

2

Democracia e justiça

2.1

Democracia no Brasil em tempos de globalização

2.1.1

Expectativas em torno da Carta Cidadã

Promulgada a vigente Constituição da República em 5 de outubro de 1988, marco da celebrada *redemocratização* do Brasil, cresceram as expectativas e se abriram as mais diversas perspectivas sobre o ideal de *justiça social*.² Não sem motivo, seu texto já nascia sob a eloquente alcunha de *Carta Cidadã*.

Encerrando o ciclo ditatorial militar que se iniciara em abril de 1964, o Brasil, a partir da Constituição de 1988, voltava, enfim, a ter eleições gerais e diretas para a chefia das três esferas federativas dos poderes Executivo e Legislativo, dando arremate a um delicado processo de transição de regimes.³ Assim, do ponto de vista interno, a redemocratização do Brasil e o encerramento do período militarista de concentração de poder político alimentavam expectativas sobre o resgate e o atendimento dos postulados universais de respeito aos direitos

² Luis Fernando Brazotto, evidenciando o imperativo inclusionista do termo *justiça social*, a define nos seguintes termos: “‘*a todos a mesma coisa*’. ‘*Todos*’ aqui designa a totalidade das pessoas humanas que compõem a comunidade. A sociedade constitui-se como comunidade no momento em que os indivíduos passam a considerar-se como participantes em um projeto comum de realização de uma determinada concepção de vida boa para os seus membros. Esta concepção de vida boa assume um caráter normativo pelo fato de os bens que a compõem (liberdade, saúde, etc.) serem afirmados como direitos. As pessoas tornam-se partícipes da comunidade quando estão engajadas em um processo de garantir os mesmos direitos para todos. Cada um deve respeitar nos outros os mesmos direitos que exige para si. A contrapartida se impõe: todos têm os mesmos deveres, como membros da comunidade. Deste modo, a justiça social é que forma o laço constitutivo da comunidade, uma vez que a existência da comunidade, depende do fato de ‘*todos*’, como membros da comunidade terem ‘*a mesma coisa*’, isto é, os mesmos direitos e deveres, e não do fato de estarem submetidos a um poder comum, ou habitar o mesmo território” (BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em: 20.03.2010).

³ Entre outras etapas, em 1980, tal processo evoluíra com a Emenda Constitucional n.º 15, que restabelecia as eleições diretas para governadores e abandonava a experiência do terço senatorial “biônico”, até desbordar no período dos grandes comícios populares, conhecidos como *movimento Diretas-já* (1983/84), advindo, na sequência, a retomada do poder civil no âmbito da Presidência da República (1985), embora ainda por eleição indireta.

humanos, vistos especialmente sob a ótica das prerrogativas da cidadania e das liberdades públicas (liberdade de expressão, de associação, de credo, etc.).

No Texto Constitucional, desde seu preâmbulo e princípios fundamentais, estabeleceu-se que as políticas públicas priorizadas deveriam se relacionar à erradicação da pobreza e da marginalização e à *redução das desigualdades*. Isto é, por meio do equilíbrio social, político e econômico, o constituinte vislumbrava a consecução da finalidade prioritária do Estado democrático: a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.⁴

A explicitação, em termos principiológicos constitucionais, dos objetivos de cidadania plena, isonomia jurídica e política dos cidadãos, segundo se acreditava na ocasião, por si só constituiria mecanismo indutor hábil a minimizar as massas de exclusão e os grandes focos de segregação marginal, uma vez que, afinal, estavam sendo reveladas diretrizes inafastáveis a serem seguidas pelos diversos organismos do poder público.

A partir do alargamento do campo de invocação da tutela jurisdicional para efetivação dos programas constitucionais, inclusive os de cunho eminentemente político, conferiu-se maior nitidez ao papel do Poder Judiciário no esforço para construção de uma sociedade mais harmônica, menos desigual. Estabelecido o complexo de princípios constitucionais, foi aberto ao Judiciário e às chamadas “funções essenciais à Justiça”⁵ o desafio de participar mais ativamente da formatação do direito vigente e de controlar de maneira mais direta a atuação dos órgãos executivos responsáveis pela implementação das políticas públicas. Com a potencial invocação dos superiores primados do ordenamento constitucional, tinha-se por facilitada a superação dos eventuais déficits ou incongruências normativas, viabilizando concretude ao Texto e às diretrizes constitucionais. Ou seja, a hermenêutica constitucional, estabelecendo novo patamar de fundamentação e proatividade, poderia contribuir para que também no *front* jurisdicional fossem, de um lado, minimizadas as desigualdades normativas através do controle da validação das normas infraconstitucionais e, de outro, calibrados, via controle judicial, o alcance e a forma de atuação (ações ou omissões) dos agentes públicos de execução administrativa, em especial aqueles detentores do poder de coerção.

⁴ Cf. Art. 3º e seus incisos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵ Cf. Art. 128 e seguintes da CR/88.

Enfim, a Carta Cidadã conferia os meios, os instrumentos e as potencialidades para as mudanças pelas quais ela própria sinalizava. A expectativa, com a sua promulgação, girava em torno de sua força normativa, instrumento de transformação da realidade, de modo a revelar-se, como pensou Konrad Hesse, numa “verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio”.⁶

2.1.2

A reação neoliberal e o Estado Penal

Nesse contexto, porém, os vetores de pressão em sentido oposto aos ares transformadores da Carta Cidadã, tendentes à conservação do *status quo*, também receberiam reforços.

De fato, a nova arquitetura constitucional do sistema político-jurídico brasileiro não se limitaria a prestar contas à expectativa interna e aos ideais do País redemocratizado. Mais nitidamente em sua vertente econômica, haveria de se dobrar também a pressões externas crescentes que, exponenciadas em tempos de globalização, embalavam teses e influências ditadas pelos agentes hegemônicos da economia mundial. Para satisfazer aos ditames da ordem econômica mundial de então, impunha-se o redimensionamento da intervenção estatal na economia interna e a racionalização dos mecanismos protecionistas típicos dos governos militares em relação à produção e ao mercado.

Ocorre que a pressão exercida pelo mercado mundial, como, aliás, tem sido próprio ao capitalismo global, não se preocupava – e ainda hoje não se preocupa – com as consequências sociais deletérias que suas exigências econômicas viessem a provocar nas populações dos países sob sua influência.

Mesmo porque:

Ao determinar a localização e a distribuição da riqueza e da capacidade produtiva na economia mundial, a globalização define e reformula os padrões globais de hierarquia e desigualdade. Isso tem implicações profundas para a segurança humana e para a ordem mundial, na medida em que as desigualdades globais

⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 25.

condicionam as oportunidades de vida dos indivíduos e das coletividades, para não falar em criar um mundo mais instável e desregrado.⁷

Assim, em função do plexo de medidas neoliberais que assolaram o Brasil, como de resto a América Latina, as expectativas de incremento da inclusão e justiça sociais derivadas dos novos dispositivos constitucionais sofreram sensível embotamento.

Os anos que se seguiram à promulgação da Carta Cidadã foram, com efeito, profundamente marcados pelas reformas neoliberais. Tendo como mantra o discurso do *enxugamento do Estado*, o País submeteu-se à cartilha da tecnocracia econômica, sempre a serviço das elites nacionais e do sistema financeiro internacional, distanciando-se, assim, da priorização das políticas de cunho social indicadas pelo constituinte.

A propósito, João Ricardo W. Dornelles assinala que, a despeito de todo o aparato constitucional, a lógica neoliberal afastou o Estado do enfrentamento das questões sociais que seriam de sua responsabilidade, em flagrante “descumprimento dos princípios contidos no corpo de uma constituição que foi o resultado político de um longo período de transição do regime militar para o Estado Democrático e Social de Direito”.⁸

Nas palavras de José María Gómez:

Essas reformas [neoliberais] materializam a ruptura de um padrão histórico estadocêntrico de relação entre Estado e sociedade na América Latina, um padrão que – mesmo responsável por profundas e arraigadas desigualdades, discriminações e formas de dominação – vigorou durante décadas, sob o signo da inclusão social, em nome do desenvolvimento e da Nação, bem como da incorporação ao mercado, à cultura e a uma certa idéia de cidadania política e social. Essa ruptura se traduz hoje, na maioria dos países [...] em indicadores de assustador crescimento da exclusão e do *apartheid* social, de desarticulação de atores sociais clássicos, mas também de conversão da ação política convencional numa mistura perversa de espetáculo mediático e de “privatização” oligárquica do acesso aos recursos do Estado. Assim, vastos setores da população, desprovidos de qualquer condição de cidadania real, experimentam a decomposição da imagem e do sentimento coletivo de pertencimento à comunidade política nacional. Daí a retração do espaço político, as crises recorrentes de governabilidade, descrédito crescente dos políticos e das instituições políticas, as ondas de revolta e protesto

⁷ HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 69.

⁸ DORNELLES, João Ricardo W. Ajustes Neoliberais, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Descaso com os Princípios Constitucionais no Brasil. In.: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 537.

social esporádicas, defensivas e pontuais, o incremento da violência urbana e rural, o avanço da corrupção e do crime organizado, os claros sinais de desintegração social e territorial.⁹

O surto desestatizante¹⁰ observado na década de 1990 esvaziou sensivelmente a exploração direta da atividade econômica pelo Estado brasileiro, dando ensejo ao afloramento de um modelo de Estado cujo foco preponderante seria (supostamente) a atuação normativa e reguladora dos setores econômicos essenciais. Como principais instrumentos desse novo perfil estatal, importados do paradigma norte-americano, surgiram as agências nacionais reguladoras – as chamadas ANAS (ANATEL, ANP, ANA, ANEEL, ANVISA, ANS, ANCINE, ANTT, ANTAQ, ANAC), entes autárquicos que, ao lado das instituições reguladoras já existentes (BACEN, SUSEPE, CVM, entre outras), passariam a normalizar, regular, fiscalizar e executar as políticas de incentivo e planejamento dos setores mais relevantes da economia nacional.

Contudo, a tecnocracia econômica hipertrofiada em detrimento das políticas sociais gerou um modelo regulatório distorcido. Houve agências criadas às pressas para ambientar (e buscar legitimar) as privatizações tidas por mais prementes, sendo dotadas de estruturas precárias,¹¹ inaptas a exercer efetiva ascendência ou controle eficaz sobre setores extremamente complexos, organizados e poderosos da economia nacional. Como resultado, em certas circunstâncias, algumas dessas autarquias viram-se – e ainda se veem – acusadas de adotar comportamento de verdadeiros *sindicatos*¹² em defesa dos interesses das empresas submetidas às suas esferas de atuação, em prejuízo da massa de usuários e consumidores desses chamados *serviços essenciais*, muitos dos quais fundamentais ao próprio exercício da cidadania no mundo contemporâneo

⁹ GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 100/101.

¹⁰ Tal “surto desestatizante” corporificou-se no chamado Programa Nacional de Desestatização, cujo marco legal se deu com a edição da Lei n.º 8.031/1990, que terminou substituída pela Lei n.º 9.491/1997.

¹¹ Apenas para ilustrar: a ANP mantinha em seus quadros pouco mais que 40 (quarenta) agentes para fiscalizar dezenas de milhares de postos revendedores de combustíveis, centenas de distribuidoras, milhares de carretas transportadoras, além de dezenas de milhares de pontos de vendas de GLP espalhados em todo o território nacional. A crise de energia elétrica de 2001 oferece outro exemplo eloquente: a evidenciada fragilidade da ANEEL valeu a ela um papel marcadamente coadjuvante no episódio, forçando a criação, às carreiras, de uma Câmara de Gestão da Crise, organismo externo e ascendente à Agência, o qual concebia e executava as políticas emergenciais.

¹² Cf. PINHEIRO, Márcia; PACHECO, Paula. Autonomia de Fachada. *Carta Capital*, ano XIII, n. 456, São Paulo, 8 ago.2007.

(telefonia, transmissão de dados, energia, transportes, etc.). E isso ocorre seja em razão da fragilidade congênita tolerada (ou inoculada) por ocasião de sua concepção, seja por sucumbência ao chamado *risco da captura*,¹³ ou ainda pela conjugação dos dois fatores. Vale dizer que a ausência ou a diminuição de independência do órgão de regulação e de sua política administrativa em face dos agentes econômicos exploradores da atividade regulada é o reflexo desse indesejável fenômeno de captura.¹⁴

À fragilidade desse engenho regulatório somam-se o enfraquecimento da máquina burocrática estatal, a desestruturação do funcionalismo público e o excessivo peso tributário impingido ao cidadão – itens de um pacote de medidas neoliberais que, além de discutível eficácia para o crescimento econômico do País, trouxeram, como efeito colateral, ainda mais exclusão e desigualdade social.

João Ricardo Dornelles sintetizou o caldo resultante desses “ajustes neoliberais” e suas deletérias conseqüências para o aumento do abismo social:

[...] uma das conseqüências mais perversas das políticas de ajuste fiscal rígido e reestruturação social dos governos brasileiros, que estão implantando o receituário neoliberal, é o aumento da indignação e a expulsão de trabalhadores – qualificados ou não – para a economia informal. A precarização das condições de vida, o medo do desemprego, a insegurança em relação ao futuro, o aumento da violência nas cidades e no campo, a generalização da criminalidade, o aumento das brutalidades e ilegalidades policiais têm sido conseqüências demasiado duras para a maior parte da população brasileira.¹⁵

¹³ Com foco na chamada *teoria da captura*, foi formado, por designação da Presidência da República, o Grupo de Trabalho Interministerial, que em 2003 elaborou o relatório final intitulado “Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro”. Dele se extrai: “Agravam o ‘risco de captura’ circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada” (p. 12). Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/artigos/analise-e-avaliacao-do-papel-das-agencias-reguladoras-no-atual-arranjo-institucional-brasileiro>> . Acesso em: 10.10.2008.

¹⁴ Não é difícil identificar alguns sintomas típicos do fenômeno de captura. Como pista, pode-se, por exemplo, avaliar as condições e meandros em que são concedidas as seguidas autorizações a reajustes de preços e tarifas pelas mais diversas agências reguladoras aos setores afetos às suas áreas de regulação – energia elétrica, planos de saúde, entre outros –, não raro, em patamares inteiramente divorciados da realidade inflacionária atual ou do poder aquisitivo dos consumidores. Atuando “capturadas”, ou seja, dominadas pelos setores que deveriam regular, algumas agências comportam-se como se estivessem obrigadas precipuamente a zelar pela saúde financeira dos exploradores das atividades privatizadas, isentando-os do *risco do negócio*, garantindo resultados financeiros positivos, inclusive viabilizando a “socialização” de seus eventuais prejuízos pontuais.

¹⁵ DORNELLES, João Ricardo W. Ajustes Neoliberais, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Descaso com os Princípios Constitucionais no Brasil. In.: PEIXINHO, Manoel Messias;

Nesse ambiente, em relação à questão da criminalidade, a agenda neoliberal pareceu sempre ocupar-se primordialmente com as *consequências* do delito e com a *identificação* (ou rotulação) do delinquente – alimentando uma verdadeira cultura do medo – em detrimento de suas *causas* socioeconômicas e dos fundamentos políticos do problema. No dizer de Katie Argüello, apenas foram confrontados os criminosos, deixando-se de combater “a violência estrutural (a desigualdade social e a pobreza), razão da definição e seleção de determinados indivíduos como tais, simultaneamente à imunização de outros”.¹⁶

E é justamente nesse contexto de incremento do abismo socioeconômico entre as classes, de aumento das massas de excluídos e, ainda, de apelo crescente ao consumismo irracional que, em paralelo ao viés desestatizante do neoliberalismo, hipertrofia-se o braço penal do estado. Para Matheus Felipe de Castro, “[...] o direito penal neoliberal surge neste cenário como instrumental funcional-sistêmico, isto é, como tecnologia política de exercício do poder na forma do direito”. Sua funcionalidade se estabelece por meio da intimidação e se revela um verdadeiro “terrorismo de Estado”, o qual, valendo-se de um direito penal simbólico,

[...] funda no imaginário social uma expectativa de resolução de conflitos sociais através da repressão penal, reforçando a aparência ideológica de proteção de bens jurídicos e ocultando a realidade do direito penal como instrumento político de contenção das massas miserabilizadas [...]. O Estado neoliberal se encarrega desta produção imagética do terror, que constrói alegorias através de imagens para difusão de medo e horror.¹⁷

Enfim, pela lógica do modelo neoliberal, um Estado social mínimo deve corresponder a um *Estado penal máximo*,¹⁸ o qual se desenvolve, conforme Loïc

GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 538.

¹⁶ ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 10.02.2010.

¹⁷ CASTRO, Matheus Felipe de. A criminologia da luta de classes, in *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 11, ns. 15/16. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007, p. 131. Há quase cem anos o jurista russo Evgeny Pachukanis utilizou a expressão “terrorismo de classe” em contexto assemelhado, tal como se verá no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁸ Essa relação de interdependência é assim resumida por Loïc Wacquant: “A *atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal*: a miséria e a extinção de um tem como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro” (*As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 80). Cf., ainda, SILVEIRA FILHO. Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e

Wacquant, em resposta aos desarranjos trazidos “pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano”.¹⁹

2.2

Democracia mínima ou formal e suas insuficiências

Ficou evidenciado, pois, que a edição da Constituição brasileira de 1988 não tinha o condão de blindar a ordem jurídica pátria contra as exigências e investidas do mercado financeiro internacional, tampouco seria ela, por si só, panaceia apta a redimir o País de todos os males sociais que o afligiam e continuam a afligir.

A Carta Cidadã, como mero pedaço de papel, mostrava-se, enfim, insuficiente para a construção de um regime democrático de refinada qualidade. A correlação de forças políticas e econômicas da vida real, tomadas como um retrato estático do contexto neoliberal, terminava por revigorar a antiga máxima lançada por Lassale em meados do Século XIX:

[...] a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.²⁰

Em verdade, tinha-se garantido aqui um plexo de igualdades aos cidadãos tão-somente no campo do ideal – nem todas elas necessariamente substanciais – e, por isso, sem a força concreta necessária para atingir a fundo as grandes mazelas sociais que desde sempre assolaram a realidade brasileira. A Constituição-Papel mantinha-se insuficiente para evitar que a elite econômica conservasse o quase absoluto controle político da Nação, perpetuando – e mesmo agudizando – um privilegiado *status quo* que se lhe apresentava confortável e conveniente. O contexto histórico, enfim, condicionava e impunha limites à força normativa da

ordem: rumo ao Estado de polícia. In.: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 11, n. 15/16. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007. p. 347.

¹⁹ WACQUANT. Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 10.

²⁰ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980. p. 72.

Constituição. Constatava-se que, afinal, não só as “possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*)”.²¹

Aliás, a tranquila aceitação pela elite contemporânea do modelo formal de democracia que se adotava a partir de 1988 já revelava uma pista segura sobre a insuficiência da Constituição como instrumento de justiça social. Tal como uma lâmina sem fio, o modelo democrático brasileiro não mostrou ser bastante para a tarefa de aparar as desigualdades e os enormes abismos socioeconômicos existentes entre uma esmagadora maioria pobre e uma reduzida elite muito rica.

Ainda que, nos últimos anos, possa ser notada alguma melhora no quadro nacional de distribuição de renda,²² segundo o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), até perto da virada do milênio, 10% (dez por cento) dos mais ricos detinham 75,4% (setenta e cinco vírgula quatro por cento) da riqueza total nacional, mantendo o Brasil numa das piores posições no quadro mundial em termos de repartição de renda.²³

Não por outro motivo, Oscar Vilhena Vieira observou:

A democratização e adoção de uma nova Constituição não retirou muitos dos obstáculos para a implementação de um autêntico estado de direito no Brasil. A incapacidade do novo regime democrático de amenizar o problema de distribuição de riquezas no país, mantendo a estrutura hierárquica que permeia todo o tecido social brasileiro, impossibilita que a lei desempenhe o seu papel de razão para agir [...].²⁴

Essa constatação ilustra empiricamente a doutrina de Ellen Meiksins Wood, cientista política norte-americana, para quem a democracia formal não é suficiente para identificar e definir de modo pleno, do ponto de vista material, um verdadeiro e eficaz exercício de poder popular:

El punto central de esta definición de democracia es limitar el poder arbitrário del Estado a fin de proteger al individuo y la ‘sociedade civil’ de las intervenciones indebidas de aquel. Pero nada se dice sobre la distribución del poder social, es decir, la distribución de poder entre las classes. En realidad, el énfasis de esta

²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 24.

²² POCHMANN, Márcio. Desigualdade e Justiça Tributária. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 27.02.2009.

²³ Cf. nota de rodapé n. 1, *retro*.

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito e seus limites. In.: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p.389.

concepción de democracia no lo encontramos em el poder del pueblo sino en sus derechos pasivos; dicha concepción no señala el poder propio del pueblo como soberano sino que, en el mejor de los casos, apunta a la protección de derechos individuales contra la injerencia del poder de otros. De tal modo, esta concepción de democracia focaliza meramente en el poder político, abstrayéndolo de las relaciones sociales, al tiempo que apela a un tipo de ciudadanía pasiva en la cual ciudadano es efectivamente despolitizado.²⁵

O politólogo argentino Guillermo O'Donnell identifica a abordagem conceitual da democracia a partir de dois extremos: de um lado, os que enxergam como modalidade de regime político, desimportando as características do Estado e da sociedade; de outro, aqueles que a têm como “atributo sistêmico”, pressupondo um nível razoável de igualdade socioeconômica ou, quando menos, uma organização social e política voltada para a realização dessa igualdade.²⁶

Ao optar por uma postura intermediária,²⁷ O'Donnell defende, para fins de caracterização da democracia, a necessidade de existirem um plano e um gênero *mínimo de igualdade*:

[...] um componente “politicista”, ou baseado unicamente no regime, é necessário mas insuficiente para uma definição adequada de democracia. [...] há uma ligação estreita entre democracia e certos aspectos da igualdade entre indivíduos que são postulados não apenas como indivíduos, mas como *personas legais*, e em consequencia como cidadãos [...]. Nas democracias, ou poliarquias, contemporâneas os cidadãos têm, pelo menos, o direito de votar em eleições competitivas.²⁸

Nesse sentido, necessário ainda que a opção eleitoral seja feita de modo livre e consciente, a partir do suporte legal e institucional existente, num contexto

²⁵ WOOD, Ellen M. Estado, Democracia y Globalización. In.: BORON, Atílio A.; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Compiladores). *La teoría marxista hoy: problemas e perspectivas*. 2. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 397.

²⁶ O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In.: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 337-373.

²⁷ Posicionando-se, O'Donnell não vê utilidade analítica em se vincular necessariamente o conceito de democracia a algum grau substancial de justiça ou igualdade social, combinação que, aliás, entende perigosa, visto que facilita a desqualificação de qualquer democracia existente em favor de mascarados argumentos de autoritarismo (Cf. O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In.: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 338).

²⁸ O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In.: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 338-339.

em que todo eleitor saiba que cada um dos outros tem idêntico direito e em que cada partícula de poder exercitável (ou seja, cada voto) redunde na “decisão coletiva que determinará quem os governará durante certo tempo”.²⁹ Isso pressupõe autonomia para expressar opiniões (e responsabilidade sobre elas) e, por extensão, o reconhecimento de graus mínimos de autonomias e responsabilidades em áreas essenciais da política e do direito.

É nesse ambiente que o indivíduo se torna aquilo que O’Donnell define como *pessoa legal*, ou seja, “um portador de direitos e obrigações formalmente iguais não só no domínio político, mas também nas obrigações contratuais, civis, criminais e tributárias, nas relações com os órgãos estatais e em muitas outras esferas da vida social”.³⁰ Tal arcabouço mínimo, ainda que muito longe do ideal de igualdade material apregoadado pelas correntes de inspiração marxista, legitimaria o reconhecimento de uma estrutura democrática de poder.

Sob outra ótica – e voltando ao caso brasileiro – pode-se dizer que a igualdade efetivada pela Constituição ainda se concentra nos direitos humanos de primeira geração, no rol de liberdades públicas e, mesmo assim, titularizados somente pelos que se acham inteiramente “incluídos” no sistema, ou seja, sujeitos à tutela do Estado oficial. Por sua vez, sob vários aspectos, a efetivação dos direitos sociais constitucionais mantém-se no campo das potencialidades programáticas que nunca saíram do papel.

Com foco na globalização, José María Gómez pavimenta sua avaliação sobre o movimento mundial de democratização que se desencadeou na Europa do Sul (meados da década de 1970), estendeu-se pela América Latina, até que, no início dos anos 90, espalhou-se pelo Leste Europeu, pela Ásia e pela África.³¹ Após ressaltar que, em vários países, a democracia instalada (não raro, por imposição externa) revela-se mera fachada ou “simulacro de democracia”, Gómez faz o seguinte registro:

[...] em numerosos casos, em que pesem as múltiplas limitações e vulnerabilidades, isso [a democratização] representou um avanço político significativo, que seria

²⁹ O’DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In.: MÉNDEZ, Juan E.; O’DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Trad. Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 339.

³⁰ *Ibidem*, p. 339.

³¹ GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 92-93.

insensato ignorar ou menosprezar. Assim, além de uma maior “sensibilidade” e do compromisso de proteção doméstica diante da cobrança internacional do respeito aos direitos humanos, países e regiões com pouca ou nenhuma tradição democrática prévia passaram a reconhecer instituições e procedimentos (sufrágio universal, eleições regulares, livres e competitivas, razoável garantia de liberdade de expressão e associação, proteção contra as ações arbitrárias do Estado, etc.) que permitiram, em alguns casos pela primeira vez, a inclusão formal de milhões de cidadãos no processo de escolha das elites políticas encarregadas das decisões coletivas.³²

Enfim, ainda que se reconheça – como quer O’Donnel – o inconveniente de se incluírem, na definição de democracia, exigências de igualdade substancial relacionadas ao bem-estar social, o certo é que essa base igualitária mínima (para fins conceituais) está muito longe de garantir uma efetiva justiça social – horizonte que, no caso brasileiro, ainda mais se distanciou a partir das recentes investidas neoliberais que terminaram por servir à conservação da posição das elites e de seus privilégios.

Não por acaso, Robert Dahl, sob o mote do ideal de igualdade política, ponderou:

Si, la igualdad política es (en mi opinión) un ideal y nos debemos esforzar por alcanzarlo; actuar para apoyarlo es una obligación moral. Y si, también, los obstáculos para alcanzar la igualdad política son grandes, tan grandes, de hecho, que es casi seguro que debemos permanecer por siempre a una distancia considerable de alcanzar por completo el objetivo.

Sin embargo, lo que motiva los esfuerzos para alcanzar el objetivo en medio de los esfuerzos a menudo extraordinarios de los estratos privilegiados por conservar sus posiciones, son emociones humanas muy poderosas que se pueden mover y que, con la ayuda de la razón para seleccionar los medios apropiados, pueden producir ganancias para la igualdad política.

En los últimos dos siglos, em gran parte del mundo estas ganancias han excedido cualquier otra ganancia en toda la historia de la humanidad.

¿Puede haber ganancias futuras en países democráticos? ¿O ya alcanzamos nuestros limites? O, peor aún, ¿es probable que en el siglo que está comenzando se vea um cambio regresivo hacia una desigualdad política mayor?³³

³² GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP, 2000. p. 93.

³³ DAHL, Robert A. *La igualdad política*. Espanha: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 62.

2.3

Democracia deliberativa habermasiana

Embora não seja o foco central de sua construção teórica, importantes aspectos podem ser extraídos da doutrina de Jürgen Habermas acerca do papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

A proposta habermasiana de remapeamento dos genes que configuram os modelos de Estado Social e de Estado Liberal, fruto de sua empreitada para a compreensão de um novo paradigma democrático, traz indissociáveis consequências analíticas quanto aos desenhos clássicos da atuação jurisdicional. E, por vezes, intersecciona-se também com algumas linhas do debate hodierno sobre a aparente tensão entre democracia e constitucionalismo.

Para introduzir sua proposta de modelo democrático em *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*,³⁴ Habermas expõe o intuito de “descobrir as pontes que permitem passar dos modelos normativos de democracia para os das teorias sociais da democracia e vice-versa”.³⁵

Nessa obra, Habermas inicia sua análise crítica tendo por objeto a proposta de democracia empirista desenvolvida por Werner Becker, cuja fundamentação qualifica, entretanto, como insatisfatória.³⁶ Ao considerar insuficiente a construção beckeriana segundo a qual a legitimidade da democracia se fundaria nos aspectos fáticos da norma e em seu efeito estabilizador, Habermas conclui que “os cidadãos racionais não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático, caso se limitassem a uma autodescrição empirista de suas práticas”.³⁷

Essa mesma crítica de Habermas ao empirismo autossuficiente poderia ser transportada para o campo da atividade judicial, uma vez que as decisões não se legitimam perante os jurisdicionados pelo só fato de se alimentarem de descrições autorreferenciais. A força dos precedentes pode revelar um aspecto relevante, mas não *suficiente* para a pacificação das lides e conformação dos destinatários do ofício jurisdicional.

³⁴ Do original alemão: *Faktizität um Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (primeira publicação em 1992).

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. II. p. 10.

³⁶ *Ibidem*, p. 12.

³⁷ *Ibidem*, p. 18.

Quando se volta para a análise do embate entre os modelos apresentados por liberais e comunitaristas (republicanistas), Habermas sustenta que, de um lado, sob a ótica liberal, o processo democrático opera-se através de “compromissos de interesses”, cujas regras de formação se assentam nos direitos fundamentais liberais; por outro lado, o republicanismo interpreta o processo democrático como um “auto-entendimento ético-político”, de modo que a norma deve ter a aprovação do consenso entre sujeitos, além de ser exercida pelas vias culturais.³⁸

Como antes acenado, Habermas não vê antagonismo absoluto entre os componentes que formam os modelos liberal e republicano. Sustenta, ao contrário, que um terceiro modelo, definido por sua *teoria do discurso*, apropria-se de elementos liberais e republicanos e os rearranja de um modo novo, “integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão”.³⁹ Ou seja, o terceiro modelo – a democracia deliberativa procedimental de Habermas – assenta-se na compatibilização de elementos dos modelos liberal e republicano, estes, portanto, co-originais em relação àquele.

Em *A inclusão do outro: estudos de teoria política*,⁴⁰ o filósofo alemão assim explicita sua *teoria do discurso*:

[...] obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. [...] Como no modelo liberal, respeita-se o limite entre Estado e sociedade; aqui, porém, a sociedade civil, como fundamento social das opiniões públicas autônomas, distingue-se tanto dos sistemas econômicos de ação quanto da administração pública.⁴¹

A noção de intersubjetividade que permeia sua teoria do discurso concretiza-se através de procedimentos democráticos em que as formas de

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. II. p. 19.

³⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁰ Do original alemão: *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theori* (primeira publicação em 1996).

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Speber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 280-281.

comunicação estão suficientemente institucionalizadas, de modo a conferir força legitimadora à formação da opinião e da vontade.⁴²

E o sistema jurídico ideado, verdadeira vedete na construção habermasiana, conforma-se a seu modelo procedimentalista de democracia, cuja fonte normativa não está adstrita ao processo de criação das normas gerais e abstratas na seara legislativa, mas se reserva, também, ao papel desempenhado pela atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo.

2.3.1

Sistema jurídico, imperativo inclusionista e inobstrução da agenda

O modelo democrático proposto por Habermas conecta-se a um sistema jurídico em que a validade das normas de comportamento reclama a possibilidade de participação, em seu processo de criação, de *todos* os seus destinatários.⁴³

No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.⁴⁴

Ou seja, em Habermas, o processo de formação do plexo normativo afigura-se passível de decomposição em dois aspectos, ambos dependentes da atividade dos cidadãos: por um lado, resultado da conduta reflexiva de aceitação ou de repúdio a normas consuetudinárias; de outro, pela construção de novas regras.

O primeiro deles – “acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição” – pode, de

⁴² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Speber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 277.

⁴³ Conforme o enunciado de seu *princípio do discurso*: “São válidas as norma de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 142).

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 53.

algum modo, remontar às considerações que Habermas fez ao empirismo beckeriano, não agora para destacar a insuficiência desse pilar para fins de base única do processo, mas sim para a necessidade de ser ele descrito em razão de sua coessencialidade. Embora se revele como aspecto fundante, não deve significar um caráter estático ou imutável, já que nas sociedades pós-convencionais seus membros devem ser encorajados a “assumir um enfoque reflexivo em relação às suas próprias tradições culturais”.⁴⁵

Enquanto a adesão aos ditames consuetudinários revela uma legitimação pela aceitação *comissiva por omissão* de algo que já opera, o segundo aspecto – o acordo “através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente” – aponta a dimensão ativa, ou seja, a do processo em construção.

Esse ideal de envolvimento de cada um dos que podem sofrer os efeitos da norma – no contexto atual formado por sociedades complexas, pulverizadas e multiculturais – exige necessariamente um movimento *inclusionista*. Ou seja, não prescinde do incremento de meios e instrumentos que habilitem ao exercício pleno dos atributos afetos à cidadania.⁴⁶

A propósito, para Habermas, a ferramenta mais importante e que torna possível promover a integração dos membros de uma sociedade pluralista é a *linguagem*, instrumento que viabiliza a busca pelo entendimento e a obtenção de consensos e que, por isso mesmo, ocupou-o em suas primeiras pesquisas, materializando-se em sua já clássica *Teoria da Ação Comunicativa*.⁴⁷ Afinal, “o que associa os parceiros do direito é, em última análise, o laço linguístico que mantém a coesão de qualquer comunidade comunicacional”.⁴⁸

A efetiva inclusão de todos os sujeitos de direito traduz-se como requisito que, de um lado, constitui a base fática necessária ao modelo ideado e, de outro, revela a verdadeira essência democrática para a validação do direito, visto este

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 38.

⁴⁶ Habermas adverte que não se trata de uma cidadania habilitada a atuar coletivamente, e sim “da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 21).

⁴⁷ Do original alemão: *Theorie des kommunikativen Handelns* (primeira publicação em 1981).

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 31.

como sistema normativo em permanente edificação. Para que se viabilize o modelo democrático de Habermas, não pode haver exclusões ou barreiras; ninguém que fique à margem do debate público ou alheado ao processo decisório⁴⁹ cujo resultado, de algum modo, possa vir a afetá-lo.

Em outras linhas de pesquisa colhem-se conclusões assemelhadas. Por exemplo, a partir do contexto francês, Antoine Garapon, igualmente procedimentalista, observa:

O fato de que cinco milhões de franceses não têm acesso a qualquer tipo de representação é perigoso para toda a comunidade política. Dar novamente uma identidade às pessoas torna-se uma prioridade política. [...] ser cidadão é ter a possibilidade de se associar realmente à gestão da vida pública; ser usuário é simplesmente poder defender seus interesses, antes que uma decisão seja tomada. A diferença entre o usuário que tem direitos e o cidadão é que este último se constitui na própria essência do poder do funcionário. Os cidadãos, no sentido político do termo, detêm a soberania original [...]. Os sujeitos *de* direito, diferentemente dos sujeitos *do* direito, são ao mesmo tempo seres dotados de direitos e co-autores do direito. *Ter direitos é ter, antes de tudo, o direito de participar do debate sobre o direito, de ser autor direta e indiretamente do seu próprio direito.*⁵⁰ (grifo nosso)

Porém, não são somente os procedimentalistas que trafegam por essa via. Ronald Dworkin também enuncia que “[...] é ilegítimo aplicar leis contra mim, qualquer que seja sua justeza ou sabedoria, se o papel de parceiro no debate político que as produziu não me é reconhecido”, afinal, a democracia “é a forma de governo na qual os cidadãos agem como parceiros de um co-empresendimento governamental”.⁵¹

Essas considerações relacionam-se à doutrina da *integridade do direito*, apresentada pelo professor norte-americano em meados da década de 1980 em seu *O império do direito*,⁵² conforme referência expressa de Habermas:⁵³

⁴⁹ Daí, outra vez, o caráter *procedimentalista* da construção habermasiana, em que a preocupação com a qualidade da construção normativa reside no processo elaborativo (inclusivo e democrático), e não no resultado (conteúdo de valor moral ou ético das normas). Habermas, aliás, parte da idéia “de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massa dos estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista dos direitos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 242).

⁵⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 173.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In.: Robert Darton; Olivier Duhamel (Orgs.). *Democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 161.

⁵² Título original da obra: *Law's empire*, editado em 1986.

O princípio da “integridade” [dworkiniano] caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade.

Habermas apresenta os postulados de Joshua Cohen em que se vê expressamente exortada, para efeito de um procedimento *ideal*, a necessidade de que as deliberações sejam inclusivas, além de públicas, devendo ser asseguradas oportunidades iguais de acesso e participação a todos os possíveis interessados nas decisões.⁵⁴

Habermas também extrai de Cohen outra condição fundamental para seu modelo de processo democrático: as deliberações políticas devem abranger *todas* as matérias passíveis de regulação,⁵⁵ o que significa dizer que não pode haver obstáculo prévio e intransponível para que qualquer aspecto do mundo da vida, sujeito a potencial regulação através da racionalidade humana, seja devidamente tematizado e adentre a arena do debate público.

Em suma, além de subjetivamente inclusivo, o sistema jurídico há de ser, do ponto de vista de seu objeto, o mais receptivo possível.

2.4

Protagonismo judicial. Tensão entre constitucionalismo e democracia. Outra vez, o imperativo inclusionista

Se o novo constitucionalismo,⁵⁶ em sua vertente *política*, veio ganhando força mundial ao longo das últimas décadas, ainda com maior vigor se mostra em

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 267.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁶ Para os objetivos da presente passagem, enfatiza-se como traço marcante do constitucionalismo seu objetivo de garantia dos direitos humanos em face do poder estatal. Ou seja, o constitucionalismo visto sob o aspecto de conferir “a juízes não eleitos o poder de contestar as decisões dos poderes executivo ou legislativo designados democraticamente, a partir do momento em que elas violam, a seus olhos, os direitos do homem assegurados pela Constituição” (DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In.: Robert Dorton; Olivier Duhamel (Orgs.). *Democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 156).

seu aspecto *jurídico*, especialmente em razão da expansão da jurisdição constitucional, sob o embalo da priorização dos direitos fundamentais. É o que se observa nas mais diversas ordens jurídicas espalhadas pelo Globo, mantidas em circular retroalimentação à atuação indutora dos organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, estes servindo àquelas como fontes supranacionais de direito.

Sobre os principais aspectos relacionados ao constitucionalismo contemporâneo, Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte sinopse:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁵⁷

Como corolário desse processo, a atuação dos juízes e tribunais vem assumindo, na formação estatal contemporânea, um papel significativamente mais ativo, tornando-se necessário “[...] explicar a ampliação das funções da justiça, praticamente inevitável, porém perigosa do ponto de vista normativo”.⁵⁸

Não são poucos os que, com efeito, enxergam no chamado *protagonismo judicial* hodierno a usurpação de tarefas próprias ao Legislativo. O Órgão Judicial – dizem esses críticos –, ao agir como intérprete livre da ordem constitucional, termina por *criar* o direito, sendo certo que, por não deter mandato popular, invade ilegitimamente esfera que seria própria ao Poder Legislativo.⁵⁹

Nas palavras de Habermas, a “crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22.12.2009.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 300.

⁵⁹ E não é só: ao criar direito no caso concreto para regular fato passado, a ação criadora do Órgão Judicial surpreende as partes litigantes, dando consequências jurídicas e obrigacionais a posturas que não lhes eram possíveis supor ao tempo dos fatos e de suas condutas.

democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes”.⁶⁰

O mesmo entendimento extrai-se do alerta Klaus Günther, para quem o descobrimento ou a busca por normas implícitas pelo juiz não deve derivar nem de arbitrariedade nem de uma “intenção legislativa usurpadora”.⁶¹

A análise de Jeremy Waldron sobre o que ocorre nos Estados Unidos, nação hegemônica global, bem ilustra a tensão entre os poderes:

[...] nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. [...] Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à idéia de revisão judicial [...] e ao silêncio de que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou “contramajoritárias” que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica.⁶²

Ou seja, a partir da satanização e do enfraquecimento do Estado-Político, reverte-se a gangorra do poder, beatificando-se e fortalecendo-se o Estado-Jurídico, de natureza (supostamente) técnica, portanto imune às impurezas do meio político-partidário. O descrédito crescente em relação ao *front* político, não raro com o aval e o estímulo midiático, exacerba o discurso legitimador da ilimitada judicialização da política.

“O sucesso da justiça” – anota Antoine Garapon – “[...] é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público”⁶³. Para o jurista francês, *a judicialização do discurso político* não encontra limites, já que o fracasso do Estado provedor ambienta a progressão da justiça a ponto de autorizar “a transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas perante uma jurisdição em termos jurídicos”.⁶⁴ Em sua visão, o espaço simbólico da

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 298.

⁶¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 410.

⁶² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.2.

⁶³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 47.

democracia transfere-se paulatinamente do Estado-Político para o Estado-Jurídico.⁶⁵

Essa discussão pode ser vista sob lentes variadas – até porque assume facetas diversas –, propiciando embates entre positivistas e pós-positivistas, realistas e particularistas, liberais e comunitaristas, progressistas e conservadores, politólogos e juristas, parlamentares e magistrados, entre outros.

Sob o foco da teoria do direito, Habermas utiliza-se da doutrina de Dworkin como um “fio condutor” para identificar a racionalidade da jurisdição construtivista a partir de decisões que satisfaçam simultaneamente aos critérios de segurança jurídica e de legitimidade, transportando-a, *mutatis mutandis*, para seu modelo procedimentalista.⁶⁶

Embora Habermas admita que a concretização do direito constitucional pelo controle judicial de constitucionalidade sirva à clareza do direito e à manutenção de uma ordem jurídica coerente, registra que seria recomendável a institucionalização de uma comissão ou instância revisional, no âmbito do próprio Legislativo, em que teriam assento juristas especializados, viabilizando a autorreflexão quanto à constitucionalidade dos documentos normativos produzidos.

Nesse ponto, relacionado ao controle abstrato de constitucionalidade, Habermas desenvolve o seguinte raciocínio:

[...] a lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole da própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.⁶⁷

⁶⁵ Ocorre que além da questão teórica acerca da legitimidade ou não dessa transferência de poder do Estado-Político para o Estado-Jurídico emerge a necessidade de uma análise empírica: estaria o Judiciário (ao embalo desse crédito e desse novo espaço) promovendo em seu ativismo, de modo preponderante, as políticas e diretrizes sociais próprias ao “aperfeiçoamento” da democracia e ao bem comum buscados no ideal constitucional, ou estaria, também, em boa medida, utilizando-se de seu ampliado espaço de atuação como instrumento de conservação e de aprofundamento das iniquidades e desigualdades sociais?

⁶⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 297.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 301.

Diferentemente, entretanto, quando se trata de controle concreto de constitucionalidade. Para essa função, Habermas reconhece a legitimidade original na atuação do juízo constitucional, especialmente nos casos envolvendo direitos fundamentais, devendo o aplicador se valer aqui do jogo principiológico apresentado pela doutrina dworkiniana para efeito de interpretação construtiva.⁶⁸

Aliás, como a pedra de toque do movimento neoconstitucionalista é a proteção aos direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado contra o indivíduo, qualquer mudança conceitual sobre a definição de direitos fundamentais reflete-se, necessariamente, na jurisdição constitucional.⁶⁹

A circunstância de os estudiosos do Estado Social não encontrarem nesse modelo respaldo convincente à tensão entre a jurisdição constitucional e a atividade legislativa não significa, segundo Habermas, que se deva recorrer ao paradigma liberal.⁷⁰ Seria apenas *aparente* o “dilema” (su)posto entre o respeito à integridade da função do Parlamento como representante do povo e a admissão da jurisdição constitucional mais ampla – não somente limitada ao aspecto de liberdades subjetivas em relação à contenção do poder do Estado em face dos direitos fundamentais (direitos negativos ou de defesa) –, ou seja, também alcançando normas objetivas aplicáveis em sentido horizontal (liberdades positivas).

Com efeito, Habermas não vê dificuldade em se reconhecer o duplice aspecto dos direitos fundamentais, sendo, por isso, ilusórias algumas das tensões de legitimidade entre o Parlamento e a jurisdição na forma como são percebidas por alguns:

A teoria do discurso faz-nos descobrir o caráter derivativo dos direitos de defesa referidos ao Estado: somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmita também à relação que os parceiros do direito, inicialmente socializados de modo horizontal, mantêm com o executivo do Estado.⁷¹

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 307.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 307. As inúmeras teses, os acirrados embates travados nos organismos internacionais, as disputas internas por posições oficiais dos entes estatais acerca do problema da definição e extensão dos direitos individuais corroboram a assertiva de Habermas.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 310.

⁷¹ *Ibidem*, p. 311.

Mesmo fazendo alguma poda crítica à teoria de C. R. Sunstein, Habermas absorve sua noção de “normas de fundo”, cuja compreensão e identificação permitiriam à Corte Constitucional realizar uma leitura construtivista da ordem jurídica, leitura essa que, tomada com base em princípios, buscaria de modo legítimo dar atenção aos propósitos subjacentes e fundantes contidos no texto da lei.⁷² Porém, adverte: “[...] é preciso estabelecer um nexos racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo”.⁷³

Em relação às hipóteses de jurisdição constitucional que se relacionam aos casos em concreto, limitadas à aplicação de normas pressupostas como constitucionalmente válidas, Habermas entende, como já acenado acima, que a distinção entre os discursos de aplicação da norma (pelo Judiciário) e o de fundamentação da norma (pelo legislador) fica tranquilamente evidenciada, bem como a legitimidade da tarefa levada a efeito por cada qual. Os problemas de tensão não estariam aí, mas especialmente nos casos de revisão judicial, em abstrato, da constitucionalidade de uma norma legal. Segundo o autor:

[nessa situação] é preciso perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetônica da constituição e na lógica da divisão dos poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional.⁷⁴

Em face desse tensionamento, a par de sua posição sobre a conveniência da criação de um órgão revisor no âmbito do próprio Legislativo, Habermas somente encontra um sentido legítimo – do ponto de vista democrático e da divisão dos poderes – para a atuação em abstrato da Corte Constitucional: o tribunal deve proteger o sistema de direitos que possibilite a autonomia pública e privada dos cidadãos, velando “pelas condições processuais da gênese democrática das leis”.⁷⁵

Superando as concepções sociais inseridas no paradigma do direito liberal, Habermas sustenta que a autonomia dos cidadãos não é ameaçada somente por eventuais excessos do aparelho estatal, mas também por posições de poder

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 314.

⁷³ *Ibidem*, p. 323.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 325.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 326.

econômico e de organismos sociais.⁷⁶ Assim, com base em sua compreensão *procedimentalista*, cabe ao Tribunal Constitucional avaliar a higidez das condições procedimentais do processo de legislação, especialmente sobre o modo e a medida como os cidadãos puderam assumir efetivamente suas prerrogativas de participação e comunicação no processo.

Tendo por guia a concepção de J. H. Ely, Habermas resgata, nesse passo, o imperativo da *inclusão*, a um só tempo fonte legitimadora do sistema e foco da atenção do controle judicial:

Se a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza.⁷⁷

E completa:

Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.⁷⁸

Em paralelo, rechaçando a visão dos liberais acerca da natureza da cidadania, Habermas não admite que a existência do Estado se prenda à função prioritária de proteger os direitos subjetivos; diversamente, o que justifica sua existência é a missão de garantir um processo inclusivo na formação da opinião e da vontade, em meio ao qual pessoas iguais e livres constroem consensos sobre as normas de interesse comum.⁷⁹

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 326.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 327.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 327-328.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 335.

Fixada essa visão de Estado, sedimenta-se a tese habermasiana – aqui encampando o entendimento republicanista – de reservar ao Tribunal Constitucional o papel de *guardião da democracia deliberativa*, em que é bem vinda uma jurisprudência ativa e construtiva quando em jogo o procedimento e a participação deliberativa dos interessados por ocasião da elaboração da norma sob arguição. Porém, para o eficaz funcionamento desse sistema, Habermas conclama que a atuação jurisdicional se dê “sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’”, evitando que o que deveria ser *tutela* jurisdicional se transmute ilegítimamente em *regência* da política deliberativa.⁸⁰

Em suma, o filósofo alemão – ao abrigo de sua teoria do discurso – vê possibilidades conciliatórias entre o atuar da jurisdição constitucional e a atividade democrática representativa do Parlamento, contudo limitando o campo de atuação “ofensiva” do primeiro ao zelo pela higidez do procedimento relativo à gênese da norma em discussão, ou seja, mantendo os olhos na garantia da efetiva participação dos destinatários da norma em seu processo de deliberação política.

Em termos concretos, à luz da realidade fática, em certa medida, o ideal inclusionista habermasiano dialoga com a tese da interpretação constitucional democrática desenvolvida por Peter Häberle. Para ele, a dimensão e a intensidade do controle jurisdicional constitucional devem ser diretamente proporcionais ao grau de participação da comunidade acerca da norma sob avaliação:

[...] existem leis [...] que despertam grande interesse na opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional.⁸¹

Na noção de “sociedade aberta” haberliana não há, pois, ambiente para o confronto *democracia versus* interpretação constitucional. Afinal, a democracia não se desenvolve apenas por meio de delegações populares aos órgãos estatais, mas também “por meio de formas refinadas de mediação do processo público e

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro, 2003. Vol. I. p. 347.

⁸¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista a procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 45.

pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”.⁸²

Habermas e Härbele, cada qual a seu modo, compartilham a enfática conclusão dworkiniana: “O constitucionalismo não é portanto o inimigo da democracia, mas, como já decidiram tantas nações, um meio essencial à sua existência”.⁸³

⁸² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista a procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 36.

⁸³ DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In.: Robert Dorton; Olivier Duhamel (Orgs.). *Democracia*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 162.