

4

Repensando o ativismo judicial: uma crítica democrática à jurisdição constitucional

Não obstante a demonstrada tendência e os argumentos defensivos esposados pela doutrina e jurisprudência, parcela majoritária da doutrina constitucionalista refuta fortemente o novo entendimento que tenta se firmar no Supremo Tribunal Federal. Em sentido contrário, especificamente pela negativa à tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CRFB/1988, votaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa¹⁴³. De fato, para os ministros discordantes no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, não haveria mutação constitucional, devendo a leitura tradicional do dispositivo ser mantida, sob pena de violação a regras de auto-restrição judicial.

Ademais, em que pese o argumento de tratar-se de providência obsoleta em virtude da criação da súmula vinculante, restou demonstrado que o Supremo permanece conferindo efeitos *erga omnes* às decisões de constitucionalidade proferidas em controle difuso, independente da participação do Legislativo e até mesmo do procedimento mais tênue previsto para aquela edição sumular. Do mesmo modo, permanece transcendendo os motivos determinantes da *ratio decidendi* de forma vinculativa. De toda sorte, esses procedimentos denotam uma

¹⁴³ Apesar dos argumentos expostos pela doutrina e jurisprudência, parcela majoritária da doutrina constitucionalista refuta fortemente o novo entendimento que tenta se firmar no STF. Lênio Streck consolida suas críticas à apontada teoria sob a concepção não só da constitucionalidade no Brasil e de Poder Constituinte, mas de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo, ancorando-se em dois pontos principais: “Primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – nos votos – foi denominado de “mutação constitucional”, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngabung), mas sim a substituição de um texto por outro (construído pelo Supremo Tribunal federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas pelo controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões.” STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M.A.C. “A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.” Disponível em: “<[http:// leniostreck.com.br/index. Php? Option=com docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)”, p. 1>.

postura judicial de cunho maximalista e ativista, que ao mesmo tempo menospreza os discursos de aplicação inerentes aos casos concretos.

Nessa compreensão normativa, portanto, a mutação constitucional apresentaria graves falhas de legitimidade da jurisdição constitucional. De fato, há aqui um sério problema de substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário, sendo certo que o processo histórico justificador de uma eventual mutação jamais poderia delegar aos tribunais a tarefa de alterar a Constituição, pelo menos não dessa forma.

Nesse particular, para Lênio Streck e Marcelo Cattoni, o avanço do Pretório Excelso em propor a substituição de um texto pelo outro desvirtuaria o papel da jurisdição, cujo papel deveria ser o de “o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente”.¹⁴⁴ De fato, o malabarismo interpretativo tendente a modificar o sentido do texto constitucional, revelou-se desnecessário e perigoso. Tal postura hermenêutica enseja um aterrorizante estado de insegurança jurídica desencadeado pela Corte Constitucional pátria. Para os doutrinadores, mais simples teria sido até mesmo aguardar uma emenda constitucional revogadora do dispositivo constitucional ou ainda valer-se efetivamente do efeito prático equivalente das súmulas vinculantes, providências que apesar de não suprirem o déficit democrático e o caráter maximalista judicial, não representaria uma violência gratuita ao texto constitucional.

Inseridos em contextos distintos, porém passíveis de análise em relação à realidade brasileira, observa-se que, embora seguindo trajetórias teóricas diversas, a proposta de Hesse e Häberle direciona-se para uma perspectiva de constitucionalização dos fatores reais de poder. De início, Hesse procura explicitar sua concepção de norma constitucional. Aduz que as normas constitucionais não possuem uma dimensão de completude, sendo insuscetíveis de aplicação subsuntiva. Como bem aponta, “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 21.

condicionamento recíproco”¹⁴⁵. A norma constitucional pressupõe uma atividade de concretização na esfera judicial e legislativa. Nas palavras de Hesse:

[...] As regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas. Sem dúvida, numerosas questões da ordem estatal são normalizadas até em pormenores; mas âmbitos amplos também tais da vida estatal em sentido estrito, são ordenados somente por determinações de amplitude material e indeterminação mais ou menos grande, alguns até de maneira nenhuma. [...] ¹⁴⁶

Há um aspecto particularmente interessante na obra de Hesse que diz respeito ao diálogo com Ferdinand Lassalle. Enquanto este concebe a constituição com base nos fatores reais de poder, aquele rearticula a concepção tradicional de constituição. Nesse aspecto, a constituição não rege as relações sociais de forma vertical, pois o seu conteúdo semântico é delineado pela própria vida social.

Hesse reforça argumentos de Heller, segundo o qual a “realidade social tem que ser levada em consideração o tempo todo, não apenas a normatividade pura”. No entanto, o posicionamento parece compor um pêndulo em relação a Hesse, tendo em vista que esse chega à mesma conclusão através de argumentação contraposta: A normatividade deve ser levada em consideração o tempo todo, não apenas a realidade social. Sua teoria confere particular realce à pretensão de eficácia da constituição e à vontade de constituição para assegurar sua força normativa, ideal compatível com a reconstrução alemã do pós-guerra.

Do mesmo modo, Hesse contrapõe-se ao determinismo sociológico de Lassalle, para quem a essência da Constituição seria resultante da soma dos fatores reais de poder (Militar, Social-Econômico e, em menor escala, intelectual – consciência e cultura geral), transformando questões fundamentais em políticas, não jurídicas. Dessa forma, a constituição seria uma folha de papel limitada pela compatibilidade com a constituição real. Admirando tal argumentação como dotada de fascinante simplicidade e evidência histórica, alerta o autor que o direito constitucional perderia sua existência autônoma em relação às demais ciências da realidade, como a sociologia, condicionando sua pretensão de eficácia às condições históricas de sua realização. Assim lança sua problemática a partir de três pontos: 1) A Constituição possui força motivadora própria? 2) Qual seu fundamento e alcance? 3) Seria uma ficção necessária para embasar direito com

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 13.

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 38.

determinante na vida estatal? Propõe-se a responder tais indagações a partir das seguintes proposições: 1) condicionamento recíproco entre constituição jurídica e constituição real; 2) limites e possibilidades da constituição jurídica; 3) pressupostos de eficácia da constituição jurídica.

A Constituição depende das condições históricas de seu momento, numa relação de inter-dependência, determinada em relação à ordem social e determinante em relação à ela. A constituição empresta direção às forças existentes. Tais fatores são determinantes à pretensão de eficácia da constituição - pretensão de concretização da situação por ela regulada. Nas palavras do autor: “A constituição jurídica possui significado próprio e adquire força normativa na medida em que logra realizar sua pretensão de eficácia”¹⁴⁷. No entanto, a missão da constituição não é apenas uma adaptação inteligente da realidade. Ela possui também uma força ativa própria originada na vontade de constituição, força ativa originada na compreensão 1) da necessidade de uma ordem inquebrantável, 2) em constante legitimação; 3) dependente da vontade humana, adquirindo vigência através de atos de vontade.

Daí decorrem seus limites e pressupostos os quais permitem à constituição desenvolver de forma ótima sua força normativa: Pressupostos de conteúdo e de páxis. 1) Poucos princípios fundamentais capazes de serem desenvolvidos, evitando revisões constitucionais que enfraquecem a força normativa e rompem com sua estabilidade; incorporação de parte da estrutura contrária, evitando estrutura unilateral. 2) Respeito geral à constituição, especialmente pelos agentes. Interpretação com papel decisivo na consolidação e preservação da força normativa, concretizando suposição normativa dentro das condições reais.

Infere-se, ainda, a missão do direito constitucional como mescla de ciência da realidade e ciência normativa, concretizando a força normativa e evitando sua conversão em meras questões de poder. Em Hesse há uma inter-relação entre a estática e a realidade, única forma de manter a constituição viva. Não existe dever ser fora do ser, daí surgindo a necessidade de se realizar crítica aos limites dessa inter-relação. A Constituição definitivamente faz parte do poder. Sua força normativa - correlação entre o ser e o dever ser constitucional - a leva a

¹⁴⁷ HESSE, Konrad *A força normativa da constituição*. *Op. cit.*, p. 14

ultrapassar a realidade histórica. Como a realidade se modifica, ganha importante papel a interpretação.

Nesse particular, é interessante mencionar a influência exercida por Rudolf Smend, o qual dedicou sua obra ao combate antiformalista do positivismo jurídico então dominante à sua época, procurando demonstrar que o direito constitucional não apenas representa o produto cultural de um determinado período, em reflexo às suas tensões e problemas, mas também deve dedicar-se a respondê-las. Hesse, em contrapartida, marcado por fortes influências de Smend, especialmente no que concerne ao método científico-espiritual, vivia um contexto muito distinto da história política alemã, quando o formalismo já restava fortemente abalado em suas premissas fundamentais, sendo necessário reconstruir uma nação a partir de uma carta constitucional. Assim, este procura resgatar a força normativa da constituição quando os métodos de cunho preponderantemente sociológicos são levados a extremos.

Nesse quadro teórico, Hesse teoriza os fundamentos do método Hermenêutico-concretizador, enfatizando os princípios da interpretação constitucional com base na missão de orientar, relacionar e valorar os pontos de vista ou considerações que levam à solução de um problema concreto, enxergando o intérprete nesse processo como criador do sentido do texto constitucional e mediador entre o mesmo e uma situação concreta. Sua justificativa seria o fato de não haver interpretação da constituição independente de problemas concretos. A concretização e a compreensão somente é possível, conforme pondera Hesse, em face de um problema concreto. Ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados, neste a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, onde o teor da norma só se aplica no ato interpretativo. Sob tal ótica, a interpretação constitucional é concretização. O que não está explicitamente previsto na Constituição deve ser determinado mediante a incorporação da realidade ao dispositivo legal em questão, porém, com uma ressalva: a atividade interpretativa está vinculada à norma.

Em decorrência da função integradora das normas constitucionais - herança do pensamento de Smend - necessariamente incompletas e inacabadas, à interpretação constitucional é reservado o papel de completar as lacunas ínsitas à realidade constitucional. O método concretista de Hesse considera a hermenêutica

constitucional uma forma de concretização de suas disposições, permitindo ao intérprete delimitar seu próprio conteúdo naquelas hipóteses em que a abertura da norma suscita dúvidas e obscuridades quanto à solução a ser adotada. Contudo, Hesse ressalta que só há que se falar em interpretação constitucional em sentido estrito, quando surge a necessidade de se responder uma questão constitucional concreta que a literalidade do texto, por si, não possibilita uma solução conclusiva.

Não obstante, Hesse alerta que a hermenêutica não deve ser manejada em violação ao sentido literal da lei, contrariando o objetivo que o legislador pretendeu alcançar. O limite da interpretação está situado na disposição vinculante do texto constitucional. Muito embora sejam admitidas as mutações constitucionais, tal recurso não pode servir de expediente a verdadeiras reformas que subvertam frontalmente o texto da Carta. Não se admite que o intérprete possa se afastar do texto normativo com a intenção de buscar solução que se mostre mais razoável, ao seu entender, pois significaria violência às suas principais funções de racionalizar, estabilizar e limitar o poder, gerando um grave quadro de insegurança jurídica social.

Discípulo de Hesse, Häberle traz afirmação de conteúdo semelhante, conforme examinado, de que não apenas as instâncias oficiais, mas também os demais agentes conformadores da realidade constitucional, devem ser havidos como legítimos intérpretes da constituição, eis que representam um pedaço da publicidade e realidade da constitucional, igualmente forças produtoras de interpretação, preconizando a construção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Tal pensamento é introdutório ao trabalho do denominados constitucionalistas do estado social.

Häberle, professor da Universidade de Augsburg, desenvolve um procedimentalismo capaz de resguardar direitos de minorias. O autor supera o ideal contrafático de um juiz Hércules, conectando interpretação constitucional uma sociedade aberta de intérpretes, assim definida: “no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se

um elenco fechado por meio do estabelecimento de um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”¹⁴⁸

Sob essa ótica, Constituição e realidade constitucional estão interconectadas. Trata-se de ampliar o processo interpretativo, de forma a abarcar todos os cidadãos e grupos sociais. A complexidade da realidade social e do direito não pode ser analisada por um juiz Hércules; essencialmente monológico, pois pressupõe um processo interpretativo dialógico capaz de contemplar uma sociedade aberta de intérpretes. Para Häberle, a norma jurídica não tem existência própria, a não ser que seja interpretada em sua relação dinâmica com a realidade social. A “Constituição Aberta” seria sensível a novas demandas, valores e visões de mundo plurais, razão pela qual a interpretação constitucional também deve guardar uma relação intrínseca com as pretensões normativas da sociedade aberta de intérpretes. Assim, é necessário superar a metodologia formal tradicional. Ao mesmo tempo em que a Constituição rege as relações sociais de uma comunidade, ela é condicionada por essas mesmas relações.

Nesse aspecto, Häberle delinea o conceito de comunidade aberta de intérpretes, que inclui as potências públicas: o autor ou réu, os pareceristas, os partidos políticos, os pedagogos, os doutrinadores. A racionalidade deixa de situar-se em um sujeito monológico para florescer em um processo comunicativo de interpretação constitucional. Ademais, o autor também assevera que, se uma lei tiver sido aprovada após intensa polêmica social, na qual a sociedade revelou-se profundamente dividida, o Juiz deve assumir uma postura deferente em relação às opções políticas das maiorias. Diferentemente, se a participação política da sociedade na elaboração de uma lei foi pouco expressiva, o controle de constitucionalidade deverá ser mais intenso e profundo.

Para Häberle, “povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional”¹⁴⁹. Assim, as minorias devem se inserir de um amplo processo

¹⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes-contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sergio Fabris, 1997, p. 13

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 25.

interpretativo que atenda a suas demandas específicas, inspirando um constitucionalismo sensível a direitos de grupos estigmatizados.

Nessa compreensão jurídica e já num outro plano de discussão teórica, já na perspectiva da filosofia política constitucional, Habermas discute a jurisdição constitucional a partir da releitura discursiva. No conjunto de autores preocupados com o estabelecimento de uma crítica procedimental à jurisdição constitucional, assume relevância a perspectiva de Habermas. Sob esse prisma, resgata a ideia de “comunidade aberta de intérpretes” de Peter Häberle, visando a democratizar o processo de interpretação constitucional. A compreensão habermasiana sobre o Tribunal Constitucional pretende assumir uma perspectiva procedimental compatível com o pluralismo de sociedades pós-convencionais. A ideia fundamental é a de que formas de decisionismo judicial que equiparam princípios a valores podem apresentar efeitos nefastos para o princípio da separação de poderes e para o ideal democrático. Tal processo de democratização da interpretação constitucional pode ser potencializado através de institutos como *amicus curiae* e audiências públicas no controle de constitucionalidade, observada uma sistemática compatível.

Em especial diante do novo quadro normativo, pondera-se a tese de que o adensamento do tema da abstração dos efeitos no caso das causas deve iniciar sua busca por legitimidade a partir do instituto do *amicus curiae*, como instituto capaz de veicular as vozes da sociedade, sob pena de a decisão judicial ser sumariamente considerada autoritária. Entretanto, pretendemos avaliar a atuação do STF que, nos raros casos em que habilitou *amici curiae*, restringiu a discussão ao campo processual, como se observa, por exemplo, quanto aos terceiros que foram admitidos no caso da Raposa Serra do Sol sob o título de litisconsortes, em postura que pode ser vislumbrada como uma tentativa de questionar a legitimidade processual dos litigantes. Em linhas iniciais, o protagonismo da Corte Constitucional revelou um déficit de legitimidade, notadamente com o voto do Ministro Menezes de Direito, que serve de base para a criação do “estatuto demarcatório”.

Nesse sentido, a valorização da oitiva dos *amici curiae*, bem como a sua distinção dos demais atores processuais, parece ser o caminho inicial na empreitada de se democratizar a prática decisória da Corte Constitucional no que diz respeito à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Ademais,

como pretendemos demonstrar, a relevância da participação *do amicus curiae* encontra fundamento nos pressupostos procedimentais democráticos delineados por Jürgen Habermas, que delineou uma perspectiva teórica acerca do Tribunal Constitucional compatível com sociedades pós-convencionais.

Dentro de uma perspectiva também atenta aos excessos de um ativismo judicial incompatível com pluralismo das sociedades contemporâneas, destaca-se Cass Sunstein. A partir da aceitação do ideal de democracia deliberativa, Cass Sunstein propugna a adoção de um desenho jurisdicional que respeite as virtudes democráticas sem retornar a um excessivo ativismo judicial, capaz de usurpar as funções legislativas. De acordo com Sunstein, a estratégia permite “às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo”¹⁵⁰. Numa perspectiva distinta, porém calcados sob o mesmo fundamento e finalidades compatíveis, Robert Post e Reva Siegel, professores da *Yale Law School* contrapõem-se sob a alegação de que o minimalismo enfraquece a força dos valores constitucionais relevantes. A ideia fundamental destes autores é a de ser possível que o Judiciário resolva desacordos morais razoáveis a partir de uma interação com os movimentos sociais.

4.1

Jurisdição constitucional: uma releitura discursiva no Estado Democrático de Direito a partir de Habermas

Um dos aspectos mais interessantes da filosofia constitucional é a crítica à ideia de abstrativização à luz do modelo procedimental habermasiano de jurisdição constitucional. Pretendemos demonstrar, com base em Habermas, a tese segundo a qual o processo de abstrativização que vem sendo desenvolvido pelo STF, desconsidera as particularidades dos casos concretos, negligenciando a ideia de discursos de aplicação. No momento, importa salientar que, para Habermas, os indivíduos obedecem às normas, tendo em vista a dimensão da faticidade e também da validade, permitindo o uso da racionalidade estratégica e comunicativa. São os processos de autolegislação que inspiram a cooriginariedade entre autonomia pública e privada. O filósofo alemão recorre a uma moralidade pós-convencional que pressupõe um distanciamento reflexivo em relação a

¹⁵⁰ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America*. Cambridge: Basic Books, 2005, p. 28.

tradições. O procedimentalismo habermasiano, ao mesmo tempo em que se distancia de posturas substancialistas, pretende evitar o positivismo weberiano, que extrai a legitimidade da legalidade.

A partir da decomposição das concepções cosmológicas de mundo, a preocupação fundamental de Habermas direciona-se para a busca de uma legitimidade do ordenamento jurídico que seja capaz de contemplar liames de identidade diversos e uma multiplicidade de autocompreensões éticas. Portanto, questão central é: como garantir a legitimidade do ordenamento jurídico em sociedades pós-convencionais nas quais há uma multiplicidade de concepções de bem e valores contrapostos? Habermas defende que no mundo contemporâneo inexistem valores universalmente compartilhados, sobretudo após a ascensão do capitalismo e do racionalismo. Entretanto, tal multiplicidade de formas de autorrealização também não pode estabilizar-se por meio de uma racionalidade administrativa, concebida em seu aspecto técnico-instrumental.

Para Weber, o Direito seria portador de uma racionalidade intrínseca, incapaz de contemplar conteúdos morais. O estreitamento das relações entre direito e moral tenderia a negligenciar a racionalidade técnico instrumental do Estado. O Direito estaria desprovido de conteúdos morais, sob pena de tornar-se irracional. São os aspectos formais e legais que garantem a racionalidade e a legitimidade do direito. Habermas percebe que a proposta weberiana, entretanto, apenas contempla a racionalidade instrumental, mas revela-se cega em relação à razão comunicativa. Ao contrário de Weber, Habermas leciona que o direito, enquanto processo de autolegislação, possui abertura para uma moralidade procedimental que transcende os diversos contextos culturais por meio de procedimentos dialógicos. Em *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, a especificidade da compreensão procedimental habermasiana é fundamental para compreender o direito como um processo democrático aberto discursos morais, ético-políticos e pragmáticos.

Em suma, na perspectiva habermasiana, a racionalidade instrumental, por si só, não explica a complexidade do fenômeno jurídico, pois este articula a *facticidade* e a *validade*, impulsionando a racionalidade comunicativa voltada para acordos racionalmente motivados e a racionalidade estratégica. Para Habermas, “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de

uma razão prático-moral procedimental.”¹⁵¹ Em síntese, se existe uma moralidade procedimental que emigra para o direito, este não está completamente subordinado à moral. Para Habermas, “a moral não paira mais sobre o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade”.¹⁵²

Nesse quadro teórico, a moral pós-convencional transforma-se em um mecanismo de julgamento imparcial a respeito de questões éticas, pois contempla a dimensão do justo, incorporando, ainda, a ideia de reciprocidade. A moral pós-convencional pressupõe indivíduos que, a despeito de tradições culturais diversas, conseguem assumir compromissos com princípios universalistas por meio de um distanciamento reflexivo em relações a suas heranças culturais. Assim, surge o princípio (U), que é formulado por Habermas da seguinte maneira: “toda norma válida deve satisfazer a condição de que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos”.¹⁵³

De outro lado, na análise weberiana, a dimensão moral da democracia é substituída por um corpo burocrático-estatal que concentra poder nas mãos de um grupo especializado de funcionários. Em Habermas, diferentemente, percebemos que há uma preocupação fundamental com o resgate do ideal democrático, sendo o Direito expressão de um processo de autolegislação. O ideal habermasiano está atento, não apenas à dimensão simbólica da democracia (os cidadãos devem participar do processo através do qual as leis são debatidas e criadas), como também ao potencial inclusivo da Constituição como elemento de inclusão da diferença em sociedades pluralistas.

O nível pós-convencional de justificação pressupõe que a legitimidade das normas jurídicas não assenta-se em um direito natural superior ao direito positivo. As ordens jurídicas são construídas a partir de direitos subjetivos que atribuem aos cidadãos uma esfera de liberdade para agirem de acordo com suas preferências.

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 203.

¹⁵² *Ibidem*, p. 218.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86.

Os titulares de direitos subjetivos possuem a prerrogativa de fazer tudo aquilo que não for expressamente proibido. Nesse ponto, é necessário estabelecer o relacionamento entre direito e moral na perspectiva de Habermas. A relação entre direito e moral é de complementariedade e não de subordinação. A argumentação jurídica, portanto, não é um caso especial de argumentação moral, como pretende Alexy. O direito estabelece uma relação de superioridade dos direitos subjetivos em relação aos deveres jurídicos, pois estes refletem os primeiros.

Na moral, diferentemente, há uma simetria entre direitos e deveres. Direito e moral possuem o objetivo de permitir aos cidadãos o exercício autônomo de sua liberdade de ação. Mas a moral pretende resguardar a liberdade e integridade inerente a todas as pessoas naturais, sem restrições espaço-temporais; a autonomia jurídica, por sua vez, subdivide-se em autonomia pública e privada. O direito não é subordinado à moral; no entanto, o processo democrático não pode negligenciar argumentos morais na justificação das normas jurídicas. O processo democrático, articulando as autonomias pública e privada, permite um processo de autolegislação no qual os indivíduos são autores e destinatários dos seus direitos. Assim, confere legitimidade às normas jurídicas, sendo justificado com base em argumentos morais, pragmáticos e éticos.

Habermas estabelece três motivos em razão dos quais a distinção entre direito positivo e moral racional necessita ser estabelecida com clareza. Dois motivos teóricos quanto às premissas e um motivo quanto à consequência das premissas. Para Habermas, quanto às premissas, a distinção não é plausível do ponto de vista sociológico devido aos défices funcionais da moral. Significa dizer que tal distinção é precária do ponto de vista normativo em razão da distinção entre princípio (U) e Princípio de Democracia, confundindo os dois princípios normativos em que se apóiam a moral e o direito. Nas palavras de Habermas, “pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses” E conclui: “o princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito ...”¹⁵⁴

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre facticidade e validade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 143.

A equiparação do direito à moral faz parte do mundo pré-moderno do direito. Na eticidade tradicional, haveria uma concepção de bem abrangente capaz de integrar tanto os elementos da personalidade, das instituições e da cultura. No campo das instituições, o direito, os costumes e a cultura estavam integrados entre si por mais ou menos os mesmos valores. Faz sentido imaginar um conjunto de normas jurídicas que são apenas a versão institucionalizada de costumes que são aceitos e de valores compartilhados. Mas tal perspectiva não faz sentido em sociedades modernas onde a eticidade tradicional já se dissolveu. Quanto ao motivo relacionado à consequência, a equiparação entre direito e moral é nociva, pois impede, de um lado, de estabelecer o nexo entre direito objetivo e subjetivo e, de outro lado, entre direitos humanos e soberania popular.

Mas o autor estabelece alguns pontos em comum entre moral racional e direito positivo. Ambos são diferenciações co-originárias da eticidade tradicional, mas que se desenvolveram em direções distintas. O direito para legitimar não precisa corresponder à moral. São duas vias relativamente independentes nascidas do mesmo recurso da eticidade tradicional. A moral não é meramente fática, mas precisa se legitimar do ponto de vista normativo. Tanto direito e moral se ocupam do mesmo problema: coordenação dos planos e ação com base em normas reconhecidas intersubjetivamente. E ambos se estruturam a partir de concretizações distintas do princípio do discurso. Este se especifica em princípio moral e princípio democrático. O princípio do discurso é moralmente neutro e testa a legitimidade das normas de ação.

A moral diz respeito a questões de justiça, estabelecendo direitos e deveres e o exercício coordenado das liberdades. A moral pressupõe a consideração igual dos interesses de todos os indivíduos, assumindo a forma de um princípio da universalização, desempenhando o papel de regra da argumentação que opera na estrutura interna da práxis comunicativa. Uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contrariar princípios morais. Portanto, em *Direito e Democracia*, a moral exerce um controle negativo sobre o direito: normas que violem considerações morais são ilegítimas; o que não significa estabelecer um controle positivo do direito, pois a moral não determina o conteúdo do direito. Apenas determina os limites que a norma jurídica não pode ultrapassar. E através do componente de legitimidade da validade jurídica o direito adquire uma relação com a moral. Mas os procedimentos jurídicos e moral são autônomos e diferenciados. Com a

dissolução da eticidade tradicional, há uma separação, de um lado, entre questões éticas e morais e, de outro lado, entre questões jurídicas, que passam a ter um tratamento científico diferenciado. As questões jurídicas passam a ser consideradas um tipo especializado de saber com uma terminologia, categorias e funcionamento próprios.

No nível institucional, o direito se separa dos usos e costumes, tornando-se autônomo. Há uma diferenciação institucional de autoridade entre o direito e os usos e costumes. Ademais, a moral é apenas um sistema de símbolo, uma forma de saber cultural. Não é um sistema da personalidade nem tem obrigatoriedade no plano institucional, sendo apenas um saber cultural. O direito, diferentemente, não é apenas um sistema de símbolos e uma forma de saber cultural, mas também um sistema de ação. Adquire obrigatoriedade no plano institucional, organizando o modo como as instituições funcionam e o modo como os indivíduos se relacionam com as instituições. Tem um poder de coerção sobre a conduta que a moral não possui. É elucidativa a seguinte passagem a respeito a distinção entre direito e moral:

[...] Do ponto de vista sociológico, ambos se diferenciaram simultaneamente do *ethos* da sociedade global, no qual o direito tradicional e a ética da lei ainda estavam entrelaçados entre si. Com o abalo dos fundamentos sagrados desse tecido moral, tem início processos de diferenciação. No nível do saber cultural, as questões jurídicas separam-se das morais 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: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos... Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas. Sob pontos de vista normativos, isso equivale a dizer que a autonomia moral e política são co-originárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundação pós-convencional. [...] ¹⁵⁵

Disso se infere que direito e moral se diferenciam quanto ao sistema de referência, pois a moral se refere a todos os seres humanos, enquanto o direito se refere a uma comunidade concreta de seres humanos. Nas palavras do autor, “em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 142-143.

sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos”.¹⁵⁶ E tanto direito quanto moral se diferenciam dos questionamentos ético-políticos, que pressupõem uma forma de vida específica: “os argumentos decisivos têm de ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham nossas tradições e valorações fortes.” Além disso, direito e moral se diferenciam quanto aos tipos de argumentos aceitáveis. A moral leva em conta a simétrica consideração dos interesses de todos, ou seja, argumentos morais. O direito, diferentemente contempla argumentos morais, éticos e pragmáticos.

No ensejo, direito e moral se diferenciam quanto ao uso da forma do direito. O direito necessita apelar para a forma jurídica, atribuindo o status de sujeitos de direito aos seus destinatários, ao contrário da moral. Esta não se serve da forma jurídica, razão pela qual está em condições de fazer certas exigências aos indivíduos que não levam em conta o agir estratégico. Já o direito faz certas exigências que necessariamente levam em conta o agir estratégico. Em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, estabelece o princípio do discurso, segundo o qual podemos considerar válidas as normas que puderem ser aceitas pelos destinatários. O princípio (U) estabelece de que modo os sujeitos devem levar em consideração essas normas para aceitá-las ou não: de uma forma que sejam consideradas as possíveis consequências da observância geral da norma para os interesses de cada um. Se as possíveis consequências da observância geral da norma para o interesse de cada um puder ser aceita por todos, a norma é moralmente válida. O interesse de todos os afetados é reconhecido a partir da assunção recíproca de perspectivas. Mas o autor, nessa obra, ainda não estabelece uma clara distinção entre os objetivos do princípio do discurso e o princípio (U).

Em *Direito e Democracia*, a diferenciação é estabelecida com mais clareza. O princípio do discurso pressupõe a fundamentação imparcial das normas: a perspectiva de todos os atingidos é levada em conta e não apenas a de alguns. Mas para transformar-se em (U), é necessário um acréscimo: que as consequências previsíveis da observância geral da norma puderem ser aceitas por todos na perspectiva de cada um. O autor, em passagem elucidativa, menciona que:

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 143.

[...] O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, uma vez que parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento das formas de vida estruturadas comunicativamente...Nos discurso de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização...enquanto este último funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), da quais depende a legitimidade das leis. [...] ¹⁵⁷

Habermas refere-se ao princípio do discurso como um princípio capaz de expressar as exigências pós-convencionais de fundamentação de normas jurídicas e morais. Este princípio revela-se neutro em face da moral e do direito. Em suma, esse princípio reflete que a tensão entre faticidade e validade não pode ser minimizada por uma convergência de autocompreensões éticas compartilhadas e expressas pela tradição republicana. No entanto, Habermas percebe a necessidade de especificar esse princípio em um princípio moral e em um princípio democrático relativo às normas jurídicas, que são justificadas com base em argumentos morais, éticos e pragmáticos.

O princípio do discurso operacionaliza-se por meio de um princípio moral – Princípio (U) – que funciona como uma regra de argumentação moral. O Princípio Democrático é uma concretização do princípio do discurso aplicada a instituições juridicamente regulamentadas que permitam uma participação democrática dos indivíduos, dizendo respeito à institucionalização externa do discurso e não à sua estrutura interna, permitindo uma formação discursiva de opinião e vontade por meio dos pressupostos procedimentais inerentes ao direito. Nas palavras do autor, “partindo do pressuposto de que uma formação política e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica...” ¹⁵⁸ Diferentemente, o princípio democrático tem por objetivo de estabelecer um procedimento legítimo de produção de normas jurídicas, enquanto o princípio U funciona como uma regra de argumentação moral, o princípio democrático refere-se a como institucionalizar a vontade política, estabelecendo um sistema de direitos que garanta a cada indivíduo a participação discursiva no processo de produção das

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 144-146.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.146.

normas jurídicas. Para resguardar o princípio democrático, é fundamental uma concessão intersubjetiva de direitos fundamentais necessários para uma auto-regulamentação normativa legítima. A partir da conexão entre princípio do discurso e a forma jurídica surge o princípio democrático, que permite a dedução dos direitos fundamentais.

E porque direito e moral são complementares? Porque o direito irá suprir os défices cognitivo, motivacional, organizativo e de imputabilidade inerentes à moral. O défice cognitivo da moral pressupõe uma incapacidade de fornecer uma orientação concreta da ação. Nas palavras de Habermas, a moral “não condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formam o seu próprio juízo.”¹⁵⁹ Ela conduz a opiniões incertas no embate de interpretações. Ainda na lição de Habermas, “no entanto, o caráter abstrato dessas normas universalizadas levanta problemas de aplicação, tão logo um conflito ultrapassa os limites de interações exercitadas e embutidas em contextos consuetudinários”¹⁶⁰ Ela não é um catálogo de regras detalhado capaz de contemplar todas as situações possíveis. Estabelece princípios gerais que fornecem uma orientação insuficiente a respeito das normas de ação. Ela apenas fornece princípios gerais, mas como esses princípios se aplicam a situações concretas mais complexas? A moral não traz resposta. A aplicação das leis a casos concretos exige operações complexas que a moral é insuscetível de resolver, pois as normas, muitas vezes, são indeterminadas:

[...] Sob o ponto de vista da complementariedade 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. [...] ¹⁶¹

Quando o direito se separou dos costumes, tornaram-se necessários métodos complexos de concretização. Nos contextos consuetudinários de práticas habituais, já existem certezas morais constituídas pelo costume. Não há mais dúvida sobre nossas orientações morais em situações de prática reiterada.

Quando discutimos sobre pesquisas com células-tronco, tal discussão ultrapassa o contexto rotineiro das práticas costumeiras, de forma que a moral

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.150.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 150.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 151.

racional é insuscetível de fornecer uma orientação. O déficit cognitivo da moral surge nas situações que ultrapassam o contexto consuetudinário. Trata-se de questões mais complexas que não podem ser enfrentadas pela moral pós-convencional. No direito, o Legislativo fornece um conjunto de regras que não são apenas princípios abstratos, tornando muito mais concreto o tratamento dos casos. E o Poder Judiciário tem um corpo especializado de funcionários, juízes, procedimentos de prova e procedimentos de aplicação que estruturam a informação relevante para tornar o caso solucionável.

Ademais, há uma incerteza motivacional. Nesse aspecto, “o direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas consequências.”¹⁶² Trata-se de uma incapacidade de gerar motivação suficiente para norma, especialmente quando o agente adota uma perspectiva estratégica e o cumprimento da norma implica sacrifício do seu interesse. A moral trabalha com motivos e enfoques performativos que não são os motivos dos agentes. No direito, a coerção cria motivos e enfoques estratégicos para o cumprimento das normas e libera os motivos performativos do agente. Ele pode obedecer à norma pelo exercício da racionalidade estratégica ou por uma atuação performativa. A imputabilidade do comportamento moralmente correto só se realiza se a conduta de desobediência for desviante. Se há um descumprimento geral a respeito da conduta, isso não torna a conduta de cada indivíduo censurável moralmente, mas torna menos imputável o erro da conduta desviante.

Em relação ao déficit de imputabilidade, o desvio de comportamento não depende de uma obediência geral à norma moral, revelando mais um déficit da moral. Se a moral estabelece uma norma que não tem obediência geral, ela não consegue fundamentar a imputabilidade dos comportamentos desviantes. A sua imputação estaria moralmente prejudicada do ponto de vista argumentativo. A moral pressupõe a obediência geral da norma. O Direito garante a obediência geral das normas e a desobediência é sempre uma conduta desviante. Mesmo quando o direito não consegue assegurar obediência geral, um caso individual de violação será imputado juridicamente, pois o direito não se preocupa com a obediência geral.

¹⁶² *Ibidem*, p. 152.

Por fim, Habermas assinala o déficit organizativo da moral. Por exemplo, para combatermos a fome no mundo, precisamos de uma organização institucional que torne possível o combate sistemático da fome. Isso não pode ser exigido do indivíduo. Para eliminar a fome, é necessária uma estrutura institucional, não sendo suficientes ações individuais isoladas. Trata-se da impossibilidade de responsabilizar o agente por deveres positivos que requerem o esforço cooperativo e realizações organizacionais.

Mas o Direito também incorpora argumentos éticos e pragmáticos, articulando autocompreensões individuais e coletivas de bem e discursos voltados para o êxito, desde que discursivamente estruturados. Os direitos fundamentais são o limite estabelecido às argumentações não-morais e, a partir da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, surge o princípio da democracia. Habermas delinea o princípio da democracia, a partir da conexão entre o princípio do discurso e a forma jurídica, inspirando uma gênese lógica de direitos. Para o autor alemão, o “o princípio da democracia só pode aparecer como 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.”¹⁶³ O filósofo concebe determinadas categorias de direitos que são intrínsecas à ideia de sujeito de direito. Sob essa ótica, Habermas enumera um conjunto de direitos fundamentais insuscetíveis de violação pelas instâncias deliberativas:

[...]

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(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 da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direitos legítimos. [...]

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 158.

(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) a (4) [...] ¹⁶⁴

Assim, o direito subjetivo somente pode ser assegurado, se o sujeito de direito situar-se em um ponto de vista argumentativo, por meio do qual a atribuição de direitos fundamentais seria estabelecida por todos os cidadãos em um processo de autolegislação ínsito a uma sociedade de livres e iguais. Habermas sublinha ser “preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso” ¹⁶⁵ E arremata: “Pois, enquanto sujeitos de direito, eles só conseguirão autonomia se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.” ¹⁶⁶ Os direitos fundamentais, que resguardam a autonomia privada dos cidadãos, por um lado, estabelecem mecanismos argumentativos inerentes a um processo de autolegislação. Por outro lado, sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não poderiam rearticular discursivamente seus projetos pessoais de vida. É clara a afirmação de Habermas:

[...] Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também o fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem o uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos. [...] ¹⁶⁷

Se a democracia precisa assumir a forma jurídica para ser exercida, a qual, por sua vez, exige a atribuição de direitos subjetivos aos indivíduos garantindo-lhes um espaço de liberdade protegida, então democracia e direitos subjetivos pressupõem-se mutuamente. A liberação dos motivos performativos só é possível mediante a garantia de espaços subjetivos de liberdade de ação. Os direitos subjetivos são espaços de liberdade nos quais os cidadãos estão dispensados de justificar suas condutas comunicativamente.

A forma do direito implica que é necessário atribuir direitos fundamentais aos indivíduos que assegurem um espaço de liberação para o agir estratégico. A democracia, ao se servir da forma do direito, deve assegurar aos indivíduos um

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 159-160.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 163.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 163.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. “Sobre a Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia”. In: *A Inclusão do Outro Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 293.

espaço de liberdade mínimo. Se a democracia for exercida sem a forma do direito e de um modo que não leva em consideração o interesse de cada um e o espaço de liberdade subjetiva, termina transformando-se em puro decisionismo, ou seja, em uma democracia não deliberativa. A única democracia racionalmente aceitável é a democracia deliberativa, que adota a forma jurídica e atribui aos indivíduos o status de direitos subjetivos, permitindo espaço mínimo de liberdade e a liberação para o agir estratégico. Em um espaço de pluralismo, não há consensos éticos sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, que será determinado por um processo de autolegislação capaz de levar em consideração o interesse de todos.

Sem direitos humanos não há espaços de liberdade para que a democracia se exercite na forma do direito. A partir de uma abordagem discursiva, há um nexo co-originário entre direitos humanos e soberania popular. A partir da teoria do discurso, Habermas afirma que é possível deduzir cinco tipos de direitos usando apenas três elementos: o princípio da democracia, a forma jurídica e o processo de autolegislação entre cidadãos livres e iguais. Se partirmos da ideia de autolegislação, supondo que esta deve obedecer ao princípio da democracia e que este, por sua vez, deve levar em conta a forma do direito, podemos deduzir necessariamente cinco grupos de direitos fundamentais.

São direitos que os cidadãos precisam atribuir uns aos outros para que a regulação da convivência por meio do direito seja legítima. Mas como esse grupo de direitos pode ser justificado como decorrente desses três elementos? Para Habermas, se não atribuirmos esses grupos de direitos, não há como defender a legitimidade do litisconsórcio que eles estabelecemos. Não se trata de direitos mínimos de qualquer pessoa humana possui nem argumento ou que decorrem das necessidades básicas de todos os homens. Também não possuem fundamentos morais. Apenas pressupõem a participação dos indivíduos em um litisconsórcio que segue o princípio democrático e se rege pela forma jurídica. Sempre que quiserem reger a convivência em sociedade, os indivíduos devem necessariamente atribuir-se esses direitos, sob pena de o litisconsórcio não ser válido. Por isso, a concepção jusnaturalista do direito que estabelece uma relação de subordinação entre direito e moral impede de compreender nexo interno entre autonomia pública e privada.

Os três primeiros grupos de direitos fundamentais são ligados à autonomia privada e se justificam pela forma do direito. Os dois primeiros decorrem do fato

de os cidadãos saturarem ou especificarem o seu conteúdo, ou seja, precisam ter o conteúdo determinado por obra do legislador político, transformando-se em um grupo de direitos concretos. Uma vez especificado o conteúdo dos direitos, surgem espaços de liberdade para realizar escolhas, dispensando-se os cidadãos de justificarem comunicativamente as escolhas e ações. É necessário atribuir a cada um o status de pessoas naturais, estabelecendo um conjunto de liberdades subjetivas sem as quais não há o status de sujeitos de direito nem condições para aplicação da forma do direito. Essas liberdades subjetivas não podem ser atribuídas desigualmente, pois pressupõem um litisconsórcio de livres iguais, não havendo razão para tratamento diferenciado. Esse primeiro grupo de direitos fundamentais, uma vez especificados pelo legislador político, podem resultar em um grupo de liberdades clássicas: liberdade de religião, pensamento, ir e vir.

O segundo grupo de direitos fundamentais pressupõe o estabelecimento pelo ordenamento jurídico de fronteiras territoriais e políticas, delimitando quem é cidadão e quem não é, estabelecendo, portanto, limites territoriais e circunscrevendo a quem se destina. O terceiro grupo de direitos fundamentais que resulta imediatamente da possibilidade de postulação judicial, é estabelecido antes da obra do legislador. Não é possível atribuir um direito subjetivo e, no caso de violação, impedir a sua defesa judicial. Por este motivo, tais direitos não precisam ser especificados pelo legislador político. No ensejo, o quarto grupo de direitos fundamentais permitem o exercício da autonomia política, estando associados ao princípio da democracia. São direitos instrumentais que viabilizam o gozo dos demais direitos. Esse grupo será responsável pela especificação de todos os outros porque criam as condições para formação da opinião e da vontade ao nível da deliberação política. São direitos que permitem a atuação dos cidadãos no exercício da autonomia política.

Sob essa ótica, tal atualização democrática dos direitos fundamentais pressupõe processos argumentativos amplos por meio dos quais os indivíduos passam a perceber novas compreensões sobre suas necessidades. Mas, a questão fundamental é: os princípios devem ser interpretados como valores? Em verdade, Habermas critica a ponderação de princípios, na medida em que esta pressupõe uma interpretação substantiva de conteúdos morais, concebendo princípios como valores. A resposta que Habermas apresenta ao juiz Hércules, essencialmente monológico, é o resgate de métodos dialógicos de interpretação constitucional. Ao

proceder a uma releitura da ideia de “comunidade aberta de intérpretes” de Peter Häberle, Habermas propugna mecanismos discursivos de interpretação constitucional, porquanto o potencial racionalizador do debate garante a legitimidade das decisões em sede da jurisdição constitucional.

Nesse particular, percebemos a relevância da compreensão procedimental habermasiana e sua proposta de democratização do processo de interpretação constitucional. Como sublinha Gisele Cittadino, “o paradigma procedimental do direito pretende apenas assegurar as condições necessárias a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, através de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição”.¹⁶⁸ Nessa compreensão normativa, os processos hermenêuticos dialógicos que surgem do mundo da vida, delineiam de forma marcante a interpretação constitucional.

No ensejo, faz-se mister salientar que a questão da abstrativização do controle difuso possui efeitos colaterais negativos, sob a perspectiva de negligenciar as especificidades dos casos concretos, qual seja, a ideia de discursos de aplicação. Nesse quadro teórico, assume especial relevância a distinção habermasiana entre discursos de aplicação e de justificação, sendo necessário resgatar a sua perspectiva procedimental acerca do papel da jurisdição constitucional.

4.1.1

Discursos de justificação e de aplicação

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta em uma ordem suprapositiva de valores, pois apenas articula os pressupostos procedimentais que viabilizam a cooriginariedade entre autonomia pública e privada, não devendo “se arrogar o papel de legislador político”.¹⁶⁹ Com efeito, os direitos fundamentais, consagrados sob a forma de princípios, não devem ser interpretados como valores, de forma incompatível com uma moral

¹⁶⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 210.

¹⁶⁹ *Ibidem, loc. cit.*

pós-convencional. Para Habermas, “valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim”.¹⁷⁰ Os princípios, portanto, não constituem valores compartilhados, pois tal interpretação substancialista seria uma forma de não resolver o desacordo moral razoável que impera em sociedades pluralistas. Diferentemente, os princípios dizem respeito aos discursos morais; os valores relacionam-se ao discurso ético.

Não obstante, com o intuito de tecer considerações críticas sobre a problemática da abstrativização do controle difuso, é mister elucidar a distinção entre discursos de justificação e de aplicação. Como pretendemos demonstrar, Habermas contrapõe-se à ideia segundo a qual a legitimidade do ordenamento se assenta em valores compartilhados, porquanto a função do Judiciário seria optar preferencialmente por um valor em detrimento de outro. Assim, Habermas, contrapondo-se ao modelo de ponderação de valores estabelecido por Alexy, resgata duas categorias teóricas delineadas por Klaus Günther: os discursos de justificação e os discursos de aplicação. Para este autor, tais discursos possuem fins específicos que são inconfundíveis. Os discursos de justificação possuem um substrato teórico diverso, pois são pautados pela construção intersubjetiva de normas orientadas pelo Princípio (U), com o intuito de estabelecer acordos discursivos com a pretensão de universalidade.

Com efeito, em sua obra, *The Sense of Appropriateness*¹⁷¹, Günther destaca que o discurso de justificação pressupõe uma antecipação de todos os efeitos, pressuposto contemplar os interesses de todos os afetados, em uma perspectiva argumentativa ideal. Todavia, tais pressupostos discursivos, muitas vezes, desconsideram as especificidades do caso concreto. Assim, o discurso de aplicação é voltado para a resolução dos casos concretos singulares, possuindo, portanto um conteúdo particular.¹⁷² Outrossim, Günther resgata a ideia de discurso

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade, tomo I, op. cit.*, p. 316.

¹⁷¹ GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993.

¹⁷² Günther resgata a ideia de discurso de aplicação por meio de uma história contada por Kant: o dilema do prisioneiro. Supondo que um prisioneiro político, pretendendo fugir da autoridade policial, ingresse em uma sala de aula. Mas, posteriormente, a força policial, ao adentrar na mesma, indaga sobre o destino do prisioneiro. Assim, surge uma questão: mentir para preservar a vida e a liberdade de uma pessoa, violando uma norma universalmente válida sob condições argumentativas ideais ou afirmar a verdade dos fatos, entregando o prisioneiro à polícia. Günther soluciona essa problemática recorrendo à ideia de discurso de aplicação. A norma que proíbe a

de aplicação por meio de uma história contada por Kant: o dilema do prisioneiro. Supondo que um prisioneiro político, pretendendo fugir da autoridade policial, ingresse em uma sala de aula. Mas, posteriormente, a força policial, ao adentrar na mesma, indaga sobre o destino do prisioneiro. Assim, surge uma questão: mentir para preservar a vida e a liberdade de uma pessoa, violando uma norma universalmente válida sob condições argumentativas ideais ou afirmar a verdade dos fatos, entregando o prisioneiro à polícia. Günther soluciona essa problemática recorrendo à ideia de discurso de aplicação. A norma que proíbe a mentira é universalmente válida sob pressupostos discursivos ideais, mas desconsidera a especificidade do caso concreto, que não foi prevista pelos participantes no discurso de justificação. No fundo, tal antecipação seria irrelevante para o estabelecimento discursivo de normas abstratas universalmente válidas.

Nessa perspectiva, Günther questiona: como um procedimento argumentativo ideal (discurso de justificação) irá contemplar os interesses específicos dos participantes, uma vez que os mesmos são particulares e delimitados por contextos históricos? E por que é necessária a distinção entre discursos de justificação e de aplicação? Porque (U) leva em conta cenários idealizados de aplicação da norma que levem em conta as consequências das normas para os afetados. Já no discurso de aplicação leva-se em consideração todas as circunstâncias concretas de um caso particular para avaliar os efeitos colaterais da norma para os afetados. O peso das circunstâncias é diferenciado, podendo-se estabelecer exceções à aplicação da norma. Os participantes do discurso de justificação não possuem um saber ilimitado e capacidade de prever todas as hipóteses de aplicação. Se o próprio discurso de justificação procura levar em conta as situações de aplicação, entretanto, sempre podem surgir circunstâncias variáveis, insuscetíveis de previsão e tematização no discurso de

mentira é universalmente válida sob pressupostos discursivos ideais, mas desconsidera a especificidade do caso concreto, que não foi prevista pelos participantes no discurso de justificação. No fundo, tal antecipação seria irrelevante para o estabelecimento discursivo de normas abstratas universalmente válidas. Nessa perspectiva, Günther questiona: como um procedimento argumentativo ideal (discurso de justificação) irá contemplar os interesses específicos dos participantes, uma vez que os mesmos são particulares e delimitados por contextos históricos? Assim, visando suprir o caráter universalista do princípio (U), surge a ideia de discurso de justificação. Isso não implica afirmar que o discurso de aplicação desconsidere critérios argumentativos e procedimentais, pois se trata, em verdade, de uma forma específica de discurso que deve contemplar o princípio da não-contradição, da veracidade, da participação simétrica dos sujeitos. Portanto, o discurso de aplicação também possui um elemento de imparcialidade, porquanto considera todos os fatos relevantes e específicos em uma perspectiva discursiva, fatos estes que não foram antecipados pelos participantes no discurso de justificação.

justificação. Por este motivo, assumem relevância os discursos de aplicação. Com o objetivo de resolver o problema das argumentações de adequação e da colisão de normas, é importante mencionar o exemplo citado por Günther : “(X) fez a promessa a Smith de aceitar um convite para a sua festa, mas que, entretantes, é informado de que o seu melhor amigo, Jones, adoeceu gravemente e necessita de sua ajuda. ” Trata-se, portanto, de um conflito entre o dever de prestar auxílio a Jones, seu melhor amigo e a necessidade de cumprir uma promessa feita a Smith. Para Günther, seria possível estabelecer a validade de uma norma sem acrescentar uma quantidade imprevisível de exceções ao acrescentar o atributo “sob condições inalteradas.” Nesse sentido, é clara a assertiva de Günther:

[...] Por isso, podemos dizer que a validade de uma norma sempre se refere à concordância geral, e sua aplicabilidade ocorre sob circunstâncias inalteradas. A pressuposição implícita, que procedemos com esta cláusula *ceteris paribus* (mantendo-se iguais as demais coisas) em discursos de fundamentação, desdobrará os seus verdadeiros efeitos apenas em discursos de aplicação. Em discursos de aplicação, porém, não será possível sustentar por mais tempo essa ficção. É que somente saberemos se as circunstâncias da situação de aplicação são as mesmas que as pressupostas na fundamentação depois de examinarmos todos os sinais característicos da situação, isto é, depois de proferirmos um discurso de aplicação. (...) Portanto, será no discurso de aplicação que encontramos o problema de colisão. As normas válidas sob circunstâncias inalteradas poderão colidir ao examinarmos todas as circunstâncias de uma situação. No discurso de fundamentação constatarmos tão-somente que, sob circunstâncias inalteradas, não há normas que colidam com a norma carecedora de fundamentação. A colisão, nesse caso, seria um problema de adequação e não de validade de normas. [...] ¹⁷³

Assim, diante do conflito entre a norma de cumprir promessas realizadas e a obrigação de ajudar uma amigo doente, temos duas normas moralmente válidas, embora não simultaneamente aplicáveis. A colisão de normas se refere à esfera da adequação e não ao plano da validade. Mas a adequação não pode concretizar-se sob quaisquer circunstâncias específicas: a exigência de que as circunstâncias “se mantenham iguais”, deve pressupor uma reconstrução da situação particular capaz de contemplar as circunstâncias variáveis. Não é possível a antecipação de todas as variáveis sob condições idealizantes, sendo necessário levar em consideração todas as circunstâncias específicas que os afetados, no caso concreto, concebem como fundamentais, estabelecendo-se, a partir deste momento, um juízo de adequação para as normas moralmente válidas e *prima facie* aplicáveis. A norma válida somente é aplicável se os participantes se

¹⁷³ Günther, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*. São Paulo: Landy, 2004, p. 310-311.

engajarem em um processo argumentativo no qual é possível demonstrar que aquela opção compatibiliza-se com demais normas em princípio também aplicáveis. Em cada situação ou circunstância nova, a norma válida precisa ser reinterpretada em face de outras normas *prima facie* também aplicáveis com a problematização das novas circunstâncias variáveis. Na esfera da adequação, o princípio moral é complementado por um princípio de adequabilidade.

Isso não implica afirmar que o discurso de aplicação desconsidere critérios argumentativos e procedimentais, pois se trata, em verdade, de uma forma específica de discurso que deve contemplar o princípio da não-contradição, da veracidade, da participação simétrica dos sujeitos. Portanto, o discurso de aplicação também possui um elemento de imparcialidade, porquanto considera todos os fatos relevantes e específicos em uma perspectiva discursiva, fatos estes que não foram antecipados pelos participantes no discurso de justificação.

Diante dessa estrutura conceitual, Günther estabelece a versão forte do princípio (U): “Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente”¹⁷⁴. Nesse ponto, para Habermas, com base em Günther, a adequação de uma norma ao caso concreto também pressupõe critérios discursivos e procedimentais. Trata-se de um sentido de adequabilidade na aplicação da norma a um caso concreto que possa alcançar legitimidade. Para tal empreendimento, é fundamental analisar discursivamente o sentido de adequabilidade na aplicação da norma a um caso concreto com o intuito de assegurar legitimidade e aceitação por todos os afetados. Esse exame de adequação pressupõe a análise de todas as normas potencialmente aplicáveis e de todas as circunstâncias específicas do caso concreto. Portanto, Habermas, resgatando Günther resgata essas duas formas de discursos para demonstrar que a ponderação principiológica anula o caráter deontológico dos direitos fundamentais, atribuindo-lhes um sentido teleológico.¹⁷⁵

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 67.

¹⁷⁵ Sob essa ótica, Habermas leciona a respeito dos discursos de aplicação: “Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica.”

O filósofo alemão recorre a uma moralidade pós-convencional que pressupõe um distanciamento reflexivo em relação a tradições. Ao contrário de uma concepção substancialista de jurisdição constitucional, Habermas resgata um paradigma procedimental que se distancia de valores substantivos. É pertinente o comentário de Habermas:

[...]Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática da decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. 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. [...] 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, descobrindo processos de aprendizagem no desenvolvimento jurídico americano. [...] ¹⁷⁶

Nesse particular, o paradigma procedimental habermasiano pretende compatibilizar-se com um aspecto fundamental das democracias constitucionais: a separação de poderes. Feitas essas considerações, passamos ao exame do papel do Tribunal Constitucional no paradigma procedimental.

4.1.2

O papel do Tribunal Constitucional no paradigma procedimental

De acordo com o paradigma procedimental habermasiano, “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.”¹⁷⁷ Habermas procura evitar uma posição substancialista do Tribunal Constitucional, pois a sua função é zelar pelos pressupostos procedimentais da democracia deliberativa, em uma postura imparcial.

Nesse ponto, Gisele Cittadino, resgatando a crítica habermasiana, sublinha que o modelo substancialista de Dworkin pressupõe uma “confiança antropológica nas tradições e práticas constitucionais americanas”, incompatível

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 215-16.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 266.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre Facticidade e Validade*, tomo I, op. cit., p. 297.

com uma moral pós-convencional. A ideia de resgatar conteúdos substanciais valores materiais seria incompatível com o princípio da separação de poderes. Para o filósofo, “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.”¹⁷⁸ Cabe trazer à baila, a compreensão normativa habermasiana que, em passagem elucidativa, postula:

[...] Contrapondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim dos pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo de política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental, não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.[...]¹⁷⁹

Para Habermas, a própria existência de Tribunais Constitucionais não é auto-evidente. Mesmo nos países onde eles existem, afirma o autor, a legitimidade de suas decisões é controvertida. A concretização material de valores efetuada pelo Tribunal Constitucional, não apenas o transforma em uma instância autoritária, como também desestimula a participação cívica. Nessa linha de raciocínio, assume relevância o pensamento de Gisele Cittadino:

[...] Em face disso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrático da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas, sim em uma nação de cidadãos [...] Nesse sentido, uma interpretação constitucional orientada por valores pelo *sentido* teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, segundo Habermas, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. [...] ¹⁸⁰

Portanto, Habermas sublinha que o Tribunal Constitucional Alemão concebe a Constituição como uma ordem concreta da valores. Tal postura

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 297.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 345-346.

¹⁸⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pp. 225, 213.

construtiva pressupõe a equiparação de princípios a valores éticos materiais. Sob esse prisma, tece severas críticas a Böckenförde, sublinhando que, não obstante o seu empreendimento crítico em face da tirania de valores, ele também termina por equiparar princípios a valores. Se os princípios estabelecem um valor a ser concretizado de forma ótima, por consequência, a ponderação principiológica inspira um balanceamento de caráter teleológico. Em suma, a ponderação transforma o direito válido em um negócio no qual são estabelecidas preferências. Tal perspectiva viola o caráter deontológico dos princípios. Estes deveriam ser compreendidos como comandos, que obrigam seus destinatários de forma igual.

Diferentemente, os valores expressam preferências. Isso significa que as normas possuem um código binário, sendo válidas ou inválidas; os valores, por sua vez, expressam preferências a respeito de determinados bens. No ensejo, as normas, incluindo os princípios, as normas não podem entrar em contradição umas em relação às outras, devendo caracterizar-se pela coerência inerente a um sistema; os valores, diferentemente, inspiram uma relação de concorrência pelo estabelecimento da hierarquização ou primazia inerentes à ponderação principiológica. Sob essa ótica, é clara a assertiva de Mônica Clarissa Leal relativamente à perspectiva habermasiana:

[...] Em outras palavras, à luz das primeiras, o questionamento central diz respeito ao que é devido, sendo a solução correta aquela que é boa para todos; já nos segundos, o ponto de partida reside no que é aconselhável ou desejável, residindo a resposta correta naquilo que é bom para cada um de nós em determinadas circunstâncias e em um determinado contexto. Assim, a obrigatoriedade de que se revestem as normas possui uma aplicação e uma vinculação geral que vale igualmente para todos, ao passo que a conformação dos valores passa, por sua vez, por particularidades culturais e preferências pessoais, de maneira que, em última análise, no dizer do autor, aqueles que insistem em perceber o sentido da Constituição enquanto ordem concreta de valores desconhecem e desconsideram o seu caráter jurídico. (...) ¹⁸¹

Diante do exposto, depreende-se que a concepção valorativa dos princípios minimiza o sentido jurídico dos direitos fundamentais, negligenciando a sua interpretação procedimental. A crítica fundamental de Habermas à perspectiva substancialista reside na percepção da inexistência de valores absolutos e imutáveis em sociedades pós-convencionais nas quais não há mais valores

¹⁸¹ LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta-Reflexões sobre a Legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional da Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133-134.

históricos compartilhados. Os valores não podem ser considerados expressões de preferências, mas precisam ser justificados discursivamente. Por este motivo, a concepção de uma nação de cultura é substituída por uma nação de cidadãos. Pelo que foi exposto, percebe-se que ao abstrativizar o controle difuso, o STF transfere a resolução das questões jurídicas para os discursos de justificação, minimizando a importância dos discursos de aplicação, que correspondem aos discursos jurídicos voltados para resolução dos casos concretos.

De um lado, a tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição possui consequências nefastas para a legitimidade da jurisdição constitucional. Por outro lado, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, o artigo 102 da Constituição passou a estabelecer o instituto da repercussão geral, que corresponde a um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. O artigo 543-§ 1º do Código de Processo Civil, consagra o instituto da repercussão geral, que se consubstancia por “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos da causa”. Sob essa ótica, o recurso extraordinário deixa de ser voltado para a proteção do caso concreto voltado e dos interesses das partes, objetivando resguardar o ordenamento jurídico constitucional. Em suma, aniquila-se o discurso de aplicação e prioriza-se o discurso de justificação. Ademais, com o instituto da súmula vinculante, há uma antecipação de todos os efeitos da norma, negligenciando as especificidades do caso concreto.

A Teoria Discursiva do Direito considera inadmissível que o princípio da Supremacia da Constituição seja suscetível à relativização ou à ponderação tal como na jurisprudência de valores. Sob esse prisma, é oportuno destacar o pensamento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

[...] Se a Supremacia da Constituição deixa de ser admitida em favor da teoria da aparência, para fins de proteção de terceiros de boa-fé, de coisa julgada ou do princípio do equilíbrio financeiro, na verdade, o Judiciário estaria abandonando o direito e passando a operar exclusivamente por meio de argumentos pragmáticos, ou seja, politicamente. Em decorrência, é inadmissível que razões de conveniência ou oportunidade possam determinar que uma norma declarada inconstitucional continue gerando efeitos durante algum tempo, ou seja, prospectivamente. Isso seria admitir a validade de um ato lícito, o que certamente é uma contradição em si mesma. [...] ¹⁸²

¹⁸² CRUZ, Álvaro Ribeiro de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 255.

Assim, para o autor, as técnicas de modulação temporal de efeitos utilizadas pelas Cortes europeias são inadmissíveis sob a ótica da Teoria do Discurso. A técnica norte-americana de retroatividade absoluta dos efeitos nem sempre pode concretizar-se em razão da irreversibilidade de alguns efeitos jurídicos. Assim, o autor ressalta que tal retroatividade deve ser concebida como “um princípio sujeito ao exame da adequabilidade pelo Judiciário ordinário.”¹⁸³ Assim, à luz da Teoria Discursiva sustentamos, como o autor, que a norma declarada inconstitucional perderia inteiramente sua eficácia; entretanto, determinados atos jurídicos praticados em função dessa norma seriam considerados eficazes em face da inadequação do princípio da nulidade do ato inconstitucional. Assim, preserva-se a Supremacia da Constituição, mas admitindo-se a irreversibilidade de determinados atos praticados. Em relação à coisa julgada inconstitucional, a Teoria Discursiva não compreende a segurança jurídica como um princípio suscetível de relativização em favor do Princípio da Força Normativa da Constituição. Assim, sustentamos que a garantia da coisa julgada não se impõe somente contra o legislador positivo, mas também pelo legislador negativo. Compreendemos que a coisa julgada não pode ser relativizada a pretexto de garantir a Força Normativa da Constituição, sob pena da institucionalização da insegurança jurídica e de, à luz da Teoria Discursiva, conduzir a uma irracionalidade metodológica típica da jurisprudência de valores. A coisa julgada, como garantia constitucional, não pode ser constantemente violada nem sujeita à relativização por meio do estabelecimento de exceções ao seu caráter definitivo.

Como assinalamos, uma das preocupações centrais de Habermas é a crítica a perspectivas substancialistas, capazes de inspirar formas de decisionismo judicial arbitrárias, com efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático. Trata-se de uma perspectiva dialógica de interpretação constitucional atenta à necessidade de garantir a legitimidade democrática e evitar uma postura paternalista do Tribunal Constitucional que viole o princípio da separação de poderes. Nesse sentido, igualmente preocupado com os excessos de formas de ativismo judicial que invocam argumentos filosoficamente profundos e doutrinas abrangentes, destaca-se Cass Sunstein. Partindo do ideal de democracia deliberativa, Sunstein propugna uma postura judicial minimalista e deferente que

¹⁸³ Ibidem, p. 255.

respeite as virtudes democrática. Feitas essas considerações, passamos à análise do debate norte-americano sobre o minimalismo judicial.

4.2

Jurisdição constitucional e o debate norte-americano do minimalismo judicial

Uma das questões mais interessantes e controversas da filosofia constitucional contemporânea consiste no debate norte-americano do minimalismo judicial como uma alternativa democrática de atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista.

Com foco na constituição americana, mas com uma análise que pode facilmente ser transportada para outras constituições democráticas, os argumentos de Sunstein se fundam no dissenso [*disagreement*] como elemento essencial de uma política deliberativa, propugnando a preservação de seus princípios mais salutares por meio de um modelo decisório que denomina “Minimalismo Judicial” [*judicial minimalism*]. Feitas essas considerações, passamos à análise do debate norte-americano sobre o minimalismo judicial.

Para o professor de Harvard, o dissenso é um elemento imprescindível à integridade do sistema democrático e ao desenvolvimento moral e social de uma coletividade, cujo êxito não será alcançado sem que seja fomentado o conflito entre o poder mais forte e o poder rival, uma vez que a supressão de vozes dissonantes resulta numa indesejável estagnação¹⁸⁴.

Com esse propósito, é importante observar que não se trata de estimular o simples dissenso, mas sim o dissenso racional. Reconhecida, entretanto, a dificuldade prática de se confrontar precisamente tais noções, o autor defende por primordial o estímulo ao livre dissenso, especialmente em se tratando de processos decisórios de cujos efeitos podem decorrer graves erros e riscos à sociedade, quando é fundamentalmente importante estar correto¹⁸⁵. Em contrapartida, o autor reconhece que em alguns casos a conformação pode reduzir os custos de um processo decisório incapaz de acarretar grandes implicações, sem

¹⁸⁴ SUNSTEIN. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 9.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. p. 91.

risco de graves erros. Dessa análise resulta que é pertinente que se avalie o tipo certo de dissenso [dissent of the right kind], levando-se em conta o custo das decisões e o impacto dos possíveis erros¹⁸⁶. É importante notar, no entanto, que a promoção do dissenso é um objetivo essencial a ser resguardado, ainda que consideradas as devidas gradações à sua realização.

4.2.1

O Minimalismo de Cass Sunstein

Conforme assevera Sunstein, um sistema constitucional que tenha por intuito oferecer proteção contra extremismos injustificados e garantir a diversidade nas decisões públicas assenta-se mais no entusiasmo pelo desacordo do que na ênfase que se dá à deliberação, considerada a importância do esforço na acomodação da heterogeneidade abrigada pelas sociedades democráticas. Acresça-se, ademais, que o exercício do poder público em uma democracia deliberativa deve ser justificado por razões legítimas, e não apenas em virtude do desejo de um segmento social ou simplesmente em função da vontade da maioria. Nas palavras do autor: “In a deliberative democracy, the exercise of public power must be justified by legitimate reasons – not merely by the will of some segment of society, and indeed not merely by the will of the majority”¹⁸⁷.

Com efeito, o foco de um sistema democrático que tenha por objetivo dar espaço à diversidade é desenhar instituições que favoreçam o dissenso e façam emergir as ideias dissonantes. Um sistema democrático eficiente procura assegurar não apenas a representatividade eleitoral, mas também uma troca de razões na esfera pública, de modo a estimular um dissenso racional. A principal função das constituições, na percepção de Sunstein, seria a de criar condições prévias ao adequado funcionamento de uma ordem democrática pautada por ideais de responsabilidade política, reflexão e deliberação, que favoreçam a diversidade de valores pluralísticos e multiculturais, como meio de se alcançar decisões legítimas¹⁸⁸.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 92.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 150.

¹⁸⁸ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 25.

Assim, tanto o pluralismo resultante de sociedades heterogêneas quanto o dissenso oriundo das liberdades democráticas, dão ensejo a questionamentos sobre como devem ser manejados os desacordos em uma coletividade. Levando-se em conta a textura aberta dos preceitos constitucionais que versam acerca dos direitos fundamentais, impõe-se que, sob a ótica democrática, seu conteúdo seja delineado pelos valores ditados pelas sociedades em cada época¹⁸⁹.

A propósito dessa assertiva, retoma a problemática acerca da (i)legitimidade do Judiciário para oferecer a solução de questões morais relacionadas aos valores mais densos de uma coletividade, no curso de conflitos de grande magnitude e em contexto constitucional que envolva princípios fundamentais. Focado no constitucionalismo norte-americano, mas com uma abordagem que se mostra ajustável a outras sociedades fundadas em constituições de cunho democrático, Cass Sunstein propugna a tese de que o minimalismo judicial possui relação de pertinência com a deliberação democrática¹⁹⁰, uma vez pautado numa ação judicial que faz e diz apenas o que é essencial para o julgamento de um caso particular, permitindo que remanesçam ao debate público em âmbito político as questões sociais mais controvertidas e profundas, promovendo uma atuação mais cautelosa do Poder Judiciário em reconhecimento ao seu menor embasamento democrático¹⁹¹.

Sunstein delinea um conceito de democracia cuja essência está fundada na essencialidade do dissenso (*disagreement*). Com o uso dos acordos parcialmente teorizados, o Judiciário restringe suas decisões às necessidades do caso em concreto, deixando em aberto a análise de muitas questões diante da análise das concretudes de outros casos. A inconstitucionalidade deve ser aferida no caso concreto. Não é desejável que a Ação Direta de Inconstitucionalidade seja teorizada de modo a vincular o debate popular.

Cabe ponderar, sob essa ótica, se as decisões judiciais de efeitos abstratos, em especial, podem obstruir os processos políticos, em tensão ao princípio democrático. O minimalismo não impede o resguardo das minorias, pois há núcleo substancial. Apenas deve ser julgado o essencial. Em linhas gerais, a estratégia do minimalismo pauta-se numa ação judicial que faz uso construtivo do

¹⁸⁹ SUNSTEIN, Op. Cit. P. 4

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ P. 25

silêncio, decidindo apenas o que é essencial para o julgamento do caso concreto, permitindo que as discussões mais profundas e controvertidas em uma sociedade, com vistas a estabelecer teorias abstratas a abarcar casos futuros, sejam travadas nas arenas políticas, fortalecendo, assim, os processos democráticos e o papel do Poder Legislativo. Nesse sentido, Sunstein, em passagem elucidativa, pondera que:

[...] Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo [...]¹⁹²

A conjugação desses fatores leva a crer que a abordagem de que os valores substantivos de uma sociedade devem restar ao processo político democrático, então, se justifica no compromisso com a igualdade política e a discussão pública. Assim, na sua compreensão, em diversos casos relativos à orientação sexual e ação afirmativa, a Suprema Corte americana exerceu o uso construtivo do silêncio, pronunciando-se de forma restrita e permitindo que questões de alta complexidade fossem resolvidas pelo processo democrático. À guisa de ilustração, o autor comenta o pronunciamento da Corte em *Romer v. Evans*¹⁹³, que invalidou lei discriminatória contra homossexuais. A discussão do caso centrou-se na questão sobre se a Emenda 2 à Constituição do Colorado - que proibia que o Estado adotasse medidas antidiscriminatórias em benefício de minorias sexuais - violava a *equal protection doctrine*. A Emenda 2 de Colorado à Constituição do Colorado foi resultado de referendo popular que proibia o estabelecimento de medidas antidiscriminatórias em favor de grupos homossexuais, violando claramente a *equal protection*. Além de criar “segunda classe de cidadãos”, não contemplava um fundamento razoável em face do *rational relationship test*. Para Sunstein, a Suprema Corte, ao declarar a inconstitucionalidade da emenda, exerceu o uso construtivo do silêncio, abstendo-se de se pronunciar sobre um conjunto de possíveis casos relativos à

¹⁹² SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 5.

¹⁹³ *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620 (1996).

discriminação contra homossexuais, como a exclusão militar ou casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nessa linha teórica, torna-se imperiosa a análise dos limites da atuação do Poder Judiciário em uma sociedade pluralista, no âmbito de uma democracia deliberativa, especialmente no que tange à pertinência que se pode estabelecer no confronto crítico entre o minimalismo judicial e a tendência de abstração dos efeitos da jurisdição constitucional brasileira, como reflexo de uma postura ativista, a partir da análise de casos concebidos como paradigmáticos. Percebemos, nesse particular, a necessidade de incorporarmos uma perspectiva minimalista de interpretação constitucional delineada por Cass Sunstein como mecanismo hermenêutico capaz de se contrapor aos excessos decorrentes da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes e da abstração dos efeitos da jurisdição constitucional brasileira, de um modo geral.

De início, impõe-se elucidar que Sunstein diferencia as decisões judiciais em duas dimensões: a dimensão profunda pressupõe uma concepção teórica geral na defesa de um resultado. Por outro lado, opiniões superficiais não pressupõem a defesa de seus resultados e nem invocam teorias gerais. O autor parte de uma distinção entre opiniões amplas e estreitas. As opiniões amplas aplicam-se a um amplo espectro de situações além do caso do caso decidido; as estreitas aplicam-se apenas ao caso particular, sem implicações em outros fatos diversos.¹⁹⁴

Nessa trilha, percebemos o aspecto positivo da estratégia minimalista de deixar em aberto questões morais controversas, incrementando a democracia, sobretudo como mecanismo capaz de se contrapor à crescente objetivização do controle difuso de constitucionalidade. Para Sunstein, o ativismo judicial pode inspirar o um intenso “refluxo”, sendo este um fenômeno que resultante do crescimento de forças político-sociais que se contrapõem ao conteúdo da decisão, além de desmobilizar os atores políticos. Nas palavras do autor, “a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de

¹⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 5.

deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover.”¹⁹⁵
Nessa perspectiva, a crítica de Robert Post e Reva Siegel é inevitável.

4.2.2

A Crítica de Robert Post e Reva Siegel ao minimalismo.

Em análise ao caso *Roe v. Wade*¹⁹⁶, Sunstein contrapõe-se à perspectiva maximalista da Corte, pois esta terminou por delinear um conjunto de regras inerentes ao sistema trimestral. Mas, para o autor, mesmo que a Corte tenha interpretado corretamente a temática do aborto à luz da Constituição sob a ótica de uma teoria constitucional substantiva, provavelmente o processo político majoritário teria regulamentado democraticamente a questão relativa ao aborto de maneira juridicamente mais adequada. Sob esse prisma é oportuno transcrever o pensamento de Sunstein:

[...] Talvez, mais fundamentalmente, a decisão contribuiu para a formação da “maioria moral”; ajudou a derrotar a Emenda dos Direitos Iguais; impediu que eventualmente se chegasse a soluções de consenso para o problema do aborto; e enfraqueceu as bases do movimento feminista gravemente pela identificação dele como um movimento de uma única questão do aborto, pelo incentivo e organização da oposição e pela desmobilização de aderentes em potencial. [...]¹⁹⁷

Assim, a decisão *Roe v. Wade* inspirou em uma forte oposição, sob o argumento democrático que se opõe à expansão do ativismo judicial. Sob esse prisma, Robert Post e Reva Siegel que a decisão em *Roe* suscitou uma intensa oposição política, no sentido de que oposição à descriminalização do aborto contrapunha-se a “quaisquer esforços no sentido de assegurar a igualdade das mulheres e a separação da igreja e do Estado. A repercussão do *Roe* opôs os ideais do individualismo e do secularismo sobre os quais se baseia a fundação da nossa ordem constitucional.”¹⁹⁸ No entanto, os autores contrapõem-se ao argumento de

¹⁹⁵ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, op. cit., p. 59

¹⁹⁶ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

¹⁹⁷ SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 189.

¹⁹⁸ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 377>.

Sunstein segundo o qual o exercício do uso construtivo do silêncio era necessário para evitar o fenômeno político do “refluxo”.

Os autores sublinham que o próprio Constitucionalismo incorpora a existência de conflitos sobre “ significados constitucionais”. Assim, o “refluxo” situa-se dentro do contexto de normalidade na trajetória de uma cultura constitucional. Nas palavras dos autores, “o refluxo procura manter a sensibilidade democrática do significado constitucional.”¹⁹⁹ O Constitucionalismo Democrático proposto por Siegel e Post defende a interpretação da Constituição em um cenário caracterizado pelo pluralismo, sustentando que:

[...] O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juriscêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do *judicial review*. (...) ²⁰⁰

Diante do exposto, o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel defende a interação do Judiciário com os movimentos sociais por meio do engajamento público. Sob esse prisma, se analisarmos a história americana, percebemos a existência de lutas profundas sobre sentido de interpretações constitucionais relativas a questões de alta complexidade que envolvem desacordos morais razoáveis. Na década de 60 presenciamos lutas de atores sociais envolvidos na temática da raça, enquanto na década de 70, afirmou-se a centralidade da discussão sobre as questões de gênero. Recentemente, prevalecem discussões sobre aborto, direitos de *gays* e religião. Desta maneira, os movimentos sociais, ao interagirem com o Judiciário, têm resgatado diversos discursos jurídicos atinentes a interpretações constitucionais para defenderem seus direitos. Nas palavras de Reva Siegel, a cultura constitucional “explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 379.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 379.

constitucional. Tais interações incluem, mas não são limitadas pela elaboração do direito e jurisdição.”²⁰¹

Para Reva Siegel, a atuação dos movimentos sociais e sua interação com o Judiciário inspira novos sentidos constitucionais em razão da própria linguagem aberta da Constituição. Para a teórica feminista, até 1970, a Constituição não era interpretada de uma maneira que proibisse a discriminação estatal às mulheres. No entanto, em 1970, por pressão do movimento feminista, a *Equal Rights Amendment* foi submetida à ratificação dos Estados. O argumento fundamental dos defensores da ERA era o de que esta seria necessária, pois a cláusula da *Equal Protection* não constituía uma proteção eficiente contra a discriminação sexual. O objetivo fundamental da ERA era afirmar que os direitos consagrados na Constituição americana eram aplicáveis a todos os cidadãos independentemente de sexo, estabelecendo um instrumento jurídico contra a discriminação sexual.

Embora a ERA não tenha sido ratificada, a sua proposta no Congresso assumiu especial relevância na construção de uma cultura constitucional contra a discriminação sexual. Assim, as lutas feministas nos EUA são resgatadas por Post e Siegel como exemplos da atuação política dos movimentos sociais como formas renovadas capazes de delinear novos sentidos constitucionais. Até 1970, o entendimento consolidado era o de que as distinções baseadas em sexo deveriam ser consideradas constitucionais, tornando compatível a cláusula da *Equal Protection* com a tolerância às discriminações sexuais. Posteriormente, ocorreu uma evolução na interpretação, pois os movimentos sociais passaram a contestar a constitucionalidade dessas interações tradicionais. Nas palavras de Post, “como os juízes, ao interpretar a Constituição, expressam sua compreensão implícita de mundo, a Corte passou a ler a Décima Quarta emenda, de forma a exigir um escrutínio elevado para as classificações baseadas em sexo”.²⁰² Nesse ponto, cabe trazer as explanações teóricas que ilustram o pensamento de Siegel:

²⁰¹ SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1324.

²⁰² POST, Robert and SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism”. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 29; Sob essa ótica, é clara a assertiva de Maria Eugenia Bunchaft: “(...)Indubitavelmente, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Sustentamos que tais “significados constitucionais” podem ser

[...] Ao invés de focalizar os governantes como agentes-de-mudança, eu emprego o conceito de cultura constitucional para explorar como as mudanças, na compreensão constitucional, emergem da interação dos cidadãos e governantes. Dessa forma, a cultura constitucional elabora as alegações populares e jurídicas sobre a Constituição e permite formas de comunicação e engajamento deliberativo entre cidadãos e governantes que dinamicamente sustentam a autoridade democrática da Constituição na história. [...] ²⁰³

Nesse aspecto particular, em contraposição a Sunstein, o Constitucionalismo Democrático não considera que o refluxo possui uma conotação negativa. O Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel concebe o refluxo “não simplesmente da perspectiva das Cortes, mas do ponto de vista da ordem constitucional como um todo. Ele situa o refluxo dentro de uma rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição.”²⁰⁴ É positivo para a cultura constitucional que os diversos atores sociais pressionem o governo e o Judiciário a interpretar a Constituição de maneira juridicamente sensível a suas demandas. É intrínseco a uma cultura constitucional a existência de questões de alta complexidade que envolvem desacordos morais capazes de dividir a nação e promover a oposição dos cidadãos. Mas, para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, tais controvérsias podem ter efeitos positivos para cultura constitucional americana. É oportuno transcrever o pensamento dos autores:

interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autoconcepções assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. (...)Disso se infere, a nosso ver, que, quando se concebe a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controversas. Assim, compreendemos, com base em Post e Siegel, que o refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação por meio das quais os movimentos sociais e os cidadãos procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional. Nesse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas. (...)BUNCHAFT, Maria Eugenia. “Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo Judicial”. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan-jun. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica-Departamento de Direito, 2011, p. 160.

²⁰³ SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1325.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 389.

[...] A confiança na receptividade da ordem constitucional desempenha um papel crucial na preservação da autoridade da Constituição. Quando essa confiança existe, cidadãos podem acatar julgamentos imperativos sobre o significado da Constituição, ainda que estes diverjam dos seus. Paradoxalmente, a possibilidade do desacordo sobre o significado da Constituição preserva autoridade constitucional, porque permite às pessoas de diferentes convicções compreenderem a Constituição como expressão dos seus compromissos mais fundamentais e a considerarem a Constituição como um direito fundacional. [...] ²⁰⁵

É justamente na interpretação do caso *Roe v. Wade*²⁰⁶ que surge a crítica de Post e Siegel ao minimalismo. Robert Post e Reva Siegel criticam a perspectiva minimalista. Nas palavras dos autores, “embora tal concepção de minimalismo seja coerente com o desejo de Sunstein de evitar o conflito, esta não é credível. Ela significaria, por exemplo, que *Brown*²⁰⁷, o qual era certamente tão controvertido como *Roe*, foi decidido incorretamente.”²⁰⁸ Sob esse prisma, a decisão da Suprema Corte em *Brown*, declarando a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, também representava um desacordo moral razoável, mas a posição ativista da Suprema Corte foi essencial para a superação de compreensões assimétricas de mundo.

Em *Radicals in Robes*, Sunstein sublinha que a perspectiva minimalista configura uma estratégia que permite “às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo”²⁰⁹. No entanto, Post e Siegel ressaltam que tal interpretação resultaria na interpretação segundo a qual *Roe* foi decidido incorretamente, porque “era incoerente com o respeito que a Corte deveria ter demonstrado em relação aos católicos e outros que, em 1973, vigorosamente apoiaram o direito à vida.”²¹⁰ Como sublinham Robert Post e Reva Siegel, a compreensão de “respeito”, defendida pela estratégia minimalista termina por minimizar a força dos “valores constitucionais relevantes”. Ademais, segundo os professores da *Yale Law School*, Sunstein não esclarece o que compreende por “respeito”. Os autores, em passagem conclusiva, ponderam que:

²⁰⁵ POST, Robert and SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism”. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 27.

²⁰⁶ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

²⁰⁷ *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

²⁰⁸ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 425.

²⁰⁹ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America*. Cambridge: Basic Books, 2005, p. 28.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 425.

[...] Um significado possível de “respeito” consiste no fato de que as Cortes deveriam permanecer neutras em relação a visões constitucionais antagônicas e concorrentes. Mas, nossa análise sobre a reação contra *Roe* sugere a possibilidade de ocorrerem circunstâncias nas quais tal posição de neutralidade não exista. Os Constitucionalistas progressivos consideram as questões de papéis familiares e de fé religiosa como decisões individuais que não deveriam ser impostas pelo Estado em uma comunidade pluralista. Conservadores, lidando com o refluxo contra *Roe*, consideram a proteção do individualismo como desrespeitosa de suas visões de valores familiares tradicionais e fé tradicional. Uma corte deve escolher esses ideais constitucionais concorrentes. [...] ²¹¹

Assim, a compreensão minimalista sobre a ideia de “respeito”, na perspectiva de Post e Siegel, seria “uma forma indireta de dizer que o valor constitucional relevante tem pouca importância para o mérito de proteção judicial”.²¹² Os autores se opõem à compreensão de que o “refluxo” contra *Roe*²¹³ não teria ocorrido se a descriminalização do aborto tivesse se concretizado na instância deliberativa. Postulam que as forças de oposição a *Roe*, majoritariamente católicas, emergiram antes mesmo da decisão na Suprema Corte, iniciando-se nas legislaturas estaduais. Portanto, “o refluxo antiaborto, que tem traumatizado liberais, reflete uma visão constitucional que preservaria os papéis da família tradicional e resistiria à secularização do Estado americano.”²¹⁴ Tratou-se, portanto, de toda uma articulação de forças político-sociais que se contrapunham à emancipação das mulheres, surgindo na esfera judicial e legislativa. É na interpretação do caso *Planned Parenthood v. Casey* ²¹⁵, relativo ao aborto, que os autores negam a compreensão segundo a qual a estratégia minimalista seria o único mecanismo capaz de evitar o processo de “refluxo”.

Em *Casey* ²¹⁶, discutiu-se a constitucionalidade de várias regulações do *Pennsylvania Abortion Control Act*, defendendo a legitimidade do direito de liberdade da gestante de realizar o aborto, pois tal interesse demandaria especial proteção constitucional. O direito constitucional ao aborto, consagrado em *Roe v. Wade* ²¹⁷, foi reafirmado. Manteve, todavia, a maioria das cláusulas do

²¹¹ *Ibidem*, p. 425-426.

²¹² POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 426.

²¹³ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

²¹⁴ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 423.

²¹⁵ *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

²¹⁶ *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

²¹⁷ *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

Pennsylvania Abortion Control Act, que consagrava determinadas restrições ao aborto. A Suprema Corte considerou constitucional a regra do consentimento informado, que previa necessidade de que os médicos informassem às mulheres informação sobre os riscos à saúde e complicações resultantes do aborto, assim como a cláusula que estabelecia um lapso temporal de espera de vinte e quatro horas anterior à realização do aborto.

Também considerou constitucional o requisito relativo ao consentimento paterno para aborto realizado por gestante menor, desde que houvesse previsão legal sobre a possibilidade de suprimento judicial, na hipótese em que a gestante, apesar de menor, revelasse maturidade para realizar a decisão sozinha. A Corte, no entanto, declarou a inconstitucionalidade do requisito que previa a necessidade de consentimento do pai do nascituro, consagrando que tal requisito poderiam estabelecer uma relação de superioridade dos maridos em relação as suas esposas, inclusive com a possibilidade de ocorrer hipóteses de abuso conjugal.

A Suprema Corte flexibilizou o sistema trimestral usado em *Roe*, estabelecendo proibições ao aborto antes mesmo do 3º trimestre, desde que configurada a viabilidade fetal extrauterina. Em face dos recursos tecnológicos da medicina no período em que *Casey* foi julgado, estabeleceu-se ser possível a viabilidade do feto à 22ª ou 23ª, e não apenas na 28ª semana, segundo tinha sido decidido em *Roe*. O aspecto essencial da decisão da decisão foi a viabilidade do feto como base de legitimidade do interesse estatal à vida do feto. Para os autores, a Corte assumiu posição intermediária capaz de integrar ambos os ideais defendidos pelas correntes sobre o tema, opondo-se a perspectivas minimalistas. Os autores sustentam que:

[...] Se o minimalismo procura suprimir o desacordo pela abstenção, *Casey* aspira encaminhar o desacordo pelo reconhecimento. É precisamente sobre a base da articulação direta de ideais constitucionais concorrentes, que *Casey* aposta na sua alegação, apelando “para lados concorrentes de uma controvérsia nacional para por fim à divergência, ao aceitar uma determinação comum enraizada na Constituição”. Ao conectar essa pretensão a um padrão amplo e harmônico de “opressão indevida”, *Casey* autoriza a Corte a responder a ambos os lados da disputa do aborto, ajustando o direito constitucional, de forma que cada lado encontra reconhecimento. [...] ²¹⁸

²¹⁸ POST, Robert e SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 429.

Para os professores da *Yale Law School*, a decisão da Suprema Corte demonstra “como uma decisão constitucional pode ser politicamente sensível, ao mesmo tempo em que afirma um compromisso da distinção entre direito e política.”²¹⁹ E concluem: “ela demonstra como juízes podem usar padrões constitucionais flexíveis para administrar e mediar o conflito, guiando o diálogo público sobre práticas sociais fortemente controvertidas e captando a forma do sentido social de alegações concorrentes.”²²⁰

No entanto, não compartilhamos que tais críticas ao minimalismo sejam procedentes, pois quando o Judiciário adota decisões maximalistas com o objetivo de balizar os julgamentos futuros, suprime o necessário dissenso essencial às democracias. Os julgamentos em abstrato desconsideram as particularidades dos casos concretos a serem analisados, engessando as instâncias inferiores e os demais poderes, impedindo o debate democrático de diversas questões de suma importância à sociedade. O juiz Hércules sobrepõe-se como um poder moderador. Do mesmo modo, a presença de vozes sociais distintas é imperiosa a evitar a polarização das deliberações da corte.

Pelo que foi exposto, depreende-se que Sunstein e Habermas tecem considerações críticas a formas de ativismo judicial que violam os pressupostos democráticos, desestimulando a participação cívica. Portanto, tanto Sunstein como Habermas delineiam instrumentais teóricos relevantes para uma crítica à abstrativização do controle difuso sob premissas mais democráticas. Feitas essas considerações, passamos à análise do processo de abstrativização do controle constitucionalidade brasileiro à luz das teorias explicitadas.

4.3 **Revisitando a abstração a partir de norteadores mais democráticos**

Diante de toda a problemática apontada, vale a ressalva de que não desconsideramos a possibilidade de que os institutos e prática jurisprudencial brasileira em exame, que notoriamente partiram de uma mesma inspiração, tenham inicialmente sido concebidas sob um enfoque que objetivasse um efeito conjunto distinto do que se verificou.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 430.

²²⁰ *Ibidem*, p. 430.

Entretanto, o processo de abstração dos efeitos da jurisdição constitucional brasileira, delineada pelo STF, faz com que os julgamentos da Corte, mesmo que decorrentes do controle difuso, alcancem situações pendentes e casos futuros com efeitos colaterais negativos, tanto no que se refere à legitimidade democrática, como por minimizar as singularidades dos casos concretos, qual seja, a ideia de discursos de aplicação. Como salientamos, Habermas, com base em Günther, leciona que os discursos de justificação, frequentemente, minimizam as singularidades do caso concreto, assumindo especial relevância a necessidade de discursos de aplicação nos quais o peso das circunstâncias concretas de um caso particular - em relação aos efeitos de uma norma para determinados afetados - deve ser considerado.

De um lado, a tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição possui consequências nefastas para a legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que exclui o Legislativo do diálogo constitucional, aparentemente intentando aumentar a preponderância do Poder Judiciário sobre os demais, enfraquecendo o desenho institucional delineado pelo Constituinte. Por outro lado, o artigo 102 da Constituição, que a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu o instituto da repercussão geral, consubstanciada em “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos da causa”, nitidamente transformou o recurso extraordinário em ferramenta objetiva de controle, menosprezando as particularidades envolvidas na lide analisada e nos recursos assemelhados que ficam sobrestados na instância *a qua*. Sob essa ótica, o recurso extraordinário deixa de ser voltado para a proteção do caso concreto e dos interesses das partes, objetivando resguardar de modo genérico e abstrato o ordenamento jurídico constitucional. Em suma, aniquila-se o discurso de aplicação.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes, tal como utilizada pela “jurisprudência de valores”, atribui às decisões de controle de constitucionalidade difuso força de lei, convertendo-as em verdadeiros discursos de justificação, passando a vincular órgãos e autoridades que não eram partes no processo originário. Assim, os discursos de aplicação, que são uma extensão dos discursos de justificação em atenção às circunstâncias variáveis do caso concreto, são negligenciados. Na mesma linha, infere-se que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade, à luz da Teoria Discursiva, devem se restringir

à parte dispositiva e não alcançar os fundamentos determinantes da decisão, sob pena de serem desconsideradas as particularidades do caso concreto, subvertido também o princípio da divisão dos poderes.

Em relação à técnica de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a Teoria Discursiva do Direito considera inadmissível que o princípio da Supremacia da Constituição seja suscetível à relativização ou à ponderação tal como na jurisprudência de valores. Os princípios, para Habermas, dizem respeito ao discurso moral e não devem ser interpretados como valores. Assim, sustentamos em capítulo anterior que a garantia da coisa julgada não se impõe somente contra o legislador positivo, mas igualmente contra o afirmado legislador negativo. Tal ponderação, típica da jurisprudência de valores, conduz inevitavelmente a uma irracionalidade metodológica, pois o princípio da nulidade do ato inconstitucional deve ser considerado como um princípio sujeito à análise da adequação pelo Judiciário, declarando-se irreversíveis determinados atos praticados.

A Teoria Discursiva do Direito considera inadmissível que o princípio da Supremacia da Constituição seja suscetível à relativização ou à ponderação tal como na jurisprudência de valores. Se o Princípio da Supremacia da Constituição é relativizado para proteção de interesses de terceiros de boa-fé ou do equilíbrio financeiro, o Judiciário, não apenas está equiparando princípios a valores, como está pautando sua conduta por argumentos pragmáticos, quando deveria se ater a resguardar os pressupostos procedimentais da democracia. Sob esse prisma, é oportuno destacar o pensamento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

[...] Se a Supremacia da Constituição deixa de ser admitida em favor da teoria da aparência, para fins de proteção de terceiros de boa-fé, de coisa julgada ou do princípio do equilíbrio financeiro, na verdade, o Judiciário estaria abandonando o direito e passando a operar exclusivamente por meio de argumentos pragmáticos, ou seja, politicamente. Em decorrência, é inadmissível que razões de conveniência ou oportunidade possam determinar que uma norma declarada inconstitucional continue gerando efeitos durante algum tempo, ou seja, prospectivamente. Isso seria admitir a validade de um ato lícito, o que certamente é uma contradição em si mesma. [...] ²²¹

Assim, para o autor, as técnicas de modulação temporal de efeitos utilizadas pelas Cortes europeias são inadmissíveis sob a ótica da Teoria do Discurso. A

²²¹ CRUZ, Álvaro Ribeiro de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 255.

técnica norte-americana de retroatividade absoluta dos efeitos nem sempre pode concretizar-se em razão da irreversibilidade de alguns efeitos jurídicos. Assim, o autor ressalta que tal retroatividade deve ser concebida como “um princípio sujeito ao exame da adequabilidade pelo Judiciário ordinário.”²²² Assim, à luz da Teoria Discursiva a norma declarada inconstitucional perderia inteiramente sua eficácia; entretanto, determinados atos jurídicos praticados em função dessa norma seriam considerados eficazes em face da inadequação do princípio da nulidade do ato inconstitucional. Nesse ponto, ganha realce a afirmativa de Hesse no sentido de que a inconstitucionalidade deve ser aferida no caso concreto, sob pena de dissociarmos a norma da realidade. Desse modo, preserva-se a Supremacia da Constituição, mas se admite a irreversibilidade de determinados atos praticados.

Em relação à coisa julgada inconstitucional, a Teoria Discursiva não compreende a segurança jurídica como um princípio suscetível de relativização em favor do Princípio da Força Normativa da Constituição. Tal como referenciado, a garantia da coisa julgada não se impõe somente contra o legislador positivo, mas também ao afirmado legislador negativo, uma vez que a coisa julgada não pode ser relativizada a pretexto de garantir a Força Normativa da Constituição, sob pena da institucionalização da insegurança jurídica e de, à luz da Teoria Discursiva, conduzir a uma irracionalidade metodológica típica da jurisprudência de valores. A coisa julgada, como garantia constitucional, não pode ser constantemente violada nem sujeita à relativização por meio do estabelecimento de exceções ao seu caráter definitivo.

Outro aspecto a destacar, alude ao fato de que o procedimento da repercussão geral e da súmula vinculante, em especial, igualmente minimizam os discursos de aplicação utilizados pela teoria discursiva Habermasiana, na medida em que representam uma desvinculação do caso concreto, resultando numa norma jurídica de caráter geral pelo Supremo Tribunal Federal. É de se pontuar que a exigência de demonstração da relevância e transcendência da matéria, bem como os efeitos vinculantes sumulares, tal como referenciado no capítulo anterior, inevitavelmente mudaram significativamente o viés originário do recurso extraordinário, de instrumento para dirimir interesses subjetivos sob uma ótica

²²² Ibidem, p. 255.

constitucional para transmutar-se em ferramenta objetiva de proteção da ordem jurídica constitucional. Nesse desiderato, não obstante o intento de garantir a razoável duração do processo, a nova sistemática desconsidera as especificidades das lides pendentes naqueles recursos que se encontravam sobrestados na origem e fatalmente terão seu desfecho determinado por uma interpretação vinculativa genérica emanada do STF, ao alvedrio do Legislativo, bem como de uma adequada análise de constitucionalidade em face das circunstâncias fáticas, modo preconizado por Hesse como essencial.

É mister ponderar, do mesmo modo, se a mera previsão de habilitação de *amici curiae* e realização de audiências públicas seria o suficiente para resguardar uma participação democrática.

No contexto Legislativo e jurisprudencial brasileiro, analisado no capítulo anterior, a presença do *amicus curiae* e a realização das audiências públicas servem ao incremento potencial do debate nas questões relativas à inconstitucionalidade, sendo um exemplo de instrumento da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, pluralizando o debate constitucional e contribuindo para a análise da relevância da matéria em discussão, verificando inclusive sobre a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão a ser proferida e a representatividade dos requerentes. Embora sejam institutos subutilizados, o STF tem se valido dessas figuras em alguns julgados relevantes, inclusive de certo modo flexibilizando seu posicionamento quanto aos pressupostos para a intervenção.

Nesse aspecto, é interessante a crítica de Conrado Hübner, para quem as “entediadas sessões de leitura do STF”, despidas da troca de argumentos²²³, são bem retratadas pela imagem caricaturada de “onze ilhas”, caracterizando o isolamento dos ministros que na verdade colaboram para um “diálogo de surdos”²²⁴. Como se pode de logo intuir, a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas pode contribuir para a legitimidade argumentativa do processo objetificação do modelo difuso, em especial, incrementando o potencial racionalizador do debate, contemplando os interesses de todos os afetados.

²²³ HÜBNER MENDES, Conrado. *Sessão de leitura no STF*. Reportagem do jornal Folha de São Paulo em 05 de outubro de 2010.

²²⁴ Id. *Onze ilhas*. Reportagem do jornal Folha de São Paulo em 01 de fevereiro de 2010.

As minorias poderão ter no instituto importante ferramenta de inclusão no ambiente político, uma vez que as deficiências representativas nos processos legislativos majoritários causam prejuízos que poderão ser compensadas pela possibilidade de participação nos julgamentos da Corte Constitucional mediante a apresentação de argumentação jurídica razoável à sustentação de seus direitos, longe das pressões políticas e meramente numéricas. O *amicus curiae* - portador de diversas vozes caracterizadoras da sociedade brasileira - ao contribuir com informações inacessíveis ao magistrado, pode ser um instrumento de legitimidade para as decisões judiciais, tornando mais democrático o processo de abstrativização do controle. Portanto, o *amicus curiae* pode cooperar com o juízo na busca de elementos de convicção do magistrado, equiparável a um ato de instrução, sendo uma imposição ou consequência necessária do princípio do contraditório.²²⁵

Sob essa ótica, Habermas é incisivo na afirmativa de que o Legislativo é a arena política por excelência, na qual os indivíduos devem se inserir em um processo de autolegislação, nele devendo ser concentradas as diretrizes de uma nação. Assim, a participação representativa dos diversos segmentos sociais nos julgamentos perante a Corte Constitucional apenas resguardaria delineamento dos afetados pela decisão, a fim de viabilizar uma correta aplicação da norma ao caso concreto. Habermas não legitima o ativismo judicial, valendo-se do conceito de comunidade aberta de intérpretes, delineado por Häberle, com o intuito de permitir uma interpretação dialógica e discursiva capaz de especificar os discursos de aplicação inseridos no caso concreto.

Numa tônica semelhante, a teoria de Sunstein enfatiza a importância do dissenso a fim de evitar julgados polarizados, o que se almejaria com a presença dos *amici* e audiências públicas, contudo, desde que naturalmente levadas em conta os argumentos produzidos, sob pena de tornar tais institutos estéreis e o debate constitucional assim permanecer polarizado. Na mesma linha, pelo minimalismo judicial restaria o imperativo de que as cortes decidam o mínimo

²²⁵ Nesse ponto, Bueno define *amicus curiae*: "... sempre foi e continua sendo um terceiro que intervém no processo por convocação judicial ou livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa." BUENO, C.S. *Amicus Curiae no processo civil: um terceiro enigmático*. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 2008.p. 125.

possível, somente o essencial para o deslinde da problemática levada ao Judiciário, deixando à esfera legislativa o debate político mais amplo e genérico.