

Democracia e Tribunais Constitucionais: um Diálogo entre Ronald Dworkin e Jürgen Habermas

Como já dito na introdução, a comparação entre as concepções do jurista norte-americano Ronald Dworkin e do pensador alemão Jürgen Habermas mostra-se bastante proveitosa para analisar a legitimidade do processo de concretização dos princípios constitucionais pela mais alta instância jurisdicional brasileira. Com efeito, o constituinte de 1987/88 incorporou, em uma sociedade plural, entre outros princípios inscritos nas constituições de todo o mundo,⁴⁹ a democracia e a proteção dos direitos fundamentais, princípios estes que estão no centro das preocupações desses dois autores, notadamente na reflexão acerca do papel dos tribunais superiores na concretização dos direitos abstratamente previstos na Constituição.

Da mesma forma, a opção pelo referencial teórico do pensador alemão não faz da obra de Dworkin apenas um contraponto, a partir do qual se insere a crítica habermasiana. Ao contrário, Dworkin não apenas traz importantes elementos para introduzir o pensamento de Habermas, mas também divide com ele muitas preocupações em comum. Assim, ambos defendem uma relação não contraditória entre Estado de Direito e Democracia, o que Dworkin vai fazer por meio do conceito de democracia constitucional, do mesmo modo em que enaltecem o conteúdo deontológico dos direitos fundamentais, juntamente com a valorização, cada qual de maneira muito peculiar, do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais na democracia. Vale sublinhar também que ambos estão preocupados com o dever de proferir os tribunais *decisões corretas*, ou seja, decisões que satisfaçam simultaneamente as condições de serem justificadas a partir de padrões normativos previamente postos pelo legislador e de critérios de legitimidade do direito, ou aceitabilidade racional.

Contudo, tal comparação mostra-se mais proveitosa fundamentalmente na diferença entre os dois autores, precisamente na crítica de Habermas à transposição

⁴⁹ Uma análise dos princípios incorporados por Constituições de diferentes partes do mundo encontra-se em: HABERLE, *A humanidade como valor básico do Estado Constitucional*.

de um modelo de interpretação que pressupõe uma idéia de comunidade que partilha princípios comuns, e expressa uma confiança nas práticas constitucionais norte-americanas, para realidades históricas em que o passado político deve ser apropriado reflexivamente. A isso agrega-se a crítica habermasiana ao método monológico de concretização do direito.

Com efeito, a defesa de um conceito procedimental de democracia, com condições procedimentais mínimas que permitam uma formação da opinião e da vontade de maneira discursiva e dialógica, possibilitando aos afetados a participação ativa não apenas no processo de elaboração da norma, como também na sua concretização, ao mesmo tempo em que recusa um tribunal paternalista, consiste na apropriação mais importante para contextos políticos como o brasileiro, da proposta habermasiana. Assim é que Habermas defende um processo hermenêutico aberto à comunidade de intérpretes, partindo da premissa de que a crítica oriunda da esfera pública possui um potencial racionalizador na justificação das decisões tomada pelos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, primeiro, optou-se por expor as principais teses de Ronald Dworkin acerca de seu conceito substancialista de democracia constitucional, e de como ele defende os direitos fundamentais, cuja proteção constitui encargo das instâncias jurisdicionais, e de como o juiz deve agir no processo de concretização desses direitos. Depois, segue-se a proposta habermasiana de democracia deliberativa, que prescinde da confiança nas tradições de uma cultura específica, e a sua defesa de uma dialogia emergente da esfera pública, cuja racionalidade deve penetrar nas instâncias de decisões políticas contribuindo na formulação de decisões corretas. Com isso, o presente capítulo prepara o referencial teórico a partir do qual se examinam as questões postas na introdução e desenvolvidas nos capítulos subseqüentes, ou seja, como o Supremo foi concebido no processo constituinte e, principalmente, como ele tem definido o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis, em particular no que se refere à participação da comunidade de intérpretes da Constituição.

2.1

Democracia e Tribunais Constitucionais em Ronald Dworkin

A obra de Dworkin constitui um dos trabalhos mais importantes e polêmicos da filosofia político-jurídica contemporânea e tem sido objeto de controvérsias que transcendem os estreitos limites do meio acadêmico do Direito⁵⁰. Em linhas gerais, a teoria dworkiniana destaca-se pelo seu contundente ataque ao utilitarismo e à filosofia analítica, propondo uma teoria do direito que não se isole da moral, nem da filosofia, e não tenha apenas funções descritivas mas também prescritivas.⁵¹ Ela revela a necessidade de restabelecer as pontes – cindidas pela tradição analítica desde John Austin – entre o saber normativo do direito, normalmente ocupado pela filosofia do direito, e o saber descritivo da ordem jurídica.

Primeiro, o ataque ao utilitarismo em Dworkin sustenta-se na premissa de que essa escola, ao fixar-se em objetivos coletivos, não toma os direitos individuais seriamente. Para o autor de *Levando os direitos a sério*, os direitos individuais não se subordinam a critérios de bem-estar social e a outros valores coletivos, ao contrário, eles valem por si, pelo seu valor moral. Igualmente objeto de crítica direta de Dworkin, a escola analítica do direito – cuja origem remonta a Austin, discípulo do filósofo utilitarista Jeremy Bentham – propõe uma ciência do direito bem delimitada e definida. Esta escola é conhecida por ter cindido o estudo jurídico em duas partes bem distintas e desconexas: (i) por um lado, o estudo normativo do direito, cuja preocupação se concentraria em investigar como *deve ser* o direito; (ii) por outro lado, o estudo conceitual do direito, que tem como objeto a descrição do direito positivo. Dworkin propõe exatamente o contrário, ou seja, a construção de um saber jurídico que não se feche em si, mas que se abra a juízos morais e a aspectos políticos, sem assumir os pressupostos do jusnaturalismo moderno.⁵²

⁵⁰ CALSAMIGLIA, ¿Por que es importante Dworkin?, p. 159.

⁵¹ Ibid., 164.

⁵² Segundo Albert Calsamiglia, muitos dos críticos de Dworkin limitam-se a citá-lo sob o rótulo de apologista do sistema norte-americano ou de neojusnaturalista para evitar o enfrentamento direto com o incômodo que suas teses produzem. Contudo, Calsamiglia afirma que Dworkin não é um autor jusnaturalista, pois não acredita na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Ademais, o autor americano se utiliza de um

Nesse sentido, sua obra pode ser vista como alternativa para se fugir à disputa entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, superando a incerteza do primeiro e o fundamentalismo do segundo.⁵³ Ademais, ela identifica-se com uma teoria jurídica liberal e progressista, que assume como pressuposto político a defesa dos direitos individuais em relação aos interesses gerais, ao mesmo tempo em que evita a doutrina do direito natural e formula uma compreensão bastante peculiar de democracia constitucional e comunidade de princípios, que o ajudará a compreender duas de suas grandes preocupações, quais sejam, saber como se justifica o uso da coerção pelo Estado e como o passado pode determinar o presente.⁵⁴

Como um bom liberal, preocupado com a limitação do poder político, a sua obra também alimenta uma reflexão sobre a função e responsabilidade política dos juízes, o que é feito a partir da idéia de uma comunidade que compartilha princípios comuns. Exatamente nesse ponto a apresentação de Dworkin será importante para o presente trabalho, ou seja, primeiro, na sua formulação de um conceito substancialista de democracia, e, nesse quadro, qual é o lugar dos Tribunais nas democracias contemporâneas e como os juízes se envolvem da tarefa de aplicação dos direitos.

2.1.1

O Conceito Substancialista de Democracia Constitucional

Ronald Dworkin entende que a relação entre democracia e direitos fundamentais não é em si contraditória, e a harmonia entre essas duas idéias ocorre com a construção do conceito de democracia constitucional. Para explicar essa relação, convém antes destacar que, em sua teoria liberal, se destaca a idéia de que uma comunidade democrática, não obstante seja formada por indivíduos independentes do ponto de vista moral, formam uma unidade de ação autônoma, ou

aparato analítico distinto do jusnaturalismo pré-benthamiano e do positivismo jurídico, qual seja, o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento do direito. Cf. Ensayo sobre Dworkin, Prólogo in Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995. p.8-12.

⁵³ ARANGO, *¿Hay Respuestas Correctas en Derecho?*, p. 3.

⁵⁴ Ibid., p. 3.

seja, o povo, compreendido como uma entidade distinta da maioria ou da soma de numérica de seus membros.⁵⁵

Para que se reconheça no indivíduo a qualidade de membro de uma determinada comunidade, sua teoria requer sejam observadas algumas exigências bem peculiares. Dworkin entende que os indivíduos são membros de uma comunidade de ação autônoma quando se observam cumulativamente três condições: em primeiro lugar, o indivíduo deve tomar parte no governo, no sentido de que este deve ser eleito pelo povo; depois, os interesses dos indivíduos devem se fazer valer nas decisões políticas; por último, o indivíduo deve possuir uma independência moral diante dessas decisões.⁵⁶

Desse modo, uma comunidade autônoma assegura a cada cidadão seu lugar (*princípio da participação*) e seu interesse na vida coletiva (*princípio da implicação*), tanto quanto sua autonomia em relação à comunidade (*princípio da autonomia*). Neste ponto, é interessante notar também que o liberalismo de Dworkin, em comparação ao liberalismo de Rawls, admite de forma muito mais acentuada a importância da vida ética da comunidade na esfera individual. Essa relação mais estreita do indivíduo em relação à sua comunidade implica dizer, por sua vez, que a teoria jurídica e política de Dworkin confere importância tanto aos efeitos da ação coletiva sobre os interesses dos indivíduos quanto aos efeitos de suas ações individuais sobre os demais membros e sobre a comunidade como um todo. Não à toa, conforme anota Gisele Cittadino, que Dworkin faz referência ao republicanismo cívico liberal, quando discute as obrigações que os indivíduos possuem em relação à sua comunidade.⁵⁷

Isso permite a Dworkin defender a idéia de *comunidade de princípios*, precisamente porque as pessoas apenas integram um determinado grupo social

⁵⁵ Para explicar seu conceito de comunidade de ação comunitária, Dworkin recorre à metáfora de uma orquestra executando a 6ª sinfonia de Beethoven: “Una orquesta es una entidad y tenemos que referirnos a esa entidad para entender qué ocurre cuando se ejecuta una sinfonía, pues esta no es sólo una función de las acciones de individuos aislados. Una sinfonía es el producto de músicos que actúan, cada uno con un sentido de que desempeña un papel en algo más grande, a saber, la orquesta”. Cf. DWORKIN; HABERMAS, *¿Impera el derecho sobre la política?*, p. 4.

⁵⁶ Ibid, p. 5.

⁵⁷ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p.158.

quando aceitam que seus destinos sejam fortemente ligados por *princípios comuns*, e não apenas por regras criadas por um acordo político.⁵⁸ Em suas próprias palavras,

“os membros de uma determinada sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados”.⁵⁹

Portanto, embora separados por interesses, projetos pessoais, convicções, enfim, diferentes concepções acerca do bem, os indivíduos, enquanto membros de uma comunidade democrática, partilham de uma compreensão de justiça, consistente, no liberalismo de Dworkin, no fato de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração.⁶⁰ Além disso, observando-se que a condição de membro de uma comunidade pressupõe uma independência do ponto de vista ético e moral, ao mesmo tempo em que o membro é individualmente responsável por seus atos, governo algum deve procurar moldar as concepções individuais acerca do bem.

Ademais, não se pode perder de vista que Dworkin, enquanto liberal, entende que os acordos políticos tomados nas instâncias representativas de deliberação nem sempre são capazes de dar conta de todas as dimensões éticas da vida individual, de tal modo que o princípio da autonomia moral exige a existência de direitos fundamentais indisponíveis, atribuídos aos indivíduos moralmente autônomos, e que não estejam ao sabor das majorias eventuais,⁶¹ o que revela o compromisso de Dworkin com as liberdades negativas, ou seja, com um âmbito de ação dentro do qual o indivíduo tem a faculdade de agir independentemente de interferências externas.

Com isso, Ronald Dworkin, em contraposição à idéia de democracia majoritária, cuja característica reside na prevalência absoluta das decisões tomadas por maioria, formula a concepção de democracia constitucional, a partir da premissa

⁵⁸ DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 254.

⁵⁹ Ibid, p. 254-255.

⁶⁰ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 153.

⁶¹ Ibid, p. 158.

de que os membros de uma comunidade são titulares de direitos fundamentais,⁶² e devem ser tratados com igual respeito e consideração.⁶³ Dworkin argumenta que a democracia atual busca nas formas constitucionais dois tipos de regras que condicionam o processo democrático. Primeiro, as regras possibilitadoras – são as que estabelecem o processo democrático, prescrevendo quem deve votar e quem pode ser votado, as instituições compostas por representantes eleitos, enfim, os aspectos procedimentais do governo da maioria. Segundo, as regras constitucionais limitantes, que estabelecem os direitos básicos pressupostos para uma associação legítima.⁶⁴ Enquanto a idéia de democracia majoritária se resume às regras possibilitadoras, que se limitam a assegurar a vontade da maioria, a concepção de democracia constitucional, defendida por Dworkin, além das regras procedimentais, pressupõe um conjunto de direitos fundamentais como condição necessária para uma comunidade democrática. Nesse sentido, a democracia defendida por Dworkin não se satisfaz com as decisões tomadas nas instâncias que garantem a deliberação majoritária, mas exige do governo e da comunidade a submissão a determinadas condições – chamadas de condições democráticas – capazes de assegurar o igual *status* a todos os cidadãos.⁶⁵

Vale frisar, portanto, que os direitos individuais, entendidos como pressupostos da democracia constitucional, encontram-se fora do debate legislativo, logo protegidos contra eventuais decisões lesivas tomadas por grupos de interesses organizados ou por maiorias transitórias, e Dworkin encontrará no Judiciário a instância apropriada para a defesa desses princípios.

A passagem abaixo transcrita demonstra como a preocupação de um Estado de Direito centrado nos direitos, cuja proteção é atribuída à instância jurisdicional,

⁶² Vale frisar que os direitos fundamentais não são, para Dworkin, derivados de um direito anterior e superior, desvelados racionalmente. Ao contrário, ele não acredita na existência de um direito natural, constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis, tal como o jusnaturalismo moderno pré-Bentham. O jurista norte-americano concebe os princípios e os direitos fundamentais como um dado histórico e cultural, reconhecidos no seio de uma comunidade política, cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração.

⁶³ Ibid, p. 158.

⁶⁴ DWORKIN; HABERMAS, *Impera el derecho sobre la política?*, p. 4.

⁶⁵ DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, p. 17.

constitui instrumento de preservação do princípio básico do liberalismo de Ronald Dworkin: a igualdade.

“Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”.⁶⁶

Assim, ao questionar se se constitui prática lesiva para a democracia que questões políticas de princípios sejam decididas por tribunais e não por funcionários eleitos,⁶⁷ Dworkin oferece a resposta no sentido de que a técnica para examinar uma reivindicação de direito, no tocante à coerência especulativa, é mais bem desenvolvida no discurso judicial do que no legislativo ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores. Ou seja, os representantes eleitos não estão, em sua concepção, institucionalmente em melhor situação do que os juízes para decidir questões de direitos. Da mesma forma, os membros de minorias organizadas têm mais a ganhar com a possibilidade de os tribunais poderem decidir questões políticas, pois, na via legislativa, os grupos majoritários têm mais capacidade de impor seus interesses sobre os direitos das minorias, ao passo que os tribunais são mais acessíveis para grupos minoritários pleitearem direitos e obter uma decisão fundamentada acerca de seu pleito.⁶⁸ A revisão judicial, enfim, assegura que as

⁶⁶ DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*, p. 31.

⁶⁷ Ibid, p. 25.

⁶⁸ Ibid, p. 32.

questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político.⁶⁹

Disso resulta que as decisões tomadas pelo Estado e pela comunidade, enquanto agentes morais, sejam relativas às deliberações legislativas, sejam relativas aos pronunciamentos judiciais, devem ser justificadas por princípios compartilhados por uma comunidade ética, o que significa dizer que tanto as normas como as decisões judiciais se subordinam aos princípios de conteúdo moral da comunidade, porém o Judiciário consiste na instância mais apta a verificar a observância desses princípios,⁷⁰ o que fica claro na seguinte passagem:

“Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios e não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral –, e que deve tomar estas decisões aplicando a teoria substantiva da representação, extraíndo do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”.⁷¹

Sobre a possível contradição entre Estado de Direito e Democracia, cuja tensão se apresenta de modo especial no fenômeno da revisão judicial da constitucionalidade dos atos deliberados pelo Poder Legislativo, Dworkin enfatiza que o Estado de Direito aperfeiçoa a democracia com a introdução do fórum do princípio, indispensável para um governo com pretensões de assegurar a igualdade entre todos. Em suas palavras:

“Posso ter dado a impressão de que democracia e Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça,

⁶⁹ Ibid, p. 102. Vale também destacar a seguinte passagem: “Desse modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são um pré-requisito da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente, os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes pelo Executivo demonstrou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo”. DWORKIN, *Juízes políticos e democracia*.

⁷⁰ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 163.

⁷¹ DWORKIN, *op.cit.*, p. 101.

no fim, é uma questão de direito individual, não isoladamente uma questão de bem público”.⁷²

2.1.2

Controle da Discrecionariiedade Judicial, *Judicial Review* e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Dworkin justifica um papel ativo do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, pressupondo que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe decisões contra-majoritárias, cuja força obrigatória advém de *princípios* exigidos pela moralidade política. Para tanto, a teoria de Dworkin requer que as diretrizes políticas e os princípios migrem para a linguagem neutra do direito e do código legal, de tal forma que não se pode estabelecer uma absoluta separação entre direito, moral e política, o que o coloca, conforme já exposto, em posição contrária ao positivismo de Austin ou de Hart.⁷³

Não obstante a defesa de que questões fundamentais de uma comunidade política estejam sob a tutela jurisdicional, Ronald Dworkin mantém a preocupação de um ativismo judicial pautado por argumentos racionais e controláveis, que não descambe para uma versão autoritária dos governos dos juízes.⁷⁴ Assim, a leitura moral da Constituição, embora situe a moralidade política no coração do direito constitucional,⁷⁵ supõe que os juízes e as Cortes, ao aplicarem a Constituição, o façam a partir de limites previamente estabelecidos, de maneira que não possa ser facultada ao aplicador a possibilidade de recorrer a critérios discricionários na concretização do direito.

⁷² Ibid, pp. 38-39.

⁷³ Dworkin considera a obra de Herbert A. L. Hart a mais influente e avançada versão contemporânea do positivismo jurídico e a elege explicitamente como alvo de suas críticas. Cf. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, p. 31.

⁷⁴ BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 75.

⁷⁵ DWORKIN, *Freedom's Law: The moral Reading of the American Constitution*, p. 2.

O direito como integridade contesta a forma de ativismo judicial em que o juiz rejeita a Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores dos Tribunais Superiores e as tradições da cultura política, pois defende que os juízes apliquem a Constituição não por suas convicções pessoais, mas por meio de um processo interpretativo capaz de envolver a moral política, a justiça, as tradições e a cultura política de uma nação no processo de aplicação da Constituição, não cedendo espaço para a tirania.⁷⁶

Segundo Dworkin, se o juiz pudesse decidir segundo critérios discricionários, comprometer-se-iam três valores essencialmente democrático-liberais: a autonomia pública, a segurança jurídica e a separação de poderes. Prejudicaria a autonomia pública, pois os juízes, ao criarem as regras a serem aplicadas ao caso, usurpariam da capacidade de auto-legislação dos cidadãos; a segurança jurídica, pois as leis criadas para o caso seriam retroativas; e a separação de poderes, uma vez que, assim agindo, o aplicador estaria assumindo uma tarefa essencialmente legislativa.⁷⁷

Tal desconfiança da subjetividade do órgão aplicador e a defesa de um controle da atividade jurisdicional levam Dworkin a construir uma teoria da decisão judicial que não deixe espaço para a discricionariedade, e o opõe aos representantes tanto do realismo como do positivismo jurídico. Com efeito, a escola realista norte-americana concentra-se no estudo dos comportamentos do juiz e da decisão judicial, afirma que o ato de julgar inevitavelmente está impregnado de um decisionismo do julgador, que, diante de um caso, consciente ou inconscientemente, primeiro escolhe uma decisão, e depois busca os fundamentos para justificá-las.⁷⁸ Já o positivismo jurídico, na versão de Hart, divide os casos apreciados pelo julgador em casos fáceis – que são os casos mais corriqueiros, nos quais a lei a ser aplicada é clara e a jurisprudência, pacífica –, e os casos difíceis, em que a lei é omissa ou confusa, exigindo do juiz um certo grau de discricionariedade na aplicação da lei. Dworkin rechaça qualquer forma de discricionariedade judicial, ao afirmar que os juízes,

⁷⁶ DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 451-452.

⁷⁷ CALSAMIGLIA, *El concepto de Integridad en Dworkin*, pp. 159-163.

⁷⁸ VIEIRA, *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 188-189. O autor centra-se no realismo norte-americano de Holmes, Frank e Pound.

inclusive nos casos difíceis, têm à sua disposição critérios prévios para decidir da melhor forma possível. Nesse sentido, leciona Oscar Vilhena Vieira:

“Ao trazer os princípios para o sistema jurídico e, conseqüentemente, para a tarefa de aplicação do direito, Dworkin busca demonstrar que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo como pretendem os realistas e positivistas e que o fato de os juízes se utilizarem de outros critérios, que não sejam apenas regras, na aplicação do Direito não significa que estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores”.⁷⁹

Para Dworkin, o sistema jurídico, frisa-se, não é integrado apenas por normas, mas também por outros critérios que delimitam a atividade jurisdicional, quais sejam, os princípios do direito e as diretrizes políticas.

Não obstante princípios e regras possuírem um conteúdo deontológico, Dworkin enfatiza que eles se distinguem no plano lógico. Em outras palavras, tanto os princípios do direito como as regras apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.⁸⁰ Enquanto as regras são formuladas com base em um modelo condicional, em que se verificada a hipótese fática *A*, então aplica-se a consequência normativa *B* (se *A*, então *B*); os princípios possuem conteúdo *a priori* indeterminado e apenas orientam a decisão oferecendo razões para decidir em um ou outro sentido, mas jamais predeterminando de modo conclusivo uma decisão. Daí a afirmação de que as regras são aplicadas à maneira tudo ou nada, de modo que, dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, caso em que nada contribui para a decisão; os princípios, por sua vez, apenas contribuem para a decisão oferecendo fundamentos, que podem, no processo de aplicação do direito, ser conjugados com outros fundamentos oriundos de outros princípios.⁸¹

Ao lado das regras e dos princípios, existem também as diretrizes políticas (*policies*), que são um estandarte que propõe um objetivo a ser alcançado, uma meta coletiva. Destaca-se, portanto, nas diretrizes políticas uma dimensão teleológica,

⁷⁹ Ibid, p. 198.

⁸⁰ DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 40.

⁸¹ Ibid, pp. 39 e ss.

consistente na adoção de um padrão de conduta que melhor atinja um objetivo da comunidade. Os princípios do direito, ao contrário, são um estandarte que deve ser obedecido pelo seu conteúdo deontológico e são uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade política⁸², sem levar em consideração qualquer dimensão de finalidade coletiva. Isso fica muito claro na seguinte passagem:

“Denomino ‘política’ [diretrizes políticas] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”⁸³.

Note-se que a ponderação defendida por Dworkin é para o caso de colisão entre princípios, e não ocorre quando da colisão entre diretrizes políticas e princípios, hipótese em que os segundos devem necessariamente prevalecer sobre os primeiros. Essa preponderância se justifica em razão da importância que os direitos individuais – exigência de *justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade* – desempenham em sua obra.⁸⁴

Por um lado, se o sentido obrigatório dos princípios consiste em uma forma de controlar a discricionariedade do juiz, por outro, deve-se reconhecer também que não é fácil a tarefa de encontrar os princípios jurídicos e conferir o peso exato de cada um deles para resolver os casos concretos. Contudo, Dworkin argumenta que, por mais árdua que seja a tarefa para encontrar e balancear os princípios que são relevantes para a solução de um caso, o juiz tem sempre a obrigação de descobrir qual é o direito das partes e não inventar novos direitos a partir de critérios subjetivos.⁸⁵

⁸² MAIA e SOUZA NETO, *Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*, p. 73.

⁸³ DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 36.

⁸⁴ A defesa dos direitos individuais na obra de Dworkin fica muito clara no momento em que ele rejeita a tese utilitarista segundo a qual deve buscar-se a realização de maiores utilidades para o maior número de pessoas mesmo que isso importe em desconsiderar os direitos individuais. Para Dworkin, ao contrário, os direitos individuais não se subordinam a metas coletivas, logo, em caso de conflito, os princípios necessariamente prevalecem sobre as diretrizes políticas.

⁸⁵ VIEIRA, *A Constituição e sua Reserva de Justiça: ensaio sobre os limites do poder de reforma*, p. 201.

Para superar esta dificuldade, Dworkin utiliza-se do recurso contrafático de um juiz ideal, cuja capacidade intelectual pode medir-se com as forças físicas de um Hércules.⁸⁶ Ao mesmo tempo em que esse juiz idealizado revela sua opção pelo construtivismo, ele se apresenta como um protetor das minorias contra eventuais injustiças praticadas pelas majorias, interpretando o direito como integridade, isto é, o direito como um conjunto indivisível dos princípios e valores, que, diferentemente do direito natural racional, encontram-se sedimentados na prática histórica e compartilhados socialmente.⁸⁷ Hércules não age para impor um conjunto de princípios que estão fora do mundo real, mas age dentro de um território concreto: uma determinada democracia, na sua Constituição, e em uma cultura política específica.

Observa-se que a interpretação racionalmente formulada a partir de princípios substantivos deve considerar não apenas a Constituição como um todo, mas também a história, as tradições e as práticas constitucionais. Com isso, o Juiz Hércules, ao interpretar e aplicar o direito, deve ter em mente que seu ato faz parte de um encadeamento histórico, no qual os juízes descobrem os princípios que gradativamente foram incorporados à sua prática constitucional.⁸⁸ Segundo Habermas, a teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.⁸⁹

Nesse ponto, Dworkin compara a interpretação jurídica com a formulação de um longo romance literário, no qual o juiz age como um escritor de um capítulo deste romance, cujos capítulos anteriores foram escritos por outros autores, e, para manter a coerência e harmonia com o conjunto da obra, o escritor deve ter em mente o conteúdo dos capítulos anteriores. Como esclarece o próprio Dworkin:

“Em tal projeto [do romance em cadeia], um grupo de romancista escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, ao que então é acrescentado o romancista seguinte, e

⁸⁶ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 263.

⁸⁷ VIANNA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 35.

⁸⁸ Não é demais lembrar que Dworkin tem em mente os séculos da prática constitucional norte-americana

⁸⁹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 264.

assim por diante. Cada um deve escrever um novo capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração.

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um só autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”.

⁹⁰

Habermas, com isso, afirma que Dworkin tem o mérito de preocupar-se com uma prática de decisão judicial que satisfaça simultaneamente as exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional.⁹¹ O princípio da segurança jurídica exige que as decisões sejam tomadas no quadro da ordem jurídica estabelecida; a pretensão de legitimidade implica, por sua vez, decisões que devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.⁹²

Segundo Habermas, Dworkin sabe que, para cumprir tamanha tarefa – a de produzir uma teoria decisão judicial legítima dentro de suas premissas –, precisa lançar mão de um personagem com enorme capacidade intelectual e qualidades morais. Habermas, ademais, afirma que o “juiz Hércules” tem à sua disposição dois componentes de um conhecimento ideal: primeiro, ele conhece todos os princípios e objetivos válidos necessários para justificar uma decisão; depois, “ele tem uma visão completa sobre os elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”.⁹³

A argumentação de Dworkin acerca da leitura moral da Constituição revela um modelo de interpretação constitucional orientado por normas e princípios, e pressupõe uma comunidade que partilha princípios comuns, do mesmo modo que expressa uma confiança antropológica em suas tradições.⁹⁴ Conforme alerta Habermas, é exatamente por confiar nas tradições e práticas constitucionais norte-

⁹⁰ DWORKIN, *O império do direito*, p. 276

⁹¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 252.

⁹² Ibid, p. 246.

⁹³ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 263.

⁹⁴ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 221.

americanas que Dworkin pode, por um lado, adotar uma visão substantiva e não meramente procedimental de democracia constitucional e, por outro lado, configurar um modelo hermenêutico que pressupõe uma concepção de direito como interpretação e integração.⁹⁵

Não é por outra razão que Habermas afirma:

“A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de ‘razão existente’. Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está obrigado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano”.⁹⁶

Entretanto, na visão de Habermas a proposta de Dworkin não é adequada para a maioria das democracias contemporâneas, principalmente nas realidades onde predominam uma situação de pluralismo social, misturada com um passado autoritário. Primeiro porque Dworkin aposta em um juiz que atua monologicamente e tem a pretensão de um privilégio cognitivo, ou seja, um juiz, que por estar altamente qualificado – seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais –, possa representar os cidadãos e garantir *inteiramente* a integridade da comunidade.⁹⁷ Segundo, porque em um contexto histórico-social que não propicia o recurso a princípios substantivos, inviabiliza a teoria de Dworkin, pois

“a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios”.⁹⁸

A jurisdição constitucional em Dworkin seria, por assim dizer, o *fórum do princípio* por excelência, porquanto os juízes constitucionais, por sua formação e independência, são considerados mais aptos ou qualificados para envolver questões de princípios (insensíveis à escolha da maioria), enquanto que os parlamentos e governos são mais qualificados à vista de sua legitimação popular, para escolher as

⁹⁵ HABERMAS, op. cit., 252.

⁹⁶ Ibid, p. 266.

⁹⁷ Ibid, p. 277.

⁹⁸ Ibid, p. 252.

políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade.⁹⁹ Entretanto, uma forma diferente de conceber a democracia, e de justificar uma jurisdição constitucional adequada para contextos em que o passado político deve ser apropriado criticamente, e que preserve o potencial de racionalidade que emerge do diálogo, pode ser encontrada na perspectiva habermasiana. Assim, no próximo item pode-se observar como Habermas constrói o seu conceito de democracia deliberativa, que é a fonte de legitimação do direito moderno, e como a exigência de legitimidade do direito estará também presente no processo de concretização das normas constitucionais, processo este tanto mais legítimo quanto mais se abrir para o diálogo.

2.2

Democracia e Tribunais Constitucionais em Jürgen Habermas

Na obra *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, Habermas defende a tese de que Estado de Direito e Democracia mais do que se relacionarem do ponto de vista histórico-empírico, guardam entre si um vínculo de natureza conceitual. Em outras palavras, há entre essas duas idéias um nexo interno, de modo que, se levada às últimas conseqüências, a idéia de Estado de Direito permanecerá incompleta sem uma real participação democrática dos cidadãos,¹⁰⁰ do mesmo modo que a realização da democracia depende das formas do Estado de Direito para se efetivar em sociedades complexas.

Com isso, a partir das teses fundamentais da Teoria do Agir Comunicativo, Habermas, diferentemente de Dworkin, desenvolve uma noção procedimentalista do Estado Democrático de Direito e do Direito, sem abandonar o pressuposto de que a ordem jurídica não pode prescindir da pretensão de legitimidade. Mas em condições pós-convencionais, ou seja, num ambiente em que diversas pretensões de validade convivem, muitas vezes em situação de conflito, a qualidade

⁹⁹ BINENBJOM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 90.

¹⁰⁰ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 310. Também: HABERMAS; DWORKIN, *¿Impera el Derecho sobre la Política?*

de legítimo não pode apoiar-se no aspecto metafísico ou substantivo de um direito natural,¹⁰¹ anterior e superior à ordem normativa, mas sim nos pressupostos comunicativos, que se desenvolvem sob condições específicas, do processo de formação da opinião e da vontade, compreendidas à luz da teoria do discurso.¹⁰²

Enfim, inúmeras e complexas são as teses desenvolvidas por Habermas acerca da política e do direito, mas para o propósito do presente trabalho convém delimitar a abordagem dessa teoria a dois aspectos essenciais, quais sejam, (i) ao modo como se fundamenta o conceito normativo de democracia, a que o direito moderno, que se nutre da expectativa de legitimação, vai apoiar-se para justificar uma obediência espontânea à ordem jurídica, e (ii) em que sentido podem os Tribunais Constitucionais, compostos de membros não eleitos pelo voto direto, cumprir legitimamente a tarefa de concretizar as normas e princípios abstratos de uma ordem normativo-constitucional, tomando decisões com repercussões políticas, inclusive revendo as deliberações das instâncias de representação popular.

2.2.1

Democracia Deliberativa, Espaço Público e Legitimidade do Direito

Habermas sempre pensou que sua teoria da ação comunicativa incorporava não apenas uma ética da discussão, mas também uma teoria da legitimação democrática.¹⁰³ Com tal premissa, o pensador alemão constrói o seu conceito de democracia deliberativa a partir de um diálogo com as concepções *liberal*, cuja tradição remonta a Locke, e *republicana*, de matriz rousseauiana, de democracia, presentes no debate teórico-político estadunidense. Esse modelo de democracia deliberativa, que servirá de fundamento para legitimar a ordem jurídica, é construído

¹⁰¹ Segundo Flavio Beno Siebeneichler, a obra de Habermas “pretende, em última instância, discutir as condições, as possibilidades e a legitimidade do direito nas sociedades contemporâneas pós-tradicionais, onde ele tornou-se positivo e funcional, perdendo totalmente seu caráter natural e divino”. Cf. *Uma Filosofia do Direito Procedimental*, p. 156.

¹⁰² HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2., p. 310.

¹⁰³ MARTINS, *Modelos de Democracia*, p. 86.

especificamente através da confrontação de três aspectos básicos do debate norte-americano, a saber, a *cidadania*, o *direito* e a *natureza do processo político*.¹⁰⁴

Em primeiro lugar, a concepção liberal elabora um *conceito de cidadão* destacando a titularidade de direitos subjetivos oponíveis ao Estado e aos demais cidadãos, ou seja, o liberalismo concebe o cidadão como titular de *direitos negativos* em face de terceiros. Estes direitos decorrem da lei, e cada cidadão, à medida que age dentro de seus limites, goza da proteção do Estado.¹⁰⁵ Ainda nessa lógica liberal, os direitos políticos de participação dão aos cidadãos a possibilidade, através de eleições e da composição do parlamento e do governo, de fazer valer seus *interesses privados*, que devem ser agregados e cotejados com os interesses pessoais dos outros cidadãos, para, por fim, se formar uma vontade política capaz de agir sobre a administração. Desse modo, os cidadãos ao defenderem seus interesses através do voto, nos processos eleitorais, agem estrategicamente, voltados para o êxito, de acordo com a mesma lógica dos participantes do mercado.¹⁰⁶

Na concepção republicana, ao contrário, as *liberdades positivas*, entre as quais destacam-se o direito de participação e o de comunicação políticas, definem melhor o *status* de cidadão. Os republicanos, portanto, compreendem a cidadania, primordialmente, como a possibilidade de participação em uma prática política comum.¹⁰⁷ As liberdades positivas permitem que cidadãos, através da prática política democrática, se convertam em atores políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.¹⁰⁸ Vale dizer, espera-se dos cidadãos republicanos, muito mais do que agir segundo seus interesses privados, uma ação virtuosa em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais cidadãos livres e iguais possam entender-se acerca de fins e normas que correspondam aos interesses de todos os integrantes de uma determinada comunidade.

Em consonância com o seu conceito de cidadania, o liberalismo entende a *ordem jurídica* estruturada a partir da noção de *direitos subjetivos*. Estes permitem

¹⁰⁴ HABERMAS, *Três Modelos Normativos de Democracia*, p. 41.

¹⁰⁵ Ibid, p. 41.

¹⁰⁶ Ibid, p. 41. Também: MARTINS, *modelos de democracia*, p. 88-89.

¹⁰⁷ MARTINS, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p. 41.

verificar, em cada caso particular, o direito que cabe a cada indivíduo, produzindo segurança jurídica, e possibilitando aos atores o cálculo das possíveis conseqüências de seus atos e das ações dos outros sujeitos de direitos. Além disso, a ordem jurídica tem o condão de fixar *limites de poder* indispensáveis para, em um contexto pluralista, perseguir o equilíbrio mais satisfatório possível de interesses diferentes e conflitantes.¹⁰⁹ Em contrapartida, os republicanos conferem primazia ao *aspecto objetivo* da ordem jurídica. A perspectiva republicana compreende os direitos como resultado de uma vontade política prevalente, e a ordem jurídica incorpora o elemento teleológico de realizar o bem comum em uma dada comunidade, o que implica ajustar os direitos às condições e aos costumes de um grupo social específico.¹¹⁰

No terceiro e último aspecto da comparação feita por Habermas, o *processo político*, a diferença entre republicanos e liberais revela-se muito mais profunda. De um lado, os liberais entendem a política como uma disputa de posições para assumir o poder administrativo e nele manter-se. Da concorrência entre atores políticos que agem estrategicamente, ou seja, orientados para o êxito, a fim de adquirir e conservar posições de poder, forma-se a opinião e vontade políticas na esfera pública e no parlamento. O resultado final desse jogo afere-se por meio de uma soma vetorial de forças, em que o êxito dos atores políticos mede-se pelos votos obtidos dos cidadãos. Estes, por sua vez, votam de acordo com suas preferências, tais como os participantes de um *mercado*, guiados por seus próprios interesses. Neste processo, os atores políticos não fazem uso de argumentos racionais para prevalência de seus interesses, mas transigem através de instrumentos de barganha.¹¹¹ Assim, mediante procedimento democrático, entendido como um sistema de concorrência de interesses privados, a sociedade pode programar o aparelho administrativo do Estado, agregando-lhe os interesses dos diversos atores políticos.

Diferentemente, para os republicanos o paradigma da política não é o mercado, mas o *diálogo*, isto é, a formação da opinião e da vontade no espaço público e no parlamento deve-se à comunicação pública. Note-se que o processo político,

¹⁰⁹ Ibid, p. 41-42.

¹¹⁰ Ibid, p. 42.

¹¹¹ Ibid, p. 42-43.

nessa visão, não se reduz apenas a uma arena de disputas de interesses privados, mas está impregnado de questões de valores. O embate de opiniões no terreno da política tem força legitimadora, e o exercício continuado do discurso público adquire força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político e penetra nas instituições responsáveis por decisões de interesse geral da comunidade. A política, nessa perspectiva, constitui um processo de argumentação racional, e não tão-somente de poder, direcionado para um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou ao menos aceitável, de ordenar os aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas.¹¹² Através da política, portanto, os membros de uma dada comunidade se dão conta de sua dependência recíproca, e, voluntária e conscientemente, mantêm esse reconhecimento mútuo em que se encontram e se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade que compartilha princípios comuns.¹¹³

Ademais, para afirmar autodeterminação cidadã, a perspectiva republicana supõe uma *base da sociedade civil* autônoma, independente tanto da administração pública como do intercâmbio privado, que seria capaz de proteger a comunicação política da absorção do aparato estatal e da estrutura do mercado. Isto implica afirmar que a concepção republicana confere um significado estratégico à esfera pública política e à sociedade civil, pois são eles que devem assegurar a força integradora e o entendimento entre cidadãos. Porém representa um idealismo excessivo, pois faz o processo democrático depender da virtude de cidadãos e dos valores compartilhados por uma comunidade.¹¹⁴

Ao comparar os dois modelos, Habermas resume que o modelo liberal, por um lado, confere primazia à liberdade dos modernos (aos direitos humanos) e compreende o processo de formação da opinião e da vontade na eleição e no parlamento como um compromisso de interesses, e o republicano, ao preferir a liberdade dos antigos (a soberania popular) alia o processo político a uma auto-compreensão ética da comunidade.

¹¹² Ibid, p. 43.

¹¹³ Ibid, p. 40

¹¹⁴ Ibid., p. 44.

Diante desse quadro, a teoria do discurso situa-se em uma posição intermediária e associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, e toma elementos de ambos, articulando-os de forma nova e distinta.¹¹⁵ A perspectiva habermasiana, sem preterir a estrutura do Estado de direito, confere um lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade, pois ela entende os princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os pressupostos comunicativos de uma formação democrática da opinião e da vontade.¹¹⁶

O pensador alemão enfatiza o fato de que as teorias liberais e republicanas não conseguiram eliminar a tensão existente entre soberania popular e direitos humanos, em outras palavras, entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, ou ainda, entre liberdade positiva e liberdade negativa. O pensador alemão procura dirimir essa relação de tensão a partir da idéia de que os indivíduos em uma comunidade jurídica somente podem ser inteiramente autônomos se forem simultaneamente autores e destinatários de seus direitos. Dessa idéia de auto-legislação decorre, na argumentação habermasiana, que autonomia privada e autonomia pública não concorrem entre si, ao contrário, se pressupõem mutuamente, há entre soberania popular e direitos humanos um nexó interno, de natureza conceitual.

Esse nexó interno entre direitos humanos e soberania popular caracteriza-se pela circunstância de que a exigência de institucionalização jurídica do processo de auto-legislação apenas pode ser cumprida com o respaldo de um código de direito que garanta as liberdades subjetivas de ação para a produção legítima do direito. Na direção contrária, a distribuição igualitária dessas liberdades subjetivas só pode se concretizar por meio de um procedimento democrático que possibilite extrair do

¹¹⁵ “Habermas, ao sustentar um terceiro modelo – procedimental – critica os liberais pela sua negligência à necessidade de solidariedade social, enquanto os comunitários também são criticados por se inspirarem em uma noção de comunidade limitada, excessivamente dependente dos laços de pertença étnicos e culturais”. CF. MAIA, *Direitos humanos e a teoria do direito e da democracia*, p. 55.

¹¹⁶ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 21.

processo de formação da opinião e da vontade políticas resultados presumivelmente racionais.¹¹⁷ Nas palavras de Habermas,

“a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente. O nexo interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa – como existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, com a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a co-originalidade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial”.¹¹⁸

Assim, Habermas defende que a democracia depende da institucionalização de processos e condições de comunicação para a formação livre da opinião e da vontade, de maneira que a política deliberativa não fique na dependência de uma comunidade de cidadãos que compartilhem valores éticos comuns e sejam capazes de ação política, mas sim dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos necessários para uma formação racional da vontade. Em outras palavras, o pressuposto habermasiano aponta para a necessidade de que as instituições democráticas estejam de tal modo organizadas e estruturadas, que o discurso possa emergir como via de resolução dos conflitos provocados pelas rupturas e dificuldades de comunicação em uma comunidade particular. As normas e decisões políticas só podem obter legitimidade pelo fato de poderem ser questionadas e aceitas em um discurso de cidadãos livres e iguais, que se reconhecem não apenas como destinatários, mas também como autores das normas às quais devem obediência.¹¹⁹

¹¹⁷ Cf. LEITE, *Equiprimordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*, p. 275.

¹¹⁸ HABERMAS, *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*, p. 72. Sobre essa conexão entre direitos humanos e soberania popular, vale notar a seguinte lição: “Sob a ótica crítica discursiva, não há sequer como pensar a hipótese de o asseguramento de um direito fundamental implicar a obstrução de um preceito formulado pela soberania popular, nem a hipótese contrária, de uma decisão majoritária implicar a ofensa a um direito fundamental, porque existe uma conexão interna entre as autonomias privada e pública”. Cf. LEITE, *op. cit.*, p. 291.

¹¹⁹ MARTINS, *Modelos de Democracia*, p. 91.

A correlação entre direitos humanos e soberania popular resulta no fato de que, os cidadãos, ao pretenderem regular legitimamente suas ações através do direito positivo, devem reconhecer a existência de um sistema de direitos,¹²⁰ que permite aos cidadãos tornarem-se autores de seu próprio direito, ou seja, ele estabelece as condições sob as quais as formas de comunicação necessárias para a gênese do direito legítimo obtenham uma forma concreta no âmbito de cada comunidade particular. Consiste em um núcleo mínimo de condições para o exercício da soberania popular, composto pelos seguintes direitos:

- (1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da 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 pública* e através dos quais eles criam o direito legítimo;
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”¹²¹.

¹²⁰ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p.174. O sistema de direitos possibilita a organização da esfera político-jurídica, de tal sorte que ela contenha os direitos fundamentais que os cidadãos devem se garantir uns aos outros se pretendem legitimamente regular sua convivência por meio do direito positivo.

¹²¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 159-160. Sobre esse sistema de direitos vale destacar a seguinte lição do Professor Antonio Maia: “Se, por um lado, qualquer leitor mais severo poderia criticar a maneira pela qual Habermas deduz o sistema de direitos que reconhece como constitutivo da experiência jurídica moderna, por outro, não posso fazer justiça à densa argumentação por ele elaborada até a apresentação do seu princípio do discurso, que depois, interligado com a forma jurídica, resulta no princípio da democracia, núcleo do sistema de direitos.

Ora, em *Facticidade e Validade*, Habermas introduz antes daquilo que chama de ‘gênese lógica de direitos’, o princípio do discurso. Tem-se aqui um pequeno desdobramento do ‘princípio D’, já exposto como elemento central na sua busca de justificação de um critério capaz de aferir a legitimidade das normas de ação em ‘Notas Programáticas para a Fundamentação da Ética do Discurso’. No seu livro de filosofia de direito, o princípio do discurso tem a seguinte formulação: ‘*somente são válidas aquelas normas de ação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam dar o seu assentimento como participantes em discurso racional*’.

Após a introdução do princípio do discurso, à luz do qual a legitimidade das normas legais pode ser testada, Habermas justifica a ligação entre o princípio do discurso e o princípio da democracia, de onde é derivado o sistema de direitos fundamentais”. Cf. MAIA, *Direitos humanos e a teoria do direito e da democracia*, p. 58.

Note-se que, por um lado, a democracia deliberativa, entendida em termos de teoria do discurso, segundo a qual somente podem pretender validade as normas merecedoras de assentimentos de todos os possíveis afetados enquanto participantes de discursos racionais, deve assumir forma jurídica.¹²² Por outro lado, o direito moderno estrutura-se em um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir liberdade dos cidadãos, ou seja, as normas jurídicas resultam de decisões modificáveis a qualquer momento por um legislador político (positiva), asseguradas por meio da ameaça de sanções (impositiva), e, ao mesmo tempo, pretende assegurar a autonomia de todos os sujeitos de direitos de uma determinada comunidade jurídica.¹²³ Desse modo, as normas mutáveis e exigíveis mediante a ameaça de sanção necessitam de legitimidade, pois o direito deve garantir eqüitativamente a liberdade de todos os cidadãos, o que, em uma sociedade pós-convencional, somente pode ser buscado no processo legislativo democrático.

Em outras palavras, o direito moderno permanece entre a ameaça de sanções e a força resultante de um acordo racionalmente motivado, ou seja, entre facticidade e validade, ou ainda, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjuntamente negociado.¹²⁴

Outrossim, a sociedade pós-convencional, cuja nota característica é o pluralismo social, cultural e o pluralismo dos projetos pessoais de vida, caracteriza-se pela inexistência de visões éticas, religiosas ou tradicionais de mundo que possam configurar um sistema de valores compartilhados capaz de estabelecer um consenso básico entre os cidadãos.¹²⁵ Nesse contexto, as instituições democráticas e a solidariedade encontram nas formas do direito moderno a possibilidade de que se regule a interação de cidadãos estranhos, que desejam permanecer estranhos entre si.¹²⁶

¹²² HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 315.

¹²³ *Ibid.*, p. 307.

¹²⁴ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 171.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 171.

¹²⁶ ARAGÃO, *Habermas: filósofo e sociólogo de nosso tempo*, p.58.

Observa-se, portanto, que a proposta habermasiana de democracia deliberativa compreende que a formação da vontade coletiva, para ser legítima, deve desenvolver-se através da interação entre os mais diversos atores sociais que participam ativamente do debate público. Neste ponto, vale sublinhar a importância que a teoria do discurso da democracia confere à emergência de uma esfera pública autônoma de argumentação e debate como tema central.¹²⁷

Com efeito, Habermas identifica na era moderna a vigência de um espaço livre para o exercício da crítica e da discussão, que se dá em uma esfera situada entre a sociedade civil e o Estado, e onde o público se organiza como um portador de opinião.¹²⁸ O autor de *Direito e Democracia* entende a esfera pública ou espaço público como o local onde são debatidos os mais diversos assuntos de interesse público e vão-se formando as concepções normativas da sociedade. Desse modo, enfatiza-se a participação política e a mais ampla possível democratização do processo de decisão, enfocando-se uma formação discursiva, dialógica e inclusiva da vontade política. Conforme afirma o pensador alemão:

“Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensível no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e indentificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar”.¹²⁹

Frise-se que a atuação no interior da esfera pública não é movida, como na perspectiva liberal, nem pela defesa de interesses econômicos particulares nem pela tentativa de concentração de poderes com o objetivo de dominar os outros indivíduos. Ao contrário, a esfera pública define-se como o *locus* em que se desenvolve o uso

¹²⁷ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2., pp. 92-98.

¹²⁸ MAIA, *Espaço Público e Direitos Humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana*, p. 7. Conforme leciona Leonardo Avritzer, Habermas pretende mostrar que a modernidade não é marcada apenas pela emergência de subsistemas e formas de ação regidas por fins, mas também por um processo de racionalização ligado à possibilidade da comunicação por meio da linguagem. O conceito de esfera pública reintroduz a dimensão dialógica na democracia e a conecta com a produção de racionalidade, possibilitando a ampliação da prática democrática para além do sistema político e do aparato estatal. Cf. AVRITZER, Leonardo. “Teoria Crítica e Teoria Democrática: do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública”, p. 167-188.

¹²⁹ HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. 2, p. 91.

público da razão, permitindo, a partir de uso de argumentos racionais, a instauração de um amplo debate sobre as mais variadas questões. Com isso, a democracia associa-se à idéia de livre debate e à ampliação das áreas passíveis de politização e livre acesso a novos grupos e novas questões. O Espaço público é visto democraticamente, como uma criação de procedimentos através dos quais todos os afetados por normas sociais gerais e por decisões políticas coletivas possam ter voz na sua formulação, estipulação e aplicação, constituindo, assim, a estrutura comunicacional do agir orientado para o entendimento.¹³⁰ Em outra passagem Habermas sublinha que

“Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser caracterizada como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”.¹³¹

Para que o melhor argumento prevaleça e obtenha o assentimento generalizado, é necessário que as mais diversas razões tenham iguais oportunidades de chegarem às instâncias de deliberação e decisão, bem como ao público que as influencia. Isso depende de um espaço inclusivo em que cada argumento possa ser submetido a contra-argumentos, de modo que o melhor argumento leve a efeito a sua força legitimadora.

O espaço público cumpre a função de transmitir os impulsos comunicativos surgidos no mundo da vida às instâncias formais de decisão, permitindo à comunidade, que precisa do direito para regular suas relações, insira uma racionalidade dialógica nas instâncias estatais. Por conseguinte, processos e pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade funcionam como a

¹³⁰ Ibid, p. 92.

¹³¹ Ibid., p. 92. Grifou-se.

comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei.¹³²

Com isso, o modelo de ação política proposto por Habermas em *Direito e Democracia* vem a ser o modelo das comportas, ou eclusas, em substituição ao antigo modelo do assédio. Em ambos o sistema político estruturado do Estado de direito consta de um centro e de uma periferia. Entretanto, no modelo do assédio, a fortaleza política, que separa o centro da periferia, ficaria permanentemente assediada pelos cidadãos, que, através dos debates públicos, tratam de exercer influência sobre os processos de deliberação e decisão, mas sem intenção de transpor as barreiras que separa o centro da periferia. Na obra *Direito e Democracia*, parte-se do modelo das comportas, segundo o qual se os cidadãos desejarem exercer influência sobre o centro, isto é, sobre o parlamento, sobre os tribunais e sobre a administração, devem fazer com que os fluxos de comunicação provenientes da periferia ultrapassem as comportas dos procedimentos democráticos e dos demais procedimentos estabelecidos pelo Estado de direito.¹³³

Com isso, ao contrário de Dworkin, Habermas enfatiza o potencial de racionalidade dos procedimentos democráticos que permitem uma formação dialógica e inclusiva da vontade. Essa perspectiva, é verdade, requer uma cidadania que se nutre de uma cultura política liberal, e necessita também de condições procedimentais mínimas – o sistema de direitos –, que não podem ser supridas nem pelas decisões majoritárias. Em consonância com essa defesa dos procedimentos democráticos, Habermas rejeita a idéia de que um tribunal se envolva na prática política a partir de valores preferencialmente aceitos. Em sua concepção, os tribunais constitucionais limitam-se a zelar pelos procedimentos democráticos e suas condições mínimas, devendo também abrir-se a todo o potencial de razão emergente do diálogo proveniente da esfera pública.

¹³² Ibid, p. 23.

¹³³ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 147-148.

2.2.2

Tribunais Constitucionais e a Defesa do Procedimento Democrático em Jürgen Habermas

Atento a problemática que envolve o papel das Cortes Constitucionais na tarefa de concretizar as normas e os princípios abstratamente previstos na Constituição, Habermas inicia sua análise com a afirmação de que a existência de Tribunais Constitucionais não é auto-evidente. Para confirmar tal assertiva, o autor recorre à história, que mostra a experiência de alguns Estados de direito nos quais estes tribunais não existem ou não existiram, e, mesmo onde existem, afirma Habermas, pairam inúmeras controvérsias sobre o lugar de suas competências no esquema constitucional de separação de poderes, além de uma enorme desconfiança acerca da legitimidade de suas decisões.¹³⁴

De qualquer forma, Habermas não ignora o fato de que os Tribunais Constitucionais são uma realidade cada vez mais presente nas democracias contemporâneas e desempenham funções centrais nos sistemas políticos, sendo frequente a tomada de decisões judiciais com repercussões na vida política dos Estados atuais. Basta mencionar as funções desempenhadas pelas altas Cortes – entre as quais se destaca a disputa entre órgãos públicos, o controle concreto de constitucionalidade de normas em última instância através do recurso constitucional, tarefa na qual o tribunal funciona como uniformizador do direito, e o controle abstrato de leis –, para constatar quão presente se encontra a jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. Para Habermas, a concorrência do Tribunal Constitucional com o legislador legitimado democraticamente agrava-se especialmente no âmbito desta última atribuição, o controle abstrato de normas, ou seja, através do reexame judicial para aferir em tese se a lei votada por um parlamento eleito pelo voto direto guarda conformidade com o texto constitucional, o que se torna ainda mais grave com o fenômeno da indeterminação do direito.¹³⁵

¹³⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. 1, p. 298.

¹³⁵ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 303.

O pensador alemão defende a tese de que o esquema de separação de poderes visa submeter a administração e a justiça ao poder gerado comunicativamente nas instâncias de representação popular,¹³⁶ entretanto reconhece que atualmente são tantas as matérias cuja importância reclama por regulamentação que o legislador político não tem condição de regulamentá-las *ex ante* com suficiente precisão, devendo, nesses casos, atribuir à administração e ao Judiciário a tarefa de concretização e desenvolvimento do direito.¹³⁷ A Teoria do Discurso do Direito e da Democracia procura, então, resolver a questão de como interpretações construtivas podem operar legitimamente no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que o Judiciário e as Cortes constitucionais lancem mão de competências legislativas.¹³⁸

Como já afirmado no primeiro capítulo, a justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade quase sempre se perde em um dilema em que constitucionalismo e democracia aparecem como termos em disputa, pois o constitucionalismo, compreendido como um limite jurídico-moral à democracia, desempenha o papel de impor limites às decisões tomadas por majorias. Nesse sentido, compreende-se o controle de constitucionalidade como um instituto meramente contra-majoritário, capaz de assegurar os direitos humanos das minorias, a tutelar, muitas vezes *paternalisticamente*, o processo político.¹³⁹ E exatamente neste ponto apresenta-se a proposta de Habermas: a de um tribunal que atue de modo não paternalista e que assegure aos atingidos das decisões políticas a possibilidade de influírem na tomada de decisão, de modo que se preserve a autonomia pública e privada dos cidadãos, como fica bastante claro na seguinte passagem:

“Uma liberdade outorgada em termos paternalistas significa, por sua vez, uma perda de liberdade ou subtração de liberdade. A partir dessa colocação, desenvolvo um modelo procedimentalista do direito: nas complexas relações e situações do Estado social, os sujeitos do direito privado não podem, em absoluto, chegar a gozar de liberdades objetivas, se, em seu papel de co-legisladores políticos, não fazem uso de suas liberdades comunicativas, nem se envolvem em debates públicos sobre a interpretação das necessidades, de sorte que sejam os próprios cidadãos que

¹³⁶ Ibid, p. 298.

¹³⁷ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 148-149.

¹³⁸ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol.2, p. 297.

¹³⁹ OLIVEIRA, *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 279.

desenvolvam os critérios e pautas segundo os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o desigual como desigual”.¹⁴⁰

Vale destacar que Habermas pressupõe os Tribunais Constitucionais, ainda que estejam diante de textos com amplas possibilidades interpretativas, como órgãos obrigados a proferir *decisões corretas*,¹⁴¹ ou seja, devem decidir, a partir dos padrões de condutas obrigatórios e legitimamente postos pelo legislador democrático, bem como produzir decisões adequadas, para desvendar qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, satisfazendo, portanto, aos critérios de segurança do direito e aceitabilidade racional. Com isso, recusa o fato de os Tribunais envolverem-se na tarefa de criação do direito, a partir de um equilíbrio ou “sopesamento” de valores preferencialmente aceitos, ou com o objetivo de cumprir fins coletivos concebidos de modo paternalista.¹⁴²

Desse modo, para Habermas, os tribunais constitucionais não podem ser comparados a um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos, pois os princípios constitucionais de caráter normativo que asseguram a legitimidade do processo legislativo democrático não podem ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política, como sugere a tradição republicano-comunitarista, a partir de uma teoria substantiva dos direitos fundamentais ou uma

¹⁴⁰ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 163.

¹⁴¹ Com esclarece a Professora Gisele Cittadino, ao explicar o modelo de interpretação constitucional proposto por Habermas: “Dado o pluralismo social, cultural e dos projetos individuais de vida, a interpretação e a prestação jurisdicional constitucional devem procurar estabelecer aquilo que é correto e não, como defendem os comunitários, aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores”. Cf. CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 204.

¹⁴² O sentido deontológico da hermenêutica liberal, que Habermas acompanha, pode ser assim explicado: no caso de conflito entre um direito fundamental e um valor preferido por uma dada comunidade dotada de soberania popular, deve prevalecer o direito fundamental, porque este corresponde a um *dever* e refere-se ao que é *correto*, não apenas ao que é *preferido* em determinada situação histórica. Cf. LEITE, *Equi-primordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*, p. 252

teoria do devido processo substantivo.¹⁴³ Nas palavras de Habermas, “o tribunal não pode assumir a posição de um regente que entra no lugar de um menor de idade”.¹⁴⁴

Neste sentido, Habermas lembra a advertência de Ingeborg Mauss, ao apontar o risco de entender o tribunal a Constituição como um texto fundamental, dotado de uma unidade valorativa, do qual os juízes do Tribunal Constitucional estariam dotados de capacidades morais e monopolizariam a sabedoria para interpretá-lo em nome de toda a comunidade. Tal concepção, segundo esta autora, e em consonância com a perspectiva da Teoria do Discurso, apresenta o risco de o tribunal disfarçar o seu decisionismo sob o manto de uma ordem de valores.¹⁴⁵

Ademais, uma interpretação constitucional que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, preterindo o sentido deontológico do sistema de direitos, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, como também as relações assimétricas de poder decorrente dos sistemas administrativos e econômicos nas sociedades atuais.¹⁴⁶ Na teoria do discurso, ao contrário, o papel dos tribunais constitucionais consiste precisamente em proteger o processo de criação democrática do direito, e as condições da gênese democrática das leis, o que pressupõe reservar às Cortes Constitucionais a guarda do sistema de direitos que torna a autonomia privada e a autonomia pública igualmente possíveis em sociedades pós-convencionais.¹⁴⁷

Nesse sentido, Habermas procura desenvolver uma concepção que lhe permite defender a idéia de que cidadãos, autores e destinatários do seu próprio direito, possam fazer uso dos procedimentos dialógicos não apenas no nível legislativo de

¹⁴³ OLIVEIRA, *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 297. Note-se que a defesa de uma ordem de valores substantivos pelos tribunais está presente na obra de Dworkin (Vide item 2.1.).

¹⁴⁴ Cf. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p 347.

¹⁴⁵ MAUSS, *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*, 187. Em passagem lapidar Mauss esclarece que “Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – o controle ao qual deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização democrática”. Cf. *Ibid.*, 187.

¹⁴⁶ CITTADINO, *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*, p. 38.

¹⁴⁷ Cf. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p 326.

fundamentação das normas jurídicas, mas também na tarefa de aplicação do direito. Adotando a diferenciação que Klaus Günther faz entre discurso de *justificação*, referente à validade das normas jurídicas, e discurso de *aplicação* do direito, relativo à adequabilidade de normas válidas em um caso concreto, a teoria habermasiana se, por um lado, reconhece a complexidade dessa tarefa de aplicar adequadamente a norma, por outro, afirma que tal dificuldade pode ser reduzida caso se recorra aos *paradigmas do direito*.

Convém destacar que paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de participantes de uma ciência.¹⁴⁸ Os paradigmas indicam os pontos firmes da ciência em um determinado momento, e fornecem modelos para uma formulação dos problemas e de suas soluções para os cientistas que trabalham em um determinado campo de pesquisa. No caso do paradigma jurídico, ele explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem ser entendidos e manejados os princípios do Estado de direito e dos direitos fundamentais, para que eles possam cumprir, em um dado contexto, as suas funções normativas. Ao explicar a função dos paradigmas jurídicos, Gisele Cittadino ensina:

“O objetivo de Habermas, ao adotar uma compreensão paradigmática do direito, é estabelecer uma íntima conexão entre hermenêutica constitucional e processo histórico, demonstrando como as proposições e exigências do paradigma de direito vigente conformam a doutrina jurídica e influenciam a hermenêutica constitucional. Consequentemente, como resultado desta relação entre hermenêutica e história, os princípios do Estado de Direito e o sistema de direitos fundamentais que estão abstratamente presentes nas Constituições das democracias contemporâneas apenas adquirem densidade, segundo Habermas, através de um processo hermenêutico inevitavelmente associado ao paradigma de direito em vigor”.¹⁴⁹

Em face disso, Habermas identifica, no mundo moderno, dois paradigmas de direito em vigor: o do direito formal burguês, vinculado ao Estado liberal clássico, e o paradigma do direito ao bem-estar, do *Welfare State*. Enquanto o primeiro se destina a assegurar a autonomia privada dos cidadãos, o segundo surgiu com o advento de

¹⁴⁸ KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*.

¹⁴⁹ CITTADINO, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 206-207.

Estado social, com o objetivo de compensar as desigualdades materiais, o que surgiu juntamente com a necessidade de materializar o direito até então vigente e de criar novos direitos, em face das condições sociais existentes.¹⁵⁰

Segundo Habermas, entretanto, ambos os paradigmas configuram um modelo distributivo de direitos ou benefícios sociais, tratando o cidadão como destinatários de bens e desprezando o papel do cidadão enquanto autor do direito. E mais, o paradigma do bem-estar situa os atores a uma posição marginal de clientes, em face da administração burocrática com seus imperativos sistêmicos, e do paternalismo das intervenções burocráticas.¹⁵¹

A fim de consertar tal falha, Habermas propõe um modelo de *paradigma procedimental* do direito, cuja pretensão se limita apenas a assegurar as condições necessárias a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, mediante práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os princípios inscritos na Constituição, de forma a associar direito legítimo e democracia não apenas no nível político deliberativo de produção de normas, mas também na interpretação dialógica do direito. Esse paradigma procedimental visa assegurar a todos e a cada um o direito de realizar os princípios e o sistema de direitos constitucionalmente configurados, de tomar parte na interpretação da Constituição, tornando possível que a vontade e a opinião dos cidadãos formadas no âmbito da esfera pública, ainda que informais, interajam e influenciem as decisões e deliberações tomadas no Poder Judiciário.¹⁵²

Por conseguinte, o pensador alemão concebe um modelo de jurisdição constitucional em que a Corte Constitucional deve entender a si mesma como protetora das condições que possibilitam um processo legislativo democrático em que a formação da opinião e da vontade se produza de forma livre e inclusiva, assegurando a criação de uma ordem jurídica legítima. Em outras palavras, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardião de

¹⁵⁰ Ibid., p. 207.

¹⁵¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, p. 159.

¹⁵² CITTADINO, *Pluralismo, Direto e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 210.

uma suposta ordem supra-positiva de valores éticos de uma determinada comunidade política. Isso implica negar que a Corte Constitucional possa justificar as suas decisões apelando para os valores de uma comunidade ética, o que, na perspectiva habermasiana, é incompatível em uma moral pós-convencional.¹⁵³

Ademais, essa tarefa, para ser legítima, não pode ser executada monologicamente por um juiz dotado de capacidades especiais. Ao contrário, pressupõe outras formas de participação que aliviem o órgão jurisdicional da árdua tarefa de interpretar corretamente as normas constitucionais. Outrossim, no modelo de democracia deliberativa proposto por Habermas, não cabe dúvida de que para o interior da administração e da justiça há de emigrar também um fragmento de formação democrática da vontade, e o poder judicial, ao assumir a tarefa de desenvolver e concretizar o direito, também há de justificar-se perante foros ampliados de crítica jurídica. Dessa maneira, a solução para o construtivismo jurisprudencial resolve-se através da fundamentação e da exposição ao debate público, uma vez que a crítica oriunda da esfera pública possui um potencial racionalizador e legitimador.¹⁵⁴

Nesse ponto Habermas aproxima-se do constitucionalista alemão Peter Häberle, especialmente no que tange à defesa de uma Constituição aberta a uma ampla comunidade de intérpretes.¹⁵⁵ Com efeito, ao elaborar sua tese, Häberle pressupõe que a interpretação consiste em um processo aberto que conhece possibilidades e alternativas diversas. Por conseguinte, a vinculação do intérprete ao

¹⁵³ Ibid., p. 212.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, *Jurisdição Constitucional, Racionalidade Prática e Democracia*, p. 162 Nesse sentido, é interessante notar a lição de Gustavo Binbenbojm, na seguinte passagem: “Costuma-se repetir de forma até mecânica, que ‘decisão judicial não se critica, apenas se cumpre’. Tal frase, em sua despreensão, revela a herança positivista e autoritária de nossa tradição jurídica. Por certo, o dever de submissão às decisões emanadas do Poder Judiciário – e mesmo de um Tribunal Constitucional – não importa necessariamente a sua aceitação acrítica por quem quer que seja. Decisão judicial se critica sim: nos autos, por meio do recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou até em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associação de moradores”. Cf. BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, p. 115-116.

¹⁵⁵ “Depois de deixar bem nítida a diferença entre o campo da ação comunicativa legislativa e o da ação comunicativa jurisdicional – e, de passagem, lançar uma crítica mordaz à invasão da competência legislativa por parte dos poderes administrativo e judiciário, que muitas vezes ocorre nas democracias atuais, Habermas apregoa que a interpretação das normas, da mesma forma que a sua produção, deve ocorrer no interior do debate público, com participação efetiva dos cidadãos”. Cf. LEITE, *Equiprimordialidade de direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas*, p. 257.

texto se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção.¹⁵⁶

Com isso, Häberle desenvolve uma teoria da interpretação constitucional que deixa de enfatizar as duas questões recorrentes na interpretação da Constituição, quais sejam, (i) a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, (ii) e a indagação sobre os métodos (o processo de interpretação constitucional), para enfatizar o problema dos *participantes* da interpretação. O constitucionalista alemão, diante disso, defende que o juiz constitucional não mais interprete um dispositivo constitucional de forma isolada, principalmente nas leis que afetam maior número de interessados e provocam profundas controvérsias na comunidade,¹⁵⁷ e propõe a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional, notadamente em uma sociedade pluralista, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um número cerrado ou fixado de intérpretes da constituição.¹⁵⁸

Com isso, Habermas concebe o instituto do *judicial review* como um meio necessário para reforçar o processo de formação democrática da vontade, limitado a assegurar, de forma dialógica, gênese democrática do direito, e o sistema de direitos, entendido como condição para uma formação legítima da opinião e da vontade, e sem o qual não há que se falar em autonomia do cidadão. O *judicial review* não pode ser visto como um entrave democrático, mas deve eliminar eventuais obstáculos postos ao processo democrático, assegurando, assim, o vínculo entre Estado de direito e

¹⁵⁶ Não à toa destaca Peter Häberle: “Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)”. CF. HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, p. 30-31.

¹⁵⁷ Ibid., p. 45.

¹⁵⁸ Ibid., p. 13. Cf. também BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 509-517. Neste sentido, Habermas defende a necessidade de que o potencial de racionalidade que emerge do diálogo possa emigrar para a decisão judicial: *Hoje as matérias necessitadas de regulamentação são, amiúde, tais que não podem ser reguladas ex ante com suficiente precisão pelo legislador político. Nestes casos, à administração e à justiça compete a tarefa de concretização e desenvolvimento do direito, que exige muito mais deliberações e debates concernentes à fundamentação de normas, do que da aplicação delas. Mas esta co-legislação implícita, para ser legítima, torna então necessárias outras formas de participação, pois não cabe dúvida de que, se isto é assim, para o interior da administração há de emigrar também um fragmento de formação democrática da vontade, e o poder judicial, ao assumir a tarefa de desenvolver e concretizar o direito, há de poder também de justificar-se ante foros ampliados de crítica jurídica.* HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 148-149.

democracia radical, mesmo porque a maioria legitimamente eleita não tem a prerrogativa de inviabilizar o próprio procedimento democrático e suas condições procedimentais.

Essa perspectiva, não obstante oriunda de um autor procedente de um país central, onde o discurso sobre modernidade¹⁵⁹ e a cultura política liberal fazem muito mais sentido, permite, neste ponto em especial, um olhar enriquecedor sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de normas. Primeiro, porque ele recusa, para um contexto de passado autoritário, a aceitação de que o tribunal possa envolver-se na concretização dos direitos de modo paternalista. Segundo, ele busca justificar não apenas as normas jurídicas, que no Estado moderno se nutrem da expectativa de legitimidade, mas também o processo de sua aplicação do direito, dentro do qual decisões cruciais para a comunidade são tomadas.

Assim, antes de entrar propriamente na questão de como o STF tem configurado o sistema brasileiro de fiscalização abstrata de normas, com destaque para a possibilidade de participação de entidades informais no processo de concretização dos dispositivos constitucionais, convém, no capítulo seguinte, brevemente expor como o congresso constituinte e as Emendas Constitucionais posteriores configuraram o STF, com destaque para o seu papel no controle concentrado de constitucionalidade, para depois verificar se há, no seio de suas decisões, valorização dos métodos dialógicos e pluralistas na interpretação da Constituição.

¹⁵⁹ NEVES, *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*, p. 102.