DIREITO E DEMOCRACIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA, DE HABERMAS

LAW AND DEMOCRACY IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: AN ANALYSIS FROM THE PRINCIPLE OF DEMOCRACY OF HABERMAS

Eder Fernandes[1]

Resumo: O artigo propõe-se a analisar a jurisdição constitucional brasileira a partir da articulação que existe entre o "princípio da democracia", o "princípio do discurso" e a "forma jurídica", conceitos empregados por Jürgen Habermas em sua obra *Direito e Democracia*, na tentativa de entender qual a posição que podemos dedicar ao Supremo Tribunal Federal na realização do sistema constitucional. Neste sentido, em um primeiro momento, desenvolve-se a relação entre os princípios justificadores do sistema constitucional democrático, para, logo após, se valer da fundamentação que Habermas empreende do nexo entre direito e democracia. Assim, chega-se à terceira parte que analisa, diante desta plataforma de pensamento, o que se deve entender por "guarda" da Constituição. A metodologia é analítica e a investigação é bibliográfica.

Palavras-chave: Democracia. Jurisdição Constitucional. Jürgen Habermas.

Abstract: The article aims to analyze the Brazilian constitutional jurisdiction from the linkage that exists between the "principle of democracy", the "principle of

[1] Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Atualmente, como professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, realiza pesquisas na área de democratização da esfera privada, sexualidade e poder. É também professor do curso de Direito da mesma Universidade. E-mail: ederfm@gmail.com. Endereço: Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, R. Pres. Pedreira, 62, Ingá, Niterói, RJ. Cep 24210-470. Brasil.

discourse" and "legal form", concepts employed by Jürgen Habermas in his "Between facts and norms" in an attempt to understand what position we can dedicate to the Supreme Court in the realization of the constitutional system. In this sense, at first develops the relationship between justifying principles of the democratic constitutional system, to after utilize the grounds that Habermas undertakes the link between law and democracy. Thus, the third party analyzes, on this platform of thought, what is meant by "guardian" of the Constitution. The methodology is analytical and research is bibliografic.

Key-words: Democracy. Constitutional jurisdiction. Jürgen Habermas.

Sumário: 1. Introdução. 2. A articulação dos princípios justificadores do sistema constitucional democrático. 3. A fundamentação do nexo entre direito e democracia. 4. A Constituição deve ser guardada por todos. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O problema que será enfrentado neste artigo justifica-se a partir da suposição de que existe uma dicotomia entre direitos fundamentais e democracia na dogmática jurídica brasileira, destacadamente na jurisprudência da jurisdição constitucional. A pergunta de partida para o desenvolvimento dessa suposição indaga se, a partir de um adequado entendimento sobre o conceito de democracia, não seria possível superar esta aparente dicotomia. A preferência pela adequação do conceito de democracia justifica-se ao se perceber que os sistemas constitucionais contemporâneos o adotam como conceito fundante e legitimador e que, segundo uma compreensão pós-metafísica, qualquer categoria de direitos fundamentais que não se fundamente única e exclusivamente no princípio da democracia não encontra espaço para enfrentar o contexto do atual pluralismo político.

A teoria constitucional brasileira trabalha com duas teses genéricas sobre o papel da jurisdição constitucional. Por um lado, o tribunal constitucional desenvolve um papel "contramajoritário", de proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, protegendo as minorias contra as investidas ilegítimas das maiorias. Os juízes têm a incumbência de sobreporem sua razão à dos atores da política democrática representativa, os parlamentares e o chefe do executivo, quando verificarem uma violação aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Por outro lado, este mesmo tribunal constitucional é levado a desempenhar um papel

representativo, sensível à soberania popular e às demandas sociais, atendendo os anseios políticos que não estão sendo satisfeitos pelos outros poderes. Esta função se apoia na materialidade do próprio texto constitucional, dando oportunidade à jurisdição constitucional em declarar omissões legislativas ou enfrentar o parlamento e garantir a efetivação de direitos constitucionais.

Diante disto, a proposta deste artigo é investigar se o uso do conceito de democracia de Jürgen Habermas não seria suficiente para a superação desta aparente dicotomia. Por este motivo, desenvolve-se a hipótese de que o conceito de democracia, que é utilizado como oposto ao conceito de direitos fundamentais, exprime um dos sentidos possíveis para a expressão da democracia, mas não a esgota. Partindo de uma compreensão mais ampliada a respeito deste conceito, chega-se à oportunidade de se avaliar a possibilidade de superação desta tensão.

Tendo em vista que o problema subjacente do artigo é a desconstrução da aparente tensão entre direitos fundamentais e democracia, é necessário delimitar que sentido de democracia se expressa nesta dicotomia. Em consonância com um campo de pesquisa que entende o conceito de democracia como o elemento de maior destaque nas teorias políticas contemporâneas, o qual é pressuposto legitimador de qualquer sistema político empregado, a dicotomia se supera quando se compreende que tanto os direitos fundamentais quanto a concepção de democracia que se expressa na dicotomia apresentada, são concepções de uma mesma forma legitimadora da vida política em uma sociedade específica: a democracia em seu sentido amplificado, exterior a qualquer forma de institucionalização.

Ao compreendermos a relação que existe entre o "princípio da democracia", o "princípio do discurso" e a "forma jurídica", é possível entender qual a posição que podemos dedicar ao Supremo Tribunal Federal (STF) na realização do sistema constitucional. A Constituição, ao se propor a efetuar um sistema democrático, tem por função primordial gerar condições fáticas para a realização da democracia. É por isto que o STF é chamado a garantir o próprio princípio da democracia, deixando de lado o papel de mantenedor de uma Constituição interpretada por juízes virtuosos, tendo em vista o melhor – segundo sua própria visão – mundo possível, ou de resgatador do sentido original que os "pais da Constituição" quiseram lhe imprimir. Para uma adequada compreensão do papel do STF, trabalha-se com a hipótese de compatibilizar a realização do sistema de direitos com

sua abertura para seus próprios destinatários. Trabalhar com a pluralização do sistema de direitos é entender também a sua realização dentro da esfera pública e da sociedade civil, superando uma noção constante na dogmática do direito de que vivemos uma outra tensão, que é a da normatividade do Direito Constitucional e a realidade que a ele não corresponde do âmbito político, social e econômico.

2. A ARTICULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Com a publicação da obra "Direito e Democracia", Habermas discute como é possível pensar formas institucionais de arranjos deliberativos dentro dos sistemas políticos e administrativos do Estado. Deste modo, recupera o conceito de esfera pública, integrando-o em um modelo normativo de funcionamento deliberativo da democracia. Para isto, apoia-se no Princípio do Discurso (Princípio D), que afirma: "São válidas todas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais[2]".

O Princípio D expressa um avanço em relação à concepção democrática do governo da maioria e das propostas das teorias elitistas. As decisões políticas não são legitimadas pela mera contagem de votos e as preferências são analisadas em seu momento de elaboração, anterior ao processo eleitoral, dentro de uma rede de barganha de interesses, delimitados em formas específicas de argumentação, como os discursos pragmáticos, os éticos e os morais, cada qual com diferentes pressupostos e procedimentos operacionalizadores[3]. Esta rede de concepções e de diferentes identidades interliga-se e gera uma rede de procedimentos comunicativos que se aproximam do ideal discursivo estabelecido pelo Princípio D. Destaca-se o papel de uma soberania popular procedimentalizada em um sistema político ligado às

[2] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1. v., p. 142.

[3] Não é possível a ordenação de tais tipos de discursos em uma determinada classificação de quais matérias legislativas seriam suas exemplificações. O próprio Habermas revisou essa questão e afirmou que as questões políticas são de uma complexidade tamanha que devem ser discutidas sob todos esses aspectos discursivos ao mesmo tempo, não podendo ser separadas sob um ponto de vista analítico. Conferir em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 320-1.

redes periféricas de uma esfera pública política. A ação comunicativa torna-se uma garantia de integração da sociedade em meio a uma perspectiva de diversificação funcional entre os tipos de racionalidade e as esferas sistêmicas e do mundo da vida.

Depois do "desmoronamento histórico" das formas tradicionais de integração social, a teoria do direito tem buscado estruturas operativas que favoreçam ou, ao menos, possibilitem a convivência e a cooperação social. É neste sentido que a técnica jurídica se oferece como meio hábil para enfrentar este desafio, pois a linguagem do direito consegue articular nos vários âmbitos da sociedade mensagens com conteúdo normativo. Para que estes enunciados normativos tenham estabilidade funcional, é necessário que a eles seja conferida uma "forma jurídica" que ofereça segurança aos sujeitos sociais. Esta "forma jurídica" é um mero marco categorial vazio de conteúdo normativo, que gera validade abstrata – a generalidade semântica da lei – e capacidade de coerção, própria do direito formal. Quando o "princípio do discurso" toma forma jurídica, ele se transforma em "princípio da democracia", pois as leis jurídicas somente serão válidas quando puderem encontrar assentimento de todos os membros da comunidade jurídica em um processo discursivo de criação do direito constituído legalmente.

O indicador de validade das propostas que institucionalizam caminhos para a realização democrática e que servirá como guia para o debate é o "princípio da democracia", do filósofo alemão Jürgen Habermas: "as leis jurídicas somente serão válidas quando puderem encontrar assentimento de todos os membros da comunidade jurídica em um processo discursivo de criação do direito constituído legalmente"[4]. Ele encontra-se em um nível de abstração que permite justificar um procedimento de normatização legítima do direito. Explicita o sentido performático, de ação, de transformação e de realização, da prática de autodeterminação de membros de uma comunidade jurídica que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.

Com este princípio, busca-se a possibilidade de decisões racionais das questões práticas da vida política, da fundamentação legítima de todas as decisões que envolvem a normatividade jurídica. Este princípio, enquan-

[4] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1. v., p. 145.

to abstrato, não é capaz de dizer se é possível e o como é possível a abordagem discursiva das questões políticas. Ele somente afirma como a democracia pode ser institucionalizada. Este é o motivo para se compreender que o princípio da democracia refere-se a um nível externo de institucionalização, que garante a participação simétrica dos envolvidos em uma formação discursiva da opinião e da vontade, que se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Neste sentido, o princípio da democracia precisa ser efetivado por um sistema de direitos que garante a todos os envolvidos igual participação nos processos de normatização jurídica. É neste ponto que o princípio da democracia depende do "princípio do discurso" e da "forma jurídica" para se concretizar. Só assim é possível falar que a democracia não se opõe aos direitos fundamentais, até porque deles depende para sua realização. Os direitos fundamentais não se opõem à democracia, pois qualquer categoria de direitos só é legítima se for democrática.

Atendidos estes requisitos, a justificação do sistema de direitos não repousará nas qualidades lógico-semânticas da lei geral, como era proposto pela filosofia da consciência ao buscar uma gramática formal, abstrata e descontextualizada das normas de ação. Ela repousará nas condições pragmáticas dos discursos que se fazem valer pela força coativa do melhor argumento. Desse modo, quando o "princípio do discurso" é aplicado ao direito, obtém-se o "sistema de direitos": com a "forma jurídica", atinge-se a estabilização das expectativas sociais de conduta; com o princípio do discurso, verifica-se a legitimidade das normas de ação.

O tema do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil requer um tratamento adequado em termos reconstrutivos, sobretudo quando se observa os recorrentes momentos de inércia e de *déficit* de integração social, tradicionalmente interpretados pelas teorias jurídicas especializadas como um contraste ou hiato entre um Direito Constitucional que se pretende legítimo e as realidades político-sociais e econômicas recalcitrantes[5].

> As normas constitucionais manifestar-se-iam, para a grande maioria da população, meramente como um limite à liberdade, e os direitos de participação política, assim como o acesso à justiça, permaneceriam tão-somente no

[5] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 42.

> papel. Em contrapartida, grupos "superintegrados", que constituiriam a menor parte da população, estes, sim, disporiam, e de modo exclusivo, da Constituição, no sentido de que a inconstitucionalidade dos atos de "seus" políticos, peritos e milicianos, não se tornaria objeto de questionamentos no nível institucional e, portanto, não seria tematizada, no sentido forte do termo[6].

É por isto que a função do STF na "guarda da Constituição" deve superar concepções tradicionais do constitucionalismo e da democracia, envolvidos com as perspectivas republicanas e liberais, muitas vezes inconciliáveis. Democracia e constitucionalismo não são situações antagônicas. A democracia não pode ser reduzida a um mero governo da maioria, nem o constitucionalismo pode ser entendido como uma proposta idealista de sociedade a se efetivar.

A sugestão de Habermas é que se supere um modelo constitucional no qual as normas que regulam o equilíbrio de poder e o compromisso de interesses se realizem de um modo inconsciente e automático, segundo o modelo de troca mercantil. Os processos de entendimento que se realizam na forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede de comunicação dos espaços públicos políticos deve sempre contar com a prática da intersubjetividade, onde ocorre a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para a sociedade. Entretanto, a constituição não é um elemento secundário ou meramente formal deste processo. Ela concebe os princípios do Estado constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma organização democrática da vontade e da opinião[7]. Por razões sistêmicas, Habermas defende uma espécie de cultura "constitucional-patriótica", ou de um "patriotismo constitucional"[8], justamente para dar conta da animosidade cidadã capaz de atingir resultados racionais da formação democrática da opinião e da vontade[9].

---

[6] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 44-5.

[7] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova,* n. 36, 1995.

[8] Conceito similar ao de "civil religion" utilizado nos Estados Unidos, conforme exposto pelo próprio Habermas. Conferir em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 318.

[9] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 301-2.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DO NEXO ENTRE DIREITO E DEMOCRACIA

Em "Direito e Democracia", Habermas visa demonstrar que há uma relação conceitual intrínseca e não simplesmente uma associação historicamente contingente entre o império da lei e a democracia. É dentro do processo democrático que se encontra a carga da legitimação, quando este assegura simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos jurídicos. Supera-se a ideia de que a lei positiva pode retirar sua legitimidade de uma lei mais elevada e supera-se também a negação positivista de que não existiria qualquer legitimidade para além da contingência das decisões legislativas. A pergunta sobre a fundamentação da legitimidade das regras torna-se angustiante em sociedades pluralistas,

> nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade[10].

Toda ordem jurídica deve extrair sua legitimação da ideia de autodeterminação, pois as pessoas devem entender-se, a qualquer momento, como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatárias. A autonomia jurídica, para Habermas, irá englobar tanto o uso público das liberdades comunicativas quanto o uso privado das liberdades subjetivas. É por isto que as matérias que são reguladas pelo direito não visam somente a questões morais, pragmáticas e éticas, mas também ao ajuste equitativo dos interesses que podem ser tema de um compromisso entre os atores sociais. A formação da opinião e da vontade do legislador democrático dependerá de uma vasta rede de discursos e de negociações, integrando objetivos coletivos e regulamentações concretas de interesses. Esta formação, para se realizar enquanto democrática, precisa ser justificada por meio do princípio do discurso[11].

Assim, o nexo que existe entre direito e democracia apresenta-se, na filosofia política, da seguinte forma: a autonomia privada dos membros da

[10] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v., p. 308.
[11] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v., p. 308-14.

sociedade é garantida através dos direitos humanos e de uma dominação anônima das leis; por outro lado, a autonomia política dos cidadãos é deduzida do princípio da soberania popular. Na tradição política, estes dois elementos encontravam-se numa relação de concorrência, entre o liberalismo e o republicanismo, dentro das perspectivas do Estado liberal e do Estado de bem-estar social. Numa compreensão procedimentalista do Estado democrático de direito, os paradigmas do Estado liberal e do Estado de bem-estar social não são mais suficientes para oferecer legitimação e reconhecimento do Estado. O procedimentalismo de Habermas busca, a partir da crítica a estas duas compreensões, oferecer uma resposta ao contexto atual não através da restauração destes paradigmas, mas desenvolvendo uma nova compreensão que engendra as duas anteriores e oferece um novo sentido para a legitimidade do Estado.

O primeiro estabelecia liberdades subjetivas de ação de pessoas jurídicas privadas frente ao Estado e que eram válidas imediatamente, programando-o para realizar os interesses da sociedade. A política, nesse aspecto, esquadrinha e impõe os interesses sociais privados contra um aparelho estatal que se especializa no uso administrativo do poder público para fins coletivos. De outro modo, o segundo tinha a tarefa de atribuir validade aos conteúdos juridicamente objetivos dos direitos subjetivos de liberdade, valendo-se do Estado para instituir relações simétricas de reconhecimento recíproco. Nessa análise, extraem-se modos de compreender o papel da jurisdição constitucional, conforme a visão do papel do Estado a ser adotada.

Numa visão liberal, que privilegia a autonomia privada dos cidadãos e atribui prioridade às visões individuais de mundo, o tribunal constitucional tem a tarefa de garantir os direitos individuais e as liberdades negativas de seus cidadãos contra eventuais procedimentos majoritários que possam ameaçar a neutralidade que assegura o espaço do desacordo razoável. Numa visão republicana ou comunitarista, privilegia-se a autonomia pública dos cidadãos que tem compromisso com o bem-estar de todos. A constituição teria a função de programar a sociedade, estabelecer compromissos de identidade e de práticas em comum, levando o tribunal constitucional a ser o guardião dessa *práxis* de autodeterminação, preservando e atualizando os valores constitucionais estabelecidos pelo povo. Contudo, em uma compreensão procedimentalista, a constituição não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, que impõe uma forma de vida determinada sobre a sociedade. A sua maior função está ligada à determinação de

procedimentos políticos de autodeterminação, preocupando-se com as condições processuais da gênese democrática do direito que asseguram a sua legitimidade. Assim, o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos, analisando o conteúdo de normas controvertidas, especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático[12].

> O controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas[13].

Os pressupostos comunicativos das arenas políticas não se limitam à formação da vontade enquanto institucionalizada em corporações parlamentares. Estendem-se também à esfera pública política, ao seu contexto cultural e à sua base social, bem como à sociedade civil, institucionalizada a partir de direitos fundamentais de liberdade de atuação política. A autodeterminação deliberativa tem que se desenvolver no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, que estão programadas para a tomada de decisões, e a formação política da opinião dentro dos círculos informais de comunicação política. O tribunal constitucional assume a função de guardião da democracia quando fiscaliza a influência dos grupos de interesses, que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado, bem como as ameaças que vêm do próprio aparelho burocrático estatal[14].

Habermas entende que a esfera pública é um fenômeno social elementar, não podendo ser compreendida nem como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa

---

[12] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v., p. 299 e ss.

[13] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 327-8.

[14] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 340-1.

com capacidade de fazer diferenciação entre competências e papéis, nem de regular o modo de pertencimento a uma organização. Ela também não pode ser entendida como um sistema, pois ela se caracteriza por horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. É uma rede onde ocorre a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões. Nela os "fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos", deixando ao sistema político a elaboração especializada das questões políticas relevantes. Ela tem de reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. Este conceito de esfera pública serve para a democracia deliberativa expandir o âmbito de deliberação para além da esfera estatal, compreendendo uma nova estrutura espacial, de encontros simples e episódicos, não institucionalizada, não vinculada a um arcabouço físico, integrando também a presença virtual de ouvintes ou espectadores. Neste âmbito, em que há a renúncia à linguagem de especialistas ou a códigos especiais, o público está aliviado da tarefa de tomar decisões, que continuam reservadas a instituições decisórias. É na esfera pública que a luta por influência se dá nos aspectos mais amplos, pois além da influência política de grupos institucionalizados politicamente, há o prestígio de grupos e pessoas que conquistaram sua influência em esferas públicas especiais, como nas igrejas, no campo das artes e da ciência e outros[15].

Com relação à sociedade civil, Habermas[16] entende que seu núcleo institucional se forma por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais têm a função de ancorar as estruturas de comunicação da esfera pública aos componentes sociais do mundo da vida, captando os "ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas", condensando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. É nela que se forma o substrato organizatório do público de pessoas privadas, que buscam interpretações no âmbito público para suas experiências e interesses sociais, influenciando também na formação institucionalizada da opinião e da vontade. A estrutura social da sociedade civil apoia-se em direitos fundamentais, como a liberdade de opinião e de reunião, bem

[15] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v., p. 92-6.
[16] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v., p. 99-106.

como o direito de fundar sociedades e associações. Estes direitos definem o espaço para que as associações possam interferir na formação da opinião pública, a partir de sua própria compreensão particular de mundo. Com a liberdade de comunicação social – imprensa, rádio, televisão e outros – e de exercício de atividades publicitárias, a sociedade civil encontra espaço para desenvolver a infraestrutura para a mediação das informações, que deve permanecer sempre aberta a opiniões concorrentes e representativas. A opinião pública que é formada nesta arena influencia o sistema político por intermédio da atividade dos partidos políticos e da atividade eleitoral dos cidadãos. Neste aspecto, os direitos partidários são instrumentos para a melhor formação da vontade política do povo, aliados aos direitos eleitorais de voto ativo e passivo dos sujeitos privados e outros direitos de participação, como plebiscitos, referendos e iniciativas legislativas populares. A liberdade de associação, por sua vez, permitirá a autonomia e espontaneidade das associações na medida em que puderem desenvolver seus interesses em um ambiente de pluralidade de formas de vida, subculturas e credos religiosos. De outro modo, os direitos de privacidade ressoam na sociedade civil como garantias de um domínio vital da liberdade privada dos indivíduos, resguardado pelos seus direitos de personalidade, liberdade de crença e de consciência, sigilo de correspondência e de dados comunicativos, a inviolabilidade de sua residência e a proteção de sua família.

Assim, fica estabelecido, na sociedade civil, um nexo estreito entre cidadania autônoma e esfera privada. Entretanto, as garantias formais dos direitos fundamentais, por si só, não garantem a proteção efetiva da esfera pública e da sociedade civil, pois dependem da atuação viva e constante dos sujeitos privados no resguardo destes âmbitos não estatais. Por isto, Habermas afirma que estas esferas precisam, de certa forma, estabilizarem-se por si mesmas, com a ação de atores conscientes da necessidade de ocupação e radicalização destes espaços. No mesmo sentido, Arato & Cohen[17] acreditam que a combinação dos atores destas esferas e dos direitos que sustentam estes espaços precisam ser ancorados por uma cultura política onde as iniciativas e os movimentos sociais optem, livre e legitimamente, por representarem um conjunto eficaz de sustentadores da sociedade civil,

[17] ARATO, Andrew; COHEN, Jean L. *Sociedad civil y teoría política***.** Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2006.

em cujos limites é possível identificar os vestígios de uma democracia radical, que possui uma autolimitação estruturalmente necessária.

Esta autolimitação decorre do fato de que uma sociedade dinâmica de pessoas privadas implica a manutenção de duas esferas de ação: uma cultura política livre e uma esfera privada intacta, dentro de um mundo da vida já racionalizado, capaz de impedir movimentos antidemocráticos. Por isto, na esfera pública, os atores não podem exercer poder político, apenas influência. Toda influência pública e política precisa passar pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, onde a soberania popular assume uma forma autorizada e mediada pelo direito. Os movimentos sociais oriundos da sociedade civil não podem aspirar a uma sociedade auto-organizada em sua totalidade, assumindo o lugar de um sujeito superdimensionado, destinado a controlar a sociedade em seu todo. Além disto, o poder comunicativo que tem a finalidade de planejar a sociedade não gera, por si só, formas de vida emancipadas. Mesmo que estas formas de vida venham a existir, elas não podem ser produzidas através de intervenções exteriores.

A sociedade civil pode, em certas circunstâncias, influenciar o complexo parlamentar e os tribunais, levando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. Entretanto, há um certo ceticismo em torno desta possibilidade ao se constatar que as esferas públicas tradicionais das democracias ocidentais são dominadas pelo poder e pela mídia. Além disto, os agrupamentos da sociedade civil, na prática, têm capacidade muito reduzida para reorientar processos de decisão institucionalizados e de fomentar processos de aprendizagem no sistema político[18].

Este domínio pelo poder e pela mídia pode ser percebido em alguns aspectos. Para Habermas[19], com exceção dos casos de atores da sociedade civil que possuem poderes ínfimos de influência no âmbito público, há aqueles que dispõem "naturalmente" do poder de organização, de fontes e de potenciais de ameaça. Estes atores influenciadores possuem "protetores" que lhes fornecem fontes necessárias em termos de dinheiro, de organização, de saber e de capital social, configurando sua base própria de atuação

[18] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v., p. 106-7.
[19] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 108-113.

na esfera pública. Há também atores políticos e sociais que não necessitam obter suas fontes de domínios próprios, como os partidos políticos estabelecidos e as organizações com poder social, que exercem trabalhos especializados no âmbito da esfera pública. Por último, pode-se identificar um grupo formado por profissionais de comunicação social, que coletam informações, decidem sobre a pauta dos temas, das contribuições e quais são os autores das informações distribuídas.

Os meios de comunicação, dentro da crescente complexidade da mídia e do aumento do capital, acabam centralizados e controlados por uma oligarquia de poder. O "poder da mídia" tornou-se fonte de uma nova espécie de poder, o qual não é controlado suficientemente pelos critérios profissionais. As informações são submetidas a estratégias de elaboração de informação, orientadas pelos técnicos em publicidade, que personalizam as questões objetivas, misturando informação e entretenimento, despolitizando a comunicação pública. Diante desses problemas, este "quarto poder" começa a ser submetido a uma regulação jurídica. O código profissional dos jornalistas e a autocompreensão ética da corporação, bem como a organização de uma imprensa livre, precisam do meio jurídico como instrumento de implementação de medidas reguladoras.

Habermas[20] faz uma síntese das ideias de Gurevitch e Blumler com relação às tarefas que a mídia deve executar nos sistemas político-constitucionais atuais. Para que a mídia se justifique como comunicação social, ela precisa vigiar o ambiente sócio-político, publicizando situações, positivas ou negativas, capazes de interferir no bem-estar dos cidadãos. Cabe a ela definir as questões significativas da agenda política, identificando os elementos centrais dos problemas, com causas e soluções. Também tem como incumbência fornecer a plataforma aos agentes e atores políticos para a defesa de suas posições, de modo inteligível e esclarecedor, permitindo o diálogo entre diferentes pontos de vista e entre os detentores de poder e o público em geral. Em relação ao poder político, deve criar mecanismos que permitam acionar os responsáveis para prestar contas sobre o exercício de seu poder, bem como incentivar os cidadãos a se envolverem no processo político. Por fim, deve resistir aos esforços externos de subversão à depen-

[20] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 111-2.

dência da mídia, sua integridade e capacidade de servir ao público e buscar sempre respeitar os destinatários das informações. Por isso, Habermas entende que o ceticismo que paira sobre as influências na sociedade civil de uma mídia deturpada pode ser enfrentado com uma ação conjunta entre o sistema de regulação jurídica e a mobilização de um público que exige uma atuação mais legítima dos meios de comunicação social.

> Os meios de massa devem situar-se como mandatários de um público esclarecido, capaz de aprender e de criticar; devem preservar sua independência frente a atores políticos e sociais, imitando nisso a justiça; devem aceitar imparcialmente as preocupações e sugestões do público, obrigando o processo político a se legitimar à luz desses temas. Por este caminho se neutraliza o poder da mídia e se impede que o poder administrativo ou social seja transformado em influência político-publicitária. Segundo esta ideia, os atores políticos e sociais podem "utilizar" a esfera pública, porém, somente na medida em que forem capazes de fornecer contribuições convincentes para o tratamento dos problemas percebidos pelo público ou inseridos na agenda pública por consentimento dele[21].

Os elementos jurídicos desta relação entre gênese dos direitos, sociedade civil e esfera pública explicitam o sentido performativo da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais. Não são elementos que descrevem um estado de coisas presente, não relatam nem constatam uma situação real, ou melhor, não são verificáveis, mas sim propositivos de uma forma de organização do Estado democrático de direito. Dentro de um processo constituinte político ele se apresenta em dois sentidos: no aspecto histórico, marca-se um início fictício no tempo, enunciando seu caráter normativo que coloca a tarefa interpretativa e de configuração do sistema de direitos como uma tarefa a se constituir por cada geração de sujeitos de direitos; no aspecto da justiça, a constituição política articula um horizonte de expectativas de um "futuro antecipado no presente". O horizonte desse processo constituinte é duradouro e contínuo. Assim, o sistema político definido pelo Estado de direito volta-se para a produção de decisões que afetam a coletividade, deixando à política a discussão dos problemas que envolvem a sociedade como um todo. O direito, enquanto mediador, faz as interações sociais simples transformarem-se em normas concretizadoras de direitos, na tentativa de solucionar deficiências da política

[21] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 112.

quando esta enfrenta problemas gerais de integração. Ao invadir o campo da política, o direito a especifica funcionalmente, tirando-a do nível reflexivo ao se comprometer com a geração de integração social. O direito se torna independente da política ao buscar as condições de sua legitimidade em sua condição de mediador e regulador da esfera social[22].

Supera-se, deste modo, a dualidade tão presente na dogmática do direito constitucional entre uma constituição que se pretende legítima e realidades político-sociais e econômicas descompassadas com a idealidade normativa[23]. Esta dicotomia entre a facticidade e a validade decompõe a teoria da política e a do direito em facções que nada têm a dizer umas às outras.

> A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc)[24].

A função de integração social do direito deve ser assumida pela Teoria da Constituição, numa compreensão que reconhece a tensão interna ao direito entre positividade e legitimidade. A normatividade da constituição seria resgatada ao ser o local normativo de processos de cooperação política na busca de condições justas de vida, num engajamento pela instauração de procedimentos comunicativos para a problematização de questões relativas à autocompreensão ético-política e prático-moral da sociedade, e de realização de interesses pragmáticos dos cidadãos.

Para Habermas[25], nas condições do pensamento pós-metafísico, a legitimação do Estado precisa ser compensada por uma democratização pro-

---

[22] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 119-21.

[23] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo:* uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 126.

[24] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1. v., p. 23.

[25] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 188-90.

gressiva, entendendo que as instituições do Estado de direito reconhecem a complexidade do pluralismo político e buscam estabilizar a tensão entre a facticidade e a busca por legitimidade. A realidade "intramundana" do direito exige que a constituição seja a instituição de um processo de "aprendizagem falível, através do qual uma sociedade vence, passo a passo, sua natural incapacidade para uma autotematização normativa", que leva a sociedade a "confrontar-se consigo mesma em formas institucionais adequadas e em processos normativos de adaptação, de resistência e de autocorreção". A sociedade civil e a esfera pública são pontos de referência para a constituição, destacando assim o processo democrático e a realização do sistema de direitos. O caráter performativo desta proposta faz com que as sociedades complexas não busquem as fontes do sistema na produtividade de uma economia organizada pelo mercado, nem na capacidade de regulação da administração pública. Suas vias de legitimação democrática devem encontrar-se no resgate da solidariedade social e a preservação do equilíbrio do meio social e ambiental, sem se apoiar num determinado ideal de sociedade, nem em uma determinada visão de vida boa ou determinada opção política. Na medida em que este paradigma conseguisse

> cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para o reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta ideia é "dogmática" num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é "dada" através da estrutura linguística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir[26].

Diante disto, o "operador do direito" tem que assumir a constituição dentro de uma teoria político-constitucional em sentido fraco. Não deve assumir a atitude do "doutrinador iluminado", que "dita soluções para uma massa de ignorantes". Este jurista deve, no máximo, assumir a perspectiva do operador comprometido com o desenvolvimento constitucional que con-

[26] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2.v., p. 190.

tribui para a construção de um sentido especificamente democrático de constituição, através do qual todos, inclusive o próprio jurista, enquanto cidadão, poderão refletir e definir a vida em comum[27]. A constituição serviria como o instrumento racional de condução a uma possível "única resposta correta"[28], ideal que se realiza a partir da instauração de uma rede de processos legitimadores para se chegar a acordos mútuos.

Em síntese, esta seria a proposta de uma compreensão procedimental do Estado democrático de direito, apta a propor uma alternativa à compreensão constitucionalista brasileira de uma cidadania e democracia que dependa de promotores, que privatizam a identidade constitucional arrogando para si o privilégio de determiná-la. Assim, a preocupação não é com o motivo de o Estado democrático de direito existir ou não existir, nem apresentar uma narrativa atualizada de seus pretensos fundamentos políticos ou pré-políticos, mas compreendê-lo na sua possibilidade e capacidade de ser exigido historicamente, como um participante e promotor de um processo de aprendizado social com o direito, processo este que se desenvolve ao longo do tempo, revelado na construção polêmica e conflituosa, rica e plural, de uma identidade constitucional democrática, múltipla e aberta, para além do discurso autoritário de uma "democracia possível". Segundo Habermas, uma teoria discursiva do direito não leva necessariamente a uma "democratização" profunda dos tribunais, por meio de juízes pautados por exigências democráticas tal qual as do legislador. O que resulta é um processo de alta exigência jurídico-política de um alojamento da justiça em uma comunidade de intérpretes constitucionais que seja aberta e crítica em face da justiça. Quanto mais essa postura força uma reciclagem do direito, tanto mais é preciso conclamá-la a justificar-se, "não apenas diante de uma opinião pública formada por especialistas, mas sim para fora, perante o fórum dos cidadãos"[29].

---

[27] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo:* uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 133-4

[28] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 314.

[29] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 354.

4. A CONSTITUIÇÃO DEVE SER GUARDADA POR TODOS

A constituição é um empreendimento público[30], não está à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional, nem à disposição do Presidente da República, nem ao menos do Congresso Nacional, pois representação política não é o mesmo do que substituição da cidadania, mas sim uma forma instituída para garantir e aprofundar a própria democracia. Esta identidade constitucional brasileira não depende de um suposto fio condutor patriótico brasileiro sedimentado em valores previamente estabelecidos e compartilhados em comum, noção característica dos modernos Estados nacionais, mas de um constitucionalismo desenvolvido a partir da noção de possibilidade de reconhecimento da diversidade e pluralidade das distintas formas de vida que podem ser encontradas nas sociedades complexas. Segundo Habermas, não podemos escolher nossas próprias tradições, mas depende de nós escolher as tradições que queremos continuar ou rejeitar. Essa escolha se projeta na disputa pública pelas melhores interpretações possíveis a respeito da constituição[31].

No Brasil houve nítida influência do paradigma do Estado do bem-estar social na formulação de nossa atual Constituição[32]. Com a rejeição de um constitucionalismo liberal, as ideias que marcaram a nossa última Assembleia Constituinte seguiram a linha de um constitucionalismo societário e comunitário[33], que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas, propugnando o chamado "constitucionalismo dirigente", que toma a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores que devem ser realizados em nossa comunidade. Dentro do campo do direito processual brasileiro, vários processualistas adotaram a tese de um modelo processual de "bem-estar social", com feições nitidamente comunitaristas, tributário da Jurisprudência dos Valores alemã. Cândido Dinamarco[34] entende que a jurisdição e o processo se com-

[30] DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[31] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 320.
[32] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva:* elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
[33] Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
[34] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

preendem como instrumentos que realizam os valores sociais e políticos da nação. Estes valores encontram sentido a partir das identidades culturais e tradicionais da nação brasileira. Os juízes devem buscar o espírito da lei em uma axiologia comprometida com as finalidades políticas estampadas pelo legislador e pelos valores aceitos pela nação no tempo presente.

Esta compreensão axiológica trouxe a ideia de que, no plano deontológico, a constituição deveria recepcionar valores como se fossem normas a serem aplicadas. A metodologia da Jurisprudência dos Valores da Alemanha passou a ganhar destaque no Brasil como um instrumento para os juízes concretizarem uma ordem de valores. Os valores, ao serem transformados em princípios normativos, devem ser interpretados como "mandados de otimização"[35], numa ponderação que é orientada a um fim. Entretanto, essa assimilação de princípios a valores confunde dois conceitos distintos, levando-se à percepção de que, por trás da técnica de ponderação, a arbitrariedade pode estar escondida na atividade de aplicação das normas.

A adaptação de princípios do direito a valores gera um problema para a concepção procedimentalista com relação à sua legitimidade democrática. Princípios são normas mais elevadas, que possuem sentido deontológico, obrigando seus destinatários, sem exceção e em igual medida. Sua pretensão de validade é binária, ou são válidos ou inválidos; geram obrigação universal e incondicional e normas diferentes não podem contradizer umas às outras. De outro modo, os valores possuem sentido teleológico, são preferências compartilhadas intersubjetivamente e expressam relações de prioridade, sendo que valores distintos concorrem para obter primazia.

Nesse sentido, a aplicação é diferenciada. Em se tratando de princípios, estamos diante do que "deve ser" feito, sendo a ação boa para "todos". Com relação aos valores, "recomenda-se" algo, sendo a ação boa para "nós". Desta maneira, uma interpretação constitucional que se oriente por valores ignora o caráter vinculante do sistema de direitos assegurado constitucionalmente, desconhecendo o pluralismo das democracias contemporâneas e também a lógica do poder econômico e do poder administrativo[36]. O tribunal constitucional, ao comprometer sua metodologia na tentativa

[35] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* São Paulo: Landy, 2001.
[36] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1.v.

de realizar uma ordem objetiva de valores, ligando-se à eticidade substancial de uma determinada forma de vida e a uma "tardia jurisprudência dos valores"[37], acaba incorrendo em autoritarismo. A avaliação dos valores e a maneira de se decidir o que é" bom para nós" e o que "há de melhor" caso a caso se altera de um dia para o outro[38]. As normas perdem a possibilidade de serem avaliadas por meio de um teste de universalização e não se tem meios racionais para se justificar o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados. Os direitos fundamentais não podem ser analisados segundo a noção de custos e vantagens. Correríamos o risco de sacrificar os direitos individuais caso a caso em favor de fins coletivos, principalmente nos casos de direitos à liberdade de pessoas que viessem a se comportar de maneira transgressiva à ordem coletiva[39]. Assim, uma metodologia de "otimização" deve ceder lugar à adequabilidade das normas em discursos de aplicação[40], que significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, determinando qual ação deve ser exigida em um determinado conflito, por meio do princípio da coerência.

A teoria da ponderação de Alexy não esclarece a diferenciação dos arranjos comunicativos entre legislação e jurisdição. Valendo-se das críticas de Klaus Günther[41], Habermas afirma que as diferenças resultam dos princípios de generalização e de adequação, diretivas dos discursos de fundamentação e aplicação, respectivamente. No caso dos discursos de fundamentação não há a presença de um terceiro imparcial, como no caso dos discursos jurídicos de aplicação, pois todos os envolvidos devem estar implicados nas resoluções. Se aos discursos de aplicação forem levadas as estruturas discursivas de fundamentação – as chamadas "tarefas legislativas veladas" –, como no caso de avaliação de valores, que em si expressam divergências a respeito do que é bom para todos, "desaparece o fundamen-

[37] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. *Mundo Jurídico*. 2005. Disponível em: http://www.mundojurídico.adv.br. Acesso em: 03 mar. 2015.

[38] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 356.

[39] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 357.

[40] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

[41] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

to racional em favor de uma divisão funcional de poderes". A única saída para amenizar tal impasse, seria levar também ao poder judiciário fóruns que exerçam posicionamentos críticos em face das decisões da justiça, bem como outras formas de participação nas decisões, justificando a sua legitimidade democrática[42].

Günther, ao distinguir entre fundamentação e aplicação, apresenta uma versão mais "fraca" do princípio de universalização formulado por Habermas, que requer, para que uma norma seja válida, a aceitabilidade, por parte de todos os envolvidos, das consequências e dos efeitos colaterais advindos do cumprimento dessa norma. Com a mitigação deste princípio, o momento de aplicação de uma norma torna-se um complemento ao procedimento de fundamentação[43]. Günther sugere a seguinte versão "fraca do princípio de universalização: "uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente"[44]. Na aplicação, o que importa é a adequação às características da situação, complementando as deficiências de abstração dos discursos de fundamentação e esgotando o sentido pleno da ideia de imparcialidade[45].

Há nitidamente uma arrogância do Judiciário, principalmente no controle de constitucionalidade abstrato, em determinar quais valores são impositivos para todos os casos, como se fossem normas de validade para todos, observáveis por todos os implicados[46]. Esta arrogância vai além, ao

---

[42] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 358.

[43] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 35-37.

[44] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 67.

[45] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 75. Para um aprofundamento da discussão, é importante a distinção entre colisão interna e colisão externa, bem como o entendimento da aplicabilidade *prima facie* das normas e suas etapas de realização e o modo como Günther se apropria do princípio de coerência de Ronald Dworkin como instrumento de justificação das interpretações das normas. Para uma discussão a respeito, além da própria obra de Günther aqui citada, conferir FERNANDES, Eder M. A racionalidade da adequabilidade e a discursividade do princípio de coerência em Klaus Gunther. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 119-138, 2010. Disponível em: < http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6125/3390>. Acesso em: 20 fev. 2015.

[46] Segundo Habermas, a ponderação leva a um discurso paternalista e substituinte de um autoentendimento ético-político, do qual os cidadãos estariam sendo privados. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 365.

se alimentar de uma desconfiança contra a irracionalidade do legislador, apregoando uma suposta racionalidade superior dos discursos jurídicos, sem se perguntar se esta resposta é democrática ou se ouve a todos os atingidos. A intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um risco de "juristocracia", ou seja, o risco de um governo aristocrático de juízes que falsamente se traveste de legítimo por meio de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática.

> Hoje, buscar sustentar a crença na bondade ou na maldade intrínsecas das decisões, na bondade ou maldade intrínsecas do juiz, ainda mais do juiz constitucional, é até ingênuo, já que não só os fatores, mas os sujeitos que participam ou influenciam uma decisão judicial são – e devem ser – múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados. Assim é que os juízes não devem comportar-se (embora tantos se comportem) como "donos da verdade e guardiões da virtude"[47].

Dentro desta perspectiva de uma possível "juristocracia" que se alimenta da irracionalidade do legislador, pode-se acrescentar a valorização, no Brasil, do Poder Executivo, que também se nutre da desvalorização do Legislativo e de seus titulares. As eleições legislativas sempre despertam menor interesse do que as do Executivo. Além disto, não se encontra, na história do Brasil, movimentos de reação popular contra as várias vezes em que o Congresso Nacional foi fechado. Identifica-se uma convicção abstrata de que os partidos e o Congresso são importantes mecanismos democráticos de representação. Entretanto, esta convicção não se reflete na avaliação concreta de sua atuação. Há um desprestígio generalizado dos políticos perante a população, principalmente em se tratando de deputados, senadores e vereadores[48].

Outra questão que se insere dentro desta "arrogância" do judiciário, é o problema da legitimidade da decisão dos tribunais constitucionais, que adotam o sistema de voto de maioria, o mesmo adotado no processo legislativo, que entende o voto de uma maioria de seis membros dentre um colegiado de onze ministros com maior autoridade do que o voto de centenas

---

[47] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo:* uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 137.

[48] CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 12. ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2009, p. 222.

de deputados e senadores eleitos diretamente pelo voto popular e com compromisso democrático. Arato & Cohen[49] entendem que a saída para evitar o perigo do tribunal constitucional se colocar em uma situação de imunidade às críticas, é a formulação mais precisa dos direitos, da tarefa jurisdicional e da forma de escolha dos membros do tribunal constitucional. Os juízes deste tribunal também devem estar submetidos a alguma forma de *accountability*, tanto legal, mas principalmente política[50].

5. CONCLUSÃO

Esta promoção de formas institucionalizadas de garantia de uma atuação legitimamente democrática, muitas vezes adaptadas do contexto do sistema de democracia representativa, precisa se inserir em uma cultura política de respeito ao sistema constitucional, enquanto este também se justificar como instrumento de constituição da própria democracia. Por isto, a proposta de Habermas para uma identidade política-constitucional serve como instrumento de crítica para um tipo de nacionalismo pluralista que levaria a uma unidade em torno de um mesmo empreendimento construído em comum, à disposição de todos aqueles que permitam se identificar dentro desta forma jurídica possibilitadora da compreensão política da sociedade.

Se o papel do STF deixa de ser estritamente jurisdicional, para assumir sua prerrogativa de guardião da própria democracia, justificam-se as hipóteses de realocação da posição deste Tribunal entre os Poderes instituídos, bem como a guinada hermenêutica em busca de uma postura minimalista, aberta a novas possibilidades de fundamentação das normas jurídicas adotadas, em respeito aos canais legislativos de sua justificação. Este

[49] ARATO, Andrew; COHEN, Jean L. *Sociedad civil y teoría política.* Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 100-1.

[50] Além disso, a "tradição messiânica" brasileira compromete, em alguns momentos, os pressupostos de legitimidade democrática da atuação dos Ministros do Supremo. Um exemplo muito presente é o caso da atuação do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da constitucionalidade da "Lei da Ficha Limpa" – ADC 29 – e no julgamento do "Mensalão" – Ação Penal 470. Nestas duas situações, presenciou-se um discurso populesco que ovacionava a forma como o Ministro julgou estas ações, elevando-o à condição de "salvador" da moralidade política e mantenedor da "vontade popular". Reproduz-se novamente a compreensão de que alguns "esclarecidos" trarão a verdade para o povo, que aplaude a própria sorte de ser protegido por arautos da justiça.

respeito pelo Legislativo será resgatado quando o Tribunal constitucional se aproximar das Casas Legislativas, em uma tarefa construtiva e cooperativa, libertando o parlamento das mãos dos interesses privados dos legisladores. Se a democracia tem de ser participativa, o Tribunal deve garantir uma esfera pública plural, onde a sociedade civil encontre espaço para a prática de uma "democracia radical". Se a guinada hermenêutica proporciona um espaço de cooperação entre Judiciário e Legislativo, ela também permite que a sociedade civil se organize em torno dos debates públicos a respeito da constitucionalidade das normas.

Por fim, a adoção do princípio da democracia sugere outras consequências práticas para um Judiciário genuinamente democrático. Destacam-se as possibilidades do desenvolvimento de mecanismos de *accountability* no Judiciário, fechando o "círculo democrático" ao oferecer novos avanços e novos conhecimentos a respeito de um arranjo institucional em consonância com a exigência de que os sujeitos de direito de uma comunidade jurídica possam ser autores de seu próprio direito, agentes copartícipes de um Estado que se propõe democrático, plural e dignificante da vida humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* São Paulo: Landy, 2001.

ARATO, Andrew; COHEN, Jean L. *Sociedad civil y teoría política.* Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 12. ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva:* elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES M., Eder . A racionalidade da adequabilidade e a discursividade do princípio de coerência em Klaus Gunther. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 119-138, 2010. Disponível em: < http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6125/3390>. Acesso em: 20 fev. 2015.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral:* justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova,* n.36, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 1. v.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2. v.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. *Mundo Jurídico.* 2005. Disponível em: http://www.mundojurídico.adv.br. Acesso em: 05 mar. 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo:* uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Recebido em: 03 de maio de 2015.
Aceito em: 18 de setembro de 2015.