa política em questão.

Com a ideia de *atual família constitucional*, o STF se afirma como porta-voz da constituição em relação à sociedade, concebendo esta como composta de diferentes grupos. O significado constitucional de família passa pela elaboração do Tribunal Constitucional. Esse aspecto institucional e comunicativo é também central, na medida em que a família enquanto objeto jurídico-constitucional é acessada especialmente pelo STF e em mecanismos de comunicação pautados no poder político e também comunicativo do STF para dizer da família. A atualidade da *atual família constitucional* não nega nem as Constituições anteriores, nem o histórico de significados constitucionais. Ao contrário, fornece uma linha de evolução entre constituições e, por isso, entre formas de representar a família, que se sucedem sem se eliminar, porém sempre de uma visão atualizada do passado com as lentes do presente. O projeto de futuro que se constrói é de abertura de formas jurídicas que dêem conta da imprevisibilidade de formas possíveis de se constituir família. Politicamente, executa os propósitos de reconhecimento, tanto de novas formas quanto das anteriores, continuamente válidas pois reposicionadas em relação ao ordenamento jurídico entendido como um todo. A decisão do STF, nesse sentido, contribui para realização dos propósitos de reconhecimento, trazendo a função que essa forma de entender a família exerce na disputa política em questão.

4.1.3 - Efeitos na esfera pública política

Do ponto de vista da análise das funções que esta forma determinada de, simbolicamente e socialmente, delimitar a família, a representação constitucional (ROSA-LIMA, 2019) que o STF faz articula conformidade e inovação; estabilidade e

mudança social; unidade nacional e heterogeneidade dos grupos sociais; bem como articula o papel institucional de um Tribunal Constitucional e do sistema político à capacidade de determinação dos atores em um mundo da vida racionalizado.

Nesse sentido, constrói uma esfera pública pluralística, que encontra no sistema político um organizador institucionalizado, capaz de integração sistêmica. Ao mesmo tempo, busca ampliar a capacidade de tematização dos assuntos oriundos dos pontos informais dessa esfera pública, mais próximos ao mundo da vida, favorecendo a integração comunicativa. A Constituição aparece tanto a partir da ideia de unidade nacional quanto na de ordenamento jurídico.

A esfera pública de discussão formada no julgamento analisado é composta de um número limitado de atores. Ainda que, precedendo ao julgamento, atores da sociedade civil interessados na matéria em questão tenham se pronunciado como *amicus curiae* estas falas não foram consideradas neste estudo por razões de acesso ao material transcrito. Há atores que se fazem presentes na intertextualidade das falas. Além dos textos do Código Civil (2005) e da Constituição (1988), a doutrina jurídica se faz presente, principalmente embasando a discussão sobre família como instrumento para a dignidade humana. Dessa

forma, a comunidade jurídica integrada pelos doutrinadores do direito é também uma comunidade com capacidade de representar na esfera pública formada no Supremo Tribunal Federal o significado de família. Na relação entre um público fraco - da sociedade civil - influenciando um público forte - da sociedade política - (Fraser, apud Habermas, 1997b), no caso de família temos essa influência sendo exercida por meio dessa discussão de família como instrumento, que intertextualiza a comunidade jurídica de doutrinadores nas falas dos ministros. O tamanho dessa comunidade e sua representatividade em relação à sociedade civil são pontos a se questionar ao pensar na capacidade de comunicação do STF com a sociedade civil.

Ainda assim, grupos minoritários mais ou menos organizados aparecem nas falas dos ministros, não como grupos capazes de definir constitucionalmente a família, mas como interlocutores. Como o julgamento se refere ao reconhecimento da união homoafetiva, as famílias homoafetivas ilustram um exemplo de minoria que pode abrir a perspectiva assumida de família constitucional.

Dessa forma, a representação constitucional de família, a atual família constitucional, constitui uma esfera pública parcial que compõe e colabora com a esfera pública geral. Esta esfera pública constituída nesses espaços se caracteriza

pela destraditionalização e pela possibilidade de inovação. Também apresenta-se plural e marcada pela dialogicidade. Esta dialogicidade é presente na representação de diferentes grupos, na relação entre sujeitos (STF e sociedade civil; STF e outros poderes) e na relação entre representações anteriores e atuais. Ao mesmo tempo, garante a coesão social por uma visão única e institucionalizada do que seja a família, operando também pela conformidade e pela tradição na esfera pública.

A representação constitucional de família parece compor propriamente uma esfera pública institucionalizada no sistema político e uma esfera pública plural e participativa através da comunicação com a sociedade política e com a sociedade civil. O poder político se pauta na tematização de família como forma de convivência (a partir do Código Civil, 2005), como instituição social (sobrepota por uma forma constitucional, a partir da Constituição Federal de 1988) e como instrumento para a dignidade humana (em diálogo com a doutrina jurídica). Essas formas são definidas nesse movimento de transformação do poder comunicativo que circula nas esferas públicas informais em feixes temáticos representados nas discussões públicas que integram o julgamento.

No sentido oposto, também esta representação constitucional de família é definida no seio do sistema político, que exerce institucionalmente seu poder a partir de consequências institucionais e procedimentais; ao mesmo tempo em que gera um poder comunicativo capaz de afetar outros pontos da esfera pública, constituindo esferas públicas parciais. No caso, estas esferas públicas parciais de discussão formadas a partir da representação de atual família constitucional pelo STF podem ser vistas tanto através de repercussão na mídia, da mobilização social de diferentes grupos e também da discussão originada na Câmara dos Deputados.

4.2 - CÂMARA DOS DEPUTADOS NA TRAMITAÇÃO DO PL ESTATUTO DA FAMÍLIA

4.2.1 - Quais os sentidos família na Câmara dos Deputados?

Na Câmara dos Deputados, essa configuração se apresenta de forma bastante diversa. Não podemos deixar de ter em conta que a tramitação do Projeto

de Lei do Estatuto da Família pode ser lido como uma sequência legislativa devido ao reconhecimento da união civil homoafetiva e da discussão sobre o significado constitucional de família. Ainda assim, a elaboração do significado constitucional de família na Câmara não responde apenas à construção feita pelo STF, nem é continuidade da mesma. Por um lado, tem outras fontes como a representatividade dos grupos de eleitores que elegeram os parlamentares, tradução prática da dificuldade majoritária, e, por outro, se posiciona em relação ao significado trazido pelo STF de muitas formas. Algumas formas de entender a família que se fazem presentes na discussão do parlamento realizam funções próximas ao significado constitucional construído pelo STF, outras ignoram tal significado, outras o disputam ou ainda se opõem a ele frontalmente, de forma direta ou indireta.

As manifestações na Câmara dos Deputados elaboram três formas de entender a família. *Em defesa da família tradicional brasileira; o direito às famílias socioafetivas; e a literalidade da união entre homem e mulher.*

As manifestações *em defesa da família tradicional brasileira* são compostas de ritualísticas que sinalizam o *tema da família brasileira* sem definir o que seja, apenas citando o que está sendo discutido; de elaborações que circunscrevem a *nossa família tradicional*, composta na unidade pai-mãe-filhos e enfatizando a identificação desse modelo com quem fala e a quem se dirige; e *a família natural a ser defendida*, com o foco na ameaça difusa e no tom emocional que desperta. Parlamentares e convidados das audiências públicas contribuem para essa forma de abordar a família. Estes mesmos sujeitos são aqueles que buscam um sentido restritivo da *literalidade da união entre homem e mulher*.

Esse sentido restritivo é um dos sentidos em disputa no conjunto de posicionamentos que articulam entender a família a partir da *literalidade da união entre homem e mulher*, presente tanto no artigo 226/CF quanto no artigo 1723/CC. De forma restritiva, entende-se que a união entre homem e mulher é a única forma admissível para constituir união estável, casamento e família. A discussão entre o caráter taxativo ou exemplificativo do rol de entidades familiares citadas no artigo 226 é presente na doutrina (LOBO, 2004; TEPEDINO, 1997; 2000) e aqui aparece como visões de dois grupos distintos, que disputam o sentido que a *literalidade da união entre homem e mulher*.

Nos dois casos, a *literalidade* do texto é central e serve para assegurar, ainda que em direções políticas diferentes, uma base consensual e objetiva sobre *família*

trazida pela institucionalização do texto constitucional e sua rigidez relativa. O grupo que entende a família a partir do sentido exemplificativo da *literalidade da união entre homem e mulher*, além de se afastar da *defesa da família tradicional brasileira*, se aproxima do *direito às famílias socioafetivas*. É também em meio aos posicionamentos nesse sentido que o STF é citado e a construção de significados constitucionais passa por sua atuação institucional. No sentido restritivo, o STF é ignorado, não sendo citado nem a instituição nem o julgamento que impulsionou a tramitação do Projeto de Lei. O acesso à constituição, nesse sentido, se dá sem mediação do Tribunal Constitucional, tornando-se irrelevante o seu posicionamento diante da possibilidade dos parlamentares editarem legislação infraconstitucional que ratifique seu posicionamento.

A família entendida a partir do *direito às famílias socioafetivas* diz respeito tanto às *relações familiares com base no afeto e iguais em direito* quanto à *família substituta à família biológica*. Enquanto a pluralidade das entidades familiares é trazida em relação à denominação comum dos laços socioafetivos por parte de parlamentares, convidados das audiências públicas debateram a adoção e a constituição de família nesse cenário. É nesse conjunto de posicionamentos que a pluralidade das famílias aparece, bem como o reconhecimento de entidades familiares não previstas no Código Civil ou na Constituição. O direito à família, à convivência comunitária e à dignidade, assim como o afeto, são a base para o reconhecimento das famílias e a negação de sua existência exclui parte da população. Aqui, o mesmo entendimento da família como instrumento e não como fim em si mesma é retomado.

No caso das formas de pautar a família presentes na Câmara, ao contrário do STF, há maior variação dessas funções que realizam. Não apenas variações, há representações que servem a funções opostas, caracterizando o debate menos pelo consenso e mais pelo dissenso. Por isso, se tratam de representações simbólicas-sociais distintas e não de uma única forma de representar como no caso do STF.

4.2.2 - Funções sociais e simbólicas das representações

Quando a família é representada *em defesa da família tradicional brasileira*, há um forte estabelecimento de vínculo de pertença e de compartilhamento entre aqueles que compartilham desta formação simbólica e social, funcionando no sentido de conferir identidade a estes participantes. Os outros - que não compartilham formação - embora vistos como ameaças, ao mesmo tempo não são reconhecidos como perspectivas válidas para o objeto em questão ou em possibilidade de diálogo. As relações entre grupos e a forma como se comunicam se organiza pela assimetria desses grupos tanto em poder falar a família como acessar os recursos comunicativos e institucionalizados ao realizar tal *defesa*; ao mesmo tempo em que cabe a determinados atores - parlamentares, em particular aqueles em relação com segmentos religiosos e os próprios segmentos religioso sem relação com os parlamentares - defender a família. Esta defesa significa também propagar determinada representação de família e a propaganda negativa de outras formas de composição - que não são tidas como família. A memória social organiza então a família como objeto definido, tradicionalizado e estável. Este objeto é caracterizado pelo modelo de familiar nuclear formado por pai, mãe e filhos; se não com exclusividade, único com a capacidade de validação e referência. O projeto de futuro antecipado é pela afirmação dessa representação como única e completa, negando possibilidades de reconhecimento e, mais que isso, negando a possibilidade de que outros atores possam tratar dessa representação. Os propósitos executados são de afirmação de determinados grupos sociais sobre outros e de setores responsáveis tanto para pautar a família na esfera pública próxima ao sistema político quanto para comunicá-la à sociedade da forma correta, ou unicamente disponível.

Nesta forma, afirma-se a família natural, dada por uma composição específica e que une uma maioria política que se afirma como tal. Mesmo a proteção dessa forma específica parece secundária, na medida em que somente se afirma como um destes aspectos. As funções de estabelecimento da diferença entre nós e eles; da legitimação de um subgrupo que defende os interesses de uma maioria; e também de distanciamento de novas possibilidades pelo sentimento de ameaça são mais importantes, traduzindo a prevalência de outras funções.

Já a *literalidade da união entre homem e mulher* enfatiza funções que ora convergem ora se distanciam da representação *em defesa da família brasileira*. Ainda que também parta de deputados e convidados não-parlamentares, membros da sociedade civil, esta representação agrupa outro conjunto de atores. Soma-se ao

grupo definido na representação anterior o grupo de pessoas que partilham da representação da literalidade da união entre homem e mulher, porém disputando-a a partir da interpretação dada ao texto literal pelo Superior Tribunal Federal. Ambos os grupos sociais partilham esta afirmação da literalidade da união entre homem e mulher, ainda que com diferenças. Essas diferenças constituem tanto grupos distintos quanto sentidos distintos. Ou seja, há na disputa desta representação a divisão em grupos e a divisão da própria representação. Esta divisão na própria representação se expressa tanto no seu conteúdo quanto em outras dimensões.

Na definição de quem diz expressa a família dessa forma e a quem se dirige, a *literalidade da união entre homem e mulher* define não mais a coesão entre um grupo que se afirma homogêneo. Caracteriza-se a disputa entre duas possibilidades: a primeira, pretensamente vinculada diretamente ao texto constitucional, estabelece uma única forma de representar a família e a estabelece como universal para o contexto nacional, dado pela Constituição. O acesso direto ao texto constitucional é traduzido na capacidade da Constituição em falar a si mesma, de forma direta na sua literalidade. Apaga-se que seja determinado grupo que tenha um entendimento determinado da família a partir da *literalidade da união entre homem e mulher*. A própria Constituição que traria tal entendimento, único possível para o seu território jurisdicional. A segunda possibilidade de se identificar quem seria responsável pela elaboração da *literalidade da união entre homem e mulher*, é vinculada à interpretação do STF, e o situa como porta-voz da Constituição, enunciador desta forma de definir, inclusive ressaltando o dever de reconhecimento das famílias para proteção do Estado. Ainda que caiba ao STF ter enunciado a família a partir da Constituição, abre-se possibilidade de um sujeito que não admite uma única perspectiva.

Em termos das relações entre grupos e a forma como se comunicam, a *literalidade da união entre homem e mulher* enfatiza esta relação assimétrica entre Constituição e sociedade civil, presente ou não o STF. Aqui, a organização social é da relação do sistema político com a sociedade civil, mas no sentido específico da disposição do poder político, ou seja, do sistema político em direção à sociedade. Os deputados elaboram, nesse contexto, a concepção dessa literalidade e atribuem ao texto constitucional ou ao STF a prerrogativa de dizer a família para o conjunto da sociedade. Reforça-se o papel político-normativo do sistema político. Em relação à realidade social, o aspecto da *literalidade* constrói a família como uma previsão

constitucional que carrega a sua definição. Tanto o aspecto de previsão quanto da definição como sendo constitucionais é importante. A família é dada pela visão constitucional sobre a literalidade da união entre homem e mulher, seja ela restritiva ou exemplificativa. Estas formas de entendimento se direcionam para a estabilidade de uma visão constitucional, institucionalizada, e para manutenção de uma coesão dada pela constituição como ato político unificador da nação.

Politicamente, esta forma de representar a família na *literalidade*, restritiva ou exemplificativa, executa propósitos diversos. Como restritiva, como única forma de composição de família, favorece os grupos que buscam esta interpretação do texto constitucional. Este grupo, no contexto da pesquisa, se assemelha ao grupo que se forma *em defesa da família brasileira* e une parlamentares e membros da sociedade civil, com a presença de atores religiosos nos dois contextos. Como exemplificativa, uma forma de família dentre várias, favorece politicamente grupos que lutam pelo reconhecimento de múltiplas formas. Este grupo, no presente estudo, também une deputados e membros da sociedade civil, diferentes do grupo anterior.

Ainda assim, estas duas visões executam diversas funções próximas, especificamente de objetivar a família a partir do texto constitucional, de manter certa estabilidade constitucional e organizar a definição de forma institucional e a partir do sistema político. As identidades que constroem também apresentam semelhanças nos seus processos de formação (como apagamento de sujeitos concretos ao representar um sujeito universal), porém se diferenciam na formação dos grupos e na representação desse sujeito universal.

Por outro lado, opõem-se tanto às manifestações *em defesa da família tradicional brasileira* quanto às da *literalidade da união entre homem e mulher*, as manifestações sobre o *direito às famílias socioafetivas*.

Neste caso, passa a ser menos importante afirmar os laços de pertença de um grupo específico que compartilha uma definição, como no caso *em defesa da família tradicional brasileira*. Trazer o *direito às famílias socioafetivas*, da forma como foi trazido no cenário de pesquisa, retira o valor estratégico de identificação entre um grupo específico de pessoas, visto que aberta à pluralidade de perspectivas. Não somos “nós, da família tradicional” ou “os defensores da família” que podem dizê-la. Foge-se de um sujeito único e admite a dialogicidade pautada pelos critérios de identificação pela socioafetividade, seja a partir dos sujeitos em sua capacidade de autonomia seja na confirmação dessa identidade pelo judiciário. As relações entre

grupos e instituições, e a forma como se comunicam, é estabelecida nessa articulação entre a capacidade de autonomia das pessoas e a institucionalização dessas formas familiares autônomas através do sistema político, seja através do judiciário ou do parlamento. Ainda, na busca de simetria desses grupos sociais na capacidade de representar a família. A simetria se refere, principalmente, à distância dos grupos aos recursos comunicativos e institucionais.

Família, nessa forma de disputar socialmente seu significado, é definida a partir da construção socioafetiva das relações familiares e do ambiente familiar. Essa construção é acompanhada do acesso a direitos. *Família* é um espaço social afetivo de realização de direitos. Esta forma de conceber antecipa projetos de reconstrução da própria definição para abarcar dimensões futuras. Há uma aproximação com as experiências que se apresentam como novas ou imprevistas, e o entendimento funciona como orientação para essa aproximação. O impulso pela descoberta é presente na abertura realizada pela construção de um gênero família definido pela socioafetividade e pelo direito à família como relações afetivas.

O foco destas formas de representar a família está também na sua função geral de tornar familiar o não familiar, no caso funcionando a partir de sua aproximação e descoberta. Politicamente, esta forma serve aos propósitos de reconhecimento de diferentes famílias. Como visto, esta é a própria movimentação que dá origem às discussões na esfera pública e jurídica, que ocasionam o julgamento pelo STF sobre união civil homoafetiva e a posterior tramitação do Estatuto da Família. O entendimento de família no contexto do *direito às famílias socioafetivas*, incide nessas relações de poder estabelecidas entre diferentes grupos na disputa política a favor do reconhecimento dessas formas familiares, da equiparação entre as formas e da sua vinculação a critérios socioafetivos que garantam autonomia.

4.2.3 - Efeitos na esfera pública

As formas de representar a família que circulam e se constituem na Câmara, assim como no STF, também direcionam um determinado modo de funcionamento da esfera pública. Por parte do STF, como visto, há a formação de uma esfera pública em que a comunicação entre instituições constitui a mesma. Por parte da

Câmara, vimos que há tanto a possibilidade de comunicação e diálogo com o STF, a partir de sua representação constitucional de família, como o seu apagamento como ator relevante para esta representação. Estas possibilidades aparecem sobretudo na representação da literalidade da união entre homem e mulher. A disputa pelo significado do texto constitucional, no âmbito da Câmara, ora se associa ao STF e busca na sua representação constitucional o caráter exemplificativo da união; ora exclui o STF para dar uma interpretação restritiva ao texto.

Há implicações para a esfera pública formada desde as relações institucionais entre Câmara e STF. Também nos grupos formados a partir dessa representação da literalidade - aqueles que a entendem exemplificativa e aqueles que a entendem restritiva. O primeiro grupo admite a pluralidade com outras formas ainda não previstas; o segundo grupo assume a representação coletiva de família como forma única. Sendo assim, a construção de esferas públicas plurais está associada ao entendimento exemplificativo da união entre homem e mulher; enquanto o grupo que representa a união entre homem e mulher como restritiva constrói uma esfera pública centralizada e baseia a autoridade no texto constitucional dito a partir da própria Câmara. A autoridade serve como marco contra a possibilidade de inovação no conceito de família e ainda como garantidora da tradição. Diferentes grupos representam a *literalidade da união entre homem e mulher* ora na construção de uma esfera pública pluralística e aberta à mudança, ora na construção de uma esfera pública tradicional e homogênea, massificada.

Mais claramente definidas, as representações *em defesa da família brasileira* e do *direito às famílias socioafetivas* concorrem para diferentes tipos de esferas públicas. A primeira traz de forma acentuada a necessidade de construir uma mentalidade única do que seja família, que reforce os laços tanto entre uma coletividade nacional definida a partir da maioria e entendida como identidade brasileira. Há uma construção homogeneizadora da esfera pública, exclusão de diferentes públicos e a busca pela manutenção da tradição. Novamente, na representação em defesa da família brasileira há a representação coletiva como saber único, consciência coletiva e fato social impositivo (até por sua alegada naturalidade) do que seja família. Nesse caso, como tratamos do complexo parlamentar, esse apagamento do outro e de sua perspectiva gera efeitos tanto na incapacidade que o sistema político opere tomando como referência tais públicos como na limitação do poder comunicativo gerado. O debate no complexo

parlamentar provoca o público geral, sociedade civil, para a tematização de tais questões. Ou seja, nesse caso, a publicização que o debate na Câmara gera fica restrita aos temas trazidos pela maioria política. Em outro sentido, a *defesa da família tradicional brasileira* indica a capacidade de tematização na esfera pública desse grupo definido por parlamentares e sociedade civil ligados aos segmentos religiosos dada diretamente em relação ao seu poder político. Isto por que é através dos próprios mandatos que esta defesa da família tradicional brasileira ganha força e os próprios mandatos servem a ela. A influência dos segmentos religiosos sobre o público dos deputados é tamanha a ponto de constituir uma forma própria de representar a família compartilhada por estes atores.

A representação de direito às famílias socioafetivas, por seu turno, constitui uma esfera pública em que a destradicionalização é peça-chave. Ao invés de estruturada pela conformidade, a esfera pública é caracterizada pela negociação entre diferentes formas de representar a família. É a possibilidade de dissenso e o que fazer nesta circunstância de dissenso que definem a pluralidade desta representação. A inovação, nesse sentido, afasta a possibilidade de um saber homogêneo e estável no tempo sob esta única forma. Pelo contrário, o próprio conteúdo da representação de família é maleável para que diferentes públicos possam ter caminhos de influência no sistema político ao definir este objeto. Há uma busca por ampliar a capacidade da esfera pública, especialmente aquela parcial formada no complexo parlamentar, em ser sensível às demandas do mundo da vida na esfera pública informal. Como dito, esta capacidade não se trata apenas de ser sensível, mas de embates concretos entre diferentes atores na esfera pública.

Dessa forma, ao representar o direito às famílias socioafetivas aumenta a possibilidade de influência de diferentes públicos da sociedade civil em relação ao sistema político, desde o seu reconhecimento como alteridade. Ao mesmo tempo em que demonstra a capacidade desses públicos em influenciar o sistema político comunicativamente a ponto de constituírem uma forma de representar a família.

É neste cenário que as representações realizadas na Câmara dos Deputados constituem a mesma esfera pública em diferentes pontos. Não há apenas intertextualidade nas falas da Câmara em relação ao STF, como as discussões realizadas nos dois âmbitos se influenciam e estruturam a esfera pública. As relações entre diferentes atores e a tematização de diferentes matérias compõem

esta esfera pública formada a partir das justificativas dos votos apresentados pelos ministros do STF e das falas na Câmara.

Na tradução sociológica da política deliberativa, é na esfera pública que os feixes temáticos que compõe os processos discursivos de formação da vontade e da opinião pública se constituem e irão circular entre o sistema político e a sociedade (HABERMAS, 1997b). Por isso a análise desses “feixes temáticos”, traduzidos na ideia de representação social e simbólica (JOVCHELOVITCH, 2008) e a esfera pública que constróem nos ajuda a entender o diálogo constitucional do ponto de vista da política deliberativa.

Os significados constitucionais são construídos nessa interação e dizem a respeito do sentido de diálogo constitucional que buscamos entender neste estudo. A seguir, organizaremos o diálogo constitucional sobre família em atos de fala, sequenciais e discursivos. Cada momento será sinteticamente analisado do ponto de vista do diálogo a partir da política deliberativa à luz dos dados apresentados.

CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE STF E CÂMARA

O diálogo se estabelece como um *processo* dialógico, em que há uma sequência de comunicações entre atores sociais ou institucionais que se sucedem ao longo do tempo (MEUWESE & SNEL, 2013). A forma como se qualificam depende de algumas características de como esse processo ocorre. Para entender como as circunstâncias que ligam a definição de família do julgamento da ADIN 4277 pelo STF até a disputa pelos significados de família na Câmara dos Deputados durante a tramitação do PL 6583/2013, expomos em sequência o processo dialógico. Não há pretensão de examinar todos os atos relacionados a este processo, mas de alinhar os momentos analisados anteriormente. Esses momentos são encarados como atos de fala organizadores do discurso que se constrói sobre família e do próprio diálogo constitucional construído.

5.1 - CONSTITUIÇÃO DE 1988

Reconstruir todo o diálogo constitucional sobre família em determinada medida remontaria a ordenamentos jurídicos pré-Constituição de 1988. Porém, além das principais questões doutrinárias e teóricas abordadas dizerem respeito ao nosso atual ordenamento, é a Constituição de 1988 o marco legal trazido textualmente nas falas e justificativas de votos analisadas.

Os diálogos constitucionais são, em geral, circunscritos à prática de interpretar, revisar, escrever ou emendar as constituições (MEUWESE & SNEL, 2013). A Constituição, nesse caso, do ponto de vista do controle judicial de constitucionalidade, se estabelece como parâmetro e, do ponto de vista do diálogo constitucional, como objeto do diálogo.

É na Constituição Federal de 1988 que o princípio da dignidade humana comparece como fundamento basilar da República, no artigo 1º, inciso III. O princípio da dignidade humana constitui preceito fundamental, um dos parâmetros TIDO POR violados na ADPF 132, julgada em conjunto com a ADIN 4277 no STF. Este princípio aparece também associado à família no parágrafo 7º do artigo 226, como fundamento do planejamento familiar.

O artigo 226, por sua vez, no *caput* estabelece a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado. Dentre os parágrafos que serviram de

base normativa para os significados constitucionais construídos, o parágrafo 3º estabelece ao mesmo tempo a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” e o casamento como possibilidade, mas não obrigatoriedade para o reconhecimento da entidade familiar. O parágrafo 4º inclui sobre o conceito de entidade familiar a comunidade monoparental.

Cabe lembrar que, além de inserir dispositivos normativos - regras ou princípios - no ordenamento jurídico, a Constituição traz uma série de efeitos no ordenamento jurídico de forma sistêmica. Por um lado, a Constituição servirá de parâmetro para a interpretação de toda a legislação infraconstitucional em ações de controle de constitucionalidade. Por outro, a constitucionalização do direito civil (LOBO, 1999) é um exemplo de efeito sistêmico através de transformações jurisprudenciais e doutrinárias, além das dogmáticas e processuais.

Levando em consideração o discurso que foi tematizado nas falas na Câmara e, principalmente, no STF, esses se configuram como pontos de partida para a questão constitucional que se propõe responder. Ao mesmo tempo, são trazidos na construção dos significados constitucionais associados à família.

5.2 - CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ao entrar em vigor, a Constituição de 1988 demanda uma nova leitura sobre as normas de direito civil até então vigentes, produzidas no Código 1916, recepcionando-as ou não no novo ordenamento (DEPRETTO & DEPRETTO, 2018). Em 2002, novo Código Civil foi instituído, já trazendo modificações importantes. Especificamente, a concepção de família no novo código se direciona, assim como a Constituição, para a pluralidade de famílias e para a importância dos princípios, notadamente da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

O artigo 1723 do Código Civil traz, assim como no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, que a entidade familiar se reconhece na união estável, convertida ou não em casamento. No mesmo dispositivo civil, ainda no *caput*, o Código qualifica a entidade familiar pela “convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Há certa continuidade entre o Código e a Constituição e, ainda, avanços nos dispositivos do Código que vão ao encontro das mudanças iniciadas na Constituição.

A definição da configuração da entidade familiar na convivência qualificada é um exemplo. Ao mesmo tempo, o Código será objeto de controle de constitucionalidade e também os seus institutos passarão pelo processo de constitucionalização.

Dessa forma, tanto legislador constituinte quanto infraconstitucional se posicionam no debate sobre família e utilizam do poder político institucionalizado para garantir sua normatização. Há consequências do ponto de vista jurídico, operando o judiciário com base nesses dispositivos para o julgamento das ações que versem sobre conflitos dessa ordem no mundo da vida; e do ponto de vista comunicativo, compondo a esfera pública em torno do tema.

De um lado, a proceduralização de definições dotadas de poder normativo, do outro, a circulação desse entendimento pelos canais de comunicação no sistema político e entre este e sociedade civil, na esfera pública.

5.3 - ADIN 4277/ADPF 132

Quando os ministros do STF decidem a ação direta de inconstitucionalidade nº 4277 em conjunto com a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132 e apresentam as justificativas dos votos que sustentam a decisão judicial, eles o fazem sobretudo a partir da textualidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Ainda que se argumente a favor de uma interpretação sistêmica, socorrendo-se dos princípios, a textualidade esteve marcada nos resultados analisados (ROSA-LIMA, 2019).

Conforme visto, os artigos 226/CF, *caput* e parágrafos 3º e 4º, e artigo 1723/CC são trazidos de forma recorrente na sua literalidade, além dos princípios constitucionais firmados na Carta Magna.

Por um lado, é mandatório que a questão seja analisada à luz dos parâmetros constitucionais. Por outro, a forma como estes parâmetros são trazidos é objeto de análise em cada decisão. Tão o é que a omissão, contradição ou obscuridade de decisão podem ser motivadoras de embargos de declaração em ações de constitucionalidade (PRADE, 2007).

A forma como os dispositivos aparecem nas justificativas é marcante. Além dos dispositivos constitucionais, há a citação reiterada do Código Civil. Em prol de

uma leitura sistêmica, valoriza-se o texto normativo produzido no processo legislativo infraconstitucional.

O papel do legislativo e do Congresso são ressaltados na elaboração do texto constitucional e na relação com o judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade e na construção das normas. De fato, na relação entre Congresso e a Corte Suprema é que são identificadas lacunas no texto constitucional de acordo com os ministros. O texto constitucional é continuamente referido a partir deste enquadramento, que reserva o papel do STF e ao mesmo tempo enfatiza o processo democrático de elaboração das leis e dispositivos constitucionais.

A interpretação do texto constitucional não é posta de forma isolada pelos ministros. Antes, acontece na relação com o Poder Legislativo e com o Congresso que o institucionaliza. Esta relação, textualmente localizada, é resultado da análise da representação constitucional que o STF realiza. Tanto que há a delimitação de lacunas onde, supostamente, a abordagem sistêmica da constituição deve preencher, pela atuação do STF, com os pressupostos e princípios organizadores da Constituição na sua interpretação sistemática. A lacuna surge da relação da Constituição enquanto ordem jurídica constitucional com dispositivos específicos, ficando a atuação do STF delimitada dessa forma.

Nas justificativas apresentadas para a decisão judicial, a *atual família constitucional* sintetiza a configuração das entidades familiares na forma de convivência trazida pelo Código Civil, obedecendo e se direcionando pelo princípio da dignidade da pessoa humana, resguardada sua importância como instituição social para o Estado e propõe as modalidades de família presentes na constituição com teor exemplificativo e atualizado pela interpretação sistemática da Constituição.

Independente do mérito da decisão, o significado constitucional relaciona alguns atributos valorizados pelas teorias do diálogo constitucional (MEUWESE & SNEL, 2013). Na perspectiva das teorias de parceria, o aspecto comunicativo interligado e interdependente é enfatizado. Na perspectiva das teorias de *equilibrium*, valoriza-se a relação com a esfera pública nos sentidos de recepção das temáticas sociais e da propagação de novos significados com sentidos constitucionais.

Nesse sentido, além da relação com o Congresso, o STF no seu posicionamento dialoga com a pluralidade de formas de família que compõem a

experiência social e concorre para sua legitimação. Como visto, a ênfase no princípio da dignidade e da forma de convivência abre possibilidade de que estas composições sejam múltiplas e, em algum medida, com capacidade de autoidentificação dentro dos parâmetros construídos conjuntamente pelo legislador, através do texto constitucional e do Código Civil, e pela Suprema Corte, ao identificar lacunas na aplicação sistemática dos princípios. A abertura dos parâmetros de construção de família insere a possibilidade de que os atores sociais da sociedade civil participem da definição final do que é família, em cada caso. Esses atores não são apenas atores individuais, antes se organizam em grupos sociais distintos e que se posicionam distintamente em relação à definição de família. A decisão do STF, nesse sentido, tem a capacidade de mediar essas oposições e fornecer um parâmetro que conceda segurança jurídica e institucional.

A possibilidade de associar o poder político institucionalizado à determinada concepção é central do ponto de vista da política deliberativa e do papel da Corte no controle de constitucionalidade (HABERMAS, 1997a). Com isso, o STF reconhece determinados interesses de movimentos sociais e de grupos minoritários e influencia a dinâmica social em torno dessa questão. Porém, ainda que os efeitos da decisão fossem os mesmos do ponto de vista institucional, do ponto de vista da ação comunicativa, o STF traz explicitamente a existência de múltiplas composições de família associadas à diferentes grupos e reafirma sua capacidade de definição da família.

A dificuldade majoritária, nesse caso, é diluída na perspectiva de aprimoramento do diálogo entre a instituição majoritária, que comparece nos produtos da atividade legislativa e como instituição independente e harmônica, e o tribunal, que atua para a concretização do Estado Democrático de Direito numa perspectiva além da mera formalidade do processo legislativo que nem sempre executa seus pressupostos de legitimidade e representatividade.

Para Meuwese e Snel (2013) o que caracteriza o diálogo constitucional é o caminho intermediário entre supremacia judicial e a soberania legislativa, em que tribunais e legislaturas participam para o equilíbrio entre princípios constitucionais e políticas públicas. Na visão de Victor (2015), o diálogo institucional estimula a participação dos representantes eleitos na tomada de decisões constitucionais e não impede o recurso ao Judiciário. Deve, para o autor, ocorrer de modo mais democrático e homenageador do ideal do Estado de Direito. Esses objetivos devem

ser alcançados pela qualidade do diálogo que garanta os direitos fundamentais, a organização política e o modo democrático. Esses três elementos compõe a representação constitucional elaborada no STF na preservação da dignidade e da participação política, de acordo com a perspectiva habermasiana de autonomia privada e autonomia pública; na relação institucional com o Congresso e na preservação da independência entre os poderes; e na dinâmica entre públicos fracos e públicos fortes.

Para diversos autores (VICTOR, 2015; PERRY, 1996; SAMPAIO, 2002) a capacidade de articulação de estabilidade e mudança é central para a ideia de diálogo. Tratando-se apenas de estabilidade e segurança jurídica, sem possibilidades de mudança, não haveria sentido em falar em diálogo, na medida em que esse pressupõe sequências de atos e comunicações entre atores diferentes que irão negociar sentidos e o próprio processo de interpretação, revisão, escrita ou emenda às constituições.

Nesse sentido, a saída do STF ao delimitar a *atual família constitucional* responde a estes postulados. Ao articular a estabilidade a partir da institucionalidade da decisão constitucional diante do tecido social, da segurança jurídica das formas anteriores e da objetividade do texto constitucional à possibilidade de assimilação de mudanças a partir da pluralidade de experiências e do posicionamento de diferentes grupos, o STF articula também a possibilidade de construção de futuro que não se engesse numa perspectiva monológica, seja sua, seja do legislador. É o que Perry (1996) irá chamar de desenvolvimento da tradição político-constitucional, em que a Suprema Corte se coloca como principal matriz institucional que articula a norma jurídica (dimensão jurídico-formal) e a ordem política como pluralismo de forças constitucionais (dimensão político-substancial).

Esse aspecto é central e confere a dualidade da *atual família constitucional*, constitutiva de toda essa forma de representar a família no diálogo constitucional. É, propriamente, o que lhe dá forma e o que caracteriza a forma especificamente constitucional de representar a família.

5.4 - *BACKLASH* É DIÁLOGO?

O fenômeno político chamado *backlash* corresponde à uma rejeição social às decisões constitucionais e mobilizam ações em contrário (ZAGURSKI, 2017; PIMENTEL, 2017). A definição de diálogo constitucional proposta por Meuwese e Snel (2013) considera qualquer contexto em que as legislações possam apresentar uma resposta às decisões judiciais que anulem a legislação. A natureza dessa resposta poder ser variada. Pode se tratar de respostas procedimentais, como no exemplo das cláusulas *notwithstanding*, ou mais políticas. Mais diretas ou indiretas, como no caso de edição de leis que versem sobre a matéria já decidida porém sem vinculá-la. E, também, resposta que se oponham ou respostas que endossem a visão trazida na decisão judicial.

Ao mesmo tempo, a interpretação constitucional como processo político (FISHER, 2014; SAMPAIO, 2002) ilumina essa multiplicidade de movimentos jurídicos, políticos e sociais que sucedem às decisões judiciais e que também antecedem novas decisões. Os movimentos políticos, mesmo de oposição à decisão judicial, fazem parte da interpretação constitucional sendo construída na arena política. A partir da política deliberativa, a disputa pelos significados compõem os fluxos comunicativos entre o sistema político e a sociedade civil na esfera pública. Essa disputa não é apenas simbólica, mas organizada socialmente em grupos de interesses, arquiteturas institucionais e propósitos políticos.

O movimento de *backlash* certamente compõe esta disputa e dele deriva efeitos tanto de institucionalização, vide a tramitação do projeto de lei, como de comunicação na esfera pública, pelas discussões tratadas dentro e fora do parlamento. Há um diálogo que, mesmo de forma indireta e com alto teor político, tem um prolongamento no Congresso a partir da decisão do STF e constitui um ato discursivo da Câmara, definindo uma forma de se posicionar e algum conteúdo desse posicionamento, ao menos do seu caráter de oposição.

No entendimento de Zagurski (2017) e Pimentel (2017), a proposição do projeto de lei do Estatuto da Família exemplifica o fenômeno do *backlash* na medida em que a atuação do STF no sentido do reconhecimento levou representantes do poder legislativo a buscarem na própria casa legislativa normatizar a questão. Sendo

assim, a iniciativa do projeto de lei se dá no movimento contrário ao julgado nas ações pelo STF. Ou seja, busca através do projeto de lei restringir o entendimento de família para a união de homem e mulher (ou de um cônjuge e seus descendentes), contrariamente ao reconhecimento de casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal.

No caso em questão, o *backlash* é um fenômeno político e institucional, resposta indireta na sua forma e contrária à decisão judicial. Ainda assim, tanto no julgamento em questão quanto nas discussões que acompanham o projeto de lei, os debates se desenvolvem tanto para ideias contrárias quanto a favor do reconhecimento jurídico de outras formas de família, em várias matizes. Podemos dizer que o *backlash* mantém o diálogo aberto, porém a resposta que será apresentada em sequência pela Câmara definirá natureza e alcance dessa iniciativa, tanto do ponto de vista procedimental quanto comunicativo.

5.5 - CÂMARA DOS DEPUTADOS

O Projeto de Lei do Estatuto da Família - PL 6583/2013 - foi proposto pelo Deputado Anderson Ferreira e teve relatoria, pela sua aprovação, feita pelo deputado Ronaldo Fonseca, pastor evangélico. Ambos amplamente parabenizados e agraciados pelos deputados no contexto das interações durante a tramitação do PL, igualmente como o pastor Silas Malafaia, presente na audiência pública realizada no Congresso Nacional.

Esta presença repercute na tensão entre os religiosos e os militantes do movimento gay que comparecem nas audiências públicas. Levando-se em conta a decisão do STF na ADIN 4277 sobre união civil homoafetiva que por *backlash* provocou a proposição do PL 6583/2013, esta dualidade se mostra constitutiva dos significados constitucionais enunciados na Câmara.

Na perspectiva do diálogo institucional, é interessante notar que não há uma composição homogênea do que seja “a palavra” da Câmara. Ainda que o PL tenha sido aprovado na Comissão Especial que o criou e, do ponto de vista procedimental, as discussões encaminham processos de votação que, por sua vez, acabam traduzidos em ações institucionais como aprovação de projetos, edição de leis, emendas à Constituição, entre outros, os argumentos e posicionamentos que são veiculados durante a tramitação não se resumem entre si e nem sempre estarão

sintetizadas na decisão final. Ou seja, são diversos significados e posicionamentos que são debatidos e, via procedimentos deliberativos, serão condensados nas decisões que traduzem a participação via poder institucional. Porém, do ponto de vista da ação comunicativa, além do seu direcionamento para os fins de transformação do poder comunicativo em poder político, há uma pluralidade de opiniões, posicionamentos, debates e interesses que constituem um cenário heterogêneo no interior do complexo parlamentar.

Ou seja, é interessante ir além da participação da Câmara no diálogo pela sua ação procedimental ou pela opinião resultante final, unificada. As teorias do diálogo que, mais que a construção coordenada, referenciam a parceria entre as instituições têm o condão de encarar a dimensão dialógica e o processo comunicativo entre as instituições, não apenas a coordenação de ações institucionais independentes.

No cenário do PL 6383/2013, essa heterogeneidade e a interpenetração de discursos configura duas amplas tendências nas falas que acompanham a tramitação do projeto de lei e que tem relação direta com o teor do projeto e a divisão entre favoráveis e não favoráveis à sua aprovação, que, entre outros objetivos, delimita a família à união entre homem e mulher.

Entre os favoráveis, a disputa pelo significado constitucional de família *em defesa da família tradicional brasileira* e no sentido restritivo da *literalidade da união entre homem e mulher* configuram formas específicas de dialogar com o STF, com os grupos de interesses presentes e com a sociedade como um todo. Este grupo se posiciona pela aprovação do PL e se organiza afim ao autor e ao relator do projeto, tem entre os participantes das audiências públicas figuras religiosas de destaque, e parlamentares que se autoidentificam religiosos, evangélicos, em sua maioria, ou católicos. Por um lado, a relação com a sociedade como um todo é marcada pela assimetria institucional, em que os parlamentares têm legitimidade e poder institucional para defender os interesses de toda a nação, que não são trazidos como interesses parciais, de grupos determinados. São os parlamentares, no Congresso, apoiados por participantes da sociedade civil que se apresentam convidados nesses espaços, que travam a batalha pela proteção de uma forma determinada de família. Proteger, nesse caso, significa não permitir que hajam outras formas reconhecidas e que outros grupos participem dessa definição. Esses outros grupos não dizem respeito à somente outros grupos de parlamentares, mas de outros grupos da sociedade. Pois, do ponto de vista da organização desses

grupos de interesses, há uma formação de forte vínculo entre “os nossos” e “eles”. Se, por um lado, fala-se por todos os brasileiros, defendendo-se uma unidade nacional coletiva sobre família, por outro, são bem delimitados quais os brasileiros que compõem este “nós”, explicitamente aqueles que se enquadram na definição de família como família tradicional brasileira, natural a ser defendida, formada na unidade pai-mãe-filhos. Tanto os posicionamentos *em defesa da família tradicional brasileira* quando do sentido restritivo da *literalidade da união entre homem e mulher* servem aos mesmos propósitos e realizam esses propósitos por meios de significados constitucionais precisos.

Entre os não favoráveis à aprovação do PL e outros participantes das audiências públicas que não se posicionam na matéria em questão, o *direito às famílias socioafetivas* e o sentido exemplificativo da *literalidade da união entre homem e mulher* definem os significados constitucionais construídos sobre família. A relação que se estabelece com grupos de interesse e com a sociedade é diferente. Há uma afirmação da pluralidade de definições em oposição ao monopólio, sendo uma pluralidade aberta e definida apenas na experiência concreta que garanta as características gerais definidas para família, como o foco nas relações familiares, no afeto e nos direitos. A linguagem utilizada é menos da defesa de interesses e mais da garantia de direitos. A sociedade não é apenas defendida e representada pelos parlamentares, mas estes devem garantir o alcance dos direitos e trabalhar em prol do reconhecimento e do acesso às políticas públicas. Esses grupos de interesse não se limitam ou se definem, antes agrupam possibilidades diversas que se distanciam da unidade pai-mãe-filho sem excluí-la como possibilidade legítima, caracterizada pelos mesmos atributos do gênero família (afetos, convivência, direito, dignidade) que se manifesta em diferentes modalidades. Além das famílias monoparentais e adotivas, se fazem presente na discussão como tema e como participantes das audiências, representantes do movimento gay como um dos grupos de interesse na discussão, mais uma vez, motivada a partir do reconhecimento da união civil homoafetiva pelo STF.

A relação com o STF e com o significado constitucional de família que insere na esfera pública é bastante influenciada por essa divisão interna à Câmara e aparece sobretudo na disputa pelo sentido da *literalidade da união entre homem e mulher*. Como visto, quando se disputa um sentido restritivo dessa *literalidade*, há o apagamento do STF e do seu papel no diálogo institucional, bem como dos

significados veiculados na decisão judicial. Ainda que o chamado *backlash* seja uma resposta legislativa ao julgamento com a tramitação do projeto de lei, não há menção ao julgamento ou ao papel do STF no diálogo constitucional. O acesso à constituição é defendido sem a participação do STF. Além da possibilidade normativa, em que seguindo o processo legislativo constitucional pode-se emendar a constituição e, com isso, reescrevê-la ao menos em parte, que é função precípua do Poder Legislativo e institucionalmente resguardada aos deputados federais e senadores, que transformaria a constituição na independência harmônica do legislativo, a leitura do que está constitucionalmente posto é feita à revelia da forma e do conteúdo do pronunciamento do STF. Não se posiciona em relação ao que foi representado nas justificativas apresentadas nos votos, apenas se ignora enquanto reforça-se uma via alternativa, sem a participação do STF no diálogo, para a disputa do significado constitucional. É claro que ignorar ou invisibilizar esta instituição não deixa de ser um posicionamento. Da mesma forma que o *backlash* mantém o diálogo aberto, o ato de disputar o significado de família sem a participação do STF também é um ato comunicativo.

5.6 - INTERTEXTUALIDADE ENTRE CÂMARA E STF: HÁ DIÁLOGO INSTITUCIONAL?

Há, a princípio, um diálogo que ocorre, porém precisamos atentar para as características e limitações desse diálogo. Se, por um lado, consideramos a sequência de comunicações sobre a interpretação da constituição, o diálogo está constituído, ainda que na participação da Câmara, no contexto específico do tipo de posicionamento discutido neste ponto, haja a busca pela supremacia legislativa em sobreposição ao judiciário. Não apenas na sobreposição, mais uma vez, mas no apagamento. Por outro lado, Meuwese e Snel (2013) caracterizam o diálogo constitucional como caminho intermediário entre a supremacia legislativa e a supremacia judicial e colocam como condição uma ausência de ator dominante ou, pelo menos, um intervalo de dominância. Nesse sentido, por mais que hajam pronunciamentos, atos de fala e disputas pelo significado constitucional, não haveria um diálogo constitucional de fato.

Quanto Victor (2015) atrela o diálogo constitucional ao Estado de Direito e à democracia, devendo o diálogo se desenvolver do modo mais democrático e homenageador do Estado de Direito. A qualidade do diálogo está relacionado à sua capacidade de garantir os direitos fundamentais, a organização política e o processo democrático. Se os direitos fundamentais articulam internamente a autonomia privada e autonomia pública, conforme a visão da política deliberativa (HABERMAS, 1997b), se a organização política envolve, além de independência, harmonia e reconhecimento institucional dos diferentes poderes e o processo democrático não se limita à eleição de representantes políticos, o diálogo sobre família neste ponto do complexo parlamentar da forma como é conduzido por este grupo carece de características que o qualifiquem como, de fato, diálogo constitucional.

Mesmo a disputa feita pelo significado constitucional de família não é feita em relação ao STF. A disputa, de fato, é uma *defesa da família tradicional brasileira* como única forma de família e é feita por um grupo formado por representantes eleitos que ocupem um papel institucionalizado importante pela sua proximidade interna ao sistema político e por membros da sociedade civil, como religiosos evangélicos e católicos, que se alinham a esta defesa e enfatizam menos o papel institucional e mais o papel comunicativo, fazendo uma ponte com a sociedade civil e se dirigindo a ela. Esta defesa é sobre quem pode falar - os deputados - e qual a família será reconhecida - a dos seus eleitores, resguardando, por consequência, o papel institucional dos deputados de monopólio da constituição. A defesa não é feita em relação ao STF, mas em oposição aos outros parlamentares e aos outros cidadãos, que são uma ameaça à família por não compartilharem da sua forma hegemônica. Também estes não estão aptos a participar da definição do que seja família, cabendo aos deputados definí-la e dizê-la para toda a sociedade, protegendo os que se alinham ao seu entendimento da ameaça dos demais.

No mesmo cenário institucional, das reuniões da Comissão Especial e audiências públicas, outros grupos propõem e realizam uma outra forma de diálogo mirando outros objetivos e disputando o significado constitucional de família no sentido inverso. Além de referirem-se textualmente ao STF, citando a decisão judicial na ADI 4277 e ADPF 132, esse grupo reforça o papel institucional do STF em matéria de controle de constitucionalidade. A definição do STF é a última palavra apenas do ponto de vista processual, porém exerce o papel da guardião da Constituição. Esta fala sobre a Constituição ou sobre o significado constitucional traz

esse papel e assim participa do diálogo institucional. O que é dito pelo STF é trazido nesses posicionamentos como fala institucional do guardião da constituição. Reconhecer esse papel não impede o processo de edição da constituição a partir do processo legislativo na Casa que lhe é de direito, a Câmara Legislativa. Não se trata, portanto, de interferência entre os poderes, mas justamente da construção do diálogo entre as instituições. A marca do diálogo, segundo Meuwese e Snel (2013) é o aspecto comunicativo interligado e interdependente. Tanto o diálogo entre as instituições STF e Câmara quanto a relação entre diferentes grupos e entre públicos fortes e fracos e do sistema político com a sociedade são diferentes quando se fala no *direito às famílias socioafetivas*. Busca-se o diálogo institucional entre STF e Câmara para definir os significados constitucionais, em que a concepção de diálogo como parceria traz ênfase na comunicação com os aspectos descritos. Pois a Câmara não se limita a repetir a definição, antes que ressalta, no *direito às famílias socioafetivas*, a autoidentificação, as relações familiares, a família como um gênero etc. Nesse sentido, ela também propõe uma outra relação com grupos sociais, a partir do reconhecimento e da possibilidade de autoidentificação. As definições constitucionais devem ser abrangentes ou genéricas a ponto de permitir a autoidentificação pela própria experiência. Com isso, a definição se completa com a participação, dentro dos limites constitucionais e judiciais, dos atores envolvidos. A possibilidade de participação na construção dos significados constitucionais e, portanto, a forma do diálogo que se propõe com esses grupos é outra. Entre os grupos, não há a ameaça como direcionadora da disputa como *defesa*. Antes, há a pluralidade de formas possíveis e a legitimidade dos diferentes grupos em vivenciar estas formas e tê-las reconhecidas em igualdade. Entre esses grupos, públicos fracos, e os participantes eleitos do complexo parlamentar, público forte, a relação não é apenas de tutela dos primeiros pelos segundos, estes como *defensores* dos grupos que representam e porta-vozes para defender e informar a definição de família. Ao contrário, a relação entre públicos fracos e fortes, nesse caso, refere-se em dupla via, de luta pelo reconhecimento pelo sistema político, por um lado, e de capacidade de permeabilidade dos temas, nos dois sentidos. Dessa forma, a própria relação do sistema político com a sociedade é trazido de forma menos hierárquica e mais comunicativa, em acordo com o tipo de esfera pública que concorre para o funcionamento da política deliberativa. Mais uma vez, na teoria discursiva de sociedade apresentada por Habermas (1997a; 1997b) e que fundamenta a política

deliberativa, o sistema político não se constitui no topo de uma pirâmide em relação à sociedade, mas num ecossistema que compõe a esfera pública com diferentes especializações e densidades.

As disputas por significados e as diferentes formas de definir temas desempenham diferentes papéis na esfera pública (JOVCHELOVITCH, 2000; 2008). Determinadas formas serão coletivas, com uma maior tentativa de estabilidade e homogeneização, priorizando a reprodução cultural e a integração social. Outras formas, serão sociais, elaboradas em diversidade de posições e atrelada às mudanças sociais e a capacidade de se elaborar novos fatos, contextos e informações. Nesse sentido, há uma tentativa de pautar de forma coletiva a forma de se entender e se disputar o significado constitucional de família na *defesa da família tradicional brasileira* e no sentido restritivo da *literalidade da união entre homem e mulher*. Na mesma forma, o *direito às famílias socioafetivas* e o sentido exemplificativo da *literalidade da união entre homem e mulher*, trazem uma forma social de se entender e se disputar o significado constitucional de família, a partir deste entendimento. Formas sociais e formas coletivas estão associadas a esferas públicas mais inovadoras ou mais tradicionais. Todas essas formações estarão presentes na esfera pública e estão presentes no ponto da esfera pública política analisado nesse estudo, no Tribunal e no complexo parlamentar. Se consideramos o processo político que envolve a interpretação constitucional de forma ampla, a formação de significados constitucionais amplos que não se limitam à validade da decisão judicial mas a sua facticidade a partir da coalização de diferentes atores na construção nesse mesmo sentido e da sua penetrabilidade no tecido social, compõe um diálogo constitucional amplo com a participação dos diferentes grupos que são responsáveis por essas formações mais coletivas ou mais sociais.

Nesse sentido, há elementos de teorias institucionalistas, de parceria e de *equilibrium*, e de teorias contextualistas que podem ser acessados a partir da análise do diálogo constitucional na Câmara. A relação entre o STF e a Câmara pode é analisada a partir de sua interdependência e capacidade comunicativa. Como os atores institucionais do sistema político se comunicam com a sociedade também é um ponto em que se produzem evidências em diferentes direções, e que, por isso, mostra-se um ponto de compreensão importante do diálogo que é possibilitado pelo tipo de abordagem feita. Por fim, há apenas pistas, mas de alguma forma presente, sobre a relação entre diferentes grupos sociais e a sua contextualização política e

formação histórica, que acaba contextualizando todo o diálogo de forma ampla, fora das instituições. O diálogo, portanto, pode ser escrutinado a partir da relação entre as instituições, de parceria na ação comunicativa interdependente, das instituições com a sociedade e entre diferentes grupos constituídos social e politicamente e historicamente formados.

Ainda que se adentre no universo das interações comunicativas nesses contextos, e esse exame seja de importância para entender a ação comunicativa que alimenta a ação política instrumental, a institucionalização do poder político gerado é feita por procedimentos que revestem a decisão com o poder político institucionalizado. O caminho percorrido na esfera pública de forma comunicativa é apenas um aspecto da política deliberativa. A procedimentalização dos processos de institucionalização das formações de vontade pública, como as eleições, plebiscitos e mesmo o processo legislativo, é outro. Esse caminho procedimental institucionalizado tem destacada importância pelo poder político com o que reveste suas ações. Nesse sentido, o projeto de lei do Estatuto da Família foi aprovado na Comissão em que tramitou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro das tipologias de teorias sobre o diálogo constitucional, Bateup (2006) busca teorias que possam fundir aspectos de parceria (ação comunicativa interdependente entre as instituições) e de *equilibrium* (relação das instituições com outros atores sociais), enquanto Meuwese e Snel (2013) buscam teorias que possam articular teorias institucionalistas e teorias contextualistas. Acreditamos que a teoria discursiva (HABERMAS, 2002) fornece elementos que respondem à essa demanda.

A articulação entre teorias do diálogo e teoria discursiva não aparece em diversos levantamentos do tipo. Com o caso analisado, podemos perceber que há um horizonte de possibilidades a se explorar a partir deste enfoque. Como priorizamos a articulação entre diferentes perspectivas teóricas, o aprofundamento em cada tópico foi restrito. Alguns temas trazidos, como o diálogo entre o STF e a

Câmara no contexto brasileiro nas últimas décadas, o fenômeno do *backlash* ou a característica política do judiciário admitem discussões com outros autores além dos trazidos.

Outras limitações dessa monografia estão na impossibilidade de aprofundar em todas as nuances dos fluxos comunicativos institucionalmente estabelecidos entre STF e Câmara na ADI 4277 e no PL 6583/2013. O comportamento individual dos ministros, a relação com o voto e os processos de deliberação interna podem ser melhor investigados a partir do mesmo material produzido na análise lexical. Também o comportamento parlamentar e associação com partidos, gênero, região e outras inserções.

Dentro do que foi proposto, a pergunta se houve ou não houve diálogo entre o STF e o Congresso no tema em questão é substituída pela pergunta de *como* se deu o diálogo entre o STF e o Congresso, no caso, com a Câmara dos Deputados que foi onde tramitou o projeto de lei até o momento. Há o reconhecimento factual do diálogo em diversos estudos que demonstram que há sequências, respostas, coalizões, considerações e referências em grande parte das situações de controle de constitucionalidade ou de interpretação constitucional amplamente. Por isso, pela presença desses elementos no caso da construção do significado constitucional, a pergunta deixa de ser *se houve* diálogo mas de que forma este se deu.

Ao se debruçar sobre quais foram suas características, a comparação entre a forma como se deu e a forma que deveria ter se dado é uma investigação que fala do seu potencial normativo. As características de como se deu foram apresentadas durante o trabalho. De forma diversa, politicamente disputada, heterogênea, ora reconhecendo e viabilizando o diálogo, ora negando os interlocutores e o aspecto institucional da comunicação. O potencial normativo foi apontado em alguns levantamentos e também na própria articulação com a política deliberativa.

A suspensão da dominância e o caminho intermediário entre supremacia judicial e supremacia legislativa (MEUWESE & SNEL, 2013); a incorporação de aspectos sociais e institucionais e o reconhecimento dos vários participantes na elaboração do diálogo constitucional (BATEUP, 2006); ou a garantia da democracia e a homenagem aos ideais da constituição (VICTOR, 2015) são algumas das características que variam na heterogeneidade de posicionamentos da Câmara. Por parte do STF, há diversos desses elementos presentes na forma como

constitucionalmente representa a família, sendo o próprio diálogo com o Congresso e com a sociedade centrais.

Para a política deliberativa, a qualidade da comunicação entre sistema político e sociedade civil e procedimentalização institucional de processos de formação da vontade compõem a democracia. Nesse caso, a qualidade da democracia está associada a diferentes tipos de esferas públicas formadas, assim como à organização política. E os diferentes tipos de esferas públicas são formadas por diferentes formas de diálogo e diferentes significados em disputa. No caso da família, a partir da ADI 4277 e do PL 6383, há formações sociais e simbólicas que negam o próprio diálogo, negando a própria pluralidade e inovação na esfera pública, associadas à qualidade da política deliberativa. Essas formações, *em defesa da família tradicional brasileira*, trazem modos coletivos, homogeneizantes, assimétricos e hierárquicos de definir os significados constitucionais, para dentro e para fora do sistema político. Negam, também, o papel do STF no processo de interpretação que envolve outros atores além dos parlamentares. Por outro lado, as formações sobre *o direito às famílias socioafetivas*, promovem o diálogo institucional e contextualista, reconhecendo o STF e a pluralidade da esfera pública e a possibilidades de modos sociais, heterogêneos, equânimes e menos hierárquicos na forma de definir a família.

Ainda que haja potencial normativo para a perspectiva do diálogo constitucional nesta abordagem, a institucionalização normativa do diálogo constitucional ainda precisa ser construída. Reconhecer o diálogo que ocorre e poder descrevê-lo são possibilidades atuais e que pavimentam o caminho para efetivar sua realização sob formas democráticas e homenageadoras do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XXI. **Revista Publicum**, v. 4, p. 14-36, 2018.

BASSOK, Or. The two countermajoritarian difficulties. **Louis U. Pub. L. Rev.**, v. 31, p. 333, 2011.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise-Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brook. L. Rev.**, v. 71, p. 1109, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.** Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011.

DE PRETTO, Pedro Siqueira; DE PRETTO, Renato Siqueira. O Código Civil de 1916 e sua convivência com a Constituição de 1988. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil.** Escola Paulista de Magistratura: São Paulo, p. 67, 2018.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito. **Trans/Form/Ação**, v. 32, p. 119-137, 2009.

DURÃO, Aylton Barbieri. A política deliberativa de Habermas. **Veritas (Porto Alegre)**, v. 56, n. 1, 2011.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: Interpretation as political process.** Princeton University Press, 2014.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: A contribution to the critique of actually existing democracy. In: **Public Space Reader.** Routledge, 2021. p. 34-41.

FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy. **NYUL Rev.**, v. 73, p. 333, 1998.

GOMES, Wilson. Apontamentos sobre o conceito de esfera pública política. **Mídia, esfera pública e identidades coletivas**, v. 1, p. 49-62, 2006.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia (Vol. 1).** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia (Vol. 2)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jünger. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall LJ**, v. 35, p. 75, 1997.

JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2000

JOVCHELOVITCH, Sandra. **Os contextos do saber: representações, comunidade e cultura**. Editora Vozes, 2008.

KENNEY, Sally; REISINGER, William; REITZ, John. **Constitutional dialogues in comparative perspective**. Springer, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Rio de Janeiro: Contraponto, v. 25, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 6(24), 136-156, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. 'Constitutional Dialogue': An Overview. **Utrecht Law Review**, v. 9, n. 2, p. 123-140, 2013.

MOSCOVICI, Serge. **Representações Sociais: Investigações em psicologia social**. Petrópolis: Vozes, 2007.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2017.

PEARCE, W. Barnett; PEARCE, Kimberly A. Taking a communication perspective on dialogue. **Dialogue: Theorizing difference in communication studies**, p. 39-56, 2004.

PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: Law or Politics?**. Oxford University Press, 1996.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 214, p. 189-202, 2017.

PRADE, Péricles. Embargos declaratórios em ação direta de inconstitucionalidade e a omissão quanto ao exame do art. 27 da Lei n.º 9.868/99: breves considerações.

Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RIVEIRA, Francisco Javier Uribe. Teoria social de Habermas: evolução social, sociedade e poder. Em: **Agir comunicativo e planejamento social: uma crítica ao enfoque estratégico** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1995.

ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 486.

ROSA-LIMA, Felipe. **A família na esfera pública política**: análise de dados parlamentares e judiciais. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Instituto de Psicologia, Programa de Pós-graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações. Brasília, 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Editora del Rey, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 48, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 1, 2000.

VILLAS-BÔAS, Orlando Villas, Filho. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 651-696, 2013.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre STF e o Congresso Nacional. Saraiva, 2015.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**, v. 16, n. 03, 2017.