

### 3

## A tensão entre democracia e constitucionalismo: entre dilemas e respostas

A tensão entre democracia e constitucionalismo<sup>1</sup> tem merecido análise especial da doutrina. À medida que se adensa o papel preponderante da jurisdição constitucional, base sob a qual se edificam fenômenos como a judicialização da política, a politização da justiça e o ativismo, a demanda por teorias aptas a explicar a atuação jurisdicional intensifica-se.

Não basta, porém, apenas falar em tensão, mas antes defrontar-se com temas complexos como a da objeção democrática, a necessidade ou não de um minimalismo na postura judicial, a adoção de um controle de constitucionalidade fraco ou forte que, se forem colocadas sob uma única rubrica, remontam ao problema crucial dos limites entre direito e política ou, para ficar numa questão de princípios, em como entender o princípio da maioria (base da representação parlamentar) e o princípio da supremacia da constituição (base do *judicial review*) nos Estados Democráticos de Direito.

Se é verdade que há uma predileção da academia e da opinião pública, atualmente, pelo Judiciário<sup>2</sup>, o que se percebe pela abundante preocupação de juristas, cientistas políticos e sociais no estudo do papel dos juízes nas democracias, bem como pela repercussão midiática e apelo popular que decisões judiciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, têm recebido, é imperativa a análise de algumas correntes do pensamento que tratam dessa tensão.

O espaço não permite um estudo exaustivo, mas fotografar como a teoria jurídica tem exposto a tensão e dado respostas mais ou menos satisfatórias aos dilemas.

---

<sup>1</sup> Não se deve olvidar a assertiva de Andrei Marmor, no sentido de que “Liberalismo não deve ter ganhado a vitória global que alguns comentadores previram, mas o constitucionalismo certamente sim. A vasta maioria dos países no mundo, os democráticos e os não-democráticos, tem constituições escritas que são designadas para entrincheirar a estrutura jurídica de seu regime” (*Are Constitutions Legitimate?*, In: Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho, número 1, 2007, p. 74. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/1/pr/pr3.pdf>. Acesso em 20.10.2008).

<sup>2</sup> VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário, “Posituação do Direito Natural” e “Política”*. In: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, nº 18, 1996, p. 1. Vali-me do texto em formato digital, disponível em <http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/195.pdf>, acesso 20.02.2009, referindo-me à numeração de páginas lá indicadas.

Nessa empreitada, volve-se o olhar, inicialmente, aos estudos de teóricos positivistas, sobretudo o positivismo normativista de Hans Kelsen, para entender como o jurista que, concebeu com rigor metodológico a idéia de controle de constitucionalidade, via o papel dos juízes na criação ou descrição do direito.

Retomar a Kelsen, aqui, não é um simples registro histórico. Implica, em verdade, verificar a partir de quem concebeu dogmaticamente um modelo de jurisdição constitucional uma resposta inicialmente formal à tensão entre democracia e constitucionalismo.

Não se pretende meramente resenhar a obra do jurista vianense, o que não seria de todo inapropriado, mas antes entender como, a partir de sua teoria *pura* do direito, desenvolveu sua concepção de jurisdição constitucional.

No caso específico do ativismo jurisdicional brasileiro, a leitura kelseniana ajuda a entender os debates travados sobre o papel do STF como “casa do povo”<sup>3</sup>, abandonando-se o dogma do legislador negativo, tema desenvolvido pelo jurista e abraçado pela corte brasileira por algum tempo, e a tentativa de consolidá-lo como “academia de ciências”<sup>4</sup> em questões morais.

Feitas essas considerações acerca do papel dos tribunais e das legislaturas sob a perspectiva positivista normativista, toma-se como objeto de análise o debate entre substancialistas e procedimentalistas na definição do papel da jurisdição constitucional. Como representante da proposta substancialista, adentra-se na análise da teoria do direito como integridade e da leitura moral da constituição, da lavra de Ronald Dworkin. Representando os procedimentalistas, entra em cena a teoria discursiva do direito, esboçada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas.

Como modelos ideais, enxergam-se nas presentes teorias tentativas de explicar e normatizar a atuação dos tribunais, sobretudo em matéria constitucional, cuja atuação se situa entre o ativismo e a moderação nas democracias modernas.

---

<sup>3</sup> ADI n° 3510, voto-vista do Min. Gilmar Mendes Pleno, julgado em 29/05/2008, pp-3-4.

<sup>4</sup> ADI n 3510, voto-vista da Min. Ellen Gracie, p.2.

### 3.1.

#### O modelo dogmático de jurisdição constitucional kelseniano:

##### 3.1.1.

#### A teoria *pura* do Direito: aproximações necessárias

Antes de se adentrar ao modelo jurisdicional proposto por Hans Kelsen, concebido dogmaticamente, ao contrário da jurisdição constitucional norte-americana, fruto de uma prática judicial, é necessário entender sua teoria jurídica.

Os esforços metodológicos de Hans Kelsen cingem-se em criar uma *teoria pura*, que tenha como único objeto o direito criado pelos homens. Essa metodologia, não raro, é ignorada por leitores de sua obra que partem de análises pontuais, visando a legitimar uma série de afirmações peremptórias<sup>5</sup>, dogmáticas, acerca de sua “Teoria Pura do Direito”. É como se lessem a obra em tiras<sup>6</sup>.

Intenta o autor austríaco retirar do estudo do direito [da ciência jurídica] todos os elementos que possam ser estranhos a seu objeto de conhecimento, constituído pelas normas jurídicas<sup>7</sup>. Daí porque se considere o positivismo kelseniano também como *positivismo metodológico*<sup>8</sup>.

Na esteira do positivismo normativista, Kelsen sabe que a particularidade do direito reside na norma jurídica, ou seja, no comando imposto à determinada comunidade que, se descumprido, permite que o Estado use do monopólio legítimo da força para obrigar quem não o observa a adequar sua conduta, impingindo-lhe um castigo pela desobediência.

---

<sup>5</sup> Ver o prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior à obra COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª edição: São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>6</sup> Repudia-se a interpretação da Constituição feita em tiras, aos pedaços, como se fosse possível dar significado normativo a uma norma jurídica isolada. Ver GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 195-196. A posição teórica do Ministro Eros Grau, inclusive, tem servido de base para votos de sua lavra no STF, como por exemplo na ADPF 144 (Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 06.08.2008, disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 20.01.2009.). Transpôs-se, aqui, a advertência do autor para o âmbito da doutrina, pois muito embora não haja um postulado da coerência que imponha a quem faz doutrina ser totalmente coerente – e é mesmo comum a incoerência, quando se analisam textos escritos em contextos diversos –, deve-se repudiar aquela interpretação descontextualizada do que é produzida pela dogmática jurídica.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 01.

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: DOXA – Cuadernos de Filosofía Del Derecho, Alicante,, número 21, 1998.

A simplicidade dessa assertiva não pode, porém, esconder o fato de que uma ordem, quando dada de um emissor para um receptor, dirigindo-se a vários receptores em potencial, com variadas visões de mundo e graus de cultura (o que poderia se traduzir, a partir da idéia de “desencantamento do mundo”, no dissenso sobre o que é o bem comum), envolve uma operação mental de decodificação para se extrair o comando de uma determinada construção lingüística.

Importa saber, portanto, como a partir de um texto jurídico se chegará ao sentido mesmo da norma, enfim, ao dever-ser que se busca mediante a edição de leis dentro de um dado Estado, sem se prender o jurista a especulações sobre o conteúdo da norma.

Todavia, o autor deixa claro que considerações morais acabam sendo incorporadas às normas jurídicas:

“(...) o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é direito porque não é justa.”<sup>9</sup>

Realizadas as escolhas morais pelo legislador, que se consubstanciam em leis, enunciados lingüísticos com caráter normativo, não cabe ao judiciário empreender uma sindicância acerca dos motivos escolhidos, o que não implica afirmar que o direito é um objeto “puro”, sem qualquer conteúdo valorativo.

Nem tampouco se desconhece que uma coisa é o momento de desvelamento do direito, em que o cientista deve procurar os sentidos possíveis do texto e as normas que dali consegue extrair; outra coisa, o ato de decidir qual o sentido constituirá a norma individual.

Esse é a razão, pela qual o jurista vienense estabeleceu dois tipos de interpretação: a autêntica e a não-autêntica: “(...) a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica [autêntica], e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica [não-autêntica]”<sup>10</sup>.

Tratando da interpretação autêntica, investiga a relativa indeterminação do conteúdo dos comandos normativos, afirmando que os atos de aplicação do direito

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 388.

são em parte, determinados, em parte, indeterminados. A indeterminação pode inclusive ser intencional, estabelecida propositadamente pelo órgão que estabeleceu a norma a aplicar<sup>11</sup>.

Dessa constatação concluiu que não há como haver uma única solução correta na aplicação de um comando normativo, o que levou à criação de uma construção doutrinária requintada, concebendo “o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”<sup>12</sup>.

Dentro da moldura, que é o direito, há um espaço que será preenchido pelo intérprete autêntico, independentemente do sentido que der ao texto normativo, desde que se mantenha dentro dos limites da moldura. Sob essa perspectiva, não há como conceber a existência de uma única solução correta quando da aplicação do direito. Assim,

“Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”<sup>13</sup>.

Por fim, rechaça a hermenêutica tradicional que pugna por critérios para estabelecer que uma interpretação da norma seja preferível à outra, lembrando que a interpretação não é só ato de cognição, mas também ato de vontade.

Mais uma vez admite que o direito não é um objeto isolado na sociedade – é ordem social, afinal -, embora sua *teoria pura*, metodologicamente, busque o estudo do direito de forma neutra, isolada:

“Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma

---

<sup>11</sup> Ibidem p. 389.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 390.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 391.

jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir”<sup>14</sup>.

Fica clara, portanto, a dupla natureza da interpretação, como ato de vontade e como ato de cognição. As decisões exaradas por órgãos judiciais, nesse sentido, alicerçam-se nos sentidos possíveis encontrados a partir do texto normativo, no que a dogmática jurídica tem papel importante, mas o sentido escolhido, que afinal vai se transformar em norma – a conduta que se espera ser acatada pelos receptores -, envolve uma escolha do julgador<sup>15</sup>. Deixa-se a ele um ambiente de relativa discricionariedade, o que renderá críticas sobre essa incerteza gerada pelo positivismo normativo.

### 3.1.2.

#### **A jurisdição constitucional sob as hostes kelsenianas: a tese do legislador negativo**

Hans Kelsen fez opção por propor moderação na postura a ser tomada pelo órgão investido de jurisdição constitucional. Embora não aposte em uma separação ontológica entre a atividade legislativa e a jurisdição constitucional, esclarece que essa é absolutamente determinada pela Constituição.

Isso para ser coerente com sua proposta de que o direito regula a sua própria aplicação, seguindo o princípio dinâmico<sup>16</sup>, donde haver um contínuo processo de concretização do direito, com cada órgão aplicando norma superior.

Destarte, é parcialmente limitada a função criadora. Em geral, o legislativo recebe da Constituição apenas a competência para criar o direito, cabendo em sua

<sup>14</sup> Ibidem, p. 392.

<sup>15</sup> É o que se extrai do voto do Ministro Eros Grau na Questão de Ordem na Reclamação 4219-SP.

<sup>16</sup> Segundo Adrian SgarbiI (*Os clássicos do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41), em um sistema normativo dinâmico, “a relação normativa pode ser traduzida por sucessivas autorizações, isto é, as normas são organizadas a partir de outras normas que conferem o poder de produção normativa a alguém, pois instituem ‘autoridades produtoras de normas’. Com efeito, uma norma será válida se e somente se for produzida pela autoridade competente para tanto, atendendo os procedimentos estabelecidos para o desempenho dessa atividade”. Para Hans Kelsen (*Op. cit.*, 2000, p. 221), “o sistema de normas que apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada, em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta (...) As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva”.

atuação a observância de princípios políticos, especialmente conduzidos pela idéia de justiça. Nesse mister, pode-se preferir um preceito a outro, jungindo-se a um juízo de valor<sup>17</sup>.

Não desconhece, porém, a existência excepcional de obrigações de respeito a certos conteúdos por parte da própria Constituição, quando determina, *verbi gratia*, a proibição à restrição de liberdade religiosa. Lembre-se de que os direitos fundamentais tinham aceção restrita, havidos como liberdades negativas a protegerem o particular do arbítrio estatal, não se constituindo em autênticos direitos subjetivos.

Assim, o Estado cria e se recria sem cessar com o direito, mas na ótica kelseniana esse criar e recriar nada mais é que a aplicação normal do direito, que regula sua própria criação. Assim, “o direito no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar”, isso tudo, levando-o a afirmar que “a liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande”.<sup>18</sup>

No entanto, adotando uma visão que crê *realista* do ponto de vista da política, pontua que o órgão legislativo se considera um livre criador do direito, não um órgão de aplicação, sendo impossível contar com ele próprio para efetuar sua subordinação à Constituição<sup>19</sup>. Daí a necessidade de um órgão outro, que não o parlamento, para corrigir eventuais arbítrios.

Entretanto, não vê hierarquia, nem contradição entre jurisdição constitucional e soberania popular ou, nos termos que emprega, entre o “postulado da constitucionalidade das leis” e o “postulado da legalidade da jurisdição e da administração”, pois:

“Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Ciência e política*. In: KELSEN, Hans. “*O que é a justiça?*”, Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 364 e 365.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 151.

Tampouco se sensibiliza com a objeção de que a declaração de inconstitucionalidade perpetrada por um órgão vai de encontro ao princípio da separação dos poderes, asseverando, ao contrário, que não há diferença ontológica entre jurisdição constitucional e legislação, pois enquanto essa se presta à criação de normas gerais, aquela se volta à criação de normas individuais.

O órgão responsável pela anulação de leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional. Anular uma lei é estabelecer uma norma geral, “porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa”<sup>21</sup>

Embora afirme impossível uma proposta que atenda a todas as Constituições, Kelsen diz que o encargo de anular leis inconstitucionais, pode ou não ser deferido a uma Corte Constitucional, importando, sim, que seja independente diante do parlamento e do governo, uma vez que, como órgãos participantes do processo legislativo, serão controlados pela jurisdição constitucional.

Essa preocupação se deve à diferença entre a legislação em geral e a legislação negativa:

“Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento –e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”<sup>22</sup>.

Em sua busca por garantias da Constituição, então, percebe a opção do autor por um sentido restrito à jurisdição constitucional, vista como atividade legisladora negativa. Isso não implica, todavia, desconhecer sua importância, sobretudo para a função política que a Constituição tem de “estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 240.

É de se frisar, contudo, que a limitação jurídica ao poder, como tentativa de o jurídico conformar o político, tem aceção fraca na concepção kelseniana, que, situando a jurisdição constitucional a meio caminho entre legislação e jurisdição, e dando ênfase à Constituição como um conjunto de normas de fixação e exercício do poder, não deu conta do problema da efetivação dos direitos fundamentais, que passaram a ocupar posição privilegiada no pensamento constitucional posterior.

### 3.2.

#### **A ênfase nos direitos fundamentais pelas Constituições do pós-guerra: novos contornos para a tensão entre constitucionalismo e democracia**

Á época em que pela vez primeira se previa expressamente um modelo de jurisdição constitucional pela Constituição austríaca de 1920, estavam em curso movimentos políticos de contestação à democracia liberal, sob a qual se forjara o constitucionalismo moderno e, em conseqüência, o próprio modelo kelseniano.

Uma nova realidade institucional deveria ser edificada para substituir o que Eric Hobsbawn chamou de “era do triunfo liberal”. Terminava a Era do Capital, do triunfo liberal e da concorrência livre, dando ensejo a um novo período histórico que

“iria se desligar rapidamente da competição sem barreira das empresas privadas, da abstenção governamental em relação a interferências, e daquilo que os alemães chamavam *Manchesterismus* (a ortodoxia do livre comércio da Inglaterra vitoriana) para passar às grandes corporações industriais (cartéis, trustes, monopólios), grande intervenção governamental, e às mais diferentes ortodoxias de política econômica, mas não necessariamente de teoria econômica”<sup>24</sup>.

Entre a década de 80 do século XIX e a década de 30 do século XX, assistiu-se a uma série de reformas legislativas e sociais que levaram à formação de um Estado Social. No plano normativo, fixa-se o surgimento do Estado Social nas Constituições do México e de Weimar, promulgadas em 1917 e em 1919, respectivamente.

<sup>24</sup> HOBBSAWN, Eric. *A Era do Capital*. Trad. Luciano Costa Neto: Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997, pp. 417-418.

No novo modelo, passa-se a admitir a intervenção do Estado na economia, e não mais se adota a filosofia liberal clássica e a concepção tradicional de liberdade como ausência de interferência do Estado no campo das escolhas próprias do indivíduo. Não se abandonam os direitos fundamentais de primeira dimensão, vinculados ao valor liberdade, mas se instituem direitos sociais, culturais e econômicos, em uma segunda dimensão, vinculados à idéia de igualdade, dando-se um matiz social aos direitos subjetivos, mesmo aqueles de primeira dimensão.

O Estado Social representou um compromisso entre reivindicações antagônicas das mais variadas classes sociais, sendo para Antonio Baldassare<sup>25</sup> uma resposta dos velhos Estados Liberais, “a dois fenômenos fundamentais da época contemporânea: a industrialização, com suas diferentes implicações econômicas sociais e política (...) e a democratização dos processos de decisão”.

É importante frisar que as reformas que deram origem ao Estado liberal surgiram em um período que abarca duas crises econômicas de escala mundial: as de 1873 e 1929, afastando-se a idéia de que o mercado, por si só, era capaz de se auto-regular. Uma idéia econômica, que levada para o plano jurídico, redundou na assunção de que um catálogo mínimo de direitos fundamentais poderia dar conta das necessidades da sociedade, sobretudo contendo um possível arbítrio dos órgãos políticos.

Passa-se a exigir do Estado prestações positivas para uma sociedade, que não mais se contenta apenas em ter direitos fundamentais de participação no jogo democrático previstos nos documentos constitucionais. Constata-se que direitos exigindo uma abstenção do Estado e que permitam o indivíduo participar do processo político não se concretizam jurídico-normativamente, pelo menos para algumas parcelas da população que, sem acesso a recursos sociais mínimos como alimento, moradia e educação, vêem sua participação política erigida à mera formalidade.

Interessante aproximar essa impossibilidade de concretização jurídico-normativa com as teorias democráticas elitistas. Elas sustentam que o eleitorado só consegue escolher seus próprios líderes, não tendo capacidade para adentrar ao

---

<sup>25</sup> BALDASSARE, Antonio. *Derechos sociales*. Trad. Santiago Perea Lattore. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 26.

debate de questões de moralidade política. Advertem que essa concepção é empiricamente demonstrável.

No capítulo anterior, desfez-se essa certeza empírica, mas ainda que ela existisse, a doutrina constitucional assumiu postulados da teoria crítica da sociedade, para mostrar que uma gama maior de direitos, que insira realmente os indivíduos na sociedade, pode levar a maior participação política.

Esse rápido escorço histórico reforça a tese de que mais direitos podem levar a mais democracia. Foi a própria sindicalização, um direito de participação da vida societária que deita raízes no princípio maior da democracia, que possibilitou um movimento de maior expressão dos anseios de parcelas que antes não estavam no poder, em busca de direitos sociais. Daí advém a constatação de que esse movimento ao mesmo tempo possibilitou melhores condições de vida para alguns indivíduos, assegurando-lhes participação política, e repaginou a própria noção de liberdade.

Assim, do tipo-ideal constituição-garantia, cuja ênfase se dava na separação de poderes e nos direitos fundamentais como proteção contra o Estado, passa-se ao esquema da constituição-programática, conservando elementos do modelo anterior, mas estabelecendo metas, programas e fins a serem ofertados pelas instâncias governamentais à sociedade.

Essa metamorfose da Constituição<sup>26</sup>, em verdade, leva a uma reformulação da teoria jurídica, em geral, e do pensamento constitucional, em particular.

Depois das primeiras constituições sociais, forjadas sob a condução de governos centralizados e autoritários, após a Segunda Grande Guerra Mundial ocorreu um movimento que tentava compatibilizar elementos caros ao Estado liberal – propriedade e liberdade, sobretudo – com os aspectos de solidariedade – direitos sociais – trazidos na primeira metade do século XX.

Passa-se a falar em democracias constitucionais, “caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa, que compreende além das organizações de poder, também um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> CUNHA JR., Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., Salvador: Podium, 2009, p. 38.

<sup>27</sup> POZZOLO, Susana. *O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico*. In: DUARTE, ÉCIO OTO RAMOS; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo*

A tensão entre constitucionalismo e democracia ganha novos contornos. Em primeiro lugar, tem-se que a esfera de liberdade protegida pelo texto constitucional foi ampliada, o que, paradoxalmente, colide com a noção própria do liberalismo de reduzir os âmbitos de vida regulados pelo direito<sup>28</sup>. Ao mesmo tempo, a positivação de direitos levou a uma maior interferência normativa, de modo a efetivá-los na vida social.

Em segundo lugar, aponta-se que à idéia de proteção de direitos fundamentais conectou-se a da rigidez constitucional, tornando impossível ou difícil a participação do legislador ordinário sobre as escolhas constitucionais realizadas<sup>29</sup>.

Pode-se falar em Estado Democrático de Direito, que na síntese de Luigi Ferrajoli leva a que a existência ou vigência das normas jurídicas, que já se dissociara da justiça, agora também se afaste da validade, pois uma norma formalmente válida pode não resistir ao teste de constitucionalidade, quando cotejado seu conteúdo com normas constitucionais.<sup>30</sup>

Embora esse processo tenha marcado a Europa, o debate cruzou o atlântico para aportar no território norte-americano. É que se, por um lado, a Constituição dos Estados Unidos da América é concisa e tem se mantido integra ao longo dos séculos com poucas alterações formais; por outro, percebem-se momentos constitucionais em seu processo histórico que levaram a releituras desse documento, trazendo discussões que na Europa se deram em momentos constituintes para dentro da Sala da Suprema Corte norte-americana, ainda que sob a égide de um debate, envolvendo agentes políticos e a sociedade, em geral<sup>31</sup>.

---

*jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 79.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 80-81.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed., *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 18.

<sup>31</sup> É conhecida a *teoria dos momentos constitucionais*, no debate norte-americano, que partindo de premissas assentadas na teoria jurídica contemporânea e se fiando ainda no processo histórico americano afirma que o conteúdo constitucional pode ser objeto de mudança legislativa própria, bem como advir de processos políticos sem alteração do texto normativo (*higher decision making*), mediante tensões sociais que chegam aos poderes judicial e executivo (ACKERMAN, Bruce. *We the people: fundations*, Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 3-33). Nesse sentido, para além do texto, Constituição seria também um conjunto de finalidade, objetivos e princípios adotados pelo *We the people* em momentos extraordinários de intensa participação e discussão da sociedade acerca da ordem constitucional (LEAL, Rogério Gesta. *Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária: uma possibilidade para o Brasil*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 16, out./nov./dez. 2008, Salvador. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em 20.02.2009, p. 14.). Para Ackerman, haveria três

Assim, as teorias jurídicas e democráticas assimilam os problemas locais, mas sem deixar de discutir o papel do direito e da democracia nas sociedades modernas sob uma ótica universal. Continua a merecer debate a tensão entre constitucionalismo e democracia, pois os dois atingiram o *status* de condições necessárias para que um país dê conta dos problemas da contemporaneidade.

A revisão judicial tem destaque a partir dos contornos que a tensão entre constitucionalismo e democracia vem adquirindo. Atrelado a isso, as teorias jurídicas e das ciências sociais têm proposto uma rediscussão do papel da jurisdição constitucional, não raro optando por um modelo deferente ou ativista de controle das espécies normativas exaradas por legislaturas e chefias executivas.

### 3.3.

#### **Os modelos substanciais e procedimentais de jurisdição constitucional**

Ficou demonstrado que as preocupações do positivismo normativista de Kelsen se circunscrevem a perpetuar a regularidade da Constituição, sem que os abusos do parlamento e do governo possam aniquilar a norma fundamental do ordenamento jurídico. O sentido restrito que dá à jurisdição constitucional não resiste às transformações que se perpetuaram na segunda metade do século XX.

As crises políticas, morais e sociais levaram a um constitucionalismo ampliado, afastando-se do paradigma da legalidade estrita e das funções meramente organizadora e limitadora do poder outorgadas à Constituição. Tentou-se reabilitar a justiça e, ao mesmo tempo, resguardar a sociedade como um todo dos perigos do totalitarismo e defender os interesses da minoria frente à vontade da maioria. A novidade, porém, está em levar esse debate também ao judiciário, não mais o restringindo à arena política.

Destarte, a busca da justiça encontrou abrigo nos lindes do direito, gerando teorias que rechaçam a separação rígida entre direito e moral<sup>32</sup> e que tentam

---

momentos marcantes na história americana: a) o momento da fundação; b) a reconstrução após a Guerra Civil ou de Secessão; c) o *New Deal*.

<sup>32</sup> Albert Calsamiglia (*Op. cit.*, p. 209) pontua que pós-positivista é toda teoria que ataca as duas teses principais do positivismo, a saber: a tese das fontes sociais do direito e a da não conexão necessária entre direito e moral.

estabelecer vínculos entre democracia e constitucionalismo, que se traduziram nas teorias pós-positivistas, entre as quais se sobressaem os neoconstitucionalistas.

Com nuances que descabem agora serem explicitadas, todas essas teorias têm como eixo comum a constatação de que a “a história da democracia é uma confirmação insistente do axioma de que a mesma tão-só pode existir como democracia constitucional<sup>33</sup>”.

As teorias a seguir analisadas afastam-se da proposta kelseniana, porque, embora o jurista vianense tenha elaborado uma teoria da constituição e uma teoria da democracia, nunca as vinculou forjando uma teoria da democracia constitucional (ou de um constitucionalismo democrático)<sup>34</sup>.

O movimento do constitucionalismo democrático, que ganhou expressão nas muitas teorias que tentam estudar constitucionalismo e democracia como ingredientes indissociáveis e conflituosos, tenta superar a visão de que buscar justiça pelo direito representa uma utopia, pois essa agora se encontra positivada nas cartas constitucionais, não ficando mais aquém da teoria jurídica. Assim, Luiz Werneck Viana pontua que:

“Pragmático este fim de século não se comprometeria com uma exploração metafísica da idéia de justiça, assim como evitaria a clássica contraposição entre o direito natural e o direito positivo, sendo marca contemporânea a ‘positivação’ daquele direito nas cartas constitucionais. Desse modo, a filosofia política contemporânea não precisa desafiar o mundo, porque, de alguma maneira, estaria encontrando nele a sua naturalização”<sup>35</sup>.

Se a filosofia política contemporânea não precisa desafiar o mundo, a verdade é que a noção de Estado Democrático de Direito traz inquietações, já que no bojo de suas Constituições, em um verdadeiro “resgate da força do direito”, estão positivados valores materiais caros à sociedade.

Nessa toada, surgiram os modelos substancialistas de democracia, que imputam ao juiz um papel protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, cujo maior expoente é Ronald Dworkin. Em contraposição, criticando um papel

<sup>33</sup> KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamento jurídico fundamental Del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas em el moderno Derecho Constitucional*. Trad. Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2005, p. 35 (Estudio preliminar de Francisco Fernández Segado).

<sup>34</sup> PINTORE, Anna. *Democracia sin derechos: em torno AL Kelsen democrático*. In: DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, número 23, 2000, p. 120.

<sup>35</sup> VIANNA, L. W. *Op. cit.*, p. 1.

preponderante ao judiciário e restringindo-o ao controle de um núcleo mínimo de direitos aptos a garantir o debate democrático, esboça-se o modelo procedimentalista, capitaneado por Jürgen Habermas.

### 3.3.1.

#### Um modelo substancialista de jurisdição constitucional

Por muito tempo, a teoria jurídica preocupou-se com a existência apenas de regras jurídicas, não se reconhecendo força normativa aos princípios jurídicos. Essa preocupação não é fruto do acaso, mas das características do Estado liberal e de seu conteúdo constitucional reduzido, para os quais a Constituição ideal era mera limitadora e organizadora do poder político, não lhe cabendo fixar pautas para a atuação prospectiva dos poderes constituídos.

Esse quadro institucional foi se modificando ao longo do século XX, sobretudo no período após a 2ª Guerra Mundial, com a ampliação das matérias positivadas na Constituição, em geral, e com a efervescência de novos direitos fundamentais, que, ao contrário do quadro anterior de absentismo estatal, exigiam um Estado atuante.

No paradigma do constitucionalismo liberal, aos princípios era reservada a função de preencher lacunas ou orientar, eventualmente, a interpretação e a criação do direito. Esses princípios, não raro, traziam conteúdos morais e exigiam pautas de justiça, o que gerou um paradoxo: se, por um lado, via-se o direito como uma questão de normas ditadas por autoridades humanas que se manifestam em fontes sociais determinadas, não havendo espaço para inquirições sobre a justeza das normas jurídicas; por outro, a indeterminação da linguagem abria caminho para “uma discricionariedade/livre arbítrio judicial diante de lacunas jurídicas ou antinomias valorativas<sup>36</sup>”.

E nesse contexto de perplexidade que surge o ataque de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico e as suas teses principais. Estudá-las é a etapa inicial para entender sua concepção do direito como integridade e a leitura moral da Constituição.

---

<sup>36</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 193.

### 3.3.1.1.

#### O ataque de Ronald Dworkin ao positivismo: o direito como um conjunto de regras e princípios jurídicos

O positivismo normativista entendia o Direito como um conjunto de regras jurídicas, cuja validade ou invalidade se aferia pela verificação ou não de uma regra jurídica ter sido produzida conforme uma norma superior, modelo que ficou consagrado como a “estrutura escalonada das normas jurídicas”<sup>37</sup>. Ronald Dworkin traduziu isso como um critério de pedigree ou pertencimento formal da regra jurídica ao ordenamento jurídico<sup>38</sup>.

O jurista, no entanto, propôs-se a empreender uma crítica geral ao positivismo, tomando a teoria jurídica de Hart como alvo particular de seu ataque. Tenta demonstrar que o espaço deixado aos juízes não é tão amplo como advogam os pragmáticos e os convencionalistas (sobretudo, os positivistas), para os quais a utilização de outros critérios, que não as regras, implicaria entrar em um âmbito de discricionariedade<sup>39</sup>.

Dworkin afirma que não existem apenas regras jurídicas no ordenamento jurídico, mas também princípios e políticas (“policies”), cujo funcionamento não seria explicado pelo positivismo.

Assim, haveria as políticas, que estabeleceriam metas a serem alcançadas para a melhoria política, econômica e social; e os princípios, que se traduziriam em mandamentos de justiça, imparcialidade ou em alguma outra dimensão moral. Não obstante, o jurista ora vai tratá-los como se formassem um gênero maior, que é o dos princípios; ora vai se preocupar com os princípios em sentido estrito, entendidos como mandamentos de justiça<sup>40</sup>.

Feitas essas considerações, diferenciam-se regras jurídicas de princípios jurídicos, asseverando que as regras são aplicadas no método do tudo-ou-nada (*all*

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2000, p. 246.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977, p. 76.

<sup>39</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 198.

<sup>40</sup> Calha trazer à colação a advertência de que a mera invocação de princípios morais pelo autor não implica enquadrá-lo como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Com efeito, “da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo ‘contemplativo’, mas, ao contrário, de um ‘processo constitutivo’” (CITTADINO, G. *Op. cit.*, p. 187).

*or nothing fashion*), no sentido de que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”<sup>41</sup>. É impossível que duas regras jurídicas colidentes permaneçam no ordenamento jurídico, utilizando-se dos critérios de validade, vigência e eficácia para aferir qual a regra jurídica válida.

Os princípios jurídicos, ao contrário, não estatuem as condições que autorizam sua incidência, contendo, na verdade, fundamentos, os quais devem ser compatibilizados com os fundamentos de outros princípios. Disso advém que, ao contrário das regras jurídicas, os princípios se revestem de uma dimensão de peso ou importância, de modo que a colisão entre princípios exige do julgador um exame de qual princípio tem importância maior no caso concreto<sup>42</sup>.

Uma terceira diferenciação estabelecida por Dworkin é que os princípios seriam mais fracos que as regras por admitirem sempre incontáveis exceções, ao contrário das regras, cujas exceções podem ser numeradas<sup>43</sup>.

O fenômeno normativo, dessa feita, não se reduz a regras, mas também a princípios. Tem-se, ainda, que o modelo de Dworkin é uma tentativa de refutar a tese positivista de que o juiz, ao apreciar um caso para o qual não há solução específica nas regras jurídicas existentes, deveria empreender decisões instituidoras de direito, agindo como legislador.

A importância de se ter o direito como um sistema de regras e princípios foi percebida por Oscar Vilhena Vieira:

“Dworkin busca demonstrar que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo como pretendem os realistas ou positivistas e que o fato de os juízes se utilizarem de outros critérios, que não apenas regras, na aplicação do Direito, não significa estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.28.

<sup>42</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>43</sup> SGARBI, Adrian. *Clássicos do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152

<sup>44</sup> VIEIRA, O. V., *Op. cit.*, p. 198.

### 3.3.1.2.

#### O direito como integridade e a leitura moral da Constituição

O ataque ao positivismo, perpetrado por Ronald Dworkin<sup>45</sup>, impõe um distanciamento da tradicional visão de que direito e moral são campos intelectuais independentes. A linguagem utilizada nas modernas Constituições, com cláusulas abertas, implica uma leitura moral desses textos normativos.

No entanto, essa abertura à moralidade política não se daria *ab nihlo*, sem limites e descambando para um decisionismo judicial. Em verdade, o jurista americano justamente propõe um novo modelo, o direito como integridade, assumindo postura crítica contra o pragmatismo, que estimula “os juízes a decidir e agir segundo seus próprios pontos de vista<sup>46</sup>”.

Partindo de uma concepção de direito como prática social, interpretativa e argumentativa, em um ambiente democrático, o teórico americano coloca para os juízes a tarefa de interpretar o direito sob sua melhor luz, com vistas a alcançar um equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a justificativa melhor possível dessa prática<sup>47</sup>.

E justamente essa busca por equilíbrio, não encontrada na tradição do pragmatismo americano, que se traduziria, na obra dworkiana, na concepção do direito como integridade.

Antes, porém, é necessário fincar que Dworkin enxerga a existência de certos ideais políticos compartilhados nas sociedades democráticas atuais: uma estrutura política imparcial (equidade), uma justa distribuição de recursos (justiça)

---

<sup>45</sup> O autor americano, em texto recente, mantém sua crítica ao positivismo jurídico, em geral, mas agora se deparando com duas propostas a seu modelo teórico; o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo. Descrevendo-os, toma o primeiro como a vertente que insiste na tese do positivismo tradicional, no sentido de que aquilo que o direito requer ou proíbe não depende de qualquer critério moral, diversamente do segundo, que tolera a utilização de critérios morais na identificação do direito válido, desde que a comunidade jurídica adote uma convenção nesse sentido. Dworkin critica as duas teorias: ao positivismo exclusivo, pelo menos em relação à versão de Joseph Raz, impinge a pecha de ser um dogma ptolemaico, baseado em concepções artificiais de direito e de autoridade; quanto ao positivismo inclusivo, afirma que sequer positivismo é, partindo de uma concepção de direito e de prática jurídica estranha ao positivismo. Não é o espaço para adensar o debate, antes pontuar que Dworkin tem reafirmado suas idéias, mesmo com as novas propostas teóricas do positivismo jurídico contemporâneo. Esse debate pode ser encontrando em DWORKIN, Ronald. *Treinta años después*. In DWORKIN, Ronald. Trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 186.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 112.

e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem (devido processo legal adjetivo)<sup>48</sup>.

A eles acrescenta, ainda, a integridade, que se torna um ideal político,

“quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos<sup>49</sup>”.

O jurista, então, desdobra-o em dois princípios. Um é o princípio da integridade na legislação, a solicitar daqueles que criam o direito por legislação coerência com os princípios que fundamentam essa prática social; outro, o princípio da integridade no julgamento, a pedir que os juízes vejam o fenômeno jurídico como um todo, atribuindo valor às decisões do passado<sup>50</sup>.

Interessa, por ora, estudar a integridade no direito. Percebe-se no esforço doutrinário do autor um ataque ao pragmatismo, que pouca atenção daria à coerência das decisões. Nas palavras do autor se extrai que:

“O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade<sup>51</sup>”.

Como um cronista atento à realidade anglo-americana, Dworkin concebe o direito como um romance em cadeia. Tomando de empréstimo essa idéia, explica que os juízes, tais quais autores de um romance escrito a várias mãos, vão tecendo a história do direito, em geral, e da Constituição, em particular. É patente que está pensando na realidade do *common law* e que tenta compatibilizar a tensão entre justiça e segurança jurídica.

Se o direito, em sua análise, resgatou o ideal de justiça, pela força normativa que é dada aos princípios, antecipa-se aos críticos e tenta estabelecer limites, para que a busca da justiça não descambe em mero decisionismo. A força do precedente, na lógica do sistema de *common law*, ajuda-lhe em seu intento.

---

<sup>48</sup> Ibidem, pp. 199-200.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 271.

Para ele, juízes são, a um só tempo, autores e críticos, que devem participar desse projeto audacioso<sup>52</sup>. Após exemplificar como funcionaria um romance em cadeia, tendo como base o *Conto de Natal* de Charles Dickens<sup>53</sup>, indica que postura os juízes devem tomar:

“O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o *McLoughlin*, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado a história em questão”.<sup>54</sup>

No julgar, porém, os juízes não devem agir como autênticos legisladores, vedando-se a utilização de argumentos políticos que, embora se enquadrem entre as políticas (*policies*) dentro do gênero maior que são os princípios, não possuem conotação jurídica. Com tintas fortes, afirma o autor que “os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common Law” com base em princípios, não em política”<sup>55</sup>.

Está claro que ao juiz não basta decidir conforme sua moral própria, devendo, antes, justificar cada decisão, a partir do direito existente, mas o autor ainda espera que essa interpretação seja feita sob a melhor luz possível, em consonância com a *comunidade de princípios* existente. Assim,

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis, tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.

(...)

Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”<sup>56</sup>

Avançando no pensamento dworkiano, chega-se á proposta da leitura moral da Constituição. A partir da constatação de que a maioria das Constituições contemporâneas traz um catálogo de direitos individuais em face do governo, vazados em uma linguagem muita aberta e abstrata, propõe que todos –

<sup>52</sup> Ibidem, pp. 271-272.

<sup>53</sup> Ibidem, pp. 279-286.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 292.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 305.

advogados, juízes, cidadãos – interpretem essas cláusulas abstratas, tomando como pressuposto que elas invocam princípios morais atrelados à decência política e justiça. É que “a leitura moral, por essa razão, traz a moralidade política para o coração do direito constitucional<sup>57</sup>”.

Estreme de dúvidas, porém, que essa leitura não chancela julgamentos arbitrários, baseados em convicções pessoais dos julgadores, mas se insere dentro de sua perspectiva do direito como integridade, exigindo, portanto, que normas infraconstitucionais e decisões judiciais sejam compatíveis com a Constituição<sup>58</sup>.

Importante gizar que o autor está consciente de que a proposta de uma leitura moral não se mostra revolucionária, sendo aplicada rotineiramente pelos juízes e advogados<sup>59</sup>. Dworkin coloca-se contrário a qualquer perspectiva que tente ver na atuação jurisdicional algo moralmente neutro, como se o intérprete pudesse ficar apenas jungido ao texto ou à intenção dos fundadores.

Antecipando-se a seus críticos, porém, tenta afastar a pecha de que dar a autoridade final para que os juízes empreendam a leitura moral da Constituição seja elitista, anti-populista, anti-republicana e anti-democrática<sup>60</sup>, essa última crítica a que julga mais séria a sua perspectiva e que se afina com aqueles que assumem que a democracia é, fundamentalmente, a regra da maioria<sup>61</sup>. Com uma frase polêmica aos olhos dos críticos do *judicial review*, afirma que a “democracia não insiste que os juízes tenham a última palavra [na leitura moral da Constituição], mas também não insiste que eles não a tenham<sup>62</sup>”.

Para evitar que a leitura moral abra a possibilidade de leituras individuais dos julgadores, em que esses partissem de seus juízos próprios de moralidade política, são impostas duas restrições<sup>63</sup>. A primeira exige que os juízes se mantenham adstritos ao texto constitucional posto, àquilo que os fundadores disseram – aqui se afasta da proposta originalista, que empreende uma busca pelas intenções ocultas deixadas pelos fundadores na Constituição<sup>64</sup>. A segunda

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2.

<sup>58</sup> CITTADINO, G. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>59</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.*, 1996, p. 3.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>61</sup> DONOHUE, Brian. *Judicial hegemony: Dworkin's Freedom's Law and the Spectrum of Constitutional democracies*. In “Ratio Juris”, Vol. 15, n° 13, September 2002 (267-82), p. 270.

<sup>62</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.*, 1996, p. 7.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>64</sup> Diferenciando as perspectivas, o autor afirma que “the moral reading insists that the Constitution means what the framers intended to say. Originalism insists that it means what they

limitação, conectada com a primeira, implica que a interpretação constitucional, feita sob o prisma da leitura moral, atenda ao paradigma direito como integridade.

Quanto a essa segunda limitação, resgatando esforços de sua teoria jurídica, são elucidativas as palavras do autor:

“Juizes não podem ler suas próprias convicções na Constituição. Eles não podem ler as cláusulas morais abstratas como expressando qualquer julgamento moral particular, não importando o quanto esse julgamento os atraia, a não ser que o considerem consistente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional pretérita de outros juizes. Eles devem se considerar como parceiros de outras autoridades, do passado e do futuro, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente, e devem se preocupar em ver se o que eles contribuem se adéqua ao resto”<sup>65</sup>.

Dworkin, no entanto, está consciente de que juizes, assim como outras autoridades públicas e privadas, podem abusar do poder que detêm, mas considera a leitura moral da Constituição como uma estratégia para que eles e os advogados ajam de boa-fé, de modo que as limitações de ordem histórica e de integridade sirvam para afastar a crítica comum de que ela, a Constituição, permitiria aos juizes poder absoluto para impor suas convicções pessoais sobre o restante da comunidade<sup>66</sup>.

A leitura moral, às claras, advoga uma supremacia judicial, o que leva a duas questões relevantes. Primeiro, como compatibilizar a leitura moral da Constituição com a democracia; segundo, o modelo do direito como integridade e a leitura moral da Constituição abrem espaço para uma corte ativista?

---

expected their language to *do*, which as I said is a very different matter” (Ibidem, p. 13). Tratando do caso *Brown*, afirma que os autores da *equal protection clause* não consideravam a segregação racial feitas em escolas públicas, que eles mesmos praticavam, como ofensiva à igualdade. Sob a perspectiva originalista, portanto, é criticável a decisão da Suprema Corte americana no caso em tela. No entanto, a leitura moral insiste que houve equívoco na interpretação do princípio moral inserto na cláusula, sendo óbvio que a segregação escolar oficial não atende ao tratamento igualitário e à igual consideração de todas as raças lá estipulada” (Idem, tradução livre).

<sup>65</sup> Ibidem, p. 10, tradução livre.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 11.

### 3.3.1.3.

#### **A legitimidade da jurisdição constitucional na perspectiva substancialista de Ronald Dworkin: contornos de uma democracia constitucional**

A preocupação maior de Ronald Dworkin, ao sugerir uma leitura moral da Constituição, é com o argumento anti-democrático, conforme alhures mencionado<sup>67</sup>. Essa crítica, porém, se lastreia em uma concepção democrática, que identifica democracia com a regra da maioria, fincada na idéia de que as leis e as políticas devem ser aquelas que a maioria dos cidadãos aprovariam.

Fica evidente, portanto, que permitir a um grupo de juízes participar ativamente do debate público de questões de moralidade política não se adequaria à premissa majoritária<sup>68</sup>. Contudo, como há verdadeiro desacordo sobre o que seria a democracia entre teóricos políticos e no seio da comunidade em geral, o autor pergunta se a premissa majoritária deve ser levada a sério.

De início, o autor aponta que, muito embora uma parcela dos cidadãos tenda a se identificar com a premissa majoritária, muitos desses adeptos, nos Estados Unidos, admitem que a vontade da maioria não deve governar o destino político da nação em todos os casos, sobretudo quando a limitação importar a proteção de direitos individuais<sup>69</sup>. No entanto, a premissa majoritária, em sua acepção pura, não admitira uma derrogação da vontade popular.

Assim, o autor procura uma definição melhor de democracia, que esteja conforme a prática judicial americana. Formula-se, então, o conceito de democracia constitucional, segundo a qual não é um objetivo definitivo da democracia que as decisões coletivas sejam sempre ou normalmente aquelas que os cidadãos tomariam.

---

<sup>67</sup> Nas palavras do autor: “the only substantial objection to the moral reading, which takes the text seriously, is that it offends democracy” (Ibidem, p. 15).

<sup>68</sup> É bem verdade que o problema da legitimidade da jurisdição constitucional nos Estados Unidos se mostraria menos complexo que no Brasil. É que, conforme as palavras de Eduardo Appio, “na realidade norte-americana, há que se ressaltar o impacto da revisão judicial das decisões tomadas pelos demais Poderes tende a ser menor, na medida em que os juízes são eleitos democraticamente, o que não ocorre no Brasil” (*A judicialização da política em Dworkin*. Disponível em [www.eduardoappio.com.br](http://www.eduardoappio.com.br). Acesso em 20.10.2008). Isso reforça a necessidade de que, ao se buscar uma aproximação da leitura moral e do direito como integridade à realidade brasileira, não se esqueçam as peculiaridades do sistema jurídico nacional, nem o fato de que, em vários momentos, Dworkin é claro em dizer que está procurando uma teoria jurídica que descreva o melhor possível a prática judicial americana.

<sup>69</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.*, 1996, p. 16.

Ao contrário, enuncia que, em uma democracia constitucional, as “decisões coletivas são tomadas por instituições públicas, cujas práticas, estrutura e composição, considerem todos os membros da comunidade como indivíduos com direito a igual respeito e consideração<sup>70</sup>”. Portanto, o fundamento antropológico subjacente à teoria dworkiana é de um homem solidário, preocupado com os outros membros da comunidade.

Cabe aqui, portanto, rememorar as palavras de Gisele Cittadino, frisando que o direito como integridade se baseia numa idéia de reciprocidade:

“O direito como integridade encontra sua legitimidade na idéia de reciprocidade. Afinal, ainda que separados por projetos, interesses ou convicções – e a despeito de que nem mesmo os princípios de justiça e imparcialidade possuem um sentido unívoco – os indivíduos que integram as democracias contemporâneas partilham, segundo Dworkin, uma compreensão de justiça, segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. Com efeito, o direito como integridade assegura a cada cidadão o seu lugar (*princípio da participação*), o seu interesse na vida coletiva (*princípio da implicação*), tanto quanto sua autonomia em relação à comunidade (*princípio da autonomia*)”<sup>71</sup>.

Essa idéia de reciprocidade também permeia a concepção de democracia constitucional. Por outro lado, não se pode olvidar que afastar a premissa majoritária não implica seu total abandono. Dworkin afirma que a democracia constitucional demanda muito da estrutura de governo da premissa majoritária.

As decisões políticas cotidianas são tomadas por autoridades eleitas democraticamente. Nem se poderia cogitar de uma desconfiança total no legislador, já que como alhures demonstrado é parte da teoria jurídica dworkiana a necessidade de coerência também na legislação. Pode acontecer, porém, de a legislação ordinária colidir com a Constituição: qualquer autoridade pode abusar do poder, admite o autor.

Os procedimentos majoritários, porém, devem ser empregados para assegurar o mesmo *status* aos cidadãos e, quando eles falham, não há óbice ao emprego de procedimentos contra-majoritários. Distancia-se, portanto, daqueles que vêem o *judicial review* como comprometedor da democracia.

<sup>70</sup> No original, ““It takes the defining aim of democracy to be different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all member of the community, as individuals, with equal respect and concern” (Ibidem, p. 17.)

<sup>71</sup> CITTADINO, G. *Op. cit.*, p. 154.

Em verdade, a partir da concepção de democracia constitucional, Dworkin traz o argumento de que “o judiciário está bem posicionado dentro da democracia para proteger o compromisso fundamental democrático com a igualdade”<sup>72</sup>. Não há falar-se, segundo sua ótica, que seria uma elite anti-democrática que decidiria as questões políticas. Na verdade, para ele, os críticos do papel do judiciário na leitura moral da Constituição teriam cometido três erros:

“Primeiro, eles confundiram o objetivo básico da democracia. Segundo, confundiram como o judiciário pode promover essa determinação básica. O terceiro erro advém dos dois primeiros: eles confundiram o papel da regra da maioria em uma democracia”<sup>73</sup>,

Não se deve ainda desmerecer a assertiva de que há um cunho emocional forte na concepção democrática majoritária, a se traduzir no que Dworkin rotula como o mais potente e devastador ideal político de nossos tempos, que é o desejo de se auto-determinar<sup>74</sup>. E essa vontade, enviesada, que leva às pessoas a quererem ser governadas por aqueles com quem se identificam, sob os mais variados aspectos.

Daí que muitos vejam com desconfiança a leitura moral da Constituição por parte dos juízes e possam ver com mais facilidade a legitimidade de legisladores, havidos como seus representantes, nas escolhas morais que fazem ao editar atos normativos ou empreender políticas públicas.

A concepção de democracia constitucional, ademais, abre espaço para os melhores argumentos, favorecendo uma deliberação racional e qualificada no espaço público. O impacto que a democracia majoritária dá para cada voto afasta, não raro, a influência que um cidadão poderia dar à discussão pública<sup>75</sup>. Ao mesmo tempo, a leitura moral explica como a fidelidade à Constituição e ao direito depende de que os juízes empreendam julgamentos de moralidade política, encorajando-os a expor claramente as verdadeiras razões de decidir, permitindo controle das decisões por parte dos cidadãos.

Como arremate ao pensamento dworkiano, resta a questão de saber se a leitura moral abre espaço para uma corte ativista em sua visão. Já deve estar

---

<sup>72</sup> DONOHUE, B. *Op. cit.*, p. 271.

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.*, 1996, pp. 21-22.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 30.

elucidado que a resposta é negativa, após ter-se evidenciado alguns pontos da teoria do autor, a seguir sumariados: 1) a integridade se constitui em uma exigência de moralidade política; 2) que se traduz no princípio da integridade da legislação e no princípio da integridade da jurisdição; 3) esse último a exigir um dever de coerência por parte dos juízes, como se estivessem a escrever o direito a várias mãos, respeitando-se ainda a história (os precedentes e o texto constitucional); 4) não se olvidando, portanto, de que as cláusulas abertas da Constituição traduzem a necessidade de uma leitura moral por parte dos juízes, dentro de limites que não permitam impingir suas convicções pessoais; 5) em um contexto democrático, que fixe o objetivo maior na busca do *status* de igualdade entre os membros da comunidade.

Deixando seu pensamento claro, afasta a possibilidade de posturas passivas dos juízes, que não enxergariam nas cláusulas abstratas da Constituição direitos, além dos direitos concretos que decorrem de sua linguagem<sup>76</sup>, tampouco admite uma postura ativista:

“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura. A ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

(...)

A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”<sup>77</sup>.

### 3.3.2.

#### A jurisdição constitucional procedimentalista

À proposta de se dar papel protagonista ao Judiciário na escolhas da sociedade, contrapõe-se a perspectiva procedimentalista que, embora reconheça o papel da Constituição na conformação social, crê que uma sociedade pluralista se adéqua a um modelo de política deliberativa e de jurisdição constitucional

<sup>76</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.*, 2003, p. 444.

<sup>77</sup> *Ibidem*. 451-452.

procedimentalista, que valorize a existência de fóruns institucionalizados ou não de discussão.

Um dos maiores expoentes da vertente procedimentalista é Jürgen Habermas, que esboça uma teoria discursiva do direito, pretendendo resolver as tensões entre faticidade e validade dentro do direito, reconciliando autonomia pública e autonomia privada.

Frise-se que uma das maiores dificuldades na teoria discursiva do direito é entender os fundamentos em que se baseou Jürgen Habermas. É que o filósofo, originariamente atrelado à Escola de Frankfurt, afastou-se dessa tradição e se enveredou pelos campos da filosofia da linguagem, da legitimidade do capitalismo, da teoria do conhecimento, até desembocar na teoria do agir comunicativo. E é justamente apoiado nessa teoria que esboçará sua teoria (discursiva) do direito, buscando encontrar a fundamentação normativa do direito.

A formulação da teoria discursiva do direito, que se dá a partir de seu livro “Direito e Democracia: entre faticidade e validade”<sup>78</sup> representa sua tentativa de esboçar um novo paradigma do direito, que não privilegie um direito formal (Estado liberal), nem um direito material (Estado Social).

Não se deve perder de vista ainda que o próprio Habermas admite que tem maior conhecimento das tradições jurídicas alemã e norte-americana<sup>79</sup>, o que permite inferir que, embora proponha uma teoria de aplicação universal, partiu o autor da realidade jurídica e social desses dois países, altamente industrializados, desenvolvidos e que realizaram as promessas da modernidade.

Com essas premissas assentadas, analisam-se os fundamentos da teoria discursiva do direito.

### 3.3.2.1.

#### **Razão prática versus razão comunicativa**

Uma das mudanças mais radicais em Habermas é a tentativa de abandonar a razão prática em detrimento da razão comunicativa. Em poucas linhas, já no início de “Direito e Democracia”, esboça o autor sua opção filosófica.

---

<sup>78</sup> O título original em alemão é *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*, cuja tradução livre nos permite vislumbrar mais o propósito de Habermas em esboçar sua “teoria discursiva do direito” (*Diskurstheorie des Rechts*).

<sup>79</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* p. 10.

Thomas McCharty esclarece o conceito de razão prática. Explica ele que para Aristóteles “a política formava um contínuo com a Ética, a doutrina da vida boa e justa”<sup>80</sup>. Havia uma filosofia prática [*praxis*], que se referia à forma virtuosa como cada um dos cidadãos gregos deveria agir dentro da *polis*. Admitia-se já o caráter cambiante da sociedade, de modo que se deveria esboçar uma filosofia prática apta a lidar com as vicissitudes da sociedade grega, dando nortes à ação política dos cidadãos.

As relações entre filosofia prática e conhecimento teórico e produtivo, todavia, eram mais distantes, segundo McCharty<sup>81</sup>. A teoria cuidaria daquilo que não muda, do divino, do que transcende ao próprio ser. Era a *episteme*, um conhecimento acerca da ordem e da natureza do cosmos. Por seu turno, o conhecimento produtivo era a *techne*, que se baseava nos conhecimentos artesanais do homem.

A maioria da população grega tinha que se contentar apenas com a *techne*, pois ser cidadão era um *status* para poucos daquela comunidade, os quais podiam se voltar à contemplação da vida, ao exercício puro da *episteme* [inalcançável para todos os homens] e da *praxis*, entendida como a preocupação com a ação político-moral. No entanto, segundo McCharty, “com a ascensão da ciência moderna, a constelação clássica de reconhecimento teórico, prático e produtivo, sofreu uma drástica alteração”<sup>82</sup>.

Os avanços do homem no campo da produção de bens da vida exigiram uma nova ordenação social, eis que a antiga *praxis* pouco tinha a dizer na nova realidade que se deslumbrava. A estreita relação entre a ordenação social e a produção dos bens da vida surgiu nesse contexto, de modo que “a esfera do prático ficou absorvida pela esfera do técnico: o problema prático da vida virtuosa dos cidadãos da *polis* se transformou no problema técnico de como regular a interação social para assegurar a ordem e o bem estar dos cidadãos”<sup>83</sup>.

É esse contexto que dará ensejo à formação da filosofia positivista, procurando distinguir o conhecimento empírico de juízos de valor, buscando-se uma ciência “pura”. O Iluminismo, que valorizava o império da razão, colocou em

<sup>80</sup> McCHARTY, Thomas. *La teoria crítica de Habermas*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2002, p.20

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 21

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p.22.

xeque antigas concepções sobre o homem e a sociedade, construções que se faziam longe dos padrões estritamente científicos e, não raro, produtos de idealizações. Thomas McCharty, então, diz que o século XVIII tomou a razão como guia para a prática.

A razão prática, que se dá a partir do sujeito, passa a ser o motor de interpretação e concretização do mundo. Cada sujeito, enquanto singularidade será responsável por permitir que as relações intersubjetivas se operem no seio da sociedade. Não por acaso Kant vislumbrou o imperativo categórico, cujo lema “age de tal maneira que o motivo que te levou a agir possa ser convertido em lei universal” leva os sujeitos a buscarem na moralidade de suas condutas a forma perfeita de integração social, pois como seres racionais, a conduta de cada um nada mais é que reflexo para a conduta de qualquer outro sujeito se estivesse nas mesmas condições.

Há um apego forte à razão do sujeito e acaba se tendo no mundo da vida um amontoado de singularidades interpretando e concretizando-o. Ao Direito Natural caberia a tarefa de institucionalizar as ações nos quadrantes macropolíticos, o que, em análise última, submete o direito à moral.

Destarte, com base na virada lingüística, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, enunciando que “a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstricta a nenhum ator nem a um macrossujeito político” e que “o que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas da vida se estruturam”<sup>84</sup>.

Sob esse prisma, a busca sobre o entendimento do mundo se dará com outrem a partir da linguagem. Supera-se o modelo da razão prática, pois nesse, mesmo quando se objetiva a efetivar um sistema de pluralidade, o modelo teórico é o sujeito e a partir dele se tenta entender o outro. Agora, o falante, que visa a pretensões de validade em seu discurso, deve adotar um enfoque performativo – participar de uma performance - e aceitar determinados pressupostos, quais sejam:

“tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar

---

<sup>84</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 20.

obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso.”<sup>85</sup>

Uma diferença substancial que se percebe, então, é que a razão comunicativa, ao contrário da razão prática, não é fonte de uma norma da ação, mas apenas instrumento para um entendimento, que se consubstanciará numa norma de ação.

Luiz Moreira analise essa postura como a recusa de Habermas em submeter o direito à moral, desvelando como se dão os discursos no seio do poder democrático sob os auspícios do direito e propondo que “toda gênese do Direito, legislação, administração e jurisprudência são interpretadas como partes de um processo de racionalização do mundo da vida em sociedades modernas abertas às pressões dos imperativos sistêmicos”<sup>86</sup>.

### 3.3.2.2.

#### Normas gerais da ação e princípio do Discurso (D)

Habermas, ao contrário da teoria tradicional que chega a colocar o direito como derivado da moral (Kant), adotando uma concepção reducionista, explicita haver uma co-originariedade entre direito e moral, sendo normas jurídicas e normas morais “dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, complementando-se”<sup>87</sup>.

Afasta-se, portanto, de uma visão jusnaturalista, mas ao mesmo tempo dirige sua preocupação para a legitimidade do direito, asseverando que “uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contrariar princípios morais”<sup>88</sup>. O autor não se preocupa só com a legalidade, nem só com a legitimidade, trabalhando com as duas categorias e propondo uma teoria discursiva que se aplique a qualquer norma de ação, seja jurídica, seja moral, como assinalado acima.

Não se advoga uma relação de hierarquia entre essas normas, que têm campos separados de incidência, nem se afastam totalmente as imbricações entre

---

<sup>85</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>86</sup> MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p.112.

<sup>87</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 141.

os dois tipos de normas, que em última instância determinam a conduta humana e se postam ao mesmo fim: ordenar legitimamente relações interpessoais.

O próprio Hans Kelsen admitia que o direito tem uma tendência a ser justo, realçando a *relação de complementação* entre direito e moral. Nesse sentido, afirmou

“(...) o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é direito porque não é justa.”<sup>89</sup>

Kelsen, ao contrário de Habermas, resolveu desconsiderar fatores extra ou metajurídicos, de modo a formular uma *teoria pura*. Já o intento metodológico habermasiano não é buscar uma teoria pura, mas uma *teoria real*, que, sob uma visão procedimentalista, busque não só a legalidade, mas também a legitimidade do direito.

A preocupação com ambas as modalidades de normas é clara em Habermas, assim como sua tentativa de diferenciá-las:

“No nível do saber cultural, as questões jurídicas separam-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções. É certo que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas (...) No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos. Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que adquire obrigatoriedade também no nível institucional.”<sup>90</sup>

Habermas rechaça a concepção coerente com a visão platônica de mundo das formas e mundo das idéias, sendo o direito uma forma de se tentar chegar àquele modelo de moral próprio, absoluto e correto a reger os homens – a “relação de cópia entre o direito e a moral”. Para isso, concebe um princípio do discurso, que é *neutro* por referir-se às normas gerais de ação em geral, e não especificamente a qualquer uma de suas modalidades.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>90</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, p. 141.

Enuncia-se o princípio da seguinte forma: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>91</sup>.

Em síntese, o princípio do discurso “D” traz em seu bojo a idéia de que é possível fundamentar imparcialmente normas gerais de ação, de modo que questões práticas sejam julgadas e decididas por um procedimento discursivo-argumentativo, atingindo-se normas com pretensão de validade universal.

A diferenciação entre a aplicação do princípio “D” nos quadrantes jurídico e moral é refinada. Quando se trata de normas morais, o princípio adquire uma forma de princípio de universalização; quando se trata de normas jurídicas, o princípio passa a ser visto na forma do princípio da democracia, tomando como sistema de referência uma comunidade político-jurídica determinada.

Nesse ponto, Habermas volve seu olhar para a necessidade de normas jurídicas serem legítimas. Embora não abandone as fontes tradicionais de produção de normas jurídicas, as quais advêm de órgãos dotados primária ou atipicamente de função legiferante, não se satisfaz com esse mero aspecto formal da questão.

Certo é que o timbre de legítimo será dado à norma se e somente se os destinatários das normas, os representados, caso estivessem na condição de produtores, elaborariam a norma no mesmo sentido. O sistema jurídico tira o peso cognitivo de decidir o que é justo ou injusto a partir de juízos morais. Habermas esclarece que

“Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática da decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio”<sup>92</sup>

Surge, daí, a necessidade de criação de uma linguagem que permita aos membros da comunidade político-jurídica se reconhecerem como participantes iguais e livres desta associação.

O *medium* do Direito é o mecanismo que possibilita esse auto-reconhecimento, pressupondo direitos que transformam cidadãos em sujeitos de

---

<sup>91</sup> Ibidem., p. 142.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 150.

direitos, que por sua vez exercerão sua liberdade comunicativa e aceitarão como válido apenas o que foi legitimado pelo critério da argumentação.

O princípio do discurso, que é moralmente neutro, quando é introduzido no direito, ganha a formatação de princípio da democracia. O Direito deve possibilitar a liberdade comunicativa dos cidadãos, ou seja, o desejo dos sujeitos de direito em se entenderem sobre algo num enfoque performativo e buscando alcançar argumentos com pretensão de validade.

O princípio da democracia visa a dar legitimidade para o processo de produção normativa, sendo o “núcleo de um sistema de direitos”. “A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*”<sup>93</sup>

Introduzem-se, pois, as seguintes categorias jurídicas que dão ensejo ao próprio código do Direito, conferindo ainda *status* de sujeitos de direito aos atores das relações comunicativas intersubjetivas.

“(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

(...)

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito.

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual.

(...)

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e de vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).”<sup>94</sup>

As três primeiras categorias de direitos garantem a autonomia privada dos sujeitos de direito, reconhecendo-se mutuamente como destinatários das normas jurídicas; mediante as duas últimas, porém, eles já passam a se ver como produtores das normas jurídicas, alcançando-se um modelo de direito em que se compatibilizem as autonomias privada e pública.

<sup>93</sup> Ibidem, 158.

<sup>94</sup> Ibidem, pp. 159 e 160.

Habermas, após esboçar as cinco categorias de direitos fundamentais, explica que sua proposta de interpretar os direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do direito serve para destacar o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, assim como dar uma solução para o paradoxo de como a legitimidade surge da legalidade.

O código de Direito que estabelece, concretamente, essas categorias permite aos cidadãos, enquanto sujeitos de direito, uma postura ativa na ordem jurídica, dando plena concreção à idéia de autolegislação: a possibilidade de avaliação pelos atores jurídicos se o direito que estão criando é legítimo.

Em sentido semelhante, Peter Häberle colocou os integrantes da comunidade político-jurídica como intérpretes da Constituição, asseverando que

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição, que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.”<sup>95</sup>

Habermas é mais enfático dizendo que os cidadãos, atuando como autênticos legisladores constitucionais, serão os encarregados de conferir ao princípio do discurso a forma jurídica do princípio da democracia<sup>96</sup>. Além disso, os cidadãos, valendo-se das categorias de direitos fundamentais acima expostas, verificarão, nas relações intersubjetivas, como verdadeiros atores que visam à verdade, se a norma infraconstitucional, bem como a própria interpretação da norma constitucional têm sido produzidas em consonância com o princípio da democracia.

Revela o autor alemão seu intento de criar um modelo jurídico que albergue a categoria dos direitos fundamentais e possibilite iguais “direitos políticos fundamentais”, permitindo aos cidadãos o exercício da liberdade comunicativa na plenitude.

---

<sup>95</sup> HÄBERLE, Peter. *HERMÊUTICA CONSTITUCIONAL - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 14.

<sup>96</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, p.164.

### 3.2.2.3.

#### **A teoria discursiva e o caráter dialógico do direito: contraposição ao pensamento dworkiano**

Como abordado no decorrer deste capítulo, os dois paradigmas de direito consagrados na tradição ocidental são o do Estado liberal e formal burguês, no qual a legalidade parece preponderar sobre a legitimidade, e do Estado social, cuja preocupação maior em dar assistência aos cidadãos parece incliná-lo à categoria da “legitimidade”.

A tentativa habermasiana, no entanto, é esboçar um terceiro paradigma, apto a conciliar “legalidade” e “legitimidade”, introduzindo sua teoria discursiva do direito, a partir, sobretudo, da constatação de que as democracias de massa dos Estados sociais de fins do século XXI adotaram uma concepção procedimentalista de direito.

No Estado democrático de direito, as normas advêm de órgãos com funções típicas e atípicas e pela própria interpretação constitucional, já que as sociedades pluralistas de hoje criam problemas e necessidades incapazes de serem previstas, esquematicamente, pelos produtos de normas primárias. E é essa mesma complexidade das questões que exige uma maior participação e aceitação pelos cidadãos dos comandos normativos.

O sistema jurídico tem uma aceção ampla, embora Habermas faça um corte epistemológico para dizer que “a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, *teoria da jurisdição* e do discurso jurídico”<sup>97</sup>. Assim, o autor se preocupará em propor uma teoria que dê conta da tensão entre faticidade e validade dentro do direito, que se resume na conhecida tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas [justas].

Entra em debate o problema da racionalidade da decisão judicial, procurando solucionar-se a questão acima, de modo que possam se tomar decisões no quadro da ordem jurídica estabelecida, mas que não padeçam de déficit de legitimidade, sendo fundamentadas racionalmente, aceitas como decisões racionais pelos membros da comunidade político-jurídica. Por isso, “as

---

<sup>97</sup> Ibidem, p. 245.

fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento”<sup>98</sup>.

Caso se adote o jusnaturalismo, a simples subordinação do direito vigente a padrões suprapositivos, de uma moral universal, é a solução para se chegar a decisões racionais. Como essa opção não se coaduna com os modernos Estados democráticos de direito, restam três opções: a) a hermenêutica jurídica; b) o realismo; c) o positivismo jurídico.

Habermas coloca a obra de Dworkin como uma tentativa de superar as inconsistências das três propostas acima, procurando explicar como a prática da decisão judicial pode, concomitantemente, atender ao princípio da segurança jurídica e garantir a aceitabilidade racional. Assim,

“Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história das tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios”<sup>99</sup>.

A teoria de Dworkin admite que o direito positivo assimilou conteúdos morais, o que também é chancelado pela teoria discursiva do direito, permitindo uma abertura do sistema jurídico à moral pelo processo democrático de produção de normas jurídicas. Não desconhece ainda que, em muitas decisões, tribunais e juízes se pautam por vetores ideológicos e políticos.

Abandona-se ainda a tese positivista de que a ordem jurídica é um sistema fechado de regras de aplicação, de tudo ou nada (*all or nothing*), com a inserção da categoria de princípios.

Dworkin, então, concebe um “juiz Hércules”, que, conhecendo amplamente o sistema jurídico, inclusive precedentes, visando à harmonização da positividade da ordem jurídica e à legitimidade de novas pretensões, emite novos juízos sobre questões que se apresentam a ele, sem oporem-se às decisões passadas, já que as refletem.

---

<sup>98</sup> Ibidem, p. 246.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 252.

No entanto, contra esse modelo reconstrutivista de Dworkin, pode-se objetar que, em verdade, “juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de ‘racionalizar’ decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito”<sup>100</sup>.

Habermas aponta que o teórico americano rebate esse argumento, afirmando que o direito não é indeterminado por natureza, mas pela recusa dos próprios juízes em fazer a melhor teoria possível, para ao final mostrar que

“Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está inclinado a uma avaliação mais otimista. Descobrimos processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano.”<sup>101</sup>

Habermas não rechaça a teoria reconstrutivista de Dworkin, dizendo que há indícios históricos no direito vigente para formar sua própria reconstrução racional, pois

“A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo partir de princípios, é reflexo de uma obrigação *precedente* dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de tal convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais”<sup>102</sup>

Paira, porém, sobre a teoria de Dworkin a crítica de que uma revisão, caso a caso, de decisões passadas implicaria uma interpretação retroativa do direito, o que colidiria com o princípio da segurança jurídica. Em sua defesa, Habermas postula que o princípio da segurança jurídica pode ser confrontado com outros princípios e que, na medida em que Dworkin visa à formulação de decisões corretas, a segurança jurídica é atingida num outro nível, pois:

“Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não

---

<sup>100</sup> Ibidem, p.266.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 268.

arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios”<sup>103</sup>

A teoria de Dworkin é criticável por se fincar num princípio monológico, apoiando-se no ideal de que o juiz busca a virtude e tem acesso privilegiado à verdade. Na sociedade complexa de hoje, o juiz tem que empreender seu mister interpretativo, como se buscasse a racionalidade de toda a comunidade jurídica.

Atento a isso, Habermas formula sua teoria discursiva do direito, superando a teoria do direito solipsista de Dworkin e tirando o fardo das exigências ideais atribuídas ao juiz “Hércules” idealizado. Formula Habermas uma substancial teoria da argumentação jurídica. Define argumentos como

“razões que resgatam, sob condições de discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas”<sup>104</sup>

Em Habermas, tem-se o direito como um mecanismo de integração social, valendo-se do conceito de racionalidade procedimental, de modo que um juízo será válido, não apenas a partir do prisma lógico-semântico, mas também a partir de uma dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. Disso advém que a “correção” de um argumento está em sua aceitabilidade racional por parte dos interlocutores.

Dirá o jurista alemão que “o conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é um “bom argumento”, é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação (...)”<sup>105</sup>. Retoma-se a idéia, outrora desenvolvida, de uma “busca cooperativa da verdade”.

Entretanto, ao contrário de Dworkin, Alexy, Aarnio e Günhter, a presente teoria não concebe o discurso jurídico como “aberto a argumentos de outras providências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais”<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 287.

Habermas explica que a legitimidade das normas jurídicas se afere pela racionalidade do processo democrático de legislação política, sendo mais complexo que o da argumentação moral. Diz o autor que medeiam os discursos jurídicos não apenas a correção dos juízos, mas também “pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela racionalidade de decisões eleitores, pela autenticidade de valorações fortes”, entre outros. Embora admita que se possa ter os discursos jurídicos como caso especial de discursos morais (Alexy, por exemplo), esse modelo de nada serve para dar conta da complexidade da dimensão de validade de normas jurídicas.

Afasta-se da tese da vinculação necessária entre direito e moral: em Habermas, repita-se, há apenas co-originariedade. A estratégia conceitual da teoria discursiva é aplicar o princípio do discurso aos dois tipos de normas gerais de ação, as normas morais e as normas jurídicas. Em relação a essas, o princípio “D” toma a forma de princípio da democracia e, sendo neutro, não mais se precisa interpretar o discurso jurídico a partir do que é moralmente permitido ou necessário. Importa aqui a geração democrática do sistema de direitos, embora essa concepção procedimentalista do direito não signifique que os sujeitos de direito desconsiderem questões morais, mas apenas que não serão elas a dar o timbre de legítimo às normas jurídicas.

Para Habermas, a teoria discursiva é dialógica, não monológica como a teoria dworkiana.

#### **3.2.2.4.**

#### **O papel e a legitimidade da jurisdição constitucional procedimentalista**

Após terem sido explicitados os fundamentos da teoria discursiva do direito, parte-se para a questão de saber quais seriam o papel e o alcance de uma jurisdição constitucional de base procedimental.

De início, a teoria discursiva aponta que a lógica da separação de poderes deva implicar uma assimetria, de modo que o executivo não disponha de bases normativas da legislação e da justiça<sup>107</sup>. Nesse sentido, Habermas aponta que essa

---

<sup>107</sup> Ibidem p. 300.

lógica não pode ser ferida pela prática de um tribunal sem que possua meios de coerção para impor as decisões ante as resistências dos parlamentos e das chefias executivas<sup>108</sup>.

Essa afirmação da submissão de instâncias estatais ao controle judicial dirige-se, sobretudo, como crítica ao pensamento teórico que confere a função de guarda da Constituição às chefias executivas, o que ganhou expressão emblemática na obra de Carl Schmitt.

No entanto, indo além dessa matriz teórica, que já foi objeto de crítica de autores como Hans Kelsen, e se preocupando mais com o controle de constitucionalidade feito das leis editadas pelas legislaturas, Habermas propõe que a lógica da divisão de poderes se fundamente numa teoria da argumentação, configurando-se auto-reflexivamente a legislação de modo idêntico à justiça, revestindo-a de competência de auto-controle de sua própria atividade<sup>109</sup>.

O jurista alemão vê o *judicial review* como mecanismo fundamental para o surgimento de uma cidadania ativa, em defesa do princípio da democracia e dos direitos fundamentais, no entanto, sugere que a existência de um tribunal constitucional não é auto-evidente e, ainda, que as decisões judiciais devam influenciar o legislador político para que modifique ou revogue normas não filtradas adequadamente pelo princípio da democracia<sup>110</sup>.

Como é desnecessária a existência de um tribunal constitucional propriamente dito para exercer esse controle, não é fora de propósito que o próprio legislativo possua instituições que previamente façam o controle de legitimidade das normas realizadas, como ocorre já nos modelos holandês e francês<sup>111</sup>.

Aprofundar-se-á esse aspecto de um controle de constitucionalidade das leis realizado pelo próprio parlamento ou, em cooperação com as legislaturas, no capítulo seguinte, mas importa ficar, desde já, consignado que o autor alemão aponta para os perigos possíveis advindos da criação de um tribunal constitucional.

---

<sup>108</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.157.

<sup>109</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, vol. 1, p. 301.

<sup>110</sup> CRUZ, A.R.S. *Op. cit.*, p. 247.

<sup>111</sup> *Idem*, pp. 247-248.

É que Habermas se preocupa em separar discursos de fundamentação (legislação) de discursos de aplicação (jurisdição). Nas palavras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz,

“No discurso de fundamentação, o ‘agir comunicativo’ dos participantes faz-se necessária para a racionalidade e legitimidade da normatização jurídica. O processo legislativo não é capaz de excluir todo o ‘agir estratégico’ (Habermas, 2002, p. 277), que se manifesta, entre outros meios, por lobbies e grupos de pressão. Contudo, caso a influência do dinheiro e da burocracia prevaleçam sobre a solidariedade e a racionalidade argumentativa, o discurso de fundamentação desnatura-se, tornando-se incapaz de conferir legitimidade à legalidade.

Ao contrário, como se viu no discurso de aplicação, o processo judicial permite/depura ações estratégicas das partes envolvidas. A imparcialidade no discurso de aplicação independente do ‘agir comunicativo’ das partes interessadas, ao contrário do discurso de fundamentação, que precisa do ‘agir comunicativo’, como pressuposto de sua validade”<sup>112</sup>

Fica marcada uma diferença ontológica entre jurisdição e legislação. Não desconhece, porém, que o judiciário enfrentará argumentos pragmáticos e ético-políticos, construídos pelo legislador político, vetores resultantes de um plexo de valores e interesses, mas que devem ser tomados como válidos *prima facie* pelo judiciário, não cabendo a ele empreender um novo discurso de fundamentação<sup>113</sup>.

Na verdade, compete ao judiciário realizar discursos de aplicação, permitindo-lhe reexaminar os argumentos empregados no discurso de fundamentação, “seja para descobrir a norma adequada, seja para reconhecer a própria invalidade da mesma, mediante o processo de controle de constitucionalidade das leis”<sup>114</sup>

O perigo de criação de um tribunal constitucional, no entanto, é transformá-lo em uma instância autoritária, por meio da remodelação de um discurso de fundamentação, com base em preferências pessoais dos juízes<sup>115</sup>.

Volta-se, uma vez mais, ao recorrente problema enfrentado pela teoria jurídica entre as diferenças entre interpretar e criar o direito ou, indo mais fundo, sobre os lindes entre direito e política. Habermas quer rechaçar posturas ativistas, fincadas em decisões pragmáticas dadas pelo Judiciário, muitas vezes escondendo opções pessoais que mascaram verdadeiro decisionismo judicial.

---

<sup>112</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 230.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 248.

Seguindo o pensamento do Luís Pietro Sanchís, tem-se que Habermas não critica tanto as competências que um tribunal constitucional possui, mas a auto-compreensão de seu trabalho e as técnicas de solução dos casos constitucionais<sup>116</sup>.

Nesse ponto, ataca a ponderação de bens como forma de encarar os conflitos entre os princípios constitucionais, sob o argumento de que tratar direitos fundamentais como bens ou valores a serem ponderados no caso concreto, leva a que o tribunal se converta em um negociador de valores, invadindo competências do legislador e aumentando o perigo de juízos irracionais, enfatizando-se argumentos funcionalistas em vez de argumentos normativos.

Aponta, com esteio no pensamento dworkiano, que na verdade os direitos fundamentais precisam ser tratados como princípios, de modo que apenas exista uma resposta correta para cada caso, pois

“a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos.”<sup>117</sup>

Não se deve conduzir a discussão sobre se o tribunal deve optar por ativismo ou automodéstia *in abstracto*<sup>118</sup>. Assim, uma jurisprudência constitucional ofensiva é uma exigência normativa, quando surjam casos para a análise do judiciário, nos quais seja necessário impor um procedimento democrático e de forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade, mas sem cair no perigo de se transformar em um regente dos processos políticos na sociedade.

Os juízes, portanto, não devem exercer juízos pessoais para emendar a obra do legislador, mas garantir que esse seja democrático. Daí que a jurisdição constitucional deva ter um viés procedimental<sup>119</sup>, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito<sup>120</sup>.

Roberto Gargarella traz um interessante exemplo de aplicação da democracia deliberativa por cortes constitucionais. Trata-se da análise

<sup>116</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*. In: DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 23, 2000, p. 164.

<sup>117</sup> HABERMAS, J. *Op. cit.*, vol 1, p. 323,

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>119</sup> SANCHÍS, L. P. *Op. cit.*, p. 165-166.

<sup>120</sup> STRECK, L. L. *Op. cit.*, p. 160.

empreendida pela Corte colombiana do chamado *estatuto antiterrorista*, parte da agenda política do poder executivo daquele país. A decisão da corte foi no sentido de anular o estatuto, a partir da constatação de que mais de uma dezena de legisladores que haviam votado favoravelmente ao estatuto mudaram de opinião repentinamente, sem dar nenhuma explicação pública pela atitude<sup>121</sup>. Não se questionou a possibilidade de mudança sobre determinada matéria, mas a mudança sem o oferecimento de razões públicas para tanto.

Essa emblemática decisão mostra deferência pelas opções legislativas e, principalmente, um controle por parte do judiciário do processo de gênese do direito. Perceba que não se adentrou na análise da substância do estatuto, mas reconheceu que o discurso de fundamentação foi falho, levando a um desvio na política deliberativa que se espera.

Em conclusão, tem-se que os três modelos estudados ao longo deste capítulo, o kelseniano, o dworkiano e o habermasiano, representantes de concepções restrita, substancialista e procedimentalista de jurisdição constitucional, empreendem discussões de corte analítico para demonstrar o papel e alcance das jurisdições constitucionais.

Se todos reconhecem certa preocupação com posturas ativistas, discutindo a quem deva caber a decisão sobre as questões de moralidade política estampadas nos textos constitucionais, não há neles uma crítica tão forte a ponto de sugerir a supressão da jurisdição constitucional ou lhe apontar uma ilegitimidade na essência<sup>122</sup>. Na verdade, a preocupação recai sobre a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional.

Uma proposta teórica mais crítica quanto à legitimidade da própria jurisdição constitucional é a do neozelandês Jeremy Waldron, objeto de análise no capítulo seguinte.

---

<sup>121</sup> GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*. In: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, número 10, abr./jun. 2008, p. 19.

<sup>122</sup> Luís Pietro Sanchis chega a afirmar que o modelo habermasiano expressa um ponto de vista abertamente legalista (*Op. cit.*, p. 163).