

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

**REVISITANDO OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: UMA CRÍTICA
DEMOCRATIZANTE À PRÁTICA JUDICIAL BRASILEIRA**

MARCELO CASSEB CONTINENTINO

Brasília
2006

MARCELO CASSEB CONTINENTINO

REVISITANDO OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: UMA CRÍTICA
DEMOCRATIZANTE À PRÁTICA JUDICIAL BRASILEIRA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcus Faro de Castro

Brasília
2006

O candidato foi considerado pela banca examinadora.

Professor Doutor Marcus Faro de Castro
Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão Araujo Pinto
Membro

Professor Doutor José Ribas Vieira
Membro

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Membro Suplente

Brasília, 17 de fevereiro de 2006.

Para **MAMÃE**, sempre.

AGRADECIMENTOS

Esse, talvez, seja o momento de maior “ingratidão” para com todos aqueles que participaram direta e indiretamente deste longo processo: as palavras jamais refletirão o meu mais sincero reconhecimento e apreço. Mesmo assim, insistirei...

Do professor Marcus Faro de Castro, obtive a confiança e o incentivo nas reflexões ao desenvolver o tema desta dissertação. Como orientador, fez-se essencial nas posturas teóricas assumidas, conduzindo-me sempre ao maior aprofundamento nos estudos e, ao mesmo tempo, exigindo precisão e clareza na exposição das idéias. Sem dúvida, tentei ao máximo corresponder às suas expectativas; e espero haver conseguido ou chegado próximo.

À Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, agradeço a calorosa recepção e o voto de confiança a mim dado. Estendo meu agradecimento ao professores José Geraldo de Souza Jr., Míroslav Mílovic e Gilmar Ferreiras Mendes, pelas profundas discussões durante as disciplinas ministradas ao longo do curso.

Ao Grupo de Pesquisa “Sociedade, Tempo e Direito” (STD), de cujas reuniões semanais tive o privilégio de participar, o que se revelou fundamental ao amadurecimento do tema. A todos os integrantes do STD, agradeço na pessoa de dois dos seus líderes, Alexandre Bernardino Costa e, especialmente, Cristiano Paixão, exemplo maior de compromisso e de seriedade com o ensino e a pesquisa do direito.

Do professor Raymundo Juliano Feitosa, de quem mais do que as primeiras lições de direito constitucional, na Faculdade de Direito do Recife, mais do que a leitura crítica desta dissertação, conquistei amizade e respeito. Com ele, tenho uma grande dívida.

Não poderia jamais esquecer dos dois amigos e colegas de turma no mestrado, André Rufino e Daniel Vargas. Sem dúvida, eles são a maior prova de que o meu curso não se exauriu nas salas de aula. Ambos se detiveram na leitura da dissertação e são responsáveis pelo seu aprimoramento. Em especial, meu amigo Daniel que, “mesmo à distância”, fez-me as mais contundentes críticas e me encorajou a seguir no rumo escolhido.

George Galindo foi fundamental ao longo de todo o processo, desde a época de elaboração do projeto para o ingresso no Mestrado até os seus momentos finais, com a indicação de vários livros e artigos além da crítica a muitos trabalhos que antecederam esta dissertação; também ele foi outra grande amizade realizada nesse período. Marcos André,

amigo e colega de profissão, fervoroso incentivador e crítico deste trabalho, ajudou-me com observações essenciais à sua apresentação, à sua sistematização e à sua coerência. A Danielle Souza de Andrade e Silva, devo a criteriosa revisão gramatical do texto que certamente o aliviou de muitas das incorreções presentes. A Belize Câmara Correia sou igualmente grato por, atendendo ao chamado de última hora, realizar a revisão final da dissertação.

Aos grandes amigos Marcelo Medina e Marcelo do Val, com quem tive a oportunidade de discutir detidamente muitas das idéias aqui desenvolvidas; verdadeiros irmãos com quem sempre pude contar, sobretudo nas horas mais difíceis. Registro, ainda, as grandes ilações e inferências que o Medina me opôs a partir da leitura do texto, apontando muitas das minhas limitações bem como auxiliando a pensar em muitas das dúvidas que a pesquisa me trouxe.

Devo expressar ainda minha gratidão à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco (PGE-PE), instituições que me propiciaram as condições necessárias ao desenvolvimento e à conclusão do mestrado.

À minha Família, onde tudo começou. Avós, Tios, Irmão e Pais, todos foram fundamentais, seja pelo mais singelo olhar de incentivo, seja pelo esforço supremo de me propiciar a paz e a tranqüilidade indispensáveis à reflexão e ao estudo. Nessa luta, em todos os momentos, foram imprescindíveis meu irmão, Rodolfo, minha Tia, Lúcia, e minha Mãe, Bete. Em especial Mamãe, a quem dedico esta dissertação, que, mesmo se ausentando tão cedo, fez-se inteiramente presente ao longo de todas as fases que culminaram com este texto. Sem dúvida alguma, Mamãe, você foi, é e será a minha maior motivação!

Por fim, o meu sempre insuficiente obrigado a Deus, que tudo regeu e orquestrou.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	9
I. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
1. O pluralismo social e cultural	21
2. O princípio democrático na teoria discursiva do direito de JÜRGEN HABERMAS	26
3. O paradigma procedimental do Estado de Direito	30
4. Esfera pública como categoria elementar do Estado Democrático de Direito	36
5. A difícil questão do consenso na teoria de HABERMAS.....	43
II. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A SOBREPOSIÇÃO DISCURSIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	55
1. Judicialização da política: em que sentido?.....	57
2. O discurso de justificação e sua racionalidade	63
3. O discurso de aplicação.....	67
4. A transição entre os discursos de justificação e de aplicação	70
III. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	76
1. Sobre a forma assumida nos Estados Unidos para conter a judicialização da política através da interpretação constitucional	79
2. A abertura da Constituição como elemento configurador do paradigma procedimental do Estado de Direito.....	87
3. A Constituição procedimental: na contramão da história constitucional?	102
IV. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	110
1. A dificuldade contramajoritária e a primeira “virada procedimentalista” no controle de constitucionalidade	115
2. A segunda “virada procedimentalista” no controle de constitucionalidade	128
3. Os casos controvertidos, a presunção de legitimidade e o controle de constitucionalidade no giro procedimentalista	138
4. A supremacia da Constituição e os controles de constitucionalidade difuso e concentrado	153
5. O “controle judicial fraco” (<i>weak-form judicial review</i>), a “cláusula não obstante” (<i>notwithstanding clause</i>) e uma sugestão ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade	174
CONCLUSÃO	200
REFERÊNCIAS	206

RESUMO

Uma das principais discussões do direito constitucional contemporâneo recai sobre a tensão entre Democracia e jurisdição constitucional. A grande questão a envolver constitucionalistas e filósofos reside em como justificar a legitimidade da jurisdição constitucional numa Democracia, regida pelo princípio do autogoverno, se a “última palavra” sobre o que a Constituição significa é atribuída ao Poder Judiciário. Partindo-se do pressuposto de que Estado de Direito, Democracia e Constituição são conceitos intrinsecamente ligados, a presente dissertação objetiva analisar criticamente tais noções em face da relação existente entre Democracia e jurisdição constitucional, com especial atenção à prática brasileira. Nessa perspectiva, adota-se o conceito de Democracia com base na teoria discursiva de JÜRGEN HABERMAS, explorando-se a importância da cidadania ativa e participativa para legitimar o processo de criação e interpretação das leis e da Constituição. Essa peculiar característica do processo legislativo democrático reclama do Poder Judiciário o asseguramento das condições para o exercício da autonomia dos cidadãos, através da jurisdição constitucional. No entanto, em face da atual configuração do modelo de controle brasileiro, a investigação demonstra que a jurisdição constitucional não tem sido legitimamente exercida, porque, de um lado, os juízes do Supremo Tribunal Federal autocompreendem-se como intérpretes últimos da Constituição e, de outro, com a crescente concentração do controle judicial, os cidadãos vêm-se cada vez mais afastados do exercício de sua autonomia, no que tange à interpretação da Constituição. Dessa forma, destacando a feição democrática do controle difuso e a necessidade de revitalizá-lo, a dissertação sugere como alternativa a essa prática ilegítima a institucionalização de um “controle judicial fraco” (*weak-form judicial review*) com a adoção da “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), cujo principal mérito é atribuir ao Poder Legislativo a autoridade de dizer a “última palavra” sobre a Constituição e ao Poder Judiciário, a “penúltima palavra”. Por fim, defende-se que esse mecanismo institucional possibilita a preservação da autonomia dos cidadãos, na definição do conteúdo das normas constitucionais, além de gerar uma legítima relação de complementaridade entre Democracia e jurisdição constitucional.

Palavras-chave: democracia, legitimidade, jurisdição constitucional.

ABSTRACT

One of the principal contemporary discussions of constitutional law falls on the tension between Democracy and judicial review. The big question involving constitutionalists and philosophers resides in how to justify the legitimacy of the judicial review in a Democracy, ruled by the principle of self-government, if the “last word” on what Constitution means is attributed to Judiciary Power. Starting from the presupposition that Rule of Law, Democracy and Constitution are intrinsically linked concepts, the objective of the present dissertation is to analyze critically such notions in view of the existing relationship between Democracy and judicial review, with special attention to Brazilian praxis. From this point of view, the concept of Democracy is adopted based on JÜRGEN HABERMAS’s discursive theory, emphasizing the importance of active and participative citizenship to legitimize the process of creation and interpretation of laws and of the Constitution. This peculiar characteristic of democratic legislative process demands from Judiciary Power the assurance of conditions for the exercise of the autonomy of the citizens by means of judicial review. Albeit, given the current configuration of the Brazilian model of judicial review, the investigation shows that it has not been exercised legitimately as, on the one hand, the judges of Brazilian Supreme Court see themselves as the final interpreters of the Constitution and, on the other hand, the citizens are more and more distant from exercising their autonomy with regard to constitutional interpretation, due to the growing concentration of judicial review. This way, underlining the democratic nature of diffuse judicial review and the necessity of revitalizing it, the dissertation suggests as an alternative to this illegitimate practice the institutionalization of a *weak-form judicial review* with adoption of the *notwithstanding clause*, whose principal merit is to attribute to the Legislative Power the authority of giving the last word on the Constitution and to the Judiciary Power the second-last word. Finally, the text defends that this institutional mechanism makes possible the preservation of the citizens’s autonomy in defining the content of constitutional rules, besides creating a legitimate relationship of complementarity between Democracy and judicial review.

Keywords: democracy, legitimacy, judicial review.

INTRODUÇÃO

Recentemente, MARK TUSHNET¹ voltou a provocar os acadêmicos norte-americanos, ao publicar, na revista *Dissent*, o artigo *Democracy versus Judicial Review: is it time to Amend the Constitution?* À luz do princípio do autogoverno, MARK TUSHNET cogitara da promulgação de uma emenda à Constituição que encerraria com a prática do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*End Judicial Review Amendment – EJRA*)². Na essência da proposta, subjaz o inconformismo com o fato de os julgamentos da Suprema Corte e, acrescente-se, dos tribunais constitucionais serem usualmente direcionados para definir a melhor interpretação da Constituição, dentre aquelas objeto de “desacordos razoáveis” (*reasonable disagreements*). Mais ainda, os tribunais decidem tais questões em caráter

¹ Cf. TUSHNET, 2005a, p. 59-63.

² A *EJRA* teria o seguinte teor: “Salvo autorização do Congresso, nenhuma Corte dos Estados Unidos ou de qualquer um dos Estados terá o poder de revisar a constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso ou por qualquer das legislaturas estaduais”.

definitivo e obrigatório, com algum prejuízo à discussão pública pela sociedade³, o que lhes confere a autoridade de dizer a *última palavra*, em matéria constitucional. Esse é um delicado problema, sob o ponto de vista de uma teoria democrática.

Diante da proposta lançada por TUSHNET, a pergunta que inevitavelmente toma de assalto constitucionalistas e filósofos é: por que a decisão judicial há de prevalecer sobre a decisão política, se os atores políticos são os legítimos representantes do povo e se no processo legislativo se mantêm níveis satisfatórios de deliberação política? Esta pergunta se desdobra em outras: de onde vem a autoridade da decisão judicial? Em que se fundamenta? Como justificá-la?

Tais questionamentos não são de fácil resposta. Em uma Constituição que não dispõe precisamente sobre assuntos como a prática do aborto, da eugenia, da eutanásia ou da clonagem, dentre outros temas essencialmente controvertidos, cobra-se a legitimidade por parte do Poder (seja Executivo, Legislativo ou Judiciário) que venha a decidir casos sobre tais matérias. Assim se torna imprescindível encontrar o caminho em que o estabelecimento da legalidade venha acompanhado da legitimidade. Sinteticamente, é dizer: obter a legitimidade da legalidade.

Essas breves considerações, que serão retomadas no Capítulo IV desta dissertação, somadas às questões acima suscitadas, deixam clara a existência de uma relação entre a Democracia e a jurisdição constitucional. Talvez, digam mais: que ambas não convivam tão amistosamente, e sim com certa tensão. Por isso, são grandes as divergências quanto à ligação que entre si guardam. A relação entre Democracia e jurisdição constitucional seria antagônica⁴? Complementar⁵? De toda forma, trata-se de ligação de difícil apreensão, dada a fragilidade de seus contornos e o vasto leque de

³ Cf. WALDRON, 1999, p. 289 e ss.

⁴ Cf. BICKEL, 1986.

⁵ Cf. HABERMAS, 2001b, p. 766-781.

possibilidades que se abrem na abordagem de tão instigante tema⁶.

Há de definir-se o caminho.

Assim, é necessário enveredar-se pela sugestão de ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE⁷. Esse constitucionalista chama a atenção para a íntima conexão entre (a) o método de interpretação, (b) a teoria e (c) o conceito de Constituição. Para esse autor, cada uma das diversas teorias de interpretação constitucional não se desvincula da pré-compreensão do conceito de Estado de Direito e do próprio conceito de Constituição. Nessa perspectiva, parece estar claro que os estudos sobre a legitimidade da jurisdição constitucional devem fincar suas raízes nos conceitos, intrinsecamente conectados, de Estado de Direito, de Constituição e de interpretação. A presente dissertação toma por verdadeira a recomendação formulada por BÖCKENFÖRDE e estabelece a direção a ser trilhada.

Inicialmente, cabe esclarecer que o significado de jurisdição constitucional não comporta maiores problemas. Embora a expressão agremie diferentes domínios da atividade judicial, consoante destaca J. J. GOMES CANOTILHO⁸, o sentido a ser aqui adotado envolverá tanto a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos, quanto a concreta. Ambas são vigentes no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

⁶ Para ficar com um dos mais destacados constitucionalistas da atualidade, basta lembrar ROBERT ALEXY, (2005, p. 572-581) que intenciona contornar a tensão inerente ao controle de constitucionalidade com o conceito de “representação argumentativa”, a qual não estaria diretamente conectada com as eleições nem com a relação representante-representado. Com efeito, para ALEXY, uma concepção de Democracia não pode apenas fundamentar-se sobre a decisão; é imperioso que compreenda, por igual, o argumento. Ao contrário do parlamento, cuja representação seria volitiva e decisional, como também discursiva e argumentativa, a corte constitucional exerceria uma representação puramente argumentativa, o que, ademais, pressuporia a existência de argumentos bons e corretos e de pessoas racionais e maleáveis, inclinadas a aceitarem argumentos racionais por sua correção ou perfeição.

⁷ Cf. BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 37.

⁸ Cf. CANOTILHO, 1999, p. 831. CANOTILHO, ressaltando as especificidades concretas de cada ordenamento, distingue seis principais funções da justiça constitucional: (a) litígios constitucionais, isto é, entre os órgãos supremos do Estado; (b) litígios emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais; (c) controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; (d) proteção autônoma dos direitos fundamentais; (e) controle da regularidade de formação dos órgãos constitucionais e de outras formas importantes de expressão política; (f) intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional.

Já definir Democracia é tarefa mais delicada. Mesmo se partindo do pressuposto segundo o qual ela constituiria um regime em que o povo é a um só tempo governante e governado, a justificação teórica e a estruturação prática desse conceito admitirão as mais variadas formulações. Necessário, portanto, fixar um ponto de referência. A opção desta dissertação apóia-se na teoria do Estado Democrático de Direito, na formulação que incorpora a teoria do discurso de JÜRGEN HABERMAS.

A escolha não é arbitrária, tampouco afetiva. Revela, ao contrário, a tentativa de enfrentar, criticamente, a relação existente entre Democracia e jurisdição constitucional. O intento a ser buscado, dentro de uma proposta democrática, é permitir ao povo ler reflexivamente suas tradições e escolher aquelas às quais pretende dar continuidade na construção de um projeto comum⁹; e a Constituição e sua interpretação constituem um projeto, dirigido ao futuro. A construção da Democracia, segundo HABERMAS, importa sobretudo na caracterização de uma teoria reflexiva da sociedade¹⁰. Nessa linha, MICHEL ROSENFELD¹¹ destaca que a teoria reconstrutiva de HABERMAS parte de intuições, instituições e práticas existentes, pretendendo suplementar e reorganizar a Democracia em direção a um todo coerente com a ajuda de condições contrafáticas.

⁹ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 320. HABERMAS destaca: “(...) as sociedades modernas, as quais, ao ter de operar com o direito positivo, com uma política secularizada e com uma moral racional, não passaram a situar-se em um nível pós-convencional de justificação ou fundamentação e exigem de seus membros uma atitude reflexiva a respeito das próprias tradições culturais”. Também valiosa se faz a ponderação de LUIZ MOREIRA (2002, p. 101-103) no sentido de que a razão comunicativa permitirá a formulação da teoria reconstrutiva da sociedade, na medida em que, em sua visão, a razão comunicativa, cuja natureza é contrafática, faz surgir idealizações sobre algo no mundo, abrindo, em consequência, a tensão entre realidade e idéias.

¹⁰ Cf.: ROSENFELD, 1994-1995, p. 1166. No sentido aqui proposto, a reflexividade quer significar a utilização de uma teoria que permita a crítica permanente da sociedade, oportunize repensar e discutir as condições e os fundamentos da sociedade, além de possibilitar novas alternativas na esfera social e política. Sobre a reconstrução do trajeto seguido por HABERMAS, vide: MÍLOVIC, 2004, p. 52-66. Por isso, MICHEL ROSENFELD (1994-1995, p. 1176-1177), malgrado oponha considerações de fundo contra o paradigma procedimental de HABERMAS, valoriza a construção normativa (contrafática) habermasiana, em face do potencial de sugerir genuínos e úteis caminhos para resolver os conflitos e as inconsistências existentes.

¹¹ De fato, ROSENFELD (1994-1995, p. 1176) pontua, com proficiência, as possibilidades da teoria discursiva de HABERMAS, ao destacar: “a teoria do discurso é ricamente sugestiva ao postular um modelo deliberativo intersubjetivo para justificação das questões normativas, em contraste com a isolamento das determinações monológicas e com o dogmatismo das soluções coletivas unitárias”.

Ora, o presente trabalho pretende enfrentar o problema da legitimidade da jurisdição constitucional, tendo como pano de fundo as práticas institucionais e judiciais brasileiras, as quais, a exemplo de todas as ações sociais, são impregnadas por uma inerente falibilidade e, por esse modo, devem permanecer abertas ao questionamento e à crítica constantes. Assim, com base na teoria democrática de HABERMAS, acredita-se que a dissertação adotará o instrumental teórico apropriado para reconstruir criticamente os fundamentos da teoria do controle de constitucionalidade, a fim de tentar justificar a *judicial review* em termos do Estado Democrático de Direito¹².

Com a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, permite-se tomar por dadas as condições da realidade brasileira, ao mesmo tempo em que se confrontam, criticamente, tais elementos empiricamente observáveis com o modelo normativo a ser concebido. Desde já, julga-se oportuno advertir ao leitor que a análise do modelo brasileiro de jurisdição constitucional não será descritiva e minuciosamente apresentada, mas, tendo em vista a estrutura da dissertação e as pretensões nela contidas, far-se-á a exposição daquelas características que detenham estrita pertinência com a argumentação logicamente ordenada.

Hoje, no Brasil, a prática do controle de constitucionalidade impõe, sim, a necessidade de reflexão. É preciso indagar a respeito dos fundamentos sobre os quais se assenta o poder de o Supremo Tribunal Federal anular leis e atos normativos, bem como a repercussão do controle, no contexto do Estado Democrático de Direito, especialmente quando se examinam normas em cujo cerne agitam-se questões altamente controvertidas. A necessidade de tal investigação evidencia-se, ainda mais, ao se perceber que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando a concepção de si próprio como instituição a quem caberia, em última instância, dizer o que a Constituição

¹² É importante destacar, na observação de ANDRÁS SAJÓ (1996, p. 1194), que a jurisdição constitucional integra o projeto habermasiano de reabilitação da modernidade, por meio do qual se busca a legitimidade através da legalidade, conforme será analisado nos Itens 2 e 3 do Capítulo IV.

significa¹³; arvora-se da função de único guarda ou defensor da Constituição¹⁴. Para além dessa autocompreensão, assiste-se a uma crescente concentração da fiscalização da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, de maneira que o cidadão, individualmente considerado, tem seu acesso ao centro decisório do sistema judicial a cada dia mais e mais reduzido. Essa conjuntura aponta para o fato de que a participação cidadã na interpretação das normas constitucionais vem-se fragilizando sensivelmente.

Ora, se a jurisdição constitucional é parte integrante do projeto de legitimação do processo de formação da opinião e da vontade política, deve ser entendida e, principalmente, estruturada de forma a propiciar a participação democrática dos cidadãos na construção da vida em comunidade e, em especial, do significado da Constituição. Ou, em termos normativos, deve ser lida como garantidora do devido processo legislativo, possibilitando ao cidadão identificar-se, a um só tempo, como destinatário e autor das mesmas normas jurídicas¹⁵. A jurisdição constitucional, portanto, deve servir à garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos¹⁶.

Eis a idéia que permeia toda a dissertação.

A fim de desenvolver essa noção, dividiu-se a presente dissertação em quatro capítulos.

O Capítulo I objetiva apresentar os principais conceitos que rondam a

¹³ Há pouco, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 357.950-9/RS (Rel. Marco Aurélio, j. 09/11/2005), o voto do Min. EROS GRAU ilustrou a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal. A passagem, a seguir transcrita, fala por si mesma: “O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz”.

¹⁴ A discussão sobre o “defensor” da Constituição remete, inequivocamente, à célebre polêmica entre KELSEN (1999) e SCHMITT (1983) sobre a titularidade do exercício da jurisdição constitucional.

¹⁵ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 135-137 e p. 154-155.

¹⁶ A autonomia pública está relacionada aos direitos de participação política, e a autonomia privada diz respeito à proteção dos direitos individuais. Tais conceitos, contudo, serão examinados a seguir no Capítulo I, Item 3.

teoria discursiva do Estado de Direito, proposta por HABERMAS¹⁷. Iniciando pelo tema do pluralismo, que reside na base da teoria democrática (Item 1), far-se-ão considerações sobre o princípio democrático (Item 2) e mostrar-se-á como ele se integra à concepção do Estado de Direito e origina o paradigma procedimental (Item 3). Depois, será examinada outra categoria central da teoria habermansiana – o espaço público – e sua função na legitimação do processo discursivo de formação racional da opinião e da vontade política (Item 4). O Item 5 do Capítulo I concentra-se na temática sobre a possibilidade de obter-se o consenso. Muito embora nessa parte o consensualismo sofra duras críticas, defender-se-á que o entendimento mútuo pode ser atingido, desde que conte com a participação de todos os interessados e a consideração de seus interesses; em conseqüência, o processo discursivo seguirá válido no propósito de conferir legitimidade às leis.

O Capítulo II se ocupará da *judicialização da política*. Após esclarecer-se que esse fenômeno não é algo em si mesmo deletério à Democracia, definir-se-á judicialização da política no sentido de sobreposição discursiva entre os discursos do Poder Legislativo e do Judiciário (Item 1). Em seguida, serão analisados o discurso legislativo de justificação (Item 2) e o discurso judicial de aplicação (Item 3), cujas estruturas mostram-se idôneas a produzir racionalidade e legitimidade das normas. Ao fim, será abordado o modo de relacionamento entre os discursos dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem assim o conflito e a *sobreposição* que dele podem advir (Item 4). Nesse item, já se fará perceptível a cisão no tratamento entre os dois tipos de controle de constitucionalidade do modelo brasileiro (concentrado e difuso), que será progressivamente aprofundada nos Capítulos III e IV.

¹⁷ Desde já, esclareça-se que a obra marco, estudada e analisada para os estudos refletidos nesta dissertação, foi *Facticidad y Validez* (2001a), bem como os artigos, as conferências e as entrevistas posteriores de HABERMAS, em que deu continuidade ao desenvolvimento de sua teoria democrática do Estado, aperfeiçoando-a e retificando-a.

O Capítulo III preocupa-se, inicialmente, em apontar limites das discussões sobre a judicialização da política, a partir de uma teoria da interpretação à Constituição (dimensão semântica do discurso). Centrando-se no debate norte-americano entre o originalismo e o não-originalismo (Item 1), defender-se-á que as teorias da interpretação são insuficientes no que se refere ao intento de conter a tensão existente entre Democracia e jurisdição constitucional. Será necessário lançar mão da dimensão pragmática do discurso jurídico. Em sede constitucional, essa perspectiva reclamará a abertura da Constituição a todos os cidadãos, seus legítimos intérpretes; sinalizar-se-á para o sentido performativo da Constituição (Item 2). Na finalização do capítulo, cogitar-se-á da crítica a essa postura (Item 3). Reafirmando-se a dimensão pragmática da interpretação, elucidar-se-á que ela, satisfazendo as exigências de legitimação do paradigma procedimental do Estado de Direito, revela-se como meio mais apto a legitimar as normas e a interpretação constitucional, definindo-se alguns parâmetros entre a relação Democracia e jurisdição constitucional.

Por fim, chega-se ao Capítulo IV. Preliminarmente relacionado à “dificuldade contramajoritária” (*counter-majoritarian difficulty*), na seqüência, essa seção abordará a denominada “primeira virada procedimentalista” da teoria constitucional, ensaiada por JOHN HART ELY¹⁸, cuja finalidade era criticar a judicialização da política (Item 1). Dado o insucesso da tentativa, entrará em pauta a “segunda virada procedimentalista”, conduzida por JÜRGEN HABERMAS (Item 2). A seguir, serão estabelecidos os parâmetros e as diretrizes do controle de constitucionalidade, no segundo giro procedimentalista, em relação aos casos essencialmente controvertidos, enfatizando-se a separação entre o controle difuso e o controle concentrado (Item 3). Em continuidade, a noção de *supremacia judicial* será

¹⁸ Cf. ELY, 2002. Conforme será visto no Item 1 do Capítulo IV, o argumento de ELY é essencialmente voltado contra a imposição de valores substantivos pelos próprios juízes ao decidirem, o que acarretaria o desvirtuamento do sistema democrático e a interferência nas deliberações da maioria.

criticamente explorada e contraposta à de *supremacia constitucional*, distinção que reforçará ainda mais o tratamento diferenciado entre os controles difuso e concentrado, em termos de legitimidade (Item 4). Ao final, sobre o pano de fundo da prática institucional e judicial brasileira do controle de constitucionalidade, será indicada uma alternativa que, no controle de constitucionalidade abstrato, mostra-se viável à preservação do exercício pelos cidadãos de suas autonomias pública e privada, na definição do conteúdo das normas jurídicas que a si mesmos querem estabelecer e às quais querem submeter suas condutas (Item 5). Para tanto, será abordada a concepção do “controle judicial fraco” (*weak-form judicial review*), que, com a institucionalização da “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), atribui o poder de dizer a *última palavra* sobre o que a Constituição significa ao Poder Legislativo e a *penúltima palavra*, ao Poder Judiciário. Será argumentado que o controle judicial fraco consubstancia importante mecanismo institucional na preservação das autonomias pública e privada dos cidadãos. Deferir a autoridade para dizer a *última palavra* ao Poder Legislativo implica delegar ao povo, aos cidadãos, o direito de exercer sua autonomia, inclusive para precisar o significado das normas constitucionais.

Retirar o manto de silêncio que paira sobre as práticas institucionais e judiciais no contexto brasileiro em consolidação do controle de constitucionalidade parece ser de suma importância e, talvez, o eventual mérito da dissertação: um caminho à reflexão e à crítica mais aprofundada sobre o tema. De fato, não se pode permitir seja o discurso da jurisdição constitucional colonizado pela obviedade dos argumentos pragmáticos, que tradicionalmente conferem ao Poder Judiciário a autoridade sobre o que a Constituição diz. Se uma das principais ameaças ao exercício da cidadania constitucional parece residir no controle concentrado, está precisamente nele o ponto de partida para o questionamento. Desse modo, pode-se levar a sério o controle de

constitucionalidade e sugerir uma alternativa que enseje democratizá-lo, resgatando a autoridade e a legitimidade do processo legislativo de formação da vontade política, em que se manifesta com mais propriedade o exercício das autonomias pública e privada do cidadão.

I. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. O pluralismo social e cultural
2. O princípio democrático na teoria discursiva do direito de JÜRGEN HABERMAS
3. O paradigma procedimental do Estado de Direito
4. Esfera pública como categoria elementar do Estado Democrático de Direito
5. A difícil questão do consenso na teoria de HABERMAS

Deixou-se sugerido, na Introdução, que entre Democracia e jurisdição constitucional dá-se uma relação difícil. Ao mesmo tempo, acenou-se para o caminho que será trilhado nesta dissertação. O primeiro passo a ser dado é este: fixar o pressuposto teórico com base no qual se fará uma crítica aos fundamentos do controle de constitucionalidade.

Trata-se de estabelecer a concepção de Estado de Direito. E a escolha recaiu na concepção de Estado Democrático de Direito formulada por JÜRGEN HABERMAS. Primeiro, porque constitui uma proposta teórica na qual, ao considerar a tensão permanente entre a realidade concreta (faticidade) e o modelo normativo existente (validade), oportuniza a realização de eficaz crítica das instituições,

consideradas no aqui e agora. E o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tal qual institucionalizado e praticado, é o pano de fundo sobre o qual se desenvolverá a investigação.

Por outro lado, a teoria discursiva do direito e do Estado condiciona a própria existência deste último à Democracia: “Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia”, sentencia HABERMAS¹⁹. Sob tal perspectiva, radicalmente democrática, torna-se possível reconduzir todo o processo de justificação e de aplicação das normas às condições formais de comunicação. Assim, todos os interessados, todos os membros da comunidade participam ativamente do processo legislativo e do processo judicial, da criação e da interpretação das normas, inclusive das normas constitucionais, o que se mostra idôneo a obter a legitimidade da legalidade, não só na criação das normas, mas também na sua interpretação.

Analisada nos termos de uma teoria discursiva, a Democracia não renuncia a essa dimensão dialógica da política deliberativa, que se erige sobre pressupostos comunicativos. A jurisdição constitucional, por sua vez, como parte integrante do projeto de criação legítima das leis, deve estar voltada a assegurar as condições comunicativas, propiciando ao indivíduo participar ativa e democraticamente da vida política do país, consolidando-se assim uma cultura política acostumada à liberdade.

Mas é necessário demonstrar como tais condições se concretizam na prática, a partir dos conceitos centrais ligados à noção de Estado de Direito, tal qual concebido no *paradigma procedimental*. O presente capítulo concentrará seus esforços em sua apresentação, iniciando pela exposição de noções relacionadas ao pluralismo (1) e ao conceito do princípio democrático (2). Após, discutirá o paradigma procedimental

¹⁹ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 242-243.

do Estado de Direito, a partir da aplicação do princípio democrático (3). A principal noção a ser extraída e que se estenderá por toda a dissertação é a do cidadão encarado a um só tempo como autor e destinatário das normas jurídicas. Na seqüência, com a análise da esfera pública, categoria elementar ao conceito de Estado Democrático de Direito na visão habermasiana, será destacada sua função na legitimação do processo discursivo de formação racional da opinião e da vontade política (4). Ao final deste capítulo, enfrentar-se-á a questão do “consenso” na teoria de HABERMAS (5), fixando-se as balizas principais que serão tomadas por marco teórico para o desenvolvimento do tema da dissertação.

1. O PLURALISMO SOCIAL E CULTURAL

Talvez, o grande intento de HABERMAS na obra *Facticidad y Validez*, em que desenvolve com profundidade sua teoria sobre o direito e o Estado, é procurar justificar a autoridade do direito. O que confere legitimidade ao direito? Como obter razões para extrair a legitimidade da legalidade? Eis uma linha de questionamento que, recorrentemente, o autor se faz. A resposta, contudo, advém da teoria normativa aplicável à práxis de uma sociedade, em que a tensão entre a faticidade e a validade é inerente.

Sua análise se inicia sobre as sociedades histórica e concretamente existentes. HABERMAS investiga o grau de evolução que tais comunidades atingiram e as condições que apresentam, necessárias à institucionalização do Estado de Direito. O pressuposto essencial à sua concepção, e que se refletirá ao longo da dissertação, é o pluralismo: um fato comum a todas as sociedades secularizadas e pós-convencionais²⁰.

²⁰ Cf. HABERMAS, 1999c, p. 449. A classificação do grau de evolução da sociedade (pré-convencional, convencional e pós-convencional) HABERMAS estabelece, a partir dos estudos de LAWRENCE KOHLBERG

No diagnóstico do pluralismo, HABERMAS²¹ é categórico: quanto mais aumenta a complexidade das sociedades e mais se amplia sua perspectiva (inicialmente restringida a termos étnicos, religiosos ou de tradição), com maior força se produz a pluralização de formas de vida e a individualização das biografias pessoais²². A evolução da sociedade faz com que as zonas de convergência sobre as questões de fundo, que integram o mundo da vida²³, estreitem-se ou se reduzam. Na sociedade dessacralizada²⁴, todos os temas de fundo – em torno dos quais girava um consenso tácito – vão se livrando dos fundamentos “metafísicos” (ética, tradição, costume, religião) imunizáveis a qualquer espécie de crítica e, assim, passam a ser tematizáveis por uma vontade em constante comunicação e circulação. Todas aquelas certezas, implicitamente compartilhadas pela comunidade, emergem do pano de fundo do mundo da vida para serem discutidas publicamente, porquanto a sociedade plural e diferenciada é movida por distintas constelações de interesses e necessidades, além de ser integrada por diferentes valores, visões de mundo e projetos de vida através do processo de

sobre os estádios evolutivos da consciência moral, aplicados à teoria social. Sobre o tema, veja-se: HABERMAS, 2003d, p. 143-233; WHITE, 1995, p. 64-72. As sociedades pós-convencionais singularizam-se pelo fato de suas regras e práticas exigirem motivação racional para serem obedecidas. A legitimidade das normas não mais se deposita na tradição ou na suposta identidade ética da comunidade nos moldes ocorridos nos estágios anteriores. Nessa nova etapa social (pós-convencional), para a legítima positividade das leis é necessário sua conformidade com princípios que impõem uma prática argumentativa de justificação como condição da própria validade normativa.

²¹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 87 e ss.

²² Ressalte-se que o pluralismo social e cultural, que marca profundamente as sociedades atuais, deixa-se sentir na inevitabilidade de controvérsias radicais e duradouras em matéria constitucional e da interpretação das normas (HABERMAS, 2003b, p. 187).

²³ O mundo da vida é o horizonte ou o pano de fundo do agente da comunicação (HABERMAS, 2003d, p. 164-172; NEVES, 2001a, p. 126), que se apresenta em três dimensões distintas: o mundo objetivo (concebido como totalidade das entidades sobre as quais são possíveis enunciados verdadeiros), o mundo social (totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas) e o mundo subjetivo (totalidade das próprias vivências a que cada um tem acesso privilegiado e pode manifestar-se sobre ela perante o público, com veracidade) (HABERMAS, 1988, p. 169-171). Cada um dos aspectos do mundo da vida se evidencia a partir dos argumentos defendidos por cada pessoa que ingressa no processo discursivo de fundamentação normativa, de forma a possibilitar a toda pessoa manifestar seu ponto de vista, fundado em sua história de vida pessoal, tradição e cultura. Ver ainda: WHITE, 1995, p. 47-54 e p. 92-122.

²⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 423. Na passagem, HABERMAS afirma que “os riscos, perigos e ameaças a que se vê sujeita a capacidade de integração representam, muito em especial, um desafio para a política e para o direito. Pois de certo modo se renovam o *shock* que ambos experimentaram anteriormente por causa da perda da legitimidade religiosa”. No mesmo sentido do texto, confira: ADEODATO, 2002, p. 213-220.

comunicação. Não se subsume a uma forma de vida única.

As pessoas de uma comunidade vivem numa intersubjetividade compartilhada, constituída tanto pela identidade individual (subjativa) de cada um, quanto pelas identidades sociais (intrasubjetividade). E o Estado Democrático de Direito – para se legitimar perante todas as formas de vidas e ao mesmo tempo estabelecer padrões de conduta neutros e imparciais – vê-se nessa encruzilhada. É preciso estruturá-lo de modo a permitir que a linguagem cotidiana do mundo da vida ganhe significado político e jurídico generalizado²⁵. Isto é, deve permitir que cada cidadão tenha efetivamente acesso aos canais de produção legislativa e judicial, a fim de poder sentir-se a um só tempo autor e destinatário das normas.

Assim, os discursos políticos e jurídicos se desenvolverão em dupla dimensão a fim de preservar o pluralismo das diversas formas de vida: de um lado, consideram-se as concepções individuais sobre o bem e a vida digna; de outro, as formas de vida plural, ancoradas em costumes, valores e tradições diversas²⁶. Observe-se que, na sociedade pós-convencional onde qualquer fundamento metafísico de justificação do poder e da autoridade é rejeitado, o direito não pode cobrar sua legitimidade a partir de uma forma específica de vida. Antes, exige uma moralidade desvinculada de qualquer conteúdo e com condições de considerar, por igual, o interesse e as pretensões de cada participante, de cada cidadão²⁷.

A própria noção de cidadania é atingida pelo pluralismo cultural e social que marca as sociedades modernas. Com efeito, ela não mais se reconduz à noção de pertinência a uma comunidade nacional, a um Estado nacional; uma vez

²⁵ Cf. NEVES, 2001a, p. 132-133.

²⁶ Cf. CITTADINO, 2000, p. 90. Como explica ÁNGEL OQUENDO (2004, p. 165-168), uma perspectiva pluralista requer que o Estado preserve e promova as diversas manifestações culturais nacionais, sem fixar qualquer delas como parâmetro (oficial) a ser estabelecido e seguido por toda a comunidade. Existe uma necessária integração entre o bem-estar individual, construído sobre a base de uma autonomia cultural, e a pertinência de uma comunidade, alicerçada sobre uma cultura nacional. Nessa relação de complementação, não pode ocorrer a opressão de um lado pelo outro.

²⁷ Cf. HABERMAS, 1998-1999, p. 938.

procedimentalizada e desconectada de qualquer forma de vida, a soberania atribui a cada pessoa o *status* de cidadão, que se configura pela existência de direitos e liberdades individuais²⁸. Por isso, HABERMAS concebe a Constituição das sociedades plurais como resultado de um “consenso formal”²⁹, pois todas as relações dela derivadas regulam-se por princípios que asseguram o reconhecimento recíproco e o assentimento fundado por todos, igualmente; cada pessoa deve ser respeitada por todos como livre e igual. A Constituição é o lugar, por excelência, do pluralismo³⁰. Em consequência, a partir dela, cada pessoa deve encontrar um triplo reconhecimento: à proteção e ao igual respeito em sua integridade como indivíduos; à qualidade de membros de um grupo étnico ou cultural; à sua condição de cidadãos, isto é, de membros da comunidade política³¹.

É através do processo democrático que se permite a integração social da sociedade cada vez mais diferenciada. Com efeito, segundo HABERMAS³², o processo discursivo de formação da vontade política e a comunicação pública é que têm condições de conferir legitimidade às comunidades detentoras de diferentes culturas e concepções de mundo, desde que haja a fusão com uma cultura política compartilhada por todos os cidadãos. O processo político democrático volta-se à institucionalização da vontade de todos, ao mesmo tempo em que respeita as diferenças e as autonomias das esferas plurais³³. Esse processo, então, desenvolve-se através da inter-relação entre sujeito e sociedade, em que nenhum desses dois elementos atue como forma de

²⁸ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 624-625.

²⁹ O conceito habermasiano de Constituição será examinado no Capítulo III, oportunidade em que a definição será retomada.

³⁰ MICHEL ROSENFELD (2003, p. 21), é pertinente destacar, atribui ao pluralismo a razão de ser do próprio constitucionalismo.

³¹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 624. Assim, não mais é possível falar-se em nação composta por membros de uma mesma comunidade étnica, e sim em uma “nação de cidadãos”, na qual as distintas formas de identidades culturais só se reportam à Constituição, que constitui a única base comum a todos (HABERMAS, 2000, p. 117-118).

³² Cf. HABERMAS, 2000, p. 189-190. Esse é o caminho sugerido pelo autor para justificar a legitimidade da autoridade e do direito nas sociedades secularizadas. Não por outro motivo, afirmou: “Uma participação democrática que só se foi impondo, muito lentamente, criou para os cidadãos um novo nível de coesão social e abriu, à sua vez, ao Estado uma fonte secular de legitimação”.

³³ Cf. NEVES, 2001a, p. 126-129.

opressão do outro. O respeito à diferença é fundamental; é chegada a hora em que o “outro” é percebido e notado, não podendo mais ser ignorado. A palavra de ordem é a “inclusão”³⁴, e o verbo da vez é “lutar” politicamente pelo reconhecimento. A questão, portanto, é manter a igualdade na diferença; é ser tolerante.

Conforme se evidenciará nos Capítulos II, III e, especialmente, IV, o controle de constitucionalidade assume um papel essencial na defesa das formas específicas de vida sem que, com isso, venha a implicar a imposição de uma forma de vida específica predeterminada. Em face do pluralismo social e cultural, o direito deve comportar as mais diversas concepções que informam a sociedade plural. E a Constituição, foi enfatizado, é a sede a partir de onde todas as formas de vida plurais buscarão respaldo e legitimidade. Desse modo, a fim de garantir que todos os interesses dos participantes sejam igualmente considerados e discutidos no processo deliberativo político, é necessária a institucionalização de garantias processuais a fim de se oportunizar a impugnação de decisões políticas tidas por ilegítimas, isto é, conflitantes com alguma identidade social e cultural³⁵. Será visto que também a jurisdição constitucional assume o encargo de proteger as minorias culturais e sociais, bem como o direito à diferença.

Será visto, a seguir, que o paradigma procedimental do Estado de Direito possui o instrumental necessário para permitir a uma sociedade pós-convencional, marcada pelo pluralismo cultural e social, distribuir equanimemente as liberdades para cada cidadão. Porque, nele, é dada a oportunidade a cada membro da comunidade política para articular e justificar os aspectos mais relevantes ao tratamento igualitário

³⁴ HABERMAS (2002b, p. 7-9) ressalta que o desafio das sociedades pluralistas é conciliar os princípios universalistas constitucionais com as diversas culturas mundiais (multiculturalismo), abrindo-se espaço para que o Estado moderno preserve a alteridade e a diferença. Nesse sentido, a diferença reclama uma inclusão: a “inclusão do outro” significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos, principalmente àqueles estranhos aos outros e, não obstante, desejam haver-se como estranhos; isto é, manterem suas respectivas identidades culturais.

³⁵ Cf. OQUENDO, 2004, p. 197-198.

de todos³⁶, através da interpretação e da valoração das próprias necessidades³⁷. Com isso, mediante o processo legislativo discursivo e democrático, é possível editar leis que resultem da percepção de cada uma das pluralidades a partir de suas tradições, história, linguagem, tudo no interesse geral da comunidade. A proposta teórica do Estado Democrático de Direito apresenta-se como alternativa para integrar legitimamente a sociedade, não obstante o pluralismo nela enraizado.

2. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Na linha do que foi discutido anteriormente, o contexto em que se estrutura o Estado moderno é o do pluralismo. A integração social não mais se realiza mediante a autoridade de um fundamento metafísico, e sim através da ação voltada ao entendimento mútuo. As normas sociais, até então observáveis pacificamente, saem do silêncio clarividente da prática social, que lhes outorgava autoridade pelo simples fato de existirem, e são expostas à discussão para revalidação das pretensões de validade a elas inerentes. A positivação das normas só se legitima por via de uma fundamentação discursiva. Não mais a religião; não mais a tradição ou o carisma do líder. Agora é a fundamentação das normas que viabiliza a integração social, porquanto a sociedade pós-convencional tem seu agir regulado por normas reflexivamente examinadas³⁸. A integração social faz-se com base no processo comunicativo voltado para o

³⁶ Relevante é a observação de GISELE CITTADINO (2000, p. 95-96), ao realçar a atenção que HABERMAS dedica à participação ativa dos cidadãos. No processo discursivo de criação e de interpretação das normas jurídicas, é fundamental existir uma cultura política de participação para que o direito possa legitimar-se e preservar as formas plurais de vida digna de cada um dos membros da comunidade. Isso porque os indivíduos ingressam no processo discursivo com base em suas convicções pessoais e defendem suas pretensões, a partir do contexto sócio-cultural de cada um.

³⁷ Cf. HABERMAS, 1998-1999, p. 942.

³⁸ Cf. HABERMAS, 2003d, p. 196.

entendimento mútuo de seus membros³⁹.

No entanto, esse processo revela seus limites e mostra-se incapaz de regular a vida nas condições modernas da sociedade complexa, já que a fixação duradoura de discursos para domesticar o dissenso pode, ao revés, perenizá-lo ou aumentá-lo ainda mais. A saída, então, é recorrer ao direito, que, substituindo-se às formas tradicionais de legitimação da autoridade, funciona como estabilizador de expectativas, através da imposição coercitiva da sanção⁴⁰. A positividade do direito tem sua contrapartida na pretensão de sua aceitabilidade racional; por isso, apesar de limitar a ação comunicativa, ele não a exclui. Porque o direito legitimamente imposto traz consigo a idéia de sua autolegislação e de sua auto-aplicação.

Na modernidade, contudo, o direito não é a única instituição a promover a integração social. O mercado e o poder administrativo são mecanismos de integração que formam sistemas coordenadores da ação de modo não necessariamente intencional ou comunicativo, conforme avaliação de HABERMAS. O direito, assim, pode ser colonizado por essas duas forças de integração social. Todavia, ele só se legitimará se inserido no contexto de prática de autodeterminação, a partir da prática das liberdades comunicativas dos cidadãos, situação em que o direito se mostrará capaz de produzir a integração social pela solidariedade social e, também, de conter as forças sistêmicas que o podem colonizar. Não por outro motivo, constitui-se meio de integração da sociedade profundamente ambíguo, por nele se intermesclarem as três forças de integração social (mercado, poder administrativo e solidariedade social).

Não obstante os riscos de vir a ser colonizado pelos imperativos sistêmicos, ao direito compete a responsabilidade principal pela integração social. A

³⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 87-88.

⁴⁰ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 100-103. Por isso, HABERMAS (1998-1999, p. 938-939) afirma que o direito não deve ser totalmente afastado da moralidade e pode ser melhor compreendido como complemento funcional de uma moralidade pós-tradicional enfraquecida.

práxis da autodeterminação é inerente ao processo de integração, o que traz para dentro do direito, na sua acepção moderna, um ideal democrático. Direito legítimo é direito democrático.

O Estado de Direito, a sua vez, é a resposta à necessidade de transformar em direito legítimo o poder político, que o próprio direito pressupõe. Para realizar a difícil tarefa de justificar a legitimidade do Estado de Direito⁴¹, HABERMAS recorre ao princípio democrático⁴². O princípio democrático deriva do princípio do discurso⁴³, que reside em um grau ainda maior de neutralidade e de abstração, relativamente ao princípio democrático e ao princípio da moral⁴⁴. O princípio discursivo, inicialmente concebido nas argumentações morais, supõe o princípio da universalização, que condiciona a validade de toda e qualquer norma à regra de que todos tenham aceitado suas conseqüências e efeitos colaterais, satisfazendo-se, assim, o interesse de cada um em cada situação particular⁴⁵.

Ancorado na situação ideal desenhada pelo princípio da universalização, HABERMAS inicia a fundamentação do princípio discursivo, que exige o assentimento de

⁴¹ Logo no início de sua obra *Facticidad y Validez*, HABERMAS (2001a, p. 65) substitui a razão prática pela razão comunicativa. Sobre as diferenças entre os dois tipos de racionalidade na fundamentação do Direito, veja: HABERMAS, 2001a, p. 65-71; MOREIRA, 2002, p. 137 e ss. Para LUIZ MOREIRA, a nova perspectiva da abordagem habermasiana, com base na razão comunicativa, admite a articulação do princípio do discurso com o direito. A juridificação do princípio do discurso consagra o próprio princípio democrático. Assim, as normas serão democraticamente concebidas se houver a produção de leis por pessoas livres, que poderão manifestar suas opiniões e vontades. O processo legislativo, ponto de tensão entre as autonomias pública e privada dos cidadãos, consubstancia a síntese entre os direitos que os cidadãos se atribuem e os que se lhes reconhecem.

⁴² Cf. HABERMAS, 2001a, p. 172.

⁴³ Nesse sentido, HABERMAS (2001a, p. 169) afirma que “a legitimidade do Direito se baseia em mecanismos comunicativos, e são os discursos o lugar de formação da vontade racional”.

⁴⁴ Embora o direito e a moral guardem entre si relação íntima, na teoria habermasiana não se confundem. O princípio do discurso se situa em um nível maior de abstração e desdobra-se no princípio da moral e no princípio democrático, donde resulta a relação co-originária entre ambos os domínios. Sobre o tema, vide: AUDARD, 2005, p. 96-98; HABERMAS, 2001a, p. 172, p. 187-188 e p. 305-306.

⁴⁵ Cf. HABERMAS, 2003d, p. 78-98; 2001a, p. 174-175. Vale destacar que o princípio da universalização substitui-se, numa perspectiva dialógica, ao imperativo categórico kantiano. HABERMAS (2003d, p. 86) assim enuncia o princípio da universalização: “que as conseqüências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)”. Ver ainda: WHITE, 1995, p. 55-57; HABERMAS, 1999a, p. 136-140; MÍLOVIC, 2002, p. 266-268.

todos os abrangidos pela norma, por ocasião do processo racional discursivo de fundamentação⁴⁶. O princípio discursivo aplicado ao direito, ou seja o princípio democrático, permite a instituição de normas jurídicas de ação (leis), a partir da prática comunicativa através da qual se consideram não só argumentos de natureza moral, mas razões ético-políticas, pragmáticas e jurídicas⁴⁷. Essa nota característica do discurso de justificação, como se verá adiante, é essencial no confronto entre a Democracia e a jurisdição constitucional, na relação existente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O princípio democrático destina-se à fixação de procedimentos de produção legítima de normas jurídicas, que só poderão pretender validade legítima caso se submetam a um processo discursivo de formação da opinião e da vontade política, em que todos os membros da comunidade jurídica possam expressar sua vontade

⁴⁶ Para HABERMAS (2001a, p. 172), o princípio do discurso significa que “válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) a que todos os que se possam ver por elas afetados, tenham podido prestar seu assentimento como participantes nos discursos racionais”. É importante ressaltar que, na presente dissertação, não se pretende examinar, analiticamente, os requisitos da teoria do discurso, nem os tipos dos atos de fala. Para aprofundar o tema, vide: HABERMAS, 1999a, p. 119-218; 2003d, p. 61-141 e 143-233; 2004b, p. 8-16; MÍLOVIC, 2002, p. 196-202 e p. 272- 276; OLIVEIRA, 2001, 293-320. Contudo, convém esclarecer resumidamente, para fins didáticos, os seus elementos na teoria pragmática formal habermasiana. Ao desenvolvimento do agir comunicativo orientado ao entendimento mútuo, é necessária a existência de certas condições para a comunicação (situação ideal de fala), quais sejam (MÍLOVIC, 2002, p. 273): “1. cada sujeito capaz de agir pode participar no discurso; 2. todos podem problematizar qualquer afirmação; todos podem apresentar qualquer afirmação no discurso; todos podem expressar seus pontos de vista, desejos e necessidades; 3. ninguém deve ser tolhido, seja via coerção interna ou externa, na clara compreensão de seus direitos determinados nos pontos 1 e 2 acima”. Em desdobramento das regras constitutivas da situação ideal de fala, MÍROSLAV MÍLOVIC (2002, p. 274-275) conclui que (a) é proibido imprimir a qualquer participante da comunicação algum tipo de restrição, (b) não pode haver nenhum tipo de repressão, respeitando-se o princípio da liberdade do discurso e (c) seriedade relacionada aos efeitos ilocutivos dos atos do discurso. STEPHEN WHITE (1995, p. 62), a sua vez, esclarece que as regras pressupostas na argumentação habermasiana decorrem da “noção de reconhecimento recíproco, por parte de cada participante, do outro como uma fonte autônoma das duas reivindicações que possuem plausibilidade e exigências iniciais iguais para justificação que devem ser tratadas”.

⁴⁷ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 535-587. Quanto à suposta hierarquização dos tipos de discurso, ver: NEVES 2001a, p. 121-124. Não obstante, HABERMAS (2001a, p. 386; 2002b, p. 358-365 e p. 368-369) nega a superioridade do discurso moral sobre as demais espécies de discurso ou a existência de um “superdiscurso”, o qual fora sugerido por GÜNTHER TEUBNER (1996, p. 904-907) para promover a compatibilidade discursiva (*discursive compatibility*) e solver a colisão de discursos (*collision of discourses*) já que inexistente hierarquia entre discursos, tampouco superioridade do discurso moral sobre o jurídico. No entanto, o filósofo admite a existência de certa “transgressão racional” do discurso moral, relativamente ao ético; do ético, ao pragmático. Tudo em função da lógica dos questionamentos que se apresentam.

individual. Em outras palavras, a teoria discursiva do direito permite a prática da autodeterminação dos membros da comunidade jurídica, na medida em que cada cidadão se reconhece como membro igual e livre de uma associação⁴⁸. Por essa via, torna-se possível garantir legitimidade às leis.

A institucionalização racional da vontade e da opinião políticas, à luz do princípio democrático, reclama a existência de um sistema de direitos que assegure a cada um a igualitária participação nesse processo de produção das leis, garantindo-se o respeito aos pressupostos comunicativos. Tais requisitos se apresentarão no paradigma procedimental do Estado de Direito, engendrado a partir da teoria discursiva habermasiana.

3. O PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO ESTADO DE DIREITO

HABERMAS discute o problema da legitimação do direito com base no exame do conceito de “paradigmas”⁴⁹ do Estado de Direito⁵⁰, relacionando-o ao tratamento a ser conferido à tensão entre autonomia pública e autonomia privada⁵¹. Os paradigmas jurídicos oferecem uma forma de compreender o direito, ao se referirem a “imagens implícitas” que se têm da própria sociedade; imagens que conferem às

⁴⁸ Nesse sentido, HABERMAS (2001a, p. 175) afirma: “O princípio democrático explica o sentido realizativo da prática da autodeterminação dos membros de uma comunidade jurídica que se reconhecem uns aos outros como membros livres e iguais de uma associação na qual entraram voluntariamente”.

⁴⁹ HABERMAS trabalha a idéia de paradigma, a partir da definição de THOMAS KUHN (2005, p. 13), que considera por paradigmas “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. A relação entre o paradigma e a compreensão do Estado de Direito é, também, explorada por MENELICK CARVALHO NETTO (2001a, p. 220-222).

⁵⁰ Três são os paradigmas do Estado de Direito: o liberal, o social e o procedimental. A análise dos paradigmas liberal e social do Estado de Direito não guarda pertinência direta com o tema central da dissertação, motivo pelo qual não será desenvolvida. Sobre o tema, confira: HABERMAS, 2001, p. 469-532; CARVALHO NETTO, 2001b, p. 14-18; OLIVEIRA, 2002, p. 52-74.

⁵¹ Os conceitos de autonomia pública (exercício dos direitos políticos que viabilizam moldar o direito) e de autonomia privada (ser portador de direitos fundamentais, que integram as liberdades subjetivas e individuais) serão logo mais analisados. No entanto, é preciso dizer, desde já, que essas duas autonomias integram a autonomia jurídica do cidadão, cuja noção implica que os destinatários das leis possam ser ao mesmo tempo seus autores.

atividades de produção de leis e de aplicação do direito uma perspectiva dessa prática, orientando, em termos gerais, o projeto de realização de uma associação de pessoas livres e iguais sob o direito. Além disso, informam o modo de entender e realizar os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito, a fim de cumprirem as funções para as quais foram normativamente cunhados. Os paradigmas, por seu turno, são inferidos dos critérios vertidos nas decisões judiciais paradigmáticas e da própria imagem que da sociedade possuem os juízes⁵².

O paradigma procedimental procura entender o Estado de Direito, em função da tensão entre as dimensões pública e privada, que se complementam reciprocamente. Só depois de se haver assegurado uma gama mínima de direitos fundamentais (autonomia privada) é que se pode esperar que o cidadão venha efetivamente exercer sua cidadania, participando ativamente da vida política. Atribui-se ao direito a função de integrar a sociedade: à proporção que se verifica a existência de direitos fundamentais (a iguais liberdades subjetivas, a iguais direitos de pertinência, à tutela jurisdicional, à elaboração legislativa), cada cidadão participa do processo comunicativo de formação do consenso racionalmente motivado, que institucionaliza as normas jurídicas.

Conforme aponta MICHEL ROSENFELD⁵³, o paradigma alternativo de HABERMAS explora a possibilidade de “restaurar a autonomia pessoal e a dignidade sem abandonar a busca pela igualdade fática sob as condições materiais características do Estado moderno de bem-estar”. No paradigma procedimental, construído à luz do princípio do discurso, não há predeterminação do conteúdo da lei, mas simplesmente o estabelecimento de requisitos procedimentais para que as leis satisfaçam as exigências

⁵² Cf. HABERMAS, 2001a, p. 263-264 e p. 473.

⁵³ ROSENFELD, 1994-1995, p. 1175.

do princípio do discurso, estabelecendo-se a validade normativa legitimamente⁵⁴.

O princípio do discurso, institucionalizado na forma do direito, converte-se no princípio democrático, proporcionando legitimidade ao processo criador das leis. Retomando-se as condições da comunicação em razão da qual se desenvolve esse procedimento, podem-se fixar as bases para a institucionalização jurídica da teoria do discurso e da Democracia.

O Estado de Direito parte de uma sociedade já concebida e em certo grau de evolução⁵⁵. Dessa forma, os direitos humanos já se fazem presentes na própria sociedade, isto é, o sistema de direitos tem caráter pré-político. Em que pese o assentado no paradigma procedimental, o Estado de Direito não está despido de qualquer substrato material para sua configuração. A fixação de procedimentos – para a formação e a institucionalização da opinião e da vontade política, bem como a criação de condições mínimas para a efetiva participação de todos os envolvidos no processo de justificação de normas – só pode realizar-se com o asseguramento de uma gama mínima de direitos fundamentais⁵⁶. Por isso, MARCELO NEVES⁵⁷ enfatiza que, na construção do consenso (“intermediação do dissenso”), há regras materiais que constituem precondições à legitimação do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, com acerto, MARCELO CATTONI DE OLIVEIRA⁵⁸ resume as estruturas fundantes do Estado de Direito no paradigma procedimentalista de HABERMAS nos seguintes termos: “os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia

⁵⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 238.

⁵⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 187-191.

⁵⁶ A teoria procedimental habermasiana recebe várias críticas quanto ao conteúdo substantivo em que se assentaria. Nesse sentido, ver: MICHELMAN, 2001, p. 254; ROSENFELD, 1996, p. 793-800. Na verdade, esses direitos estão na base de um sistema político, revestido de um *ethos democrático*, que compreende uma cultura política libertária e uma população acostumada à liberdade (HABERMAS, 2002b, p. 301).

⁵⁷ Cf. NEVES, 2001a, p. 152.

⁵⁸ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 137.

jurídica (pública e privada) e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários da norma são seus próprios autores”. HABERMAS⁵⁹ expõe quais são os direitos fundamentais necessários (pressupostos de validade universal) à institucionalização da prática discursiva do processo de formação da opinião e da vontade política, classificando-os em cinco categorias diferentes.

Em primeiro lugar, há os direitos fundamentais que resultam do desenvolvimento e da configuração politicamente autônoma do direito ao maior grau possível a iguais liberdades subjetivas de ação. As normas de ação, ao adquirirem roupagem jurídica, autorizam os atores a tornarem efetivas suas liberdades subjetivas de ação. Só são legítimas as regulamentações que satisfaçam à condição de compatibilidade dos direitos de cada um com a igualdade dos direitos de todos. Contudo, essa categoria de direitos não é suficiente para institucionalizar completamente o código jurídico, porque a plena realização desses direitos numa comunidade jurídica depende de sua acionabilidade. Tal exigência, em consequência, remete a duas outras categorias de direitos fundamentais.

A segunda categoria de direitos fundamentais resulta do desenvolvimento e da configuração politicamente autônoma do *status* de membro da comunidade jurídica. As normas jurídicas não regulam as interações possíveis entre sujeitos racionalmente competentes, mas sim os contextos de interação de uma sociedade concreta. As normas jurídicas provêm das resoluções do legislador histórico, possuem um âmbito próprio geograficamente delimitado e se referem a uma coletividade de membros da comunidade jurídica socialmente delimitada. Nela, o monopólio do poder tem dimensões finitas, o que impõe a adoção de critérios de pertinência com a distinção entre membros e não-membros. Esses direitos, na comunidade estatalmente organizada,

⁵⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 188-197.

correspondem aos direitos de nacionalidade. O *status* de membro constitui o fundamento de posições jurídicas materiais que concomitantemente conformam o *status* de cidadão em âmbito nacional.

A terceira categoria de direitos fundamentais resulta diretamente da acionabilidade dos direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção dos direitos individuais. À institucionalização do código jurídico é imprescindível a garantia de remédios jurídicos através dos quais cada pessoa que se sinta violada em seus direitos possa reafirmar suas pretensões.

Para HABERMAS, essas três categorias acima, que resultam da aplicação do princípio do discurso ao meio do direito, estabelecem o código jurídico. Tais direitos moldam a autonomia privada dos sujeitos jurídicos, na medida em que eles começam por se reconhecerem mutuamente em seu papel de destinatários das leis e, assim, no *status* com base no qual se faz possível pretender reclamar direitos e portá-los uns contra os outros. No passo seguinte, mediante uma quarta categoria de direitos fundamentais, os sujeitos de direitos adquirem, também, o papel de autores do ordenamento jurídico.

Essa nova (quarta) categoria assegura os direitos fundamentais à participação com igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da vontade comum, em que os cidadãos exercem sua autonomia política e produzem leis legítimas. A partir deles, extrai-se a idéia da autolegislação que se aplica reflexivamente à interpretação constitucional⁶⁰. Com base nas três primeiras categorias de direitos fundamentais analisadas, os cidadãos se reconhecem mutuamente autores legítimos da regulação de sua própria convivência, através do direito, além de

⁶⁰ Importa destacar, conforme se verá mais detidamente nos Capítulos III e IV, que o paradigma procedimental do Estado de Direito cobra sua legitimidade não só no momento de criação das normas (justificação discursiva), mas também no de sua aplicação, que, em certo sentido, corresponde a uma criação.

estabelecerem para si mesmos as condições para aplicação do princípio do discurso. Porque a validade das normas decorre da participação, nos discursos racionais, de todos os potencialmente envolvidos cujo consenso possa se manifestar.

Por fim, HABERMAS se reporta a uma quinta categoria de direitos fundamentais, por meio dos quais se garante o provimento ao bem-estar e à segurança social, a proteção contra riscos tecnológicos e sociais e a promoção de condições ecologicamente equilibradas de vida. O desfrute desses direitos, a sua vez, está condicionado à igualdade de oportunidades dos direitos civis acima referidos.

Fica clara, na proposta de HABERMAS, a relação interna entre a autonomia privada e a autonomia pública. O código jurídico se institucionaliza e se desenvolve a partir da prática discursiva dos membros da comunidade jurídica que sabem reivindicar suas pretensões de validade. E reivindicar pretensões significa exercer a autonomia pública, que, a sua vez, pressupõe a existência de liberdades subjetivas ao mesmo tempo em que as configura e remodela, assegurando-se a autonomia privada de cada cidadão. Por isso, na leitura discursiva do sistema de direitos, a autonomia pública e a autonomia privada estão em relação de co-originalidade, pressupondo-se mutuamente. Nesse sentido, observa HABERMAS⁶¹:

O princípio do discurso só pode adotar a forma de um princípio de democracia ou princípio democrático através do meio que representa o direito se ambos, é dizer, princípio do discurso e o meio que é o direito, se encaixam, entrecruzam e entrelaçam nele um com o outro, convertendo-se em, e desenvolvendo um, sistema de direitos, que ponha a autonomia privada e a autonomia pública em uma relação de pressuposição recíproca.

Em suma, o modelo democrático de HABERMAS surge da composição entre os direitos fundamentais e a soberania política, de onde se retira a legitimação do direito, de onde se atinge a legitimidade da legalidade. Conduz, então, a um sistema

⁶¹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 194.

jurídico representado por um processo circular, que recorrentemente se alimenta e se fundamenta a si mesmo, isto é, autolegitima-se. A estrutura comunicativa voltada à criação do direito, por essa forma, abre as normas jurídicas⁶² à constante reflexividade e autocrítica, suscetibilizando-as de serem reformuladas.

4. ESFERA PÚBLICA COMO CATEGORIA ELEMENTAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Também a esfera pública reveste-se de suma importância na teoria da Constituição. Primeiro, porque o estudo do tema da jurisdição constitucional clama pelo exame do aparato estatal no qual ela se realiza, conforme já dito. Segundo, porque os efeitos da opinião pública não passam despercebidos pela teoria da Constituição, deles se exigindo profunda investigação⁶³.

A concepção de Estado de Direito de HABERMAS se funda sobre a premissa da co-originalidade entre os direitos políticos e civis, ou seja, entre as autonomias pública e privada. Em tal modelo de Estado, é exigida dos cidadãos a participação política na definição dos rumos que a sociedade tomará. Por outro lado, no estágio atual de evolução das sociedades modernas (pós-convencional), a política deliberativa e o direito aparecem como os instrumentos de integração da sociedade. Dentro dessa estrutura conceitual, a esfera pública se reveste de grande potencial para a

⁶² Cf. CITTADINO, 2000, p. 115. Nesse sentido, no mundo pós-convencional, clarifica GISELE CITTADINO (2000, p. 177), as Constituições não corresponderão a sólidas comunidades éticas e culturais, mas, a partir da incorporação de um sistema de direitos, a uma “nação de cidadãos”, em que o elo entre as pessoas se dará através da prática ativa do exercício dos direitos de participação e comunicação. Segundo a autora (2000, 177-180), essa concepção de “cidadania democrática” é capaz de gerar a solidariedade entre estranhos, que originará a existência do “patriotismo constitucional”, isto é, forma de integração social, através da solidariedade, capaz de assegurar o primado do mundo da vida sobre os sistemas de mercado e do poder administrativo.

⁶³ Cf. VERDÚ, 1993, p. 50.

integração social, pois inaugura a racionalização pública da discussão política dos assuntos que envolvem os integrantes da sociedade⁶⁴.

Na teoria de HABERMAS, essa categoria não é tratada uniformemente ao longo dos anos⁶⁵. Uma primeira dificuldade que se interpõe decorre da multiplicidade dos significados do termo “público” e “esfera pública”⁶⁶. Pode ser público aquilo que, de uma maneira geral, é acessível a todos, esteja afetado ao Estado (v.g., bens públicos) ou esteja ligado ao reconhecimento público. O sentido mais freqüente da expressão para HABERMAS, contudo, é o de opinião pública, de uma esfera pública revoltada, indignada ou informada, na qual o sujeito dela participante é portador de opinião com função crítica.

Não obstante permaneça como princípio organizacional do ordenamento político, a esfera pública não possui desenvolvimento regular⁶⁷. Caracteriza-se o espaço público como instância detentora de potencial emancipatório dos conceitos burgueses liberais⁶⁸.

⁶⁴ Cf. CALHOUN, 1992, p. 6-9. HABERMAS (2003c, p. 42), inicialmente, concebe a esfera pública (burguesa) como “esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social. O meio dessa discussão política não tem, de modo peculiar e histórico, um modelo anterior: a racionalização pública”.

⁶⁵ Com efeito, no prefácio à 17ª edição de *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, trinta anos após a primeira edição, HABERMAS (1999b) admitiu a alteração do significado do conceito. Veja ainda: OTTMANN, 2004, p. 61-65; CALHOUN, 1992, p. 1 e ss; TORRES, 1995, p. 118-120; SOUZA, 1998, p. 33-35.

⁶⁶ Cf. HABERMAS, 2003c, p. 13-17.

⁶⁷ Terminado o período helênico, no qual foi inicialmente percebida, somente após a formação dos Estados Nacionais, obter-se-á, novamente, a aplicação processual jurídica da esfera pública. Na Idade Média, por causa do feudalismo, não se poderia indagar de uma esfera pública, tendo em vista a indiferenciação entre as esferas pública e privada. Nesses tempos, vigorava a noção de “representação política”, isto é, determinados atributos da soberania que conferiam a seus titulares um *status*, apresentando-se como “corporificação de um poder superior”, através de atos, gestos, falas, cortesias, comportamentos etc. É emblemática a figura do nobre cavaleiro. Com o início do Capitalismo, a partir dos séculos XIII e XIV, especialmente nas cidades da Europa ocidental e setentrional, ao lado da aparição de um novo sistema de trocas (trocas de mercadorias), surge a troca de informações, necessidade intrinsecamente relacionada ao comércio. Segundo HABERMAS (2003c, p. 28-41), há verdadeiro intercâmbio, que se desenvolve mediante regras, dentro da rede horizontal de dependências econômicas. Ver ainda: CALHOUN, 1992, p. 7 e ss.

⁶⁸ Cf.: OTTMANN, 2004, p. 62; CALHOUN, 1992, p. 6. Nesse período inicial da formação do capitalismo, manifesta-se apenas o germe embrionário da esfera pública, pois esses sistemas de comunicação sociais voltados ao comércio sequer se revestem de publicidade. Com o desenvolvimento

No novo contexto formado pelos Estados Nacionais e pelo desenvolvimento inicial do Capitalismo, a esfera pública encontra-se indissociavelmente vinculada ao Estado: público, em sentido moderno, é aquilo relacionado ao poder estatal. A autoridade pública tem o interesse despertado pela imprensa, enquanto forma de divulgação ao público em geral das intenções da administração, a exemplo da publicação de decretos e portarias.

Passa-se, então, à idéia de esfera pública burguesa, isto é, a “esfera das pessoas privadas reunidas em um público”⁶⁹. Os burgueses são pessoas que não governam, mas se reúnem com a finalidade de se insurgir contra o princípio de dominação vigente. Inicialmente, contudo, a esfera pública era uma esfera literária, não originariamente burguesa, que se formara nos “cafés” (*coffee-houses*) da Inglaterra, nos salões (*salons*) da França e nas sociedades comensais da Alemanha⁷⁰.

Após haver constituído linearmente a evolução da esfera pública que culminou com o desenvolvimento de importantes funções políticas, na parte final de seu

do comércio, ocorreu, paulatinamente, o processo de nacionalização, que desembocou na formação dos Estados Nacionais. A representatividade pública, doravante, perde qualquer significação no quadro social, e a esfera pública volta a figurar como importante categoria sociológica. O Estado, em sua versão moderna, traz consigo uma nova camada de burgueses, que não goza de maior prestígio social. Em compensação, estabelece-se o “estamento dos homens cultos”, que representa um “público que lê”. Público esse que não só estava dissociado do Estado, como também constituía um fórum para onde as pessoas privadas se dirigiam a fim de obrigar o poder público a se legitimar perante a opinião pública. Assim, resume HABERMAS (2003c, p. 40): “O *publicum* se transforma em público, o *subjectum* em sujeito, o destinatário da autoridade em seu contraente”.

⁶⁹ Cf. HABERMAS, 2003c, p. 42.

⁷⁰ Embora bastante diferentes entre si, tais esferas possuíam comportamento, raciocínio e tematizações similares: (a) constituíam lugares de sociabilidade, em que todos eram considerados igualmente; (b) problematizavam setores que, até então, não eram questionados; (c) não se fechavam ao público, ou seja, eram amplamente acessíveis a quem delas quisesse participar. Após paulatina evolução, transformam-se em esfera pública política, consciente do seu papel político e legitimador das decisões estatais, cujo objeto era exercer a crítica contra o poder do Estado. Na passagem que segue, HABERMAS (2003c, p. 101) deixa bem clara a relação entre Estado, esfera pública e burguesia: “(...) nos conflitos dos interesses de classe, o Estado de Direito não garantiria já *per se* uma legislação de acordo com as necessidades de intercâmbio dos burgueses. Só com a própria competência legislativa é que o público das pessoas privadas conquista essa certeza. O Estado de Direito enquanto Estado burguês estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar institucionalmente o vínculo entre lei e opinião pública”.

livro, HABERMAS distinguiu uma nova onda de transformações que afetou contundentemente a sua estrutura e acarretou sua decadência e domínio⁷¹.

Com sua manipulação, a esfera pública perde sua função crítica na formação de uma vontade generalizável no espaço aberto e igualitário de discussões. Dessa forma, HABERMAS⁷² caracteriza a esfera pública do Estado social democrático de modo divergente: há um choque entre uma tendência crítica do processo de comunicação e outra manipulativa no uso da publicidade.

Entretanto, depois de severas críticas sofridas pelos historiadores, pelos sociólogos e pelos filósofos, HABERMAS reconheceu os reducionismos em que incorreu no diagnóstico sombrio da esfera pública por ele tematizada. E, revendo sua postura anterior, resgata a fundamental função da esfera pública dentro do Estado Democrático de Direito⁷³.

⁷¹ Cf.: HABERMAS, 1999b, p. 17; 2003c, p. 234-284; BOYTE, 1992, p. 342; CALHOUN, 1992, p. 21-29. De um lado, o fenômeno se revelou com o surgimento da esfera social repolitizada, em face da crescente integração entre a esfera privada e a pública, na qual as instituições estatais e sociais sintetizaram um único complexo de funções não mais diferenciável. O público politicamente ativo passou a ser visto como um público “privatista”; a racionalização da cultura cedeu lugar ao consumo da cultura. Outros fatores identificáveis precipitaram a perda da função crítica da esfera pública, já que ela se transformou em um grande “show de publicidade”. Dá-se um verdadeiro esfacelamento da esfera pública. Uma nova forma de representatividade se verifica dentro dela, o que evidencia sua “refeudalização”. A evolução da imprensa, o desenvolvimento da socialização dos bens (que acarretou o aumento do consumo) e da indústria da publicidade também exerceram importante papel na paulatina mudança da esfera pública. No processo de deterioração da esfera pública, a “cultura de massa” contribuiu decisivamente. A denominada cultura de massa seria aquela compatível com as necessidades de diversão de grupos de consumidores com um nível de formação relativamente baixo. A cultura, em consequência, tornou-se mercadoria. A televisão assumiu parcela de responsabilidade na “derrocada”, ao proporcionar o aumento do público que consome cultura. A imprensa, com a busca do lucro e da ampla liberdade dos redatores, exerceu um ativismo jornalístico que influenciou determinantemente na opinião pública (HABERMAS, 2003c, p. 195-235).

⁷² Cf. HABERMAS, 2003c, p. 270.

⁷³ Ele próprio afirmou (HABERMAS, 1999b, p. 17): “Numa palavra, meu diagnóstico de uma evolução linear de um público politicamente ativo a um público ‘privatista’, de uma ‘racionalização da cultura a um consumo da cultura’, é muito reducionista. Eu avaliei de maneira muito pessimista a capacidade de resistência e, sobretudo, o potencial crítico de um público de massa pluralista e largamente diferenciado, que transborda as fronteiras de classe em seus hábitos culturais”. Sobre o tema, ver ainda: OTTMANN, 2004, p. 62. GOETZ OTTMANN afirma: “para o Habermas de ‘A transformação estrutural’ a esfera pública ilustra tanto o potencial emancipatório de conceitos burgueses liberais como ‘associação e debate livres’ quanto as distorções manipuladoras e destrutivas de uma ‘imprensa livre’ de propriedade privada, o Habermas mais recente, tendo distinguido os atos discursivos ideais das redes de comunicação nas quais eles se manifestam, vê a esfera pública como uma estrutura social elementar”.

Principalmente, descreve o Estado, a partir da concepção de uma Democracia, como resultado da confrontação entre o mercado e o poder administrativo (domínios de ação integrados sistematicamente) e a contenção desses domínios pela força de integração social da solidariedade, isto é, pela força produtiva da comunicação⁷⁴. É sobre esse equilíbrio, surgido da força da integração social, que se firma a Democracia radical.

A busca por legitimação da autoridade das normas do Estado de Direito em termos democráticos não mais se compatibiliza com os padrões tradicionais de legitimação democrática, próprios da Democracia representativa cujo principal instrumento de exercício da cidadania resumia-se ao processo político eleitoral⁷⁵. É imprescindível que a legitimação advenha pelo poder comunicativo, cujos fluxos comunicativos e canais de circulação da opinião e da vontade perpassem pela esfera pública.

Diante dessas observações iniciais que desembocam na atual concepção da esfera pública habermasiana, não é difícil entendê-la como “quintessência” das condições para formação discursiva da vontade no Estado de Direito democrático. Como afirma ANDREW ARATO⁷⁶, na teoria habermasiana, a legitimidade do direito não está centrada no Estado, mas baseada na sociedade civil descentrada⁷⁷. Daí, HABERMAS⁷⁸ visualizá-la como centro de formação de interesses generalizáveis, atuando de maneira que o poder do Estado se transforme em auto-organização da própria sociedade, pois, para ele, o valor normativo do Estado de Direito não se esgota nos processos discursivos formais de formação da vontade.

⁷⁴ Cf. HABERMAS, 1999b, p. 20.

⁷⁵ Cf. HOECKE, 2001, p. 415-423.

⁷⁶ Cf. ARATO, 1996, p. 787-789. Veja-se também: HABERMAS, 2001a, p. 384-385.

⁷⁷ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 447-448.

⁷⁸ Cf. HABERMAS, 1999b, p. 13-23.

A esfera pública é uma estrutura de comunicação enraizada no mundo da vida, através da base que para ela representa a sociedade civil⁷⁹. HABERMAS descreve-a como uma “caixa de ressonância” para os problemas que devem ser processados pelo sistema político. Um “sistema de avisos com sensores” por toda a extensão da sociedade e capaz de não só identificar e perceber os problemas latentes na sociedade, tematizá-los de modo convincente e influente, mas também de provê-los de contribuições, comentários, interpretações e, por fim, dramatizá-los ao ponto de fazê-los ser assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. Por isso, MARCELO NEVES⁸⁰ caracteriza a esfera pública como “arena do dissenso”. Em HABERMAS⁸¹, a esfera pública é concebida como uma estrutura social elementar:

A esfera ou espaço da opinião pública é, certamente, um fenômeno social tão elementar como a ação, o ator, o grupo ou o coletivo; mas escapa aos conceitos tradicionais de ordem social. A esfera ou espaço da opinião pública não pode entender-se como instituição e, certamente, tampouco como organização; não é um entrelaçamento de normas com diferenciação de competências e de papéis, com regulação das condições de pertinência, etc.; tampouco representa um sistema; permite, certamente, traçados internos de limites, mas se caracteriza por horizontes abertos, porosos e mutáveis para o exterior. O espaço da opinião pública, como melhor se pode descrever, é como uma rede de comunicação de conteúdos e tomadas de postura, é dizer, de opiniões, e nele os fluxos de comunicação permanecem filtrados e sintetizados de tal sorte que se condensam em opiniões públicas enfeixadas em torno de temas específicos.

Através da rede de comunicações que se dá na esfera pública, tem-se um instrumento de pressão formidável a ser utilizado na elaboração dos problemas, dos quais poderão advir vantagens para os cidadãos. Por ela, as questões sociais

⁷⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 439-440. HABERMAS (2001a, p. 447) assim define a sociedade civil: “Antes seu núcleo institucional constituía essa trama associativa não-estatal e não-econômica, de base voluntária, que finca as estruturas comunicativas do espaço da opinião pública no componente do mundo da vida, que (junto com a cultura e com a personalidade) é a sociedade. A sociedade civil se compõe dessas associações, organizações e movimentos surgidos de forma mais ou menos espontânea que recorrem a ressonância que as constelações de problemas da sociedade encontram nos âmbitos da vida privada, condensam-na e elevando-a, por assim dizer, o volume ou voz, transmitem-na ao espaço da opinião pública-política”.

⁸⁰ Cf. NEVES, 2001a, p. 135.

⁸¹ HABERMAS, 2001a, p. 440.

controversas podem ser reguladas através de parâmetros da racionalidade, no interesse comum de todas as pessoas envolvidas. Da mesma forma, ocorre com as matérias relativas à interpretação constitucional, visto que o processo democrático de gênese do direito tem por pressuposto que os cidadãos também vivam a Constituição, interpretando-a e aplicando-a. Logo, a estrutura de controle de constitucionalidade a ser consolidada no Estado Democrático de Direito deve objetivar fundamentalmente preservar os aspectos comunicativos e a discussão pública em torno da Constituição na esfera pública; caminho que, uma vez trilhado, segundo ANDRÁS SAJÓ⁸², permite ao direito cumprir o papel de dar continuidade ao projeto de modernidade habermasiano.

Assim, a Democracia, em termos normativos, arma-se não só através dos processos institucionalizados de formação da vontade política gerados no seio dos parlamentos e das assembléias legislativas, mas pelos processos de comunicação que se formam livre e assimetricamente na sociedade. Dentro dessa interação, a esfera pública política (“restrita e forte”) permanece permeável à esfera pública civil (“irrestrita e fraca”)⁸³.

Viabiliza-se, por esse modo, a circulação do poder mediante o “sistema de esclusas”⁸⁴, fazendo com que os problemas surgidos no seio da sociedade, no mundo da vida, venham a ser tematizados de forma especializada para a formação institucionalizada da vontade, pois as opiniões públicas detêm grande potencial político de influenciar sobre a formação da vontade nos órgãos parlamentários⁸⁵. A esfera pública⁸⁶, por conseguinte, reveste-se da importante missão de conferir legitimidade às normas jurídicas; é dizer, de produzir a legitimidade por meio da legalidade. Tendo em

⁸² Cf. SAJÓ, 1996, p. 1223.

⁸³ A respeito das denominações esfera pública forte, fraca, restrita e irrestrita, cf.: ARATO, 1996, p. 787-788.

⁸⁴ Sobre o “sistema de esclusas”, ver: HABERMAS (2001a, p. 436-439; 2000, p. 151-154).

⁸⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 443. A repercussão da sensibilidade política da esfera pública e, num segundo momento, do Poder Legislativo para responder aos clamores surgidos na sociedade, no que tange à jurisdição constitucional, será detalhadamente examinada, no Capítulo IV.

⁸⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 385.

vista que a formação da vontade formal e democraticamente estruturada depende do afluxo de opiniões públicas que se formam no espaço público, a vontade política institucionalizada, que decorre daqueles fluidos comunicativos surgidos no mundo da vida, possui grande aptidão para representar verdadeiramente os desígnios populares⁸⁷. Consoante observa MCCARTHY⁸⁸, a racionalidade da formação da vontade coletiva está intimamente condicionada à esfera pública. Por isso, torna-se fácil concordar com HABERMAS⁸⁹ sobre ser o complexo parlamentar o mais aberto à percepção e à tematização dos problemas da sociedade.

5. A DIFÍCIL QUESTÃO DO CONSENSO NA TEORIA DE HABERMAS

O presente tópico anuncia algumas das dificuldades a serem enfrentadas nesta dissertação, ao tempo em que prepara a transição ao próximo capítulo. O acordo racionalmente motivado integra o momento constitutivo das normas, o processo de justificação discursiva. Se já na fase preambular se põem os desafios sobre a (melhor) interpretação constitucional dos princípios formadores do Estado Democrático de Direito, naturalmente, na fase posterior do momento de aplicação das normas, o conflito volta novamente a se instaurar, dessa vez ligado à aplicabilidade das mesmas normas constitucionais ao caso específico⁹⁰. A fenomenologia discursiva no trato do consenso,

⁸⁷ Observe-se, ainda, que a qualidade racional do processo de produção legislativa está diretamente vinculada à atuação da esfera pública. Com efeito, afirma HABERMAS (2001a, p. 561): “A qualidade racional do processo de produção legislativa não só depende de como trabalham no Parlamento as maiorias eleitas e as minorias eleitas. Depende também do nível de participação e do nível de formação dos participantes, do grau de informação e da clareza e nitidez com que no seio da opinião pública permanecem articuladas as questões de que se trata, em uma palavra: do caráter discursivo da formação não institucionalizada da opinião no espaço público político. A qualidade da vida pública vem em geral determinada pelas oportunidades efetivas que abram o espaço da opinião pública política com seus meios de comunicação e suas estruturas”.

⁸⁸ Cf. MCCARTHY, 1992, p. 62-63.

⁸⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 435.

⁹⁰ Nesse sentido, KENNETH WARD (2003, p. 425) lega seu testemunho crítico, em companhia de TOCQUEVILLE: “Nós estamos totalmente familiarizados com o dito de Tocqueville segundo o qual as questões políticas na política americana são enfim concebidas como casos judiciais”.

sem dúvida, incita a discussão em torno da legitimidade da jurisdição constitucional e, em forma mais abrangente, do pacto constitucional⁹¹.

O processo político deliberativo confere legitimidade ao Estado Democrático de Direito, desde que alcance os pressupostos comunicativos da livre e irrestrita discussão na formação da vontade⁹². Só que uma das principais dificuldades, enfrentada por HABERMAS com a teoria do discurso orientada ao entendimento mútuo, reside na obtenção do consenso. Esse talvez seja um dos pontos em função do qual receba as mais fortes críticas⁹³ seja porque os participantes do discurso nem sempre ingressam na discussão com o propósito de chegar ao consenso, seja porque a natureza extremamente controversa das questões sobre a qual o discurso recai não comporta a formulação de um acordo racional ou, ainda, seja porque as condições ideais para a configuração do discurso nem sempre (ou quase nunca) estão presentes.

Por esse motivo, MARCELO NEVES⁹⁴ acredita que HABERMAS sobrecarrega o mundo da vida com sua pretensão consensualista. Para MARCELO NEVES, antes de se prestarem à construção do consenso, os procedimentos de formação da vontade política servem, ética e funcionalmente, à intermediação do “dissenso contenedístico”. Sendo o mundo da vida o espaço onde se reproduz o dissenso, as certezas nele compartilhadas são localizadas e as identidades, fragmentadas. Dessa forma, julga o autor que, dentro da pluralidade que habita o mundo da vida, só se é possível falar em “consenso procedimental”⁹⁵.

No entanto, dada a presunção de racionalidade e a improbabilidade de se chegar ao consenso de todos os participantes do discurso, MARCELO NEVES destaca a

⁹¹ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 187.

⁹² Cf. MUNNICH, 2002, p. 185-186.

⁹³ Cf. MCCARTHY, 1996, p. 1083.

⁹⁴ Cf. NEVES, 2001a, p. 124-131.

⁹⁵ Essa crítica, de certa forma, é compartilhada por MCCARTHY (1996, p. 1085-1087, p. 1095-1098 e p. 1109-1110).

importância de se manter aberto o processo de formação da vontade e sensível cognitivamente à pluralidade da esfera pública. Permite-se, assim, uma estrutura orgânica do poder permeada de circularidade compatível com o Estado Democrático de Direito⁹⁶.

Também MICHEL ROSENFELD⁹⁷ mostra-se descrente quanto à possibilidade de todas as pessoas chegarem ao acordo mútuo, mediante participação em uma situação de fala orientada ao entendimento. Mesmo que todos os atores efetivamente pudessem influenciar na elaboração das leis, seria improvável que as normas resultantes do procedimento de justificação viessem a atender igualmente ao interesse dos participantes por igual. Então, o paradigma procedimentalista não afastaria o risco da “tirania da maioria” (*tyranny of the majority*), motivo pelo qual as leis democráticas, ainda assim, devem ser temperadas por direitos contramajoritários, na perspectiva da tensão entre vontade legislativa majoritária e direitos constitucionais contramajoritários. Em tal linha de raciocínio, não obstante admita que só por meio de acordos ou compromissos justos se poderia estabelecer uma resolução legalmente discursiva, ROSENFELD argumenta que o paradigma procedimental dificilmente encontrará resposta jurídica satisfatória à questão do aborto, nas sociedades contemporâneas. Não seria factível angariar o consenso em discussões sob cujo supedâneo reinam em desordem e conflito questões de valores e interesses para as quais nenhum compromisso dialógico parece possível.

A vontade da maioria seria ainda insatisfatória por ser extremamente improvável que o discurso racional entre os atores da comunicação pudesse modificar a

⁹⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 407 e ss. Importa destacar que a dinâmica circular do poder permite uma constante modificação das normas, realizando verdadeiro exercício de autocritica no interior da sociedade. Mais do que isso, a circularidade é verdadeira condição para legitimar as normas, conforme observa HABERMAS (2001a, p. 197): “mas o surgimento da legitimidade a partir da legalidade só pode aparecer como paradoxo sob a premissa de que o sistema jurídico há de ser representado como um processo circular que retorna recursivamente sobre si mesmo e se legitima a si mesmo”.

⁹⁷ Cf. ROSENFELD, 1994-1995, p. 1169 e ss.

mente daqueles que, sinceramente, acreditam ser a prática do aborto proibida ou permitida em nível constitucional⁹⁸. É preciso lembrar, contudo, que HABERMAS não pretende mudar, através do discurso, as pretensões de validade de cada um dos seus participantes, principalmente porque elas estão enraizadas no contexto muito peculiar da história de vida de cada pessoa. A ética discursiva não impõe tamanho fardo sobre a personalidade dos indivíduos, apesar de exigir uma espécie de “flexibilidade crítica constante”, no dizer de STEPHEN WHITE⁹⁹. No entanto, uma vez vencidos os seus argumentos, cada participante, em respeito ao processo discursivo, deve aceitar a validade das pretensões generalizadas e formalizadas, as quais futuramente poderão ser objeto de nova pauta discursiva.

FRANK MICHELMAN, por sua vez, não tem poupado críticas a HABERMAS. O grande entrave ao consenso, em seu ponto de vista, residiria na existência de uma “controvérsia constitucional endêmica” (*endemic controversiality of basic-rights entrenchments*)¹⁰⁰, em razão da qual não há meios para se chegar ao acordo, através do procedimento de justificação moralmente reflexivo. O autor vai mais a fundo em suas objeções para, no primeiro momento, sustentar que o processo de justificação moral das normas fundamentais é, na prática, impossível pela inviabilidade de cada uma e de todas

⁹⁸ Com tal afirmação, MICHEL ROSENFELD (1994-1995, p. 1177-1179) quer referir-se ao fato de, na hipótese de o aborto ser permitido, haver violação ao direito à vida do feto; na hipótese de não o ser, dar-se a restrição à autonomia, à liberdade e à igualdade, direitos fundamentais da mulher. Em ambos, como se vê, seria negado o reconhecimento e respeito mútuo a direitos fundamentais dos participantes do discurso, o que atingiria, certamente, os pressupostos de institucionalização que conferem legitimidade ao processo de formação da opinião e da vontade política.

⁹⁹ Cf. WHITE, 1995, p. 77-85. Para STEPHEN WHITE (1995, p. 78), a flexibilidade crítica implica “uma vontade de reconsiderar e possivelmente modificar suas interpretações de necessidades, quando pareçam manifestar reivindicações mais fracas para a universalidade do que as alternativas”. Em defesa de HABERMAS, esclarece que a ética discursiva não impõe uma atitude hipotética radical à própria forma de vida e história de vida, com base nas quais o indivíduo construiu sua identidade. Considera, ainda, que, no estágio de consciência moral pós-convencional, a identidade do indivíduo (“identidade-ego”) é vinculada à capacidade integrativa de cada um, a qual se orienta por princípios e modalidades gerais de procedimentos, consubstanciando uma história de vida única. Trata-se, portanto, de personalidade cuja estrutura impõe uma atitude reflexiva para melhor interpretar as necessidades pessoais e coletivas. Lembra WHITE que, por conta da má-compreensão de HABERMAS, algumas críticas contra ele são indevidamente formuladas no sentido de que, embora fale do consenso, nutriria por ele um profundo desprezo.

¹⁰⁰ Cf. MICHELMAN, 2000, p. 70.

as pessoas – sempre – manifestarem seu consentimento com todos os atos normativos elaborados individualmente¹⁰¹. Também em decorrência dos pressupostos teóricos assumidos para justificação da Democracia, nos moldes das teorias do contratualismo constitucional (*constitutional contractarianism*), entre as quais se incluiria a de HABERMAS. Na linha do que propugnam tais teorias, explica MICHELMAN, a justificação das normas constitucionais, mediante o processo moralmente reflexivo, só seria possível caso o conteúdo das normas positivadas permanecesse estabilizado, ao longo do tempo, porque o consenso versaria sobre um espectro mais ou menos previsível de aplicação das normas¹⁰².

Contudo, as críticas de FRANK MICHELMAN podem ser confrontadas, ao se identificarem os pressupostos que assume. É curioso, nesse contexto, observar a concepção de direitos humanos da qual parte ao proceder às suas anotações contra HABERMAS: os direitos humanos compreendem um importante e complexo sistema constitucional, que se constitui (a) de uma concepção ideal e abstrata dos direitos humanos, (b) da expressa positivação desses direitos em sistemas jurídicos, (c) seguida de interpretações judiciais e, por fim, (d) de instituições para abrigarem e conduzirem as atividades legislativas e judiciais¹⁰³. A proposta de MICHELMAN, entretanto, não enfrenta a questão do consenso a ser construído na esfera da política deliberativa,

¹⁰¹ Em sentido contrário, ver: MCCARTHY, 1996, p. 1085.

¹⁰² Cf. MICHELMAN, (1997, p. 150; 2001, p. 253-259 e 269-270). Para tanto, FRANK MICHELMAN (2001, p. 258 e ss) enumera três elementos básicos que, segundo a proposta de HABERMAS, integram o processo de justificação da Democracia, que se enquadraria no modelo de contratualismo constitucional: (a) universalismo racional (*rational universalism*), em que o exercício do poder político coercitivo desenvolve-se sob condição de que todos os indivíduos afetados disponham de razão para aceitá-lo, à luz de seus interesses; (b) essencialismo constitucional (*constitutional essentialism*), isto é, conjunto especial de normas básicas que fundamentalmente configurem, organizem, limitem e direcionem os atos de criação normativa; (c) moral reflexiva (*moral responsiveness*), por meio da qual se persegue o acordo em termos justos de cooperação, num determinado espaço socialmente compartilhado. A impossibilidade da justificação democrática para MICHELMAN se evidenciaria na medida em que a justificação de todas as normas (constitucionais) básicas só se faria possível caso se mantivesse seu significado (essência da Constituição) estável ou dentro de um contexto mais ou menos previsível de aplicação, porquanto, do contrário, não haveria como conceber uma controvérsia profunda e não resolvida, mediante um hipotético acordo que se firmaria em relação às palavras que traduzem as normas fundamentais.

¹⁰³ Cf. MICHELMAN, 2000, p. 65.

porque ele delega aos tribunais o ato de definir o conteúdo das normas constitucionais, retirando, assim, o poder de discutir, precisar ou redefinir o significado de tais normas através da discussão pública, da própria atividade política dos cidadãos. Então, ao trabalhar com o conteúdo predefinido de direitos humanos, isto é, como uma noção abstrata e ideal, cuja configuração no ordenamento jurídico é assumida através de discursos judiciais, MICHELMAN deixa transparecer certo desprezo pelo processo de justificação racional de normas. Isso se evidencia com maior nitidez quando ele próprio, admitindo o dualismo “lei constitucional x lei ordinária”, reserva à política deliberativa cotidiana o desenvolvimento de leis derivadas do esquema constitucional¹⁰⁴. Daí, a prática constitucional aparentar estar situada em algum lugar fora do alcance de membros da comunidade, pois a relação de pertinência, conforme já pontuado, estaria delegada à Suprema Corte¹⁰⁵.

Talvez nesse ponto residam suas contendas com HABERMAS. MICHELMAN reconhece a pretensão dos habermasianos em adotar um padrão universal de aceitabilidade racional, vinculando a prática constitucional à constante revisão de seu próprio conteúdo, permanentemente aberto a revisões, mediante novos processos discursivos¹⁰⁶. Mas insiste na idéia da impossibilidade prática e, até mesmo, conceitual¹⁰⁷ da justificação moral da Democracia, porque supõe os direitos humanos (núcleo das normas constitucionais) como categoria “platônica” cujo sentido é

¹⁰⁴ Cf. MICHELMAN, 1996, p. 309-310.

¹⁰⁵ Para uma exposição acerca da teoria constitucional de MICHELMAN, em sua primeira fase, vide: VARGAS (2005, p. 126-143). Em excelente dissertação, DANIEL VARGAS reconstrói o caminho trilhado pelo citado constitucionalista, na tarefa de legitimar o direito. Em sua conclusão, defende que MICHELMAN não teria atingido o objetivo, porque, em suma, considerara como legítimo o direito produzido pela Suprema Corte, instituição em que entende simbolizada a vontade popular e apta para definir o destino da sociedade. Tal concepção pecaria pelo elitismo judicial e, conseqüentemente, por afastar o povo do processo decisório e interpretativo em matéria constitucional.

¹⁰⁶ Cf. MICHELMAN, 2001, p. 265.

¹⁰⁷ Cf. MICHELMAN, 1997, p. 149 e ss. Com efeito, MICHELMAN, já numa segunda fase de sua teoria constitucional (BALKIN, 2005, p. 1-39), vislumbra a legitimidade (constitucional) do direito no fato de ele ser “digno de respeito” (*respect-worthy*).

independente de um processo político democrático de definição¹⁰⁸. Inclina-se, assim, pela adoção de solução de natureza comunitarista, isto é, recorre à identidade comum das pessoas como elemento legitimador da ordem constitucional, porquanto há entre os integrantes da comunidade um certo sentimento de pertinência que levaria a um suposto consenso quanto ao conteúdo das normas, que seria dado *a priori*¹⁰⁹.

No entanto parece assistir razão a THOMAS MCCARTHY¹¹⁰, que, em tom de desabafo, relata como muitos estudiosos têm-se voltado contra HABERMAS pelos caminhos que ele próprio não assumiu. HABERMAS¹¹¹ não é ingênuo. Tem plena consciência dos desafios à obtenção de acordos e da perenização das controvérsias, em consequência do pluralismo cultural e social. É inevitável a existência de desacordos permanentes¹¹².

A questão, contudo, consiste em saber se, de alguma forma, a durabilidade dos conflitos afetará ou não a legitimidade do sistema democrático como um todo, pois, conforme indaga THOMAS MCCARTHY¹¹³, seria possível legitimar a Democracia, estando ela repleta de controvérsias como a do aborto?

Justamente aí se revela a importância da concepção procedimental da legitimidade do direito, que confere autoridade às decisões na medida em que os

¹⁰⁸ Cf. MICHELMAN, 2000, p. 67-68.

¹⁰⁹ Com efeito, para HABERMAS (2003b, p. 192), MICHELMAN conta com uma determinada identidade comum da comunidade política ou com um *ethos* de certo patriotismo, compartilhado por cidadãos como membros da comunidade política, que, no contexto de aplicação, ajudaria a decidir a norma de aplicação. Entretanto, o estágio atual de evolução social não mais se compadece com o recurso a uma suposta identidade ética ou cívica como reduto para legitimação de decisões. A criação do direito, nas sociedades pós-convencionais, legitima-se a partir da autolegislação cidadã, que une as pessoas, acostumadas à liberdade, na prática de uma cultura política comum.

¹¹⁰ Cf. MCCARTHY, 1996, p. 1083.

¹¹¹ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 187-190.

¹¹² Sobre o aborto, em *Comentários à Ética do Discurso*, HABERMAS (1999a, p. 161) ponderou: “Será que, a título de exemplo, só existe uma única resposta correcta para a questão do aborto? No estado actual da discussão em torno deste tema, ambos os lados parecem deter bons, se não igualmente bons, argumentos. Trata-se, portanto, *for the time being*, de uma questão indecidível. Contudo que se trate efectivamente de uma questão moral em sentido rigoroso, teremos de partir do princípio de que a mesma poderá ser decidida por meio de boas razões, *in the long run*, de uma ou de outra forma”. É bem verdade, como se verá logo adiante, ser perceptível uma mudança de posição em relação a questões de tal natureza.

¹¹³ Cf. MCCARTHY, 1996, p. 1095-1096.

participantes aceitam os resultados, ainda que dele discordem¹¹⁴, porquanto o paradigma habermasiano não predetermina o conteúdo das leis¹¹⁵. Dentro dos parâmetros que regem o princípio do discurso, à minoria vencida não se impõe necessariamente a modificação de suas convicções ou visões de mundo, mas simplesmente a aceitabilidade do resultado obtido, em face da presunção de racionalidade do procedimento discursivo. No entanto, o resultado é passível de posterior modificação, já que as questões decididas permanecem continuamente diante das reivindicações manifestadas na esfera pública plural¹¹⁶. Essa é a grande virtude da teoria discursiva, que exige a prática de uma conversação aberta na qual todos falam e são obrigados a ouvir. O resultado obtido, entretanto, não induz ao fechamento da questão, como seria natural supor. Ao contrário, concluído o processo de discussão no qual foi alcançado, o tema poderá voltar ao debate público, uma vez tratar-se de um “processo de aprendizado contínuo”¹¹⁷.

Assim, o equívoco consiste em pressupor, inicialmente, que o consenso seria inevitável, o que, desde logo, desmereceria a proposta procedimental habermasiana. Antes, a aceitabilidade racional dos resultados obtém-se através da fundamentação discursiva das pretensões universalizáveis, o que confere legitimidade ao processo decisório. No ponto, vale transcrever a passagem de HABERMAS¹¹⁸ em que

¹¹⁴ Nesse sentido, HABERMAS (2003b, p. 161) explica as razões por que se dá a aceitabilidade racional do resultado: “Dentro do domínio juridicamente definido da interpretação constitucional e da legislação democrática em geral, os participantes não podem razoavelmente superar o pluralismo das visões conflitantes, já que ninguém pode estar certo sobre o acerto da interpretação e da legislação ou de quem é que as realiza. Esse hiato entre a ‘veracidade da questão’ (*truth of the matter*), à qual os participantes do discurso aspiram, e à sua assumida inviabilidade pública, explica a atratividade da concepção de legitimação procedimental. Mas essa concepção, agora, requer uma ordem superior à do positivismo (*higher-order positivism*) que explique por que procedimentos como o processo de deliberação desfruta e manifesta ‘autoridade’, à parte dos méritos cognitivos inerentes ao discurso racional”. E, logo adiante, HABERMAS finaliza seu raciocínio, apontando que os conflitos interpretativos se compõem, sobretudo, a partir da perspectiva performativa da interpretação (e não da semântica): “Não obstante, nessa leitura, o processo contraditório de uma infindável troca de argumentos em competição não traz a nota promissória de um acordo final, a *performance* em si aparenta criar o tipo de autoridade que explica por que os participantes aceitam os resultados do qual eles discordam”.

¹¹⁵ Cf. ROSENFELD, 1994-1995, p. 1175.

¹¹⁶ Cf.: NEVES, 2001a, p. 135 e 147-149; HABERMAS, 2002b, p. 312-317.

¹¹⁷ Cf. WHITE, 1995, p. 84.

¹¹⁸ HABERMAS, 2002b, p. 317.

atribui legitimidade ao processo discursivo de fundamentação das normas:

Entre os procedimentos decisórios, a regra da maioria (qualificada, de acordo com certas exigências) é particularmente importante, porque a ‘racionalidade procedimental’ que se atribui a ela (associada ao caráter discursivo dos aconselhamentos precedentes) confere força legitimadora às decisões de maioria. (...) Pois a aceitação factual não significa que a minoria tivesse de aceitar o conteúdo dos resultados como sendo racional, ou seja, que ela tivesse de mudar suas convicções. O que ela pode fazer, no entanto, é aceitar por certo tempo a opinião da maioria como orientação obrigatória para sua ação, desde que o processo democrático lhe reserve a possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida, ou então retomá-la, bem como a possibilidade de mudar a situação da maioria em virtude de argumentos (supostamente) melhores.

Deve ser ressaltado, então, que o acordo racionalmente motivado é, em última análise, o pressuposto fundamental a justificar a legitimidade do Estado Democrático de Direito¹¹⁹. Se os participantes ingressos numa discussão não se orientarem para sua busca, eles próprios desconhecem a finalidade perseguida e o motivo pelo qual iniciaram a situação de fala.

Por outro lado, conforme adverte HABERMAS, o dissenso contínuo sob a perspectiva dos observadores tem de ser devidamente integrado com a perspectiva dos participantes que, necessariamente, partem da premissa da existência de uma resposta legítima. Caso contrário, não haveria justificativa funcional para a discussão argumentativa entre pessoas. Entende-se, dessa forma, por que HABERMAS não aceita a crítica de THOMAS MCCARTHY¹²⁰, de acordo com a qual o consenso ético-político nas sociedades complexas tanto pode ser atingido, quanto pode falhar.

¹¹⁹ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 313-316. Nessa oportunidade, HABERMAS pondera: “Se tomamos o Estado constitucional por uma ordem legítima, que por sua vez torna possível haver uma legislação legítima (bem como processos de criação do direito legítimos em geral), entendemos ‘legitimidade’ em um sentido não-empirista, então supomos a possibilidade de um acordo mútuo não-violento quanto a questões políticas”. E, em seguida: “Se nós, como participantes de discursos políticos, não pudéssemos convencer outras pessoas, nem aprender com elas, a política deliberativa perderia seu sentido – e o Estado democrático de direito, o fundamento de sua legitimação”.

¹²⁰ Cf. MCCARTHY, 1996, p. 1120.

Ora, o próprio THOMAS MCCARTHY¹²¹, na hipótese acima retratada, considerando o fato de não se chegar ao consenso, atenta para a exigência de um grau maior de abstração para que tal consenso seja atingido. No entanto, por defender o “entrelaçamento dialético” entre os discursos moral e ético¹²², MCCARTHY não encontra outra saída senão negar, em princípio, sob a perspectiva do observador, a obtenção do consenso ético-político. A resposta de HABERMAS, contudo, não se faz esperar. Precisamente em decorrência do pluralismo social e cultural das sociedades pós-convencionais e para que se formule uma política inclusiva e tolerante, é que se torna imprescindível lançar mão das questões morais¹²³. Porque em assuntos, a exemplo do relativo ao aborto, cuja compreensão está fortemente arraigada às visões de mundo de cada pessoa, às convicções pessoais, à religião, às subculturas diversas, dificilmente se chegaria a uma regulamentação neutra desses latentes conflitos de valores de uma situação eticamente caracterizada, que atendesse o interesse de todos os envolvidos por igual¹²⁴. Por conseguinte, HABERMAS propõe a mudança de perspectiva a fim de substituir a pergunta do que é “melhor para nós” para inserir outra de acordo com a qual é preciso justificar uma norma que seja “igualmente boa para todos”. Essa mudança, que viabiliza o consenso, será buscada “no plano mais abstrato da coexistência de diversas comunidades eticamente integradas”, elucida HABERMAS. A abstração trabalha em favor de uma regulamentação relativamente “liberal”¹²⁵, a qual pode contemplar de

¹²¹ Cf. MCCARTHY, 1996, p. 1096-1097.

¹²² Para THOMAS MCCARTHY (1996, p. 1090-1094 e p. 1104-1105), as questões éticas e morais, a rigor, não se diferenciariam entre si (daí o entrelaçamento dialético), porque a identidade pós-nacional reclama uma cultura política comum enraizada em tradições constitucionais, de modo que aquilo que é melhor para todos igualmente (questão moral), na verdade, representa o auto-entendimento de uma determinada sociedade quanto àquilo que é melhor para ela (questão ética), como ela mesma se vê.

¹²³ O acordo do ponto de vista moral poderia ser obtido, pois, em HABERMAS (1999a, p. 112), as questões morais exigiriam “uma fratura com todas as evidências dos costumes concretos e estabelecidos, assim como um distanciamento em relação àqueles contextos práticos com os quais a identidade individual está entretecida de forma inextricável”.

¹²⁴ Cf. HABERMAS, 2001b, p. 311.

¹²⁵ Embora tenha afirmado a impossibilidade do consenso moral no atual estágio de amadurecimento sobre o aborto e admitido, apenas, o consenso ético para a questão do aborto (1999a, p. 161), infere-se, do excerto a seguir, que, indiretamente, HABERMAS (2002b, p. 311-312) dá uma guinada quanto à questão,

forma justa e igualitária todos os cidadãos, sem privilegiar esta ou aquela visão de mundo.

Percebe-se, então, a dificuldade latente que a prática da política deliberativa enfrenta para produzir normas jurídicas legítimas (legalidade com legitimidade), no Estado Democrático de Direito. Muitos dos temas essencialmente controvertidos que são discutidos e definidos na comunidade, dada sua própria natureza pluralística, terminam convertendo-se em leis válidas e obrigatórias, sem que obtenham, à unanimidade, o consentimento de todos os participantes do processo discursivo de fundamentação das normas.

Esgotadas as possibilidades de se modificar o resultado final no processo político legislativo, parece subsistir uma derradeira alternativa de revertê-lo. Cuida-se do manejo de instrumentos judiciais, especificamente do controle abstrato da constitucionalidade (no caso brasileiro), apelando-se ao Poder Judiciário, em última instância, para que reconheça a ilegitimidade da norma, dada sua suposta incompatibilidade com a Constituição. A consequência de tal práxis institucional conduz a um ponto em que as atividades legislativa e judicial se tocam. As atribuições do Poder Legislativo e do Poder Judiciário convergem, assim, para uma situação de colisão em que se faz preciso determinar qual o papel de cada um deles a fim de não

ao falar da eutanásia, especificamente: “Quando se fala da dificuldade que McCarthy vincula a essa abstração, trata-se aí, na verdade, de uma restrição. A mudança de perspectiva deve possibilitar uma regulamentação moralmente aceitável, ou seja, aceitável pelas mesmas razões e que não apresenta solução para o conflito de valor. Ora, tal regulamentação ainda não corresponde à distribuição simétrica dos *encargos decorrentes* que terão de ser assumidos a partir de uma opção estratégica. Em vista do objetivo de uma coexistência sob igualdade de direitos, ela é ‘igualmente boa para todos’, mas nem sempre em vista de *toda e qualquer* consequência. Não se pode excluir uma distribuição desigual dos ‘rigores’ que uma solução justa acarrete para a autocompreensão ética de uma ou outra das partes envolvidas; mais que isso, é antes mesmo provável que tal coisa aconteça. Pois em geral a abstração trabalha em favor de uma regulamentação relativamente ‘liberal’ (que a mim pessoalmente, por exemplo, pareceria bastante insuportável no caso da eutanásia). Por outro lado, a expectativa normativa associada a isso, de que em todo caso se *tolere* um comportamento eticamente condenável de integrantes de um outro grupo (a partir de ‘nossa’ visão), implica ao menos em parte uma ofensa a nossa integridade; a ‘nós’ continua se permitindo recriminar eticamente a práxis de outras pessoas, mesmo que a ela se tenha garantido o aval jurídico. O que se exige juridicamente de nós é a tolerância em face das práticas que consideramos eticamente extraviadas a partir de ‘nossa’ perspectiva.”

haver sobreposição ou, até mesmo, usurpação de funções entre os dois Poderes, ou seja, evitar a indevida interferência de um deles sobre o outro. Esse tema será objeto de análise do próximo capítulo.

Antes, porém, de encerrar o presente capítulo, é preciso reiterar sua idéia central, cujos desdobramentos se farão sentir ao longo de toda a dissertação. É que, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade das leis é um procedimento que está além das instituições estatais, isto é, do regular funcionamento dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não obstante o processo de legitimação perpassasse por eles. Com efeito, a legitimidade das leis advém do cidadão, no exercício de suas autonomias pública e privada. É o cidadão, no fundo, que constitui e consubstancia o centro de legitimidade do Estado, das normas jurídicas e da interpretação crítica e reflexiva da Constituição. Essa perspectiva, como se verá adiante, faz sentir-se na relação Democracia e jurisdição constitucional, bem assim na própria estrutura do controle de constitucionalidade, no que tange à distinção entre os controles concentrado e difuso.

II. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A SOBREPOSIÇÃO DISCURSIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Judicialização da política: em que sentido?
2. O discurso de justificação e sua racionalidade
3. O discurso de aplicação
4. A transição entre os discursos de justificação e de aplicação

Sem dúvida, não é fácil a tarefa de estabelecer critério válido a distinguir, com precisão, as atividades que, propriamente, pertencem ao Poder Legislativo daquelas atribuíveis ao Poder Judiciário. O título do presente capítulo já sugere que, em algum momento, as atividades legislativa e judicial irão interagir. O ponto nodal da questão, destarte, direciona-se à compreensão do entrelaçamento dessas atividades, à luz do paradigma procedimental do Estado de Direito. É dizer: de qual modo conceber tal relação.

O capítulo anterior foi encerrado com a discussão sobre o consenso. Viuse que, mesmo naquelas questões altamente controversas, há a possibilidade de se atingir o consenso, quando se encara o processo político deliberativo a partir da perspectiva do participante. E o ser participante, isto é, o haver o sujeito ingressado na situação (ideal) de fala, em que as pretensões de cada um são confrontadas

discursivamente com a de todos, em igualdade de condições, tem o condão de conferir a tão almejada legitimidade ao processo decisório, ainda que o resultado não seja o esperado por alguns dos atores da comunicação.

No entanto, a decisão tomada no âmbito político não se fecha em si mesma. A circularidade do poder e a estrutura democrática do Estado de Direito não se compatibilizam com a estagnação em torno de qualquer definição política, que, uma vez adotada, retorna à esfera pública na qual sofrerá novas críticas. Como visto, essa característica permite àquela parcela de participantes cujas pretensões não foram consideradas dignas de universalização reverter o resultado anterior na próxima rodada.

Ocorre que, em face da atual organização institucional do Estado de Direito, as decisões politicamente deliberadas nem sempre são revertidas pelo canal político. Em vários casos, elas têm sua resolução final no Poder Judiciário, como se o órgão judicante fosse erigido à categoria de terceira câmara legislativa¹²⁶; ou seja, a *última palavra* é dada pelos juízes. Daí, a pertinência da observação de KENNETH WARD¹²⁷ de que as questões políticas são, ao fim e ao cabo, concebidas como casos judiciais.

A denominação de “judicialização da política”, em certo sentido, vem sendo utilizada para denunciar a ilegitimidade dessa prática institucional. Porque, de alguma forma, o processo discursivo de formação racional da opinião e da vontade política, que confere legitimidade às normas, tem seu papel minorado em face da atividade judicial. É bem verdade que, na maior parte das vezes, o consenso sobre as questões controversas se forma precariamente, mas isso não explica, tampouco justifica a eleição do foro judicial como o competente para resolver definitivamente a questão.

Torna-se preciso, ao menos, discutir a justificação da práxis institucional

¹²⁶ Cf. GREY, 2003, p. 481.

¹²⁷ Cf. WARD, 2003, p. 425.

em função da sua legitimidade, em termos de Estado Democrático de Direito. A questão adquire maior relevância em decorrência da evolução do controle de constitucionalidade. Desde suas origens, historicamente fixadas em *MARBURY vs. MADISON*¹²⁸, em 1803, o controle judicial esteve muito mais atrelado à preservação da forma federativa, assim nos Estados Unidos como nos países europeus que o adotaram¹²⁹. Após a segunda guerra mundial, com a expansão do poder judicial, é que a *judicial review* se fortaleceu no papel da defesa dos direitos fundamentais (*righted-oriented courts*)¹³⁰, com grande repercussão na vida política do país.

Com essas considerações, o presente capítulo seguirá com a análise conceitual do fenômeno da judicialização da política, deixando claro que ele nem sempre acarretará efeitos nefastos à prática democrática (1). Na seqüência, à luz da teoria discursiva do Estado Democrático de Direito, serão apresentados alguns balizamentos que seguem válidos para diferenciar entre o que é apropriadamente atribuição do Poder Legislativo (2) e o que é do Poder Judiciário, além da racionalidade necessariamente considerada como pressuposto dos discursos de justificação e de aplicação (3). Enfim, enfrentar-se-á o entrelaçamento discursivo e, considerando-se a racionalidade intrínseca a cada um e as exigências discursivas de legitimação democrática, posicionar-se-á pela prevalência do discurso político de justificação caso exista uma situação de conflito entre ambos (4).

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: EM QUE SENTIDO?

A expressão “judicialização da política” é vulnerável a críticas, uma vez que pode ser relacionada com a deturpação dos parâmetros democráticos sobre os quais

¹²⁸ A temática será explorada, com maior profundidade, no Capítulo IV.

¹²⁹ Cf.: FABER, 2003, p. 417; AJA, 1998, p. XI-XXXII.

¹³⁰ Cf. GREY, 2003, p. 481-487.

deve fundar-se o Estado de Direito no paradigma procedimental. Contudo, não representa um mal em si. Conforme observa o professor MARCUS FARO DE CASTRO¹³¹, a judicialização da política, fenômeno que atinge diversas sociedades contemporâneas, tem contribuído para fixar um padrão de interação entre os poderes, não necessariamente deletério à Democracia. É o resultado mesmo do aperfeiçoamento do sistema democrático do Estado de Direito.

Em clássico estudo sobre o tema, C. NEAL TATE e TORBJÖRN VALLINDER¹³² destacam que, na verdade, a judicialização da política constitui fórmula abreviada para designar o fenômeno da expansão global do poder judicial (*the global expansion of judicial power*). TORBJÖRN VALLINDER¹³³ identifica, nesse processo expansivo, dois sentidos diversos (“Judicialização I” e “Judicialização II”). Sob a perspectiva do Poder Judiciário, o primeiro deles corresponde à atuação mais expansiva do Judiciário, no sentido de que ele passa a decidir matérias até então reservadas à esfera dos Poderes Executivo e Legislativo. MARCUS FARO¹³⁴ constata essa evolução como uma nova forma de ativismo judicial. O segundo sentido, tocante aos outros dois Poderes, consiste na adoção, pelos políticos e autoridades administrativas, de métodos e procedimentos de decisão semelhantes aos judiciais, em suas deliberações¹³⁵. A acepção a ser aqui examinada é a da Judicialização I.

Em meio a esse fenômeno que vai tomando corpo em escala mundial, o que se precisa definir é sob quais formas ele repercutirá nas dimensões pública e privada da autonomia dos cidadãos. É dizer: será a judicialização da política um processo que logra promover e assegurar a liberdade de ação das pessoas ou, antes, vem enterrar a tentativa de emancipação da cidadania?

¹³¹ Cf. CASTRO, 1997, p. 148-151.

¹³² Cf. TATE and VALLINDER, 1995, p. 05.

¹³³ Cf. VALLINDER, 1995, p. 13 e p. 516.

¹³⁴ Cf. CASTRO, 1997, p. 148.

¹³⁵ Para JOSÉ EISENBERG (2003, p. 47), a Judicialização II seria melhor denominada por “tribunalização”.

C. NEAL TATE adverte que a visão tradicionalista da judicialização da política, na qual é entendida como o exercício da discricionariedade política por juízes, deve ser evitada. Até porque a judicialização da política foi percebida, sobretudo, após o aparecimento das democracias liberais¹³⁶, embora não se resuma apenas a esse fator. De fato, o fim da segunda guerra mundial, com a queda do nazismo e do fascismo, as políticas econômicas de reconstrução e desenvolvimento do pós-guerra, o declínio do positivismo jurídico, além do fortalecimento do direito internacional configuram um amplo leque de causas de desenvolvimento da expansão do poder judicial¹³⁷. De outro lado, TATE¹³⁸ elenca algumas condicionantes facilitadoras à judicialização da política, dentre elas, o estabelecimento da Democracia, o princípio da separação dos poderes, a inefetividade das instituições majoritárias, a estratégia política, a política dos direitos, ou seja, uma carta de direitos individuais que deve ser concretizada, ainda que contra a vontade de determinada maioria.

No Brasil, a judicialização da política se evidencia, principalmente, com o advento da Constituição da República de 1988¹³⁹. Nesse sentido, MARCUS FARO¹⁴⁰, em estudo pioneiro sobre o tema, conclui que, desde a Carta de 1988, sedimenta-se a visão do sistema judicial como canal de articulação de conflitos sociais e políticos, culminando com a “descoberta do judiciário”. Tais circunstâncias, a seu ver, têm conferido ao Poder Judiciário as características de uma “arena política”.

¹³⁶ Cf. TATE and VALLINDER, 1995, p. 526. No mesmo sentido: GREY, 2003, p. 474-475 e p. 481-487; CAPPELLETTI, 1999, p. 45-63.

¹³⁷ Cf. VALLINDER, 1995, p. 19-23. Numa análise econômica, JOSÉ EDUARDO FARIA (2005, p. 23-51) aponta que um dos fatores mais determinantes da judicialização da política é a incapacidade de o Estado regular a economia complexa e globalizada.

¹³⁸ Cf. TATE, 1995, p. 28-33.

¹³⁹ Cf.: VIANA et al., 1999, p. 42; FARIA, 2005, p. 33 e ss. Ao lado da judicialização da política, LUIZ WERNECK VIANA (1999, p. 9-13 e p. 149 e ss) vislumbra o processo de “judicialização das relações sociais”, cuja causa está, indissociavelmente, relacionada à democratização do acesso à justiça, que foi fortemente impulsionada a partir da Constituição de 1988. V

¹⁴⁰ Cf. CASTRO, 1993, p. 16-25.

Seria, assim, difícil discordar das significativas conclusões de TATE e VALLINDER¹⁴¹ sobre a expansão do poder judicial como fenômeno de âmbito mundial que vem moldando o desenvolvimento da política. Não se pode deixar de vislumbrar, nesse processo, o importante papel de que se vem investindo o Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Sob tal ponto de vista, a judicialização da política só pode ser avaliada positivamente, como resultado da institucionalização e consolidação das Democracias. Um caminho necessário que todo Estado de Direito deveria atravessar para atingir a legitimidade a partir da legalidade.

Tais condições, entretanto, não ensejam um diagnóstico preciso sobre os reflexos da judicialização no exercício das autonomias pública e privada das pessoas. Embora a judicialização da política tenda a reforçar o sistema de partidos políticos e a propiciar a conexão entre Democracia representativa e participativa em face dos diversos procedimentos instituídos na Constituição¹⁴², é incerto que seu desenvolvimento venha a favorecer o enriquecimento da Democracia. Pois se ela significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de intérpretes da Constituição, essa “substituição” do cidadão pelo juiz – enquanto fonte do conteúdo das normas jurídicas – não poderá ser favorável a uma política deliberativa fundada no autogoverno, nem ao desenvolvimento da Democracia regida por cidadãos ativos.

Eis, precisamente, o ponto a ser tematizado. Não obstante existam aspectos positivos ligados ao estabelecimento das Democracias, a judicialização da política poderá, sim, trazer efeitos destrutivos à construção da Democracia¹⁴³. Principalmente, se se considerar que os tribunais exercem melhor a proteção de

¹⁴¹ Cf. TATE and VALLINDER, 1995, p. 05.

¹⁴² Cf. VIANA et al., 1999, p. 10-12 e p. 43-54.

¹⁴³ MICHEAL PERRY (2003, p. 636-637), no ponto, anota com precisão: “Afirmar que tem havido uma judicialização da política não é o mesmo de afirmar a existência de ‘usurpação judicial da política’ [*judicial usurpation of politics*]”.

importantes valores constitucionais contra o potencial abuso do poder político¹⁴⁴. É que essa concepção vai ratificando a autocompreensão do Poder Judiciário (e do tribunal constitucional, em especial) como instância última de deliberação sobre todas as questões surgidas no seio da sociedade, em relação à Constituição. O problema, então, é definir qual o papel que devem exercer os tribunais constitucionais na sociedade quanto à concretização e à interpretação da Constituição.

Outra não é a preocupação de CHRISTINE LANDFRIED¹⁴⁵ quanto à judicialização da política na Alemanha. Lá, em matérias como o aborto, retira-se das instituições majoritárias o poder de realizar políticas construtivas e racionais, em hipóteses nas quais a Constituição se abre a mais de uma opção ao intérprete. Em relato do longo processo de discussão na República Federal da Alemanha, desde 1970 até 1974, que culminou com a edição da lei do aborto, permitindo à gestante realizá-lo livremente até o terceiro mês da gravidez, a publicista alemã não hesita em criticar a decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 1975, que teria excedido suas competências, pois a definição sobre o direito de abortar encontraria melhor solução no parlamento, em face de todas as questões nela abrangidas.

Sob outro prisma, vê-se que a judicialização da política traz consigo uma carga bastante negativa aos postulados democráticos do Estado de Direito, pois, precisamente, o que deveria garantir – a autonomia jurídica dos cidadãos, manifestada ao longo de quatro anos de discussão pública sobre o tema do aborto no caso alemão – termina por eliminar.

Aos poucos, vai-se revelando que, na concepção aqui adotada, a jurisdição constitucional deverá assumir o papel não de guardião de suposta ordem hierárquica de valores substantivos, mas, ao contrário, de instituição cuja função

¹⁴⁴ Cf. FEREJOHN, 2002, p. 55 e ss.

¹⁴⁵ Cf. LANDFRIED, 1995, p. 307-324.

consiste em salvaguardar o procedimento legislativo democrático, na medida em que deve preservar as autonomias pública e privada dos cidadãos¹⁴⁶. A necessidade de defender esse posicionamento tende a enrobustecer-se mais e mais, ao se perceber que a judicialização da política não só decorre da natureza controversa das questões, objeto das deliberações políticas. Também se lhe atribui por causa a oposição política, ou seja, o uso político da fiscalização abstrata de constitucionalidade, de que lançam mão os legitimados ativos para provocar o controle judicial¹⁴⁷.

A postura do tribunal constitucional, então, envolverá grande dose de prudência. Justamente para reconhecer, nesses casos, arguições de inconstitucionalidade que se voltam menos contra os aspectos *jurídicos* subjacentes à questão do que contra o êxito (político) da norma editada¹⁴⁸. Em o tribunal constitucional não se autoconscientizando dessa distinção entre o político e o jurídico¹⁴⁹, vulnera-se a autonomia dos cidadãos, especialmente nas leis mais polêmicas, cujo processo legislativo, em regra, suscita maiores debates públicos. Ou seja, dá-se a judicialização da política.

¹⁴⁶ Cf. HABERMAS, 2000, p. 103.

¹⁴⁷ MARCUS FARO DE CASTRO (1993, p. 51-53), diagnosticando o caráter inovador da atuação relevante dos partidos políticos perante o Supremo Tribunal Federal, constata que, no período pesquisado (outubro de 1988 a fevereiro de 1993), os partidos de centro-direita (situação), em regra, objetivavam, através das ações diretas de inconstitucionalidade, modificações na engenharia partidário-eleitoral, ao passo que os partidos de esquerda (oposição) se opunham aos critérios de redistribuição, vinculados às políticas fiscal e monetária. Veja-se ainda: TATE, 1995, p. 30-31; WERNECK, 1999, p. 59; MAUÉS e LEITÃO, 2003, p. 6-8. Na Alemanha, noticia-o CHRISTINE LANDFRIED (1995, p. 317), a utilização do controle abstrato para realizar oposição política é também uma prática comum.

¹⁴⁸ Não se desconhece, porém, que o controle de constitucionalidade e a própria judicialização da política contribuem para preservar o direito das minorias contra as maiorias parlamentares (WERNECK, 1999, p. 51), isto é, contra a “tirania da maioria”. Em sentido contrário, não se podem ignorar as práticas de negociações políticas e acordos, em que a facção política minoritária impõe diversas condições para a tomada de decisões desejadas pela maioria (TUSHNET, 1999, p. 158-163). No limite, não é de se descartar o risco de uma “tirania da minoria”. No Capítulo IV, o tema sobre a relação entre *judicial review* e proteção da minoria será criticamente retomado.

¹⁴⁹ Conforme será apresentado a seguir, a separação entre o “jurídico” e o “político” deriva da distinção entre o discurso de justificação e o de aplicação, efetuada por KLAUS GÜNTHER e seguida por HABERMAS.

2. O DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E SUA RACIONALIDADE

No item anterior, destacou-se que a judicialização da política não representa, necessariamente, fenômeno deletério aos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Contudo, pode assumir forma que venha a obstar o vínculo de identidade existente entre normas, autores e destinatários. Enquanto autores e destinatários das leis, os cidadãos são chamados à participação no processo deliberativo de produção das normas, cujo resultado direciona-se à obtenção do consenso pelos participantes do procedimento legislativo discursivo. Apesar de todo o esforço comunicativo voltado ao entendimento mútuo, o dissenso por parte dos atores pode remanescer ao término do processo, principalmente nas questões altamente controversas. A “necessidade fática de decidir”¹⁵⁰ impõe a fixação de regras formais (prazos, restrições, condicionamentos etc.) ao procedimento discursivo, para que ele chegue ao fim e se tenha a decisão tomada. Oriunda do processo racional de formação da vontade política, a decisão reveste-se de legitimidade; presume-se haver sido justificada pelos cidadãos, no exercício de sua autonomia.

A dúvida que aflora é sobre se tais normas, veiculando questões controversas e recém-editadas pelo Poder Legislativo, após o processo legislativo de sua criação, poderiam ser legitimamente invalidadas em sede de controle de constitucionalidade. A resposta exige exame dos elementos integrantes do discurso de justificação, ou melhor, do processo discursivo de justificação das normas jurídicas, que se fundamenta em pressupostos comunicativos.

¹⁵⁰ Cf. GÜNTHER, 1995, p. 296-297. Tal necessidade, como reconhece HABERMAS (2002b, p. 316-317), impõe restrições às formas de uma situação ideal de fala que, no entanto, não comprometem a presunção de racionalidade das normas, embora contribuam para reforçar as críticas de MARCELO NEVES e THOMAS MCCARTHY contra o consensualismo habermasiano.

Na esteira da teoria da argumentação de KLAUS GÜNTHER, HABERMAS¹⁵¹ distingue os discursos proferidos para a criação do direito daqueles manejados para a sua aplicação. Essa diferenciação, ressalta HABERMAS, segue como critério proveitoso para separar as atividades que, legitimamente, cabem ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário¹⁵².

De uma maneira geral, MARCELO CATTONI DE OLIVEIRA¹⁵³ apresenta a justificação como espécie de discurso de validação de normas, que se desenvolve com o aporte de razões de um amplo espectro. O discurso de justificação procura responder a pergunta do “coletivo” que se vê confrontado com a seguinte indagação: “Que devemos fazer?”. Ele se abre aos mais diversos aspectos, em que, segundo a linha de distinção traçada por HABERMAS¹⁵⁴, identificam-se questões pragmáticas, éticas e morais.

As questões pragmáticas consideram os fins adequados à realização das metas buscadas. É importante salientar que nem sempre se trata de simples eleição de meios racionais com relação a fins, pois muitas dessas metas, não raro, apresentam-se problemáticas, razão por que o discurso pragmático contempla o cálculo das metas, em face dos valores aceitos, tudo com base no saber empírico consolidado.

Já as questões éticas envolvem um conjunto de interesses profundamente enraizados nas formas de vida intersubjetivamente partilhadas, desde uma perspectiva coletiva (questões ético-políticas). Os membros da comunidade perquirem sobre a forma de vida a ser compartilhada e os ideais a serem projetados tanto na vida em comum, quanto numa perspectiva individual (questões ético-existenciais), em que se questiona “Quem sou eu? Quem quero ser? E o que é melhor para mim?”. A pergunta

¹⁵¹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 334.

¹⁵² Para exame crítico sobre as críticas dirigidas a GÜNTHER e a HABERMAS no que tange aos discursos de justificação e de aplicação, é digna de nota a dissertação de LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE BARBOSA (2005, p. 125-186), em que examina detidamente tais pontos.

¹⁵³ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 84-85.

¹⁵⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 225-236. HABERMAS (2001a, p. 358), destacando a complexidade peculiar do discurso jurídico, alude: “nos discursos jurídicos, aparte das razões imanentes ao direito, fazem-se ouvir também razões morais e éticas, razões empíricas e pragmáticas”.

sobre o “Que devemos fazer?” investiga quais formas de ação são “boas para nós”. As questões éticas dificilmente logram chegar ao consenso por meio do discurso, porque estão intrinsecamente vinculadas às visões de mundo de cada membro da comunidade e entrelaçadas às culturas de cada subgrupo, às religiões, às tradições e aos credos de cada um deles¹⁵⁵. São discursos que explicitam a autocompreensão da forma de vida historicamente transmitida de certo grupo, enquanto integrantes de uma autêntica comunidade.

Por fim, a fundamentação da norma se perfaz suficientemente a partir do momento em que, no discurso de justificação, contemplam-se as questões morais. Nesse nível de abordagem, são trazidos à tona os aspectos de justiça em que se determina se certa prática ou norma de ação é “igualmente boa para todos”¹⁵⁶. Como já adiantado no capítulo anterior, o discurso moral, que reside num plano superior de abstração em relação a um dado contexto de vida, impõe que as normas sejam submetidas a um teste de universalização, a fim de averiguar se todos os participantes do discurso encontrariam o resultado com base no qual todos os afetados concordariam. Somente por essa forma é que se poderia regular a convivência em comum no interesse de todos por igual, de modo justo.

É dessas constelações de interesses e questões, comumente presentes nas deliberações políticas, que parte a formação discursiva da vontade política coletiva. A racionalidade do processo legislativo presume-se atingida, à proporção que as questões éticas, morais e pragmáticas submetem-se ao teste de universalização, devendo-se

¹⁵⁵ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 311.

¹⁵⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 229. HABERMAS (2001a, p. 233), em seguida, exemplifica algumas das questões moralmente relevantes: “questões de direito penal como são o aborto ou os prazos de prescrição para os distintos tipos de delito, em questões de direito processual penal como é a proibição de determinados métodos de obter provas, ou em questões de política social, de direito fiscal, de organização da educação e da sanidade, que afetam a distribuição da riqueza social, as oportunidades de sobrevivência”. A justiça, para HABERMAS (2001a, 220), não está ligada à idéia de valor, e sim à submissão da questão a um teste de universalização, em que se pretende estabelecer o que é bom para todos.

conferir validade jurídica àquelas pretensões cuja força argumentativa seja prevalecente¹⁵⁷.

Remanesce, contudo, outra característica fundamental do discurso de justificação, que vem a reforçar a denominada “dignidade democrática da lei”¹⁵⁸. Nas relações íntimas que guardam entre si direito e política, segundo entende HABERMAS¹⁵⁹, a política se serve do sistema normativo estruturado pelo direito, de forma a determinar que o processo político somente prossiga dentro do nível articulado pelo próprio direito.

Essa particularidade do discurso de justificação, além de demonstrar o amplo espectro a que se referiu MARCELO CATTONI, realiza a idéia de que a atividade política de produção de leis se move dentro do marco jurídico vigente e, portanto, em termos normativos, deve guardar coerência com o sistema de direitos existente¹⁶⁰ e, principalmente, com a Constituição¹⁶¹. Não se trata, pois, de uma fonte irracional de emanção de normas¹⁶². Com isso, não seria impertinente afirmar que as razões e os argumentos que – no discurso de justificação – transitam fazem-no mais apto a atender às demandas nascidas na sociedade do que outras espécies de discursos, a exemplo dos discursos produzidos pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo. Do ponto de vista da teoria do discurso, o que separa a competência dos Poderes são as respectivas formas de comunicação e os correspondentes potenciais de razão; a competência de cada um revela-se no poder de recorrer a diferentes classes de razões. Ao Poder Legislativo, em

¹⁵⁷ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 219.

¹⁵⁸ A expressão é utilizada pelo constitucionalista espanhol VÍCTOR FERRERES COMELLA (1997, p. 36-37). No Capítulo IV, retornar-se-á ao tema.

¹⁵⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 396.

¹⁶⁰ Observe-se que KLAUS GÜNTHER (2004, p. 408-409), a partir da noção de integridade de DWORKIN, avaliza a regência do princípio da coerência sobre as atividades legislativas. Chega, inclusive, a erigi-lo à qualidade de fonte de legitimidade da comunidade política.

¹⁶¹ Com efeito, HABERMAS (2001a, p. 221) atribui especial significado à atividade legislativa de interpretação da Constituição: “Também a simples legislação há de entender-se como concretização de um sistema de direitos convertidos na Constituição”.

¹⁶² É interessante notar que em época de crise, principalmente, a população não divisa qualquer legitimidade ou credibilidade em seus atores políticos. No entanto, tais fatos devem servir de força motriz para ativar a cidadania, a participação política, a fim de revitalizar-se a política (CARDOSO, 1996, p. 15-30).

consequência, cabe valer-se das diversas e amplas razões existentes, ao passo que aos Poderes Executivo e Judiciário há limitações discursivas e funcionais a restringir-lhes a abrangência.

Nessa perspectiva, a tensão entre Democracia e jurisdição constitucional reflete o choque entre a disposição de razões e argumentos que estão na esfera de competência do legislador e aqueles outros que estão na dos juízes. No caso das normas sobre temas altamente controvertidos, o legislador não só interpreta a Constituição e o sistema jurídico em geral, como também, à luz desse mesmo ordenamento jurídico, busca o consenso a partir do entrelaçamento das questões pragmáticas, éticas e morais a respeito do tema em discussão. Então, na hipótese, parece difícil justificar que o discurso judicial tenha predominância sobre o legislativo, sobretudo ao se observar seu caráter de *definitividade*¹⁶³. No paradigma procedimental, a legitimidade do direito está na comunicação¹⁶⁴.

3. O DISCURSO DE APLICAÇÃO

HABERMAS, já se mencionou, parte da distinção entre os discursos de justificação e de aplicação para separar aquelas atividades que legitimamente pertencem ao âmbito do Poder Legislativo daquelas pertencentes ao Judiciário. A separação de discursos é uma exigência mesma da limitação temporal, espacial e epistêmica a que se submete o conhecimento humano¹⁶⁵. Nos discursos de fundamentação de normas, não é possível ao legislador contemplar previamente todas as particularidades dos casos

¹⁶³ O caráter de definitividade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado será analisado no Capítulo IV. De logo, adiante-se que elas podem mostrar-se como elemento inibidor dos processos discursivos de formação democrática, na medida em que, a depender da situação, acarretam a solução de continuidade da discussão de temas relevantes na sociedade, em um curto ou médio espaço de tempo.

¹⁶⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 169.

¹⁶⁵ Nesse sentido, GÜNTHER (1995, p. 295) consigna que a escassez de tempo e o estado incompleto do saber são fatores que conduzem à institucionalização do sistema jurídico.

futuros. A natural limitação faz emergirem situações que não se amoldarão perfeitamente à norma dantes fundamentada¹⁶⁶. O princípio da imparcialidade, em consequência, apresenta-se para reclamar a consideração de todos os sinais característicos da nova situação surgida, inclusive das razões aduzidas no processo de validação das normas. As experiências novas passam a ser assimiladas e, se for o caso, modificam as concepções morais¹⁶⁷, promovendo, assim, o processo de aprendizagem moral que caracteriza a comunidade política¹⁶⁸.

A relação complementar dos discursos de aplicação e de justificação justifica-se na diferença existente entre os princípios aceitos por todos e os juízos particulares de cada um. Princípios e juízos estão numa relação de revisão recíproca, num verdadeiro “movimento de equilíbrio reflexivo”¹⁶⁹. Mas, por existir uma constelação de características em cada novo caso, o princípio (norma válida) funciona como razão de decidir para formulação do juízo particular, donde se extrai a norma de adequação. Aí se revela, em toda sua plenitude, o princípio da coerência¹⁷⁰, que conduz à tomada de um juízo correto desde que o participante se apóie em princípios válidos e que tais princípios se apliquem adequadamente à situação concreta.

Por esse motivo, a justificação das normas somente é possível com o estabelecimento de razões *prima facie*. As normas são válidas *prima facie* porque a nova constelação de interesses presentes no caso concreto pode desautorizar a aplicação

¹⁶⁶ Cf.: HABERMAS, 2001a, p. 230; GÜNTHER (2004, p. 79; 1995, p. 279).

¹⁶⁷ É importante ressaltar que KLAUS GÜNTHER (1995, p. 295-302) defende a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso moral de aplicação, no qual se cuidará da adequação da aplicação da norma. HABERMAS (2001a, p. 304-309) critica essa orientação, ao argumento de que sugeriria errônea subordinação do direito à moral.

¹⁶⁸ Cf. GÜNTHER, 2004, p. 97-99. Com efeito, para GÜNTHER (2004, p. 301), “a idéia de imparcialidade se subdivide em um discurso de fundamentação situacionalmente dependente e um discurso de aplicação que examina todos os sinais característicos de uma situação”.

¹⁶⁹ Cf. GÜNTHER, 1995, p. 277.

¹⁷⁰ Cf. GÜNTHER, 1995, p. 276-277.

coerente e imparcial da norma justificada. Como afirma GÜNTHER¹⁷¹, somente um novo caso força a revisão recíproca entre juízos e princípios.

É importante ressaltar, ainda, que, de acordo com HABERMAS¹⁷², o discurso de aplicação deve levar em consideração as perspectivas particulares dos participantes em conexão com a estrutura geral das perspectivas, que integram o fundamento das normas validadas pelo discurso de justificação. Porque as questões relativas à aplicação das normas afetam a compreensão que os participantes têm de si mesmos e do mundo. Por isso, o discurso de aplicação reveste-se de caráter pluralista, já que a idéia de imparcialidade a ele inerente possibilita diversas interpretações normativas concorrentes de uma mesma situação¹⁷³.

Já se vai anunciando, assim, que o discurso judicial de aplicação tem peculiar aptidão para conferir ou preservar a legitimidade das normas validadas, através do discurso de justificação. No âmbito do controle de constitucionalidade, o controle difuso encontraria sua função de preservar a coerência e a imparcialidade das normas constitucionais sem prejuízo da legitimidade das normas e do processo legislativo, porquanto se abre a pontos de vistas distintos. Cada cidadão teria a possibilidade de preservar seu ponto de vista nas situações concretas dentro de um contexto particular, sem, contudo, acarretar a vulneração ao processo de fundamentação das normas jurídicas e ameaçar a divisão funcional, discursivamente proposta, das competências entre os Poderes. A sua vez, no controle concentrado, o discurso de justificação e o discurso judicial de aplicação se aproximam de tal forma, que se torna difícil definir que tipo de discurso estaria o Poder Judiciário a produzir¹⁷⁴.

¹⁷¹ Cf. GÜNTHER, 1995, p. 276-277.

¹⁷² Cf. HABERMAS, 2001a, p. 300.

¹⁷³ Cf. GÜNTHER, 2004, p. 114-115.

¹⁷⁴ MARCELO CATTONI (2002, p. 154) defende que o controle de constitucionalidade, seja em via principal (concentrado) ou em via incidental (difuso), caracteriza-se como discurso de aplicação.

Então, faz-se preciso concordar com HABERMAS¹⁷⁵ e reconhecer que os discursos de justificação e de aplicação seguem como critério válido para separação das atividades judicial e legislativa. Não seria demais destacar que, conforme visto, os critérios que mobilizam a formação e ingressam no discurso de fundamentação proferido pelo Poder Legislativo tornam-no o mais idôneo para produzir a legitimidade desejada, porque se desenvolvem com base num amplo espectro de questões analisadas e com a participação de todos os interessados. Ao passo que o discurso de aplicação pelo Poder Judiciário está mais engajado a proferir decisões justas e corretas, realizando o entendimento secularmente consagrado de caber ao juiz aplicar a justiça ao caso concreto.

4. A TRANSIÇÃO ENTRE OS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO

Os procedimentos juridicamente institucionalizados de formação discursiva da vontade popular conferem presunção de legitimidade ao consenso veiculado nas leis escritas. A legitimidade, entretanto, não se contenta com a simples aprovação de leis por agentes políticos investidos na condição de representantes do povo. Quer mais. Requer a participação dos cidadãos no processo de criação e definição das normas, cidadãos cujas opiniões e argumentos assumirão a forma de influxos comunicativos capazes de fazê-los sentirem-se autores e destinatários das normas a um só tempo. Essa rede de comunicação se origina da discussão pública, a ser travada no seio da esfera pública em busca do entendimento mútuo.

Embora muitas críticas se lancem contra o consensualismo professado por HABERMAS, especialmente quanto à inatingibilidade do consenso em questões controvertidas, tais questionamentos foram respondidos pelo autor. Segundo

¹⁷⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 334.

HABERMAS, seriam fruto de um mal-entendido, surgido da errônea tomada de perspectiva¹⁷⁶. Não obstante, negar a possibilidade do consenso equivaleria a incorrer em grave contradição performativa, pois nada justificaria o ingresso numa situação de fala se os participantes não assumissem o pressuposto de que podem chegar ao acordo mútuo.

No entanto, não se vem negar que o processo discursivo de formação racional da opinião e da vontade política possa chegar a seu termo, sem que, necessariamente, logre obter o consenso de todos os envolvidos¹⁷⁷. Os princípios formais do discurso, institucionalizados em procedimentos legislativos de normogênese, de certa forma, representam limitações necessárias ao livre e indefinido transcurso da discussão, em decorrência da necessidade fática de decidir. De toda forma, dentro de tal sistema procedimental, a criação das leis não perde a presunção de legitimidade. O princípio da maioria constitui importante mecanismo de preservação da racionalidade procedimental do discurso de justificação de normas. Nessa hipótese, não haveria opressão ou coação à vontade da minoria derrotada, pois ela teria apenas de aceitar como legítimo o resultado racionalmente obtido como temporariamente obrigatório. *O essencial, em termos democráticos, é permitir que a questão não se feche, isto é, assegurar-se à minoria a possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida ou modificar a opinião da maioria com base em argumentos melhores*¹⁷⁸.

Essa situação ganha novas proporções, ao se tratar de questões controversas. Muitas das leis editadas envolvem as mais diversas questões (pragmáticas, éticas, morais, jurídicas) e nem sempre conseguem atestar clara e

¹⁷⁶ Trata-se das perspectivas do observador e do participante do discurso, que foram examinadas no Capítulo I, Item 5.

¹⁷⁷ Não se pode olvidar do papel exercido, no processo de formação discursiva da vontade política, pelos compromissos e pelas negociações reguladas por procedimentos. A propósito, ver: HABERMAS, 2001a, p. 230-236.

¹⁷⁸ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 317.

inequivocamente sua constitucionalidade. No caso do Brasil, mal ingressam no ordenamento jurídico, já são questionadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por quem foi derrotado no processo discursivo de justificação das normas¹⁷⁹.

Essas espécies de controvérsias jurídicas amoldam-se à definição dos “casos difíceis” (*hard cases*). Para RONALD DWORKIN¹⁸⁰, difíceis são os casos em que não há uma decisão ou uma prática explícita a exigir decisão em algum sentido, não havendo como precisar claramente qual norma jurídica seria aplicável ou, até mesmo, se existiria norma aplicável ao caso. Se se tomar o exemplo do aborto, fica fácil de se visualizar a hipótese. A discussão em torno de sua possibilidade tanto suscita a incidência da norma do direito à vida do feto, quanto da norma protetora da liberdade e da autonomia individual. Correntes jurídicas igualmente respeitáveis e fundamentadas formam-se no seio da esfera pública em sentidos frontalmente divergentes. Inevitavelmente, o Poder Legislativo consagrará discursivamente uma das teses em questão através de sua maioria, considerando não só as questões juridicamente pertinentes, mas também outras de ordem moral, ética e pragmática, em princípio, só a ele dedutíveis. Logo, o posicionamento legislativo, a teor do que propugna VÍCTOR FERRERES COMELLA¹⁸¹, é revestido de especial dignidade, tendo em vista haver sido

¹⁷⁹ É oportuno lembrar, a título ilustrativo, o fato ocorrido com a Emenda Constitucional n.º 41, promulgada pelo Congresso Nacional em 19 de dezembro de 2003, que autorizou a instituição da contribuição da seguridade social sobre os proventos dos servidores públicos inativos e pensionistas. Nesse mesmo dia, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI n.º 3.099-0/DF), trazendo ao foro judicial os mesmos argumentos discutidos no parlamento, particularmente o da violação ao direito adquirido. Para o confronto, é interessante cotejar a petição inicial da ADI n.º 3.099-0 proposta pelo PDT com o parecer favorável à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 40, de 2003, que deu origem à Emenda n.º 41, elaborado por seu relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara, o deputado federal MAURÍCIO RANDS (2003). O inteiro teor da petição inicial encontra-se no *site* do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.gov.br>).

¹⁸⁰ Cf. DWORKIN, 1993, p. 146 e ss. Veja-se também: CALSAMIGLIA, 1993, p. 13-14.

¹⁸¹ Cf. COMELLA, 1997, p. 36.

editado pelo órgão do Estado que está em melhor posição institucional para expressar a vontade popular.

O problema com que se depara o teórico é o de fundamentar, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade abstrato das normas legitimamente instituídas mediante o discurso de justificação política.

Como visto acima, o discurso de aplicação é um reclamo do princípio da imparcialidade, à proporção que novos elementos e características não previstos no momento da validação da norma apresentam-se. A considerar todas as circunstâncias do novo contexto, exige-se outra formulação para a regra anteriormente justificada. No discurso de justificação, sobretudo em relação aos casos difíceis, os argumentos jurídicos são debatidos não só nos espaços públicos formais, mas também nos espaços públicos informais¹⁸². De forma que, chegando ao tribunal ações de controle abstrato cujo objeto seja os casos difíceis, não haverá novas circunstâncias que possam justificar a relativização da norma válida¹⁸³ ou a discussão de novos argumentos. Até porque não houve tempo necessário para o surgimento de aspectos outros no entorno do comando normativo¹⁸⁴. Pelo contrário, dar-se-á a própria invalidação da norma questionada, com base nos mesmos critérios e argumentos que, presumivelmente, foram considerados pelo legislador e devidamente debatidos.

¹⁸² É inevitável, aqui, assumir a presunção de que as questões controversas são aquelas que, por natureza, angariam maior grau de discursividade, dada a repercussão e a relevância dos temas tratados. Normalmente, são editadas com o apoio da opinião pública e gozam de alta presunção de constitucionalidade. A propósito, confira-se: HÄBERLE, 1997, p. 44-45; COMELLA, 1997, p. 160 e ss.

¹⁸³ Advirta-se, entretanto, que a afirmação não respalda os casos de vício formal de inconstitucionalidade, hipótese em que o próprio mérito da lei não é posto em pauta.

¹⁸⁴ O professor CRISTIANO PAIXÃO (2002, p. 290-296), em outro contexto, deixa clara a importância da relação entre o tempo e a mutação constitucional, que desafia conceitos elementares da teoria constitucional contemporânea. Com isso, pretende-se realçar que se entre a validação da norma e o exercício do controle abstrato não houve o transcurso do tempo, se os argumentos a serem aduzidos no controle são os mesmos dos discutidos na justificação da norma, então, fatalmente, o discurso judicial se sobreporá ao legislativo.

Conforme previne HABERMAS¹⁸⁵, o controle de constitucionalidade sem a existência de qualquer outro novo argumento é bem mais difícil de ser justificado. Assim, as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário diferenciam-se conforme seus respectivos modos de comunicação; a separação entre o político, o judicial e o executivo reside na possibilidade de se recorrer a diferentes classes de razões¹⁸⁶.

É importante frisar que, nos discursos de aplicação, não se pretende apresentar argumentos pragmáticos, éticos ou morais que justifiquem a extensão da validade da norma¹⁸⁷. Caso contrário, confundir-se-ia a perspectiva argumentativa do processo judicial com a do processo legislativo, com evidente sobreposição discursiva entre ambos. Além do mais, isso implicaria reduzir o direito a um sistema de valores, aumentando-se o risco da irracionalidade do processo judicial, e pior ainda transformaria o Poder Judiciário em instância político-legislativa que se sobressairia ao legislador. Não por outro motivo, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ¹⁸⁸ sustenta que o controle abstrato não se caracteriza como discurso de justificação se a decisão puder ser reconduzida a anteriores decisões em sede de controle incidental.

Em suma, há, sim, *o risco de sobreposição do discurso de justificação do Poder Legislativo pelo Judiciário, o que, no sentido fixado, assinala a judicialização da política*. Nessa hipótese, o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos, consubstanciado no sentimento de autoria da lei, queda-se fortemente comprometido. E o discurso judicial, em tudo, equipara-se ao discurso político de justificação das normas.

Essas ponderações, que se concentram no nível mais abstrato das atividades propriamente distribuídas entre o Poder Legislativo e o Judiciário, direcionam a presente investigação ao aprofundamento do ato de interpretar a

¹⁸⁵ Cf. HABERMAS, 2000, p. 172.

¹⁸⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 260.

¹⁸⁷ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 111 e p. 172-173.

¹⁸⁸ Cf. CRUZ, 2004, p. 246 e ss.

Constituição. Torna-se, portanto, imperioso averiguar o modo de interpretá-la e, principalmente, quem a interpreta a fim de manter-se a legitimidade do processo de justificação e de aplicação das normas, porque a indeterminabilidade do direito reclama por uma nova dimensão (pragmática) para se legitimar.

E, nessa nova perspectiva, é essencial a participação ativa dos cidadãos no exercício de sua autonomia jurídica, pois, daí, retira-se a legitimidade da interpretação da Constituição e se redefinirá a relação entre Democracia e jurisdição constitucional. Fica, pois, o convite ao próximo capítulo.

III. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. Sobre a forma assumida nos Estados Unidos para conter a judicialização da política através da interpretação constitucional
2. A abertura da Constituição como elemento configurador do paradigma procedimental do Estado de Direito
3. A Constituição procedimental: na contramão da história constitucional?

Neste capítulo, o enfoque a ser adotado será o da tensão entre jurisdição constitucional e Democracia, na perspectiva da interpretação constitucional. Não se pretende pontuar os diversos modos de interpretação jurídica e suas características fundamentais, tampouco a evolução histórica das diversas correntes interpretativistas que se sucederam ao longo do desenvolvimento da teoria constitucional¹⁸⁹. Antes, intenciona-se trilhar o caminho de transição do consenso desde o discurso de justificação das normas (político) até o discurso de aplicação (jurídico), indagando-se sobre uma interpretação constitucional compatível com o paradigma procedimental do Estado de Direito. Nesse percurso, que retrata a transição do consenso formado no processo discursivo de validação de normas para o de sua aplicação, é possível haver a

¹⁸⁹ Para exposição sobre os diversos métodos de interpretação constitucional, recomenda-se: BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 13-43.

sobreposição entre os discursos, ocorrendo a judicialização da política, hipótese em que nasce um dos pontos de tensão entre a Democracia e a jurisdição constitucional, especialmente na forma do controle abstrato de constitucionalidade.

A discussão em torno da interpretação da Constituição assume grande relevância, pois uma das tentativas de contenção da judicialização da política será a hermenêutica constitucional¹⁹⁰. O debate norte-americano entre o “originalismo” (*originalism*) e “não-originalismo” (*nonoriginalism*)¹⁹¹, no âmbito da teoria da interpretação, traduz o esforço dos constitucionalistas em restringir as formas de intervenção judicial deletéria à condução democrática da participação ativa da cidadania na vida pública em geral.

Não por outro motivo, elege-se esse tema como ponto de partida para abrir o presente capítulo. Primeiro, porque as duas correntes formam-se no seio da doutrina constitucional norte-americana justamente com o objetivo de discutir o papel da Suprema Corte na condução dos assuntos políticos do país. Segundo, porque, de certa forma, o dualismo entre originalismo e não-originalismo reflete rixa bem mais antiga do direito entre o jusnaturalismo e o juspositivismo¹⁹². A suspeita que se planta é sobre a existência de método constitucionalmente adequado para a interpretação da Constituição.

¹⁹⁰ VICTOR FERRERES COMELLA (1997, p. 42-46) fixa na interpretação constitucional um dos eixos sobre o qual se discute o problema da legitimidade da jurisdição constitucional, dada a quantidade abundante de “conceitos essencialmente controvertidos” e de colisões das diversas disposições constitucionais.

¹⁹¹ Note-se que não existe uniformidade na utilização dos termos “originalismo”, “interpretativismo” ou “textualismo”. Além do mais, muitas são as tendências existentes dentro da vertente do originalismo, desde uma versão mais moderada (*moderate originalism*) chegando-se às mais extremadas (*strict textualism* ou *literalism* e *strict intentionalism*). ROBERT BORK (1990, p. 178-179), por exemplo, adverte o leitor ser a denominação *interpretativism* a forma acadêmica para expressar a filosofia do *originalismo*. Aqui se adota a terminologia “originalismo” no lugar de interpretativismo (*interpretativism*), porque, segundo PAUL BREST (1980, p. 204), todo processo decisório constitucional requer uma interpretação, independentemente do método a ser utilizado. Assim o termo originalismo parece se mostrar mais apropriado. Tais especificidades, contudo, não guardam relação direta com a presente dissertação, motivo pelo qual se deixará de aprofundar a questão, ao tempo em que se recomenda: BREST, 1980, p. 204-238; BARNETT, 1999, p. 611-654; SCALIA, 1989, p. 849-865; KRAMER, 2003, p. 95-107; HARRISON, 2003, p. 83-94; BELTRÁN, 1989, p. 45-46; GARCÍA, 1984, p. 137-153.

¹⁹² Cf.: ELY, 2002, p. 1; CANOTILHO, 1999, p. 1124.

No entanto, aqueles que pretendem arrefecer a tensão entre Democracia e jurisdição constitucional, através de teorias da interpretação, inevitavelmente fracassarão. Os discursos de justificação e de aplicação das normas possuem duas dimensões intrinsecamente ligadas: a dimensão lógico-hermenêutica (semântica) e a pragmática¹⁹³. Logo, a teorização constitucional, cujo intuito é auto-afirmar-se democraticamente, não pode descurar-se do plano pragmático das normas e da interpretação. A percepção da interpretação das normas constitucionais, em toda a amplitude, será fundamental para compreender com maior clareza o embate democrático que se trava com a jurisdição constitucional.

Dessa forma, no capítulo em curso pretende-se, com a apresentação da polêmica norte-americana entre originalismo e não-originalismo, apontar o insucesso das teorias de interpretação da Constituição que intencionem superar o problema da legitimidade da jurisdição constitucional, exclusivamente pela dimensão semântica (1). Em seguida, defender-se-á a idéia de que a legitimidade da Constituição e de sua interpretação depende da perspectiva pragmática do discurso jurídico, o que exigirá a abertura da Constituição e a efetiva participação dos cidadãos na construção do significado das normas (2). Por fim, examinando-se o risco que circunda a noção da Constituição procedimental, reafirmar-se-á sua compatibilidade com a tradição histórica do constitucionalismo e, sobretudo, sua aptidão para conferir legitimidade à interpretação constitucional (3) e, em consequência, a teor do que será trabalhado no Capítulo IV, para justificar a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

¹⁹³ Cf.: HABERMAS, 2001a, p. 297-301; CANOTILHO, 1999, p. 1140-1146.

1. SOBRE A FORMA ASSUMIDA NOS ESTADOS UNIDOS PARA CONTER A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O eixo do problema da legitimidade da jurisdição constitucional pode ser conduzido com o resgate histórico da acirrada disputa, surgida nos Estados Unidos em relação ao método “correto” de interpretar a Constituição. O início da controvérsia doutrinária entre os que, de um lado, defendem uma interpretação atrelada ao teor direta e inequivocamente extraído da Constituição e os que, de outro, sustentam a possibilidade de juízes aplicarem e ponderarem valores e princípios substantivos, ainda que não derivados diretamente da Constituição, é uma decorrência mesma da própria invenção da Constituição e, especialmente, da preservação da vontade constitucional tal qual estampada no texto. Trata-se do embate entre o originalismo e o não-originalismo, que, de certa forma, retoma o conflito que perpassa toda a história do direito entre o jusnaturalismo e o juspositivismo¹⁹⁴.

Em sentido amplo, é possível definir o originalismo como método de interpretação constitucional, a ser orientado pelos parâmetros fixados pelo texto da Constituição ou pela intenção dos fundadores (*original intent*) da Constituição dos Estados Unidos (*founding fathers, founders*)¹⁹⁵. Em uma ou outra modalidade, observa-

¹⁹⁴ Cf. ELY, 2002, p. 1.

¹⁹⁵ Cf. BREST 1980, p. 204. Observe-se que, nessa definição, reúnem-se duas vertentes distintas do originalismo: uma subjetiva, cujo método de interpretação pauta-se pela *original intent* ou intencionalismo (*intentionalism*); a outra objetiva, que se atém ao sentido das normas positivadas na Constituição. Sobre o tema, veja-se: BREST 1980, p. 204 e ss; BORK, 1990, p. 143-160; BARNETT, 1999, p. 611-654, SCALIA, 1989, p. 852-863; SCALIA, 1997, p. 3-47. Assim, ROBERT BORK (1990, p. 144), antes defensor do intencionalismo, entendia que o originalismo deveria investigar qual a intenção subjetiva (*subjective intention*) dos *founders*. Posteriormente, reformulou sua concepção para compreender que a meta do originalismo seria desvelar o sentido comum das palavras, utilizadas na Constituição pelos *fathers*, porquanto a simples intenção dos *founders* não constituía um caminho seguro para estabelecer critérios de interpretação. Já ANTONIN SCALIA (1997, p. 16 e ss), um dos mais destacados teóricos do originalismo, é grande crítico de uma interpretação constitucional orientada pela intenção dos constituintes (*original intent*). De fato, para SCALIA, o originalismo (por ele concebido como “textualismo”) procura a “intenção objetivada” (*objectified intent*) da Constituição, isto é, o sentido original que qualquer pessoa razoável poderia deduzir do texto, aplicado às circunstâncias presentes. Essas duas vertentes do originalismo (textualismo e intencionalismo) assumem formas moderadas e

se que o originalismo dedica especial relevância ao momento constituinte¹⁹⁶.

O originalismo, um dos primeiros métodos de interpretação propostos para justificar a neutralidade da função judicial, teria seu embrião semeado por MADISON¹⁹⁷. Para esse importante teórico político, se não se respeitassem as diretrizes afirmadas na Constituição e nas convenções que a ratificaram, não haveria como assegurar-se a estabilidade e a consistência do governo. Por isso, defendia como postulado máximo da interpretação descobrir o significado conferido ao texto legal pelos seus redatores.

Revelou-se, assim, o originalismo importante instrumento para a contenção do ativismo judicial (*judicial activism*) da Suprema Corte norte-americana, para a sua despolitização¹⁹⁸, especialmente quanto às Cortes BURGER e WARREN¹⁹⁹. Por outro lado, despontou como proposta de reafirmação da vontade popular manifestada na Constituição e, ao longo do tempo, nos atos de legislação. De acordo com ANTONIN SCALIA²⁰⁰, só o originalismo propicia uma teoria da interpretação constitucional compatível com o princípio que legitima a *judicial review*, porque assegura as condições necessárias à edição de leis (pelos representantes eleitos da comunidade) que reflitam os valores da sociedade democrática, diminuindo-se e muito o risco de os juízes

extremadas (BREST, 1980, p. 204-224). Modernamente, contudo, segundo destaca RANDY BARNETT (1999, p. 620 e ss), o textualismo tem configurado um novo originalismo (*new originalism*), cuja principal característica é a mudança de sua diretriz fundamental: da intenção dos *founders* (*original intent*) para o sentido original do texto (*original meaning*). Entretanto, o desenvolvimento dessas especificidades transborda os objetivos aqui fixados. Para o fim aqui proposto, é suficiente ter-se em mente a noção ampla do originalismo.

¹⁹⁶ Cf. GARCÍA, 1984, p. 138. Deve-se ressaltar que, nos Estados Unidos, o originalismo ganha muita força por conta da “santificação” da Constituição (e dos *fathers*), tendo em vista que seu duradouro tempo de vigência impõe-se de forma incontestavelmente respeitável.

¹⁹⁷ Cf.: GARGARELLA, 1996, p. 61-63; BARNETT, 1999, p. 625 e ss; BORK, 1990, p. 144.

¹⁹⁸ Cf. BELTRÁN, 1989, p. 25-26. Nesse sentido, o Presidente RONALD REAGAN, pertencente ao conservadorismo norte-americano, procedeu à nomeação de juízes afiliados ao interpretativismo. Assim, nomeou ANTONIN E. SCALIA, WILLIAM H. REHNQUIST e SANDRA DAY O’CONNOR. Teria nomeado ROBERT BORK, porém se delinear a conjuntura tão contrária à sua nomeação, que o resultado foi a rejeição do seu nome pelo Congresso. Sobre algumas características do processo de nomeação dos *justices* nos Estados Unidos, especialmente seu caráter político, veja-se, dentre outros: YOO, 2000, p. 1436-1467; BELTRÁN, 1989; MALTZ, 2000, p. 145-151.

¹⁹⁹ Cf. HARRISON, 2003, p. 84-85. Sobre a história da Corte WARREN e da Corte BURGER, veja-se: SCHWARTZ, 1993, p. 263-285 e p. 311-336; MALTZ, 2000, p. 136-153.

²⁰⁰ Cf. SCALIA, 1989, p. 854-863.

imporem seus próprios valores como se fossem os da sociedade.

Dentre os aspectos principais do originalismo a serem sobressaltados, cumpre referir a assunção do poder político democrático como valor fundamental da Constituição²⁰¹. Propõe fixar limites rígidos à atuação judicial no controle de constitucionalidade das leis, com limitação aos cânones textuais (*textualism*)²⁰² ou com o retorno à vontade dos constituintes (*intentionalism*)²⁰³, pretendendo-se, assim, estabelecer a neutralidade²⁰⁴ (ou imparcialidade) no processo de interpretação constitucional. Trata-se, em verdade, de uma concepção filosófica cuja preocupação fundamental – segundo postula um de seus maiores expoentes, ROBERT BORK²⁰⁵ – reside em evitar que os juízes venham a modificar o sentido das leis e da Constituição, a fim de impedir que exerçam livremente a atividade legislativa (*law of judges*), cuja autoridade advém do processo eletivo, núcleo da Democracia representativa.

O originalismo não se confunde com o modo de interpretação literal (*literalismo*) da Constituição, embora seus limites sejam também delineados pela textura semântica²⁰⁶. Consiste no método com base no qual, para além do teor literal do

²⁰¹ Cf. CANOTILHO, 1999, p. 1121-1122.

²⁰² Cf. SCALIA, 1997, p. 25-29. ANTONIN SCALIA, defensor do originalismo, enquadra sua teoria na filosofia do textualismo. No entanto, alerta que o textualismo não se identifica com a teoria da interpretação orientada por “normas de integração” (*canons of construction*), as quais normalmente são formuladas em latim (v.g., *in dubio pro reu*) e trazem consigo o risco de aumentar a imprevisibilidade e a arbitrariedade das decisões judiciais.

²⁰³ Cf. BELTRÁN, 1989, p. 53-56. As definições e características de cada uma das correntes do originalismo e não-originalismo são expostas em um dos mais clássicos textos sobre o tema, de autoria de PAUL BREST, já referido acima.

²⁰⁴ O termo é tomado de empréstimo por BORK de WECHSLER, contudo em sentido diverso (cf. BELTRÁN, p. 72-73). Para WECHSLER (1961, p. 3-48), o princípio neutral se refere à obrigação de os juízes, ao decidirem um caso, aplicarem um princípio cuja aplicabilidade se estenda a todos os outros caso futuros, em situação similar. Todavia, esse princípio é fortemente criticado pelo próprio BORK (1990, p. 143-146), porque poderia descambar para uma atividade auto-referencial da Suprema Corte, com desprezo às normas constitucionais e aos pressupostos interpretativistas. Destarte, o sentido de neutralidade da aplicação judicial em BORK aponta para a preservação da *original intent*, mediante a proibição de os juízes imporem suas convicções pessoais nas questões a serem decididas.

²⁰⁵ Cf. BORK, 1990, p. 143 e ss.

²⁰⁶ Segundo ENRIQUE ALONSO GARCÍA (1984, p. 91), o literalismo é uma corrente de interpretação que estima que a linguagem da Constituição em si mesma é o único critério para interpretá-la. Então, ela só pode referir-se àqueles fatos que se amoldam perfeitamente ao texto, sem levar-se em conta, para tanto, o contexto social em que se encontra imersa. Lembram PAUL BREST (1980, p. 205-209) e RANDY BARNETT (1999, p. 611-654) que essa forma extremada do originalismo – textualismo estrito (*strict textualism*) ou

texto, o intérprete deverá aplicar a norma constitucional nos termos em que fora concebida pela vontade do legislador constituinte (*founder's intentions*). Dessa forma, a interpretação judicial estaria confinada às premissas explícitas ou claramente implícitas no corpo normativo da Constituição. Ao buscar o sentido histórico da Constituição, o originalismo apresenta-se como única forma de preservá-la²⁰⁷ e, principalmente, de concretizar a intenção original dos constituintes de delegar ao povo o direito de autogovernar-se sobre todas as matérias não expressamente estabelecidas, conforme as regras democráticas e sem interferência judicial que, no caso, assumiria caráter político.

ROBERT BORK defende que o critério para interpretar a Constituição está em perquirir qual o significado das palavras utilizado no texto à época de sua edição, qual a intenção. A investigação pode realizar-se por meio de abundantes fontes de pesquisa: debates e registros das convenções da Filadélfia, registros da confirmação das convenções, Artigos Federalistas e anti-Federalistas, discussões públicas, artigos de jornais, dicionários da época e outros instrumentos similares²⁰⁸.

Sob o prisma do controle judicial, o originalismo sugere que a anulação dos atos normativos, pela Suprema Corte, somente poderá efetivar-se caso se vislumbre a incompatibilidade do ato normativo questionado com uma norma diretamente extraída ou inequivocamente decorrente da Constituição²⁰⁹. A Suprema Corte há de atuar passivamente²¹⁰. Principalmente nas hipóteses de silêncio constitucional, pois as

literalismo (*literalism*) – é rejeitada pela maior parte da doutrina americana em favor de um originalismo mais moderado. LARRY KRAMER (2003, p. 97 e ss) admite que a linguagem é o melhor caminho para interpretação do comando, mas ela pode mostrar-se imprecisa, seja por sua inerente vagueza, seja pelo decorrer do tempo, o que exige a busca de seu sentido noutras fontes. Para aprofundar o tema, confira: GARCÍA, 1984, p. 89-116; BREST, 1980, p. 204-238; SCALIA, 1989, 849-865.

²⁰⁷ Cf.: SCALIA, 1989, p. 849-865; 1997, p. 3-47.

²⁰⁸ A se admitir a impossibilidade de realizar-se fielmente o resgate histórico e as dificuldades emanadas da linguagem, o originalismo pode até mesmo descaracterizar-se como tal (KRAMER, 2003, p. 95-107).

²⁰⁹ Cf.: BORK, 1990, p. 179; SOLA, 2003, p. 86.

²¹⁰ Cf. SCALIA, 1989, p. 854. SCALIA (1989, p. 852-853) lembra que a célebre passagem de JOHN MARSHALL, no caso *MCCULLOCH vs. MARYLAND*, em 1819, “não devemos esquecer jamais que é a Constituição que estamos interpretando” (*we must never forget it is a constitution we are expounding*), em verdade, significava o dever de interpretar-se amplamente a Constituição, quanto aos poderes

escolhas políticas poderiam ser modificadas pelos juízes, com uma ilegítima substituição e alteração de papéis institucionais²¹¹. Vê-se, assim, o esforço do originalismo em tentar equilibrar a tensão entre Democracia e jurisdição constitucional.

Com efeito, se o tribunal constitucional no exercício da jurisdição constitucional lança mão de normas que não se identificam com a *original intent*, nesse momento a *judicial review* deixa de ser legítima, já que não mais se fundamenta na objetividade do texto ou na vontade constituinte, e sim nos valores subjetivos dos julgadores²¹². Na compreensão originalista, as decisões judiciais não direta e explicitamente reconduzíveis ao texto constitucional ou à inequívoca intenção dos *framers* camuflariam preferências pessoais e políticas dos juízes. Nessa hipótese, a Constituição ficaria à margem do processo decisório, e as atribuições do Poder Legislativo e a própria autodeterminação política dos cidadãos seriam relegadas. Por isso, ROBERT BORK insiste que a interpretação judicial não confinada à filosofia do originalismo não resulta em aplicação imparcial do direito.

O originalismo tem perdido muito de sua força²¹³, embora não tenha definido totalmente. Com efeito, tem-se mostrado insuficiente e, até mesmo, incoerente para explicar muitas das decisões proferidas pela Suprema Corte. No entanto, como um de seus objetivos fundamentais é conter o *judicial activism* que põe em risco o autogoverno do povo, momentos de seguidas decisões polêmicas abrem vácuo significativo para sua retomada.

atribuídos ao Congresso para servir a sociedade; conseqüentemente, sobra à Corte função mais passiva no exame da constitucionalidade das leis.

²¹¹ É esclarecedora, dentro dessa perspectiva, a seguinte passagem de ROBERT BORK (1990, p. 151): “Onde a lei pára, o legislador pode criar algo novo; mas onde a lei pára, o juiz deve parar”.

²¹² Cf. BELTRÁN, 1989, p. 53-56. Mire-se, por exemplo, na decisão da Suprema Corte americana sobre o aborto (*ROE vs. WADE*), cujos fundamentos não podem ser reconduzidos ao texto constitucional, tampouco à intenção original dos constituintes. Logo, ela não poderia ser senão o resultado da escolha subjetiva de valores dos juízes, baseadas em concepções morais e políticas de cada um deles, sem qualquer amparo constitucional.

²¹³ Em sentido contrário, confira: BARNETT, 1999, p. 611-654. Para RANDY BARNETT, tem havido uma retomada do originalismo, em sua nova postura – *new originalism*. A ela, estariam filiados importantes teóricos, a exemplo de RONALD DWORKIN e BRUCE ACKERMAN.

Uma das mais relevantes críticas contra o originalismo consiste na dificuldade de pesquisar as fontes históricas, a fim de desvelar qual seria, efetivamente, a vontade dos *framers*²¹⁴ ou o sentido original do texto²¹⁵. WALTER MURPHY²¹⁶ lembra que não se tem acesso a todos os debates travados durante as convenções; mesmos os registros existentes não foram feitos por especialistas, a exemplo dos taquígrafos, e sim por pessoas não devidamente habilitadas. Para ilustrar essa deficiência, o professor da Universidade de Princeton cita curioso depoimento de JOHN MARSHALL sobre um dos registros que lhe chegara às mãos: “Se meu nome não estivesse prefixado às falas, eu jamais as teria reconhecido como minhas”²¹⁷. Assim, a interpretação constitucional pode ser facilmente manipulada, mostrando-se incapaz de restringir coerentemente a discricção judicial²¹⁸.

Outrossim, dificuldades de natureza lingüística se manifestam contra a compreensão originalista da Constituição. LAURENCE TRIBE e MICHAEL DORF²¹⁹ observam ser um problema básico do originalismo o fato de o próprio texto abrir muito espaço à imaginação, ao utilizar conceitos vagos como “justiça”, “liberdade” e “devido processo legal”. Dessa forma, é inevitável que os juízes detenham certa margem de atuação, embora não infinita, porque o parâmetro jurídico comporta vários significados.

²¹⁴ Cf. BELTRÁN, 1989, p. 70 e ss.

²¹⁵ Cf. SCALIA, 1989, p. 856-865.

²¹⁶ Cf. MURPHY, 2000, p. 159-165.

²¹⁷ MURPHY, 2000, p. 161. Correlacionada com essa questão, existe outra a respeito da suposta existência de unidade de vontades dentro da Assembléia constituinte. Perceba-se que JEFFERSON manifestara-se a favor de uma Constituição flexível, ao passo que MADISON enfatizara a necessidade da Constituição rígida a fim de, nela, simbolizar a unidade do povo norte-americano (BELTRÁN, 1989, p. 70-72). Também ROBERT BURT (2000, p. 61-118) testemunha a divergência entre MADISON e HAMILTON em relação à concepção da *judicial review*, tal qual manifestada no Artigo 78 dos Federalistas.

²¹⁸ Cf. YOO, 2000, p. 1444. Interessante pesquisa, realizada por ROBERT HOWARD e JEFFREY SEGAL (2002, p. 113-137), mostra que, no fundo, seria a ideologia o fator determinante dos fundamentos da decisão, haja vista que os juízes só assumiriam uma postura originalista na hipótese de ser compatível com a ideologia de cada um. Assim, parece assistir razão a MIGUEL BELTRÁN (1989, p. 85-87) na crítica contra o originalismo, segundo a qual ele não teria fundamento constitucional coerente e se guiaria por critérios de conveniência política ou puramente ideológicos, destinados a justificar resultados predeterminados (*result-driven jurisprudence*). Em consequência, sentencia ser o originalismo “perigosamente flutuante em seus aspectos mais concretos”.

²¹⁹ Cf. TRIBE and DORF, 1991, p. 15.

Além do mais, não se poderia olvidar da modificação do significado das palavras com o decurso do tempo e, especialmente, da Emenda IX da Constituição dos Estados Unidos, que determinara não se resumirem os direitos fundamentais ao rol consagrado expressamente na Constituição, convocando, em conseqüência, o intérprete a uma interpretação para além do teor literal do texto²²⁰.

Esses fatores levam à forte consideração de que os debates constituintes e demais fontes históricas devem apenas constituir um importante elemento da interpretação constitucional. Em outras palavras, a legitimidade da jurisdição constitucional não se vincula ao subjetivismo dos constituintes ou ao sentido do texto constitucional tal qual concebido à época de sua fundação, pois essa alternativa revela-se totalmente insatisfatória²²¹, sobretudo na perspectiva procedimentalista aqui adotada.

Condicionalizada a legitimidade à legalidade em que o cidadão se sinta, a um só tempo, autor e destinatário da norma, no plano constitucional, o paradigma democrático convoca os cidadãos a interpretarem reflexivamente a Constituição vigente, ao invés de permanecerem fascinados por ela, venerando-a passivamente. A inércia e apatia em face da Constituição acarretam sua petrificação²²², suscitando o problema de sua legitimação perante as gerações futuras, isto é, o “conflito intergeracional”²²³.

Ora, a Constituição, constatam LAURENCE TRIBE e MICHAEL DORF²²⁴, é realidade parcialmente construída por cada geração. Para se autolegitimar constantemente, é necessário que se conceda a cada cidadão, a cada geração a faculdade de calçar os sapatos dos *founding fathers* e proceder à reflexão crítica da própria

²²⁰ Cf. QUEIROZ, 2000, p. 202-210.

²²¹ Cf. TRIBE and DORF, 1991, p. 14.

²²² Cf. GARCÍA, 1984, p. 142-144.

²²³ Cf.: BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 41-45; GARGARELLA, 1997, p. 57-59; SANCHÍS, 2003, p. 140 e ss. Sinteticamente, a dificuldade consiste na tentativa de justificar a autoridade de normas constitucionais em relação às gerações futuras que não participaram do processo deliberativo de justificação das normas; não compunham o poder constituinte. Para uma reconstrução histórica sobre a legitimidade do poder constituinte e o “mito” que o circunda, ver: ZAGREBELSKY, 2005, p. 36 e ss.

²²⁴ Cf. TRIBE and DORF, 1991, p. 09.

tradição constitucional e democrática²²⁵. Por isso, é que a Constituição é um projeto aberto para o futuro. Nesse sentido, PABLO LUCAS VERDÚ²²⁶ considera a necessidade de toda Constituição aparecer aberta no tempo, pois nunca será perfeita e suficientemente completa, já que a vida, cujo propósito é ordenar, é vida histórica e submetida a sucessivas mudanças.

A grande falha do originalismo evidencia-se, precisamente, ao buscar resolver o problema da tensão entre Democracia e jurisdição constitucional, mediante a fixação de métodos de interpretação constitucional, isto é, em nível meramente semântico. Para tanto, pretende fossilizar a interpretação sobre os postulados supostamente fixados pelos *founding fathers*. Por conseguinte, o risco de se “inventar” o passado ou “adivinhar” uma história hipotética através da qual se revelaria a intenção dos *founders* é uma constante²²⁷. À semelhança do não-originalismo, a que tenta opor-se a pretexto de resguardar o princípio democrático, o originalismo incorre no mesmo pecado de ignorar as dimensões pública e privada da autonomia dos cidadãos, que têm o direito a participar do processo de concretização e aplicação da Constituição, reconstruindo criticamente o futuro. É necessário, pois, abrir o discurso jurídico-constitucional a uma nova perspectiva, que privilegie a autodeterminação dos cidadãos.

A não ser assim, seria difícil entrever-se uma prática constitucional legitimadora. É importante perceber, então, que o discurso jurídico tem dupla dimensão: lógico-semântica e pragmática²²⁸. À luz da teoria discursiva do direito, a nova perspectiva que se abre na interpretação da Constituição é a pragmática.

²²⁵ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 193.

²²⁶ Cf. VERDÚ, 1993, p. 51.

²²⁷ Cf. TRIBE, 1990, p. 9-10.

²²⁸ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 297. Consoante aponta MÍROSLAV MÍLOVIC (2002, p. 196 e ss), HABERMAS segue a teoria dos atos de fala de SEARLE e procura demonstrar a possibilidade da comunicação racional discursiva. Se nos atos de fala existem dois elementos (performativo e proposicional), no discurso, haverá dois níveis de comunicação: o da intersubjetividade, em que locutor e ouvinte comunicam-se mutuamente; e o nível dos objetos sobre os quais eles buscam chegar a algum acordo. Em suma, HABERMAS concebe uma estrutura dupla da comunicação, na qual o elemento proposicional se refere aos objetos e o performativo, aos participantes da comunicação.

Justamente a dimensão pragmática é a perspectiva faltante no debate entre originalismo e não-originalismo, bem como, de uma maneira geral, nas teorias de interpretação constitucional, que tentam conter o ativismo judicial através de técnicas de interpretação²²⁹. Este tema será objeto das considerações do próximo ponto.

2. A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO ESTADO DE DIREITO

A proposta central do originalismo cinge-se em estabelecer limites à interpretação constitucional, a fim de preservar a vontade popular manifestada nas leis democraticamente promulgadas. Postula por consolidar a regra de interpretação segundo a qual nenhuma lei será anulada pela Suprema Corte norte-americana, a não ser que contrarie algum dispositivo expresso da Constituição ou a intenção dos *fathers*.

No tópico anterior, foi referido que o fracasso do originalismo decorreu do modo pelo qual intentou preservar a vontade democrática do povo. A vontade do povo aqui e agora só se legitimaria se estivesse de acordo com as disposições literais da Constituição ou com a *original intent*. Naturalmente, ele acabava por suprimir a autodeterminação dos cidadãos, ao amarrar a legitimidade do processo de criação de leis ao momento constituinte passado. E, por via indireta, transfigura-se num ativismo judicial “às avessas”, ao deixar a definição e a determinação da *original intent* por conta dos juízes da Suprema Corte.

Na verdade, o originalismo representa uma forma de conter os excessos judiciais, mediante a adoção de técnicas de interpretação judicial²³⁰. Dessa forma, ele

²²⁹ Cf. HÄBERLE, 1997, p. 11 e ss.

²³⁰ É pertinente observar, com VÍCTOR F. COMELLA (1997, p. 42-43), que a controvérsia em torno da interpretação do texto constitucional fundamenta uma das principais objeções democráticas contra a jurisdição constitucional.

permanece preso à dimensão lógico-hermenêutica do discurso jurídico. Não fica difícil entender, então, o porquê da perspicaz constatação de MARK TUSHNET²³¹, no sentido de que o debate entre *judicial activism* e *judicial restraint* atualmente está mal estruturado.

No fundo, a partir da dimensão semântica da interpretação jurídica, o contexto parece ser aquele descrito por MARCELO NEVES²³². A linguagem jurídica é, necessariamente, ambígua e vaga, o que abre espaço para interpretações divergentes a respeito dos textos jurídicos, especialmente em relação à Constituição²³³. Só que, como esclarece HABERMAS²³⁴, a redução da indeterminação do direito advirá de sua gênese democrática, e não de sua forma gramatical. Com efeito, a indeterminação das normas jurídicas somente alçará um grau aceitável de segurança e previsibilidade, se for intersubjetivamente compartilhada por todos os membros da comunidade jurídica. A prática de argumentação jurídica exige de todos os participantes a consideração das perspectivas dos outros, relativamente à interpretação das normas. Em outras palavras, para a teoria discursiva do direito, a aceitabilidade racional das decisões judiciais depende tanto da qualidade dos argumentos (dimensão semântica), como da estrutura do processo de argumentação (dimensão pragmática).

A perspectiva pragmática da interpretação, cujo foco reside na pessoa do participante da interpretação constitucional, é que constitui o caminho a ser perseguido para reduzir a indeterminação do Direito e compor a relação entre Democracia e jurisdição constitucional. Nesse sentido, HABERMAS²³⁵ é bastante enfático quanto à aliança estabilizadora entre as dimensões pragmática e semântica do discurso, no que concerne à indeterminação do direito:

²³¹ Cf. TUSHNET, 2003a, p. 814 e ss.

²³² Cf. NEVES, 2001b, p. 364 e ss.

²³³ De acordo com MARCELO NEVES (2001b, p. 365), a Constituição possui uma abrangente dimensão temporal, material e pessoal, bem como uma multiplicidade de valores e interesses agregados, com força de transformar as questões jurídicas, que facilmente ganham significado constitucional, em “forte potencial de conflito interpretativo”.

²³⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 258 e p. 294-297.

²³⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 299.

Essas condições procedimentais pragmáticas asseguram idealmente que todas as razões e informações relevantes, das que em um determinado momento possa dispor-se em relação a um tema, façam-se ouvir sem exceção, é dizer, possam revelar a força da motivação racional, que lhe é inerente. O conceito de argumento é, de por si, de natureza pragmática: Que seja uma ‘boa razão’, é algo que só se mostra no papel que essa razão tem desempenhado dentro de um jogo argumentativo, é dizer, no aporte que, conforme as regras do jogo argumentativo, essa razão tem feito em ordem a decidir se uma pretensão de validade controversa deve aceitar-se ou não. O conceito de uma racionalidade procedimental, estendida à dimensão pragmática que representam uma competição regulada entre argumentos e um intercâmbio regulado de argumentos, permite então complementar as propriedades semânticas das razões mediante as propriedades (que indiretamente contribuem a constituir a validade) de um dispositivo ou meio (o discurso), que é de onde pode atualizar-se o potencial de motivação racional que as boas razões comportam.

A perspectiva pragmática permaneceu por muito tempo ignorada pela hermenêutica constitucional, cuja preocupação essencial recaía em dois aspectos: o primeiro, referente aos objetivos e às tarefas da interpretação (o fim a que visa: justiça social, equidade, razoabilidade, segurança jurídica etc.); o segundo, sobre os métodos (regras) de interpretação²³⁶. Contudo, o terceiro aspecto – alicerce da teoria democrática da interpretação e condizente com os participantes do processo de interpretação e com sua estrutura – até então permanecia inexplorado.

A dimensão pragmática da Constituição, portanto, responde a pergunta sobre “Quem interpreta a Constituição?”; modifica a compreensão de que a interpretação constitucional esgota-se com o exame do texto constitucional (sentido semântico). As disposições constitucionais revestem-se de uma teleologia, no sentido de que dizem algo a alguém para fazer alguma coisa. J. J. GOMES CANOTILHO²³⁷ explica que o texto da norma constitucional não tem um significado autônomo, em si mesmo. Possui uma dimensão comunicativa (pragmática) que, em última análise, remete o intérprete para a realidade do mundo, exterior ao próprio texto. Dessa forma, a

²³⁶ Cf. HÄBERLE, 1997, p. 11-13.

²³⁷ Cf. CANOTILHO, 1999, p. 1144.

interpretação é menos determinada por regras lógicas do juiz solitário que por processos de comunicação dos participantes da comunidade política.

A discussão travada sobre o nível pragmático da Constituição não se queda exaurida aqui. Deve ser aprofundada a forma pela qual tais dimensões se unem no discurso de aplicação jurídica. Conforme referido acima, HABERMAS²³⁸ deixa claro que, no paradigma procedimental do Estado de Direito, a redução da incerteza do direito se faz através da estrutura do processo jurídico de decisão, desde que esse procedimento seja compartilhado pelos membros da comunidade. Há intrínseca relação entre as condições de comunicação e a legitimidade da interpretação constitucional, que fica ainda mais clara, ao se ter consciência do dever de participação nesse processo a que a linguagem constitucional conclama os membros da comunidade.

O texto constitucional (o que não é peculiaridade sua e sim da linguagem em geral) é repleto de termos e expressões demasiadamente ambíguos. É até natural porque, em algumas oportunidades, a imprecisão decorre da deficiência da linguagem jurídica. Por outro lado, ao se expressar por termos e conceitos com sentidos genéricos e abstratos, o legislador constituinte, propositadamente, terá pretendido delegar às futuras gerações o direito de determinar o significado da Constituição, em conformidade com a própria interpretação de seus interesses e necessidades²³⁹. RONALD DWORKIN²⁴⁰ é muito claro quanto ao tema: ao tratar das cláusulas constitucionais “vagas”, que assumem forma de *standards*, a exemplo dos conceitos de “legalidade”, “equidade”,

²³⁸ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 295.

²³⁹ Cf. GARCÍA, 1984, p. 145. LAURENCE TRIBE (1990, p. 10) não deixa dúvidas quanto ao convite formulado, no caso norte-americano, pelos *founders*: “A própria generalidade de muitos dos termos que os Fundadores usaram – como liberdade, devido processo e igual proteção – sugere fortemente uma intenção não de confinar seu significado aos resultados e contextos específicos que ocorreram àqueles que primeiros os usaram, mas de convidar ao desenvolvimento de significados à luz das necessidades e do discernimento das gerações seguintes”.

²⁴⁰ Cf. DWORKIN, 1993, p. 211-216. Em igual sentido, é o comentário de OSCAR VILHENA VIEIRA (2002, p. 39) para quem uma das características das Constituições recentes é a presença de grande número de normas de conteúdo aberto. E tais normas “pedem ao legislador futuro ou ao aplicador do direito que, através de sua atuação, preencham com os valores do momento o conteúdo do dispositivo constitucional”.

“igualdade”, “devido processo legal” dentre outros, DWORKIN afirma que elas resultam da intenção de seus promulgadores, consistente em não estabelecer vinculatória e autoritariamente suas concepções particulares de vida, e sim em delegar a cada uma das futuras gerações a responsabilidade por desenvolver e aplicar o próprio entendimento sobre as normas constitucionais e os conceitos. As cláusulas vagas denotam a estratégia, utilizada pelo legislador constituinte, para conceder às gerações vindouras o direito de se autogovernarem.

A função pragmática da Constituição, assim, mostra-se indissociavelmente ligada à atitude prospectiva dos intérpretes, à participação dos concernidos na difícil tarefa de desenvolvê-la, transformá-la e defini-la. As normas constitucionais contêm algo mais do que a mera expressão lingüística. E esse algo a mais está a viabilizar uma interpretação constitucional evolutiva, adequada à realidade sociopolítica e à identidade mutante do mesmo texto constitucional²⁴¹.

A dimensão pragmática assume o fundamental papel de estabilização das relações, reduzindo a indeterminação do direito precisamente porque é ela que enfoca a Constituição como um documento público intersubjetiva e comunicativamente compartilhado, donde se extrairá a legitimidade e a autoridade das decisões que a interpretam. No paradigma procedimental do Estado de Direito, a legitimidade do direito está na nota de que todos os cidadãos se sintam a um só tempo autores e destinatários da norma, de forma que a legitimação do processo de interpretação da Constituição se verificará na proporção da crescente participação das pessoas por ela abrangidas. Sob a dimensão pragmática, a interpretação da Constituição se legitima a partir do momento no qual todos os destinatários têm direito de voz para manifestar suas respectivas visões, opiniões e pretensões sobre o que a Constituição diz e não diz.

²⁴¹ Cf. VERDÚ, 1993, p. 45.

Cada interpretação surgida no seio da comunidade, em verdade, corresponde a uma pretensão de verdade sobre o texto constitucional. A legitimidade da interpretação se afere com a submissão dessa pretensão ao teste de universalização. No discurso de comunicação sobre a Constituição, garante-se e preserva-se o exercício das autonomias pública e privada de cada um dos membros da comunidade; legitima-se a Constituição, em última instância.

A abertura da Constituição, destarte, sinaliza para a democratização da Constituição que, não pertencendo a ninguém, é uma aquisição de todos, uma Constituição do povo²⁴².

O ser a Constituição do povo, verdadeiro documento público, não deve representar mero elemento retórico ou “icônico”²⁴³ de legitimação. Antes, ostenta a tomada da Constituição como ordem jurídica de um processo público livre (*law in public action*), que aponta para o futuro²⁴⁴. Significa criar uma comunidade aberta de intérpretes a fim de evitar, nas palavras do professor MENELICK DE CARVALHO NETTO²⁴⁵, que a Constituição venha a ser arbitrariamente “doadada” a algum órgão, porquanto sua interpretação é atividade que, potencialmente, diz respeito a todos²⁴⁶.

Trabalhar o projeto de Constituição aberta de PETER HÄBERLE exige o exame de pressupostos por ele assumidos. A teoria de HÄBERLE, segundo EMILIO MIKUNDA-FRANCO²⁴⁷, nasce da premissa com base na qual o pluralismo é concebido

²⁴² É bastante eloqüente e esclarecedora a argumentação do Prof. MENELICK DE CARVALHO NETTO (2001, p. 20): “A comunidade aberta de intérpretes da Constituição, para usar a expressão consagrada por Häberle, é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como o seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros”.

²⁴³ Sobre a referência a “povo” como elemento icônico de legitimação da autoridade da Constituição, ver: MÜLLER, 2003, p. 65-73.

²⁴⁴ Cf. VERDÚ, 1993, p. 32-33. A exegese constitucional como processo aberto constitui uma das grandes propostas de PETER HÄBERLE (2002, p. 86).

²⁴⁵ Cf. CARVALHO NETTO, 2001, p. 20.

²⁴⁶ Cf. HÄBERLE, 1997, p. 24.

²⁴⁷ Cf. MIKUNDA-FRANCO, 2002, p. 19-27.

por fundamento básico e essencial da Constituição²⁴⁸. Sua perspectiva democrática caracteriza o esforço de construir a teoria constitucional da sociedade aberta, nos moldes da “sociedade popperiana-habermasiana”²⁴⁹. A Constituição abre-se em toda sua plenitude à potencialidade de parâmetros (sociais, econômicos, jurídicos) para diferentes releituras contextualizadas de seu texto, que permitem tanto ao cidadão comum, quanto aos juristas e juízes sentirem-se participantes de sua interpretação²⁵⁰. Ao invés de ficar presa a uma “ciência esotérica de uns poucos iluminados”, a Constituição vê-se nas mãos de uma “ciência esotérica de toda a cidadania”, dentro de um grande fórum aberto à discussão pelos mais variados intérpretes que – retirados do seio da opinião pública, dos meios de comunicação e dos próprios órgãos estatais – sentir-se-ão ao mesmo tempo seus autores e destinatários, porquanto terão cada uma de suas pretensões constitucionais discutida publicamente.

A teoria constitucional de HÄBERLE fixa suas bases no pensamento possibilista²⁵¹, cujo núcleo pressupõe que todo tipo de compromisso está sempre aberto às mais diversas possibilidades²⁵². Por conseguinte, amplia-se o leque de variedades de interpretações sobre a realidade, democratizando-se a prática constitucional na medida

²⁴⁸ Observe-se que a sociedade pluralista integra o conceito de Constituição de HÄBERLE (2002, p. 87-88): “Entendemos por Constituição ‘o ordenamento jurídico básico do Estado e da sociedade’, conceito que ‘abarca também todo o que constituiria a sociedade positivamente estabelecida’, é dizer, não só o respectivo a seus símbolos de identidade, ou não só enquanto ao Estado positivo como tal, já que entendemos que por Constituição não só se deve aludir a [Constituição] do Estado. Portanto, o conceito que aqui empregamos ‘compreende as estruturas básicas de qualquer sociedade pluralista’, como, por exemplo, as relações dos grupos sociais – tanto entre si como frente à cidadania – estabelecidas sobre a base da ‘tolerância’.”

²⁴⁹ MIKUNDA-FRANCO, 2002, p. 21.

²⁵⁰ A partir do momento em que o direito constitui o autêntico lugar de integração da sociedade, pondera HABERMAS (2001a, p. 294) em crítica a DWORKIN, somente através da sociedade aberta de intérpretes da Constituição o direito pode atingir esse objetivo de forma legítima.

²⁵¹ O exame analítico do pensamento possibilista, herdado por HÄBERLE do pensamento filosófico possibilista de ERNST BLOCH e da doutrina constitucional de KONRAD HESSE, transborda os objetivos fixados na presente dissertação. Sobre a estreita ligação teórica de PETER HÄBERLE com ERNST BLOCH e KONRAD HESSE, veja-se: VARGAS, 2004, p. 123-135; MIKUNDA-FRANCO, 2002, p. 29-30; HÄBERLE, 2002, p. 59-84.

²⁵² Nesse sentido é a observação de GARCÍA DE ENTERRÍA (1985, p. 226), para quem a Constituição deve permitir diversas interpretações em função de diferentes alternativas políticas e sociais. Aliás, saliente-se que por esse mesmo motivo o constitucionalista espanhol afirma a necessidade de ela conter “termos gerais”, evitando regular em detalhes todos e cada um dos aspectos da vida social e da vida política.

em que as mais diversas visões de mundo de cada um dos membros da comunidade encontram oportunidade de se expressarem e de serem discutidas. Permeada pelo pensamento possibilista, a vertente teórica de HÄBERLE considera válidas não só as interpretações firmadas nos “órgãos oficiais” (“a interpretação não é um evento exclusivamente estatal”²⁵³), isto é dos juízes e tribunais (“intérpretes oficiais”²⁵⁴), mas também aquelas surgidas dentro do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de quaisquer outras fontes dentro da sociedade. Seu eixo central olha tanto para a doutrina, quanto para a práxis constitucional. A interpretação, destarte, reflete o público e a realidade subjacente à norma constitucional. Por isso, é essencial haver uma “exegese constitucional em sentido amplo”, que contemple todos os cidadãos²⁵⁵.

Essa concepção compatibiliza-se com a idéia de liberdade e de tolerância na sociedade plural. Ela permite a criação de meios, entre os cidadãos por igual, para recriar e modificar a Constituição. Essas características, intrinsecamente ligadas à necessidade emancipatória da cidadania, deixam em estado latente todo o potencial inovador das normas²⁵⁶. Assim, por não enrijecer a interpretação ou concentrá-la em um único órgão, fica permanentemente assegurada a autodeterminação, através do exercício das dimensões pública e privada de cada pessoa.

Adverte HÄBERLE²⁵⁷, entretanto, ser imprescindível tratar-se de um espaço no qual se apresentem as condições ideais de comunicação (no sentido habermasiano), isto é, um lugar no qual a situação de fala esteja livre de possíveis coibições. Dessa forma, configura-se o ambiente propício à legítima consolidação do ordenamento jurídico, em que amplo espectro de múltiplas formas de tomada de decisão

²⁵³ Cf. HÄBERLE, 1997, p. 23-24. Órgãos oficiais para HÄBERLE são aqueles que “desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais”.

²⁵⁴ Cf. COELHO, 1998b, p. 187-189.

²⁵⁵ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 90.

²⁵⁶ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 74-75.

²⁵⁷ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 65.

se institucionaliza como alternativas jurídicas.

No enfoque häberliano, a Constituição passa por uma “relativização”, no sentido de permitir, em seu bojo, a pluralidade de pontos de vistas até mesmo opostos. A Constituição será criada, transformada e desenvolvida em processos abertos de formação da vontade²⁵⁸. A reconstrução crítica e democrática da teoria constitucional, que abre a Constituição a todos, volta-se contra o perigo de vê-la antidemocraticamente “doada” aos tribunais ou a algum órgão específico, tal qual lembrado por MENELICK DE CARVALHO. A perspectiva pragmática da Constituição aponta que ela não se compõe apenas dos “processos jurídicos correntes”, isto é, dos processos ventilados nos tribunais, mas de processos os mais amplos possíveis a fim de englobar todos os participantes na sua prática: a Constituição significa *law in public action*²⁵⁹. É notório o “reposicionamento” da Constituição, que não mais se limita a representar a norma de maior hierarquia situada no topo do ordenamento jurídico ou, como queria HANS KELSEN²⁶⁰, uma garantia de preservação da relação de correspondência entre as normas subordinantes e subordinadas, modelo perfeitamente amoldado à leitura liberal do constitucionalismo²⁶¹. A dimensão semântica, portanto, reflete sua insuficiência para teorizar e praticar a Constituição. É inevitável o apelo à dimensão pragmática da Constituição, pois, em última análise, ela é construída e definida no exercício da cidadania.

Com isso, é fácil perceber outro aspecto essencial da Constituição aberta:

²⁵⁸ Tal processo de interpretação ocorre a partir da relação indissociável (e dialética) entre “possibilidade-necessidade-realidade”. Na concepção de HÄBERLE (2002, p. 61-62), o pensamento possibilista, no âmbito da teoria constitucional, serve com mediador entre teoria e práxis. Revelando-se como alternativa às mais variadas possibilidades, detém uma grande “força criadora” por abrir a exegese constitucional, ao mesmo tempo em que a limita pelas necessidades da vida concreta e pelos aspectos inarredáveis da realidade. Sua virtude, ressalte-se, reside justamente na potencialidade de pensar criticamente a Constituição e a realidade, através de um procedimento de sucessivas conjeturas e refutações (*trial and error*) por todos os membros da comunidade.

²⁵⁹ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 89.

²⁶⁰ Cf. KELSEN, 2003, p. 126.

²⁶¹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 258-259.

a “publicidade”. Para PABLO LUCAS VERDÚ²⁶², o modelo de Constituição de HÄBERLE descansa sua validade na publicidade. Essa característica assume importância fundamental, já que a idéia de uma Constituição de todos só se viabiliza à proporção que ela se faz conhecer, é a todos cidadãos transparente. A esse traço distintivo soma-se a exigência de ela ser escrita em linguagem clara, transparente e inteligível, porque, de outra forma, restaria comprometida a compreensão do texto constitucional pelos cidadãos, o que dificultaria seu processo de publicização. O poder normativo da publicidade da Constituição aparece em toda sua força pois, longe de ser mero texto a reclamar interpretação, a Constituição convoca todos os concernidos ao desenvolvimento de todas as questões, tornando-se verdadeira *law in public action*.

A Constituição aberta, em decorrência de seus atributos (transparência, pluralismo, publicidade), não se resume aos preceitos normativos estampados em seu corpo. Antes, consiste na autoconsciência que se tem de sua especial importância, função e finalidade. E é, precisamente, essa autoconsciência que sedimentará o que PABLO LUCAS VERDÚ²⁶³ denomina de “sentimento constitucional da cidadania”.

Tal acepção de Constituição, denominada “Constituição libertária” por PETER HÄBERLE²⁶⁴, é que se mostra idônea a congregar a sociedade plural com a tolerância²⁶⁵, com o reconhecimento do outro. Mas o sucesso da prática está em incluir nela a cultura política de participação ativa na construção das normas. Nesse sentido, a

²⁶² Cf. VERDÚ, 1993, p. 32-37. Tenha-se em mente que “publicidade” (*Öffentlichkeit*), para HÄBERLE, é no sentido de inserir-se a Constituição na esfera pública de discussão. Tanto que VERDÚ (1993, p. 13) constata os influxos habermasianos na composição desse conceito de HÄBERLE e a fenomenologia da abertura constitucional está intrinsecamente ligada à categoria trabalhada por HABERMAS, em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*.

²⁶³ Cf. VERDÚ, 1993, p. 47.

²⁶⁴ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 78.

²⁶⁵ VERDÚ (1993, p. 26-28), aproximando-se de HÄBERLE, destaca que abertura constitucional e publicidade implicam pluralismo político e tolerância. Com tais ingredientes, o constitucionalista espanhol entrevê um ambiente favorável à manifestação do espírito democrático. É importante transcrever a passagem de PABLO LUCAS VERDÚ (1993, p. 28), para se ter noção da amplitude que representa a Constituição aberta: “A abertura constitucional, como a sociedade aberta, enquanto se consideram manifestações do espírito democrático, implicam a relação de ambas com a publicidade, o pluralismo, a alternância no poder e a tolerância, valores fundantes de uma democracia”.

teoria democrática de HÄBERLE viabiliza a permanente crítica da Constituição, porque sua abertura olha também para o passado histórico a fim de pensar o futuro. Na sociedade plural, quanto mais aberta a Constituição, maior é a possibilidade de autocrítica, maior a reversibilidade de toda alternativa que surja no marco constitucional, maior o grau de tolerância, maior caráter democrático ela adquire²⁶⁶. HÄBERLE²⁶⁷ não hesita ao proclamar a legitimidade da Democracia, a partir da exegese constitucional aberta:

Exegese constitucional ‘em sentido amplo’ (para poder distingui-la de seu outro sentido mais restringido ou estrito), acentuado em nível pessoal, significa, a sua vez, entendê-la em seu conjunto, ou seja, tomar muito a sério os direitos fundamentais de todos juntamente com a própria democracia plural, e isso tanto na teoria como na prática, já que ‘intérpretes constitucionais no sentido mais amplo’ são aqueles que legitimam básica, teórica e democraticamente a ‘democracia cidadã’ inclusive em nível puramente doutrinal.

A idéia de publicidade, destarte, está estritamente ligada à de legitimidade, pois pública é a Constituição vivida na consciência coletiva e, em consequência, submetida ao constante juízo crítico da opinião pública. Não por outro motivo, PABLO LUCAS VERDÚ²⁶⁸ associa os fenômenos da abertura e da publicidade com o estímulo da função crítica da opinião pública. E essa relação recíproca de influência ele aponta como um dos elementos para se alcançar uma “sociedade democrática avançada”, porque – ao retirar qualquer índole metafísica ou forma de aproximação com um suposto mundo ideal em que seria intangível – estabelece a Constituição no presente, em que é criada e desenvolvida por homens, através de múltiplos processos públicos²⁶⁹.

²⁶⁶ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 68-70.

²⁶⁷ HÄBERLE, 2002, p. 90.

²⁶⁸ Cf. VERDÚ, 1993, p. 42.

²⁶⁹ Cf. VERDÚ, 1993, p. 33.

A Constituição, para PETER HÄBERLE²⁷⁰, é um projeto.

Após a construção dos pressupostos da teoria constitucional democrática de HÄBERLE, não é difícil perceber a proximidade de concepções entre HÄBERLE e HABERMAS, no que tange à noção de Constituição. Também para HABERMAS²⁷¹, a Constituição é um projeto. Essa afirmação advém da percepção do terceiro aspecto da Constituição – “quem interpreta”–, que lhe permite chegar ao sentido performativo da Constituição (*performative meaning of the practice of constitution making*)²⁷², em que todos os cidadãos participam da construção do sentido das normas constitucionais, igualmente ao que acontece em qualquer outra prática comunicativa. A Constituição, inserida no paradigma procedimental, não se limita à positivação de normas “estáticas”, subtraídas de qualquer vinculação ao tempo e resistente às mudanças históricas. Ao contrário, abre-se para não condescender com nenhum tipo de primazia técnico-jurídica²⁷³; arvora-se como modelo – projeto – a ser continuamente construído em todos os planos de produção normativa, com a participação de todos os integrantes da sociedade por ela concernidos, na qualidade de membros livres e iguais.

Está, pois, HABERMAS a acenar para o conceito de Constituição procedimental²⁷⁴. Apartando-se da noção segundo a qual a Constituição

²⁷⁰ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 66.

²⁷¹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 195. A passagem de HABERMAS (2001a, p. 195), a seguir transcrita, esclarece muito bem essa compreensão: “O caráter das fundações constitucionais, que freqüentemente confirmam e selam o êxito das revoluções políticas, sugere uma enganosa imagem que as Constituições assim nascidas produzem de um limitar-se a consignar, a fazer constar normas estáticas, que, desde a perspectiva da técnica jurídica, tem a Constituição sobre as leis simples, pertence à sistemática dos princípios do Estado de direito; mas essa primazia só significa uma fixação *relativa* do conteúdo das normas constitucionais. Todavia, como veremos, toda Constituição é um projeto que só pode cobrar *consistência* no modo de uma interpretação constitucional sustentada, impulsionada continuamente para frente em todos os planos da produção normativa”.

²⁷² Cf.: HABERMAS, 2003b, p. 193; HABERMAS, 2001b, p. 771-776.

²⁷³ É inequívoca a intenção de HABERMAS (2001a, p. 477) contra qualquer espécie de superioridade que se pudesse atribuir às interpretações judiciais em relação às demais, em virtude da “autoridade científica” ou “conhecimentos profissionais”.

²⁷⁴ O sentido procedimental da Constituição decorre da noção de co-originalidade entre direitos humanos e soberania popular, ou seja, da mútua pressuposição entre as autonomias pública e privada; a Constituição não estabelece uma ordem jurídica concreta de valores, e sim condições procedimentais de produção legislativa para que os cidadãos possam autodeterminar-se (HABERMAS, 2001a, p. 336),

consubstanciaria tão-somente um conteúdo essencial imodificável assegurado de direitos básicos ou apenas um complexo de normas garantidoras da autonomia política dos cidadãos, HABERMAS²⁷⁵ introduz nela o sentido procedimental. Vê-se, agora, a Constituição como plexo de normas estabelecedoras de formas de comunicação, que viabilizam o uso público da razão e o justo balanceamento dos interesses. Duas importantes características podem extrair-se da procedimentalização da Constituição, que, de certa forma, retomam as idéias de PETER HÄBERLE: sua compreensão dinâmica e seu sentido performativo.

A Constituição procedimental retira o “peso” dos princípios constitucionais, no sentido de que deteriam um conteúdo *a priori* intangível²⁷⁶. Ao abrir o discurso jurídico às dimensões semântica e pragmática, a legitimidade da interpretação passa a ser considerada também em razão da forma pela qual o conteúdo das normas é construído e pela permanente possibilidade de autocrítica. A Constituição, segundo HABERMAS²⁷⁷, exige uma prática compartilhada para que se possa atingir uma compreensão racional do seu próprio texto, conferindo-lhe legitimidade mesmo em meio a divergentes possibilidades interpretativas²⁷⁸.

A atividade legislativa assume o importante papel de continuar o desenvolvimento do sistema de direitos, interpretando-o e adaptando-o às atuais circunstâncias, o que vem a caracterizar a Constituição como um eterno vir-a-ser, um

fazendo valer a conexão interna entre as autonomias pública e privada. Com essa concepção, subjacente a seu modelo democrático, HABERMAS (2001b, p. 766 e ss) procura superar a secular disputa entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”, que permeia a tradição histórico-constitucional do Ocidente.

²⁷⁵ Cf. HABERMAS, 2001b, p. 771-776.

²⁷⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 258. Embora com embasamento teórico distinto e em sentido divergente do aqui adotado, GIANCARLO CORSI (2001) observa, duramente, que os direitos fundamentais, amparados nos textos constitucionais por princípios, encontram grave problema: destituídos de qualquer consistência semântica, são vazios de conteúdo.

²⁷⁷ Cf. HABERMAS, 2001b, p. 775.

²⁷⁸ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 193-194.

projeto em permanente construção, “inacabado”²⁷⁹. A experiência constitucional pretérita integra o acervo histórico com base no qual a sociedade atual de intérpretes poderá reconstruir reflexivamente o futuro. Todo conhecimento e prática produzidos nos domínios social e constitucional podem voltar ao debate a qualquer momento, já que a falibilidade é marca inarredável desse processo de aprendizagem²⁸⁰. Chega mesmo a impressionar, à primeira vista, quando HABERMAS²⁸¹ afirma que, na compreensão dinâmica da Constituição, a distinção entre normas constitucionais e ordinárias perde a razão de ser, pois, na condição de projeto, sua interpretação e concretização serão modeladas pela legislação. Ela precisa ser aplicada, interpretada e suplementada continuamente. No paradigma procedimental, a noção de Constituição se relaciona com as condições de gênese do processo de produção legislativa, que preserva a íntima conexão entre as autonomias pública e privada dos cidadãos²⁸², os quais, por sua vez, podem seguir – cooperativamente e com perspectivas de êxito – o projeto de estabelecer formas justas de vida. Não se pode entendê-la como ordem jurídica concreta de valores que imponha *a priori* à sociedade determinada forma de vida²⁸³.

²⁷⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 465-466.

²⁸⁰ Aliás, esse parece ser o ponto não enfrentado por algumas críticas dirigidas contra a concepção democrática de HABERMAS. Nesse sentido, FRANK MICHELMAN (1997, p. 149 e ss) insurge-se contra o projeto da Democracia deliberativa ao opor o intransponível obstáculo do “regresso (ao) infinito” (*infinite regress*), o que traria a dificuldade de fundamentá-la legitimamente, em seu momento originário, através da teoria discursiva. No entanto, as normas constitucionais passam continuamente e repetitivamente a adquirir uma nova semântica, revalidando-se sob a perspectiva da reconstrução reflexiva das práticas sociais em geral, em que os autores das normas são a um só tempo governantes e governados. Nela, a Constituição é percebida como um projeto inacabado e em constante realização, que – sem esquecer o passado histórico – olha para o futuro. MICHELMAN (2001, p. 265) opõe grave objeção a esse raciocínio, afirmando que “a justificação moral abstrata habermasiana do constitucionalismo democrático chega à sua completude sem qualquer atribuição empírica a quem quer que seja de solução moral ou de algum tipo de disposição motivacional”. Além do mais, MICHELMAN (1997, p. 150 e ss; 2001, p. 253-259 e 269-270) também se vê descrente de se atingir uma prática social, nos termos descritos por HABERMAS, dada sua impossibilidade fática.

²⁸¹ Cf. HABERMAS, 2001b, p. 774-775.

²⁸² Cf. HABERMAS, 2001a, p. 258.

²⁸³ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 336 e p. 354.

Nessa visão procedimentalista, o texto constitucional anuncia o sentido performativo que deve orientar a prática da sociedade em relação à Constituição, porque seu caráter democrático não advém só do conteúdo, mas também da participação da prática comunicativa cujo objetivo é realizar a liberdade e a igualdade. Assim, cada cidadão da comunidade política poderá criticar e “reformular” tanto a Constituição, quanto as interpretações que lhe seguirem. Em nível constitucional, a autolegislação vê-se plenamente realizada, de forma a garantir o exercício das autonomias pública e privada do cidadão.

Essa concepção de Constituição é capaz de atribuir legitimidade à prática e à interpretação constitucionais, não obstante o fato do desacordo endêmico (*endemic disagreement*)²⁸⁴. Como visto no Item 5 do Capítulo I, uma das grandes críticas vertidas contra o consensualismo de HABERMAS cingia-se à improbabilidade ou impossibilidade de chegar-se ao acordo mútuo, sobretudo em face do pluralismo social e cultural que marca as sociedades contemporâneas. No entanto, defendeu-se HABERMAS, as objeções não têm procedência, porquanto não estão desvinculadas da perspectiva do observador; é preciso tomar-se a perspectiva do participante do discurso, o qual, sob pena de contradizer-se performativamente, pressupõe necessariamente a possibilidade de obter o acordo.

Outrossim, em matéria de interpretação constitucional. Segundo HABERMAS²⁸⁵, há a objeção hermenêutica relacionada à existência de um persistente dissenso em matéria constitucional, que ameaça a própria legitimidade do sistema democrático como um todo. É bem verdade que as normas da Constituição, mesmo no que diz respeito aos princípios fundamentais, não se confinam a um único sentido; caracteriza-se o pluralismo interpretativo razoável (*reasonable interpretative pluralism*).

²⁸⁴ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 187-194.

²⁸⁵ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 187 e ss.

É preciso, assim, recorrer-se ao sentido performativo da Constituição: só a prática comunicativa constitucional é que pode conferir a legitimidade à interpretação da Constituição, ainda que os participantes da interpretação tenham a consciência de estarem impossibilitados de chegar à “veracidade da questão” (*truth of the matter*), ao instante em que ingressam no processo discursivo. Há um “hiato” (*gap*) entre a veracidade da questão, aspirada pelos participantes do discurso, e sua assumida inacessibilidade, o que explica a atratividade da concepção procedimental de legitimação, segundo HABERMAS²⁸⁶. Por isso, a fonte legitimadora da interpretação constitucional, para além do mérito cognitivo inerente ao discurso racional, reside na *performance* em si, que tem o condão de criar o tipo de autoridade que explica o motivo pelo qual os participantes aceitam legitimamente os resultados do qual discordam.

3. A CONSTITUIÇÃO PROCEDIMENTAL: NA CONTRAMÃO DA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL?

Ao aliviar o fardo da interpretação do conteúdo das normas constitucionais na medida em que o verdadeiro fator de legitimidade da Constituição tem seu lugar nas práticas comunicativas (dimensão pragmática do discurso²⁸⁷), é natural que se veja a idéia da Constituição procedimental com certa suspeita ou, até mesmo, temeridade²⁸⁸. A suspeita do esvaziamento do seu próprio significado e função,

²⁸⁶ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 190.

²⁸⁷ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 297. Por isso, HABERMAS (2003b, p. 190-193) alude ao sentido performativo da Constituição.

²⁸⁸ Essa é uma preocupação compartilhada por MIGUEL CARBONELL (2005, p. 14-15), ao se perguntar se “a normatividade constitucional se debilita com as constituições abertas”. Respondendo negativamente, o autor explica que, nos Estados democráticos e pluralistas, a Constituição deve deixar um espaço à “política constitucional”, que pode assumir muitos significados em matéria de direitos fundamentais. Também, GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 81 e ss) destaca que o conceito de positividade da Constituição sofreu modificação nas sociedades contemporâneas e plurais. Para o constitucionalista italiano, a Constituição pluralista é positiva no sentido de que é recriada continuamente pelo concurso das mais diversas vontades ao longo do tempo. Sua positividade é *a posteriori* e não advém de uma vontade

nos termos da tradição liberal do constitucionalismo que até hoje a acompanha: norma que institui a limitação recíproca e a distribuição de competências entre os poderes estatais, além de assegurar a proteção aos direitos individuais²⁸⁹. Talvez se tenha a impressão de estar-se a fragilizar a noção de Constituição, atingindo-se fatalmente sua identidade mediante constantes modificações e recepções. É um risco que, no limite, cerca a própria noção de Constituição aberta²⁹⁰.

As críticas de ERNST BÖCKENFÖRDE²⁹¹, dirigidas contra PETER HÄBERLE, são contundentes e verossímeis quanto ao risco a que a Constituição está suscetível. A abertura da Constituição (democrática) terminaria com a atividade de interpretação, pois toda ação dos intérpretes, em verdade, corresponderia a uma permanente mutação constitucional criadora de direitos. Conceitos como vigência e normatividade não mais fariam sentido, já que as normas resultam do processo comunicativo. Se a Constituição é o que se extrai de sua abertura, não existiria ordem jurídica vinculante a exigir expectativas de comportamentos, além de se produzir um estado de indeterminação jurídica.

Parece também ameaçar a tradição histórica do constitucionalismo moderno, principalmente depois de JOHN LOCKE. Atribui-se a LOCKE o pioneirismo na defesa de uma relação de controle recíproco entre os poderes do Estado (*checks and balances*) como forma de autolimitação de cada um deles, no âmbito das Constituições modernas²⁹². Desde as revoluções liberais que trouxeram os temores e os riscos da

inicial limitada no tempo e irrepitível (“mito fundacional”), o que confere à sociedade o poder de definir sua própria Constituição.

²⁸⁹ Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 85-100.

²⁹⁰ Cf. VERDÚ, 1993, p. 56-60.

²⁹¹ Cf. BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 24-27.

²⁹² Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 93. Deixando latente que, na história dos pensadores, sempre houve a necessidade de limitação e de controle das instituições do Estado, destaca MARCUS FARO DE CASTRO (2005, p. 51) que o propósito da separação dos poderes é conformar o processo político e social à realização da consciência universal, eticamente caracterizada. Assim, “a solução institucional da separação dos poderes, em essência, traduz a idéia mais radical da necessidade de que os governos expressem e preservem a vontade autônoma dos indivíduos”.

Democracia jacobina, os filósofos, notadamente IMMANUEL KANT e BENJAMIN CONSTANT, preocuparam-se em reconstruir o sentido e o conceito de soberania popular, para limitá-la e relativizá-la²⁹³.

A história do constitucionalismo e das conquistas obtidas (estabilidade, segurança, justiça, liberdade, igualdade e direitos humanos em geral) a ferro, fogo e sangue poderiam apresentar-se como forte evidência contra a concepção de Constituição procedimental, que se alinha intrinsecamente aos parâmetros estabelecidos pelo princípio democrático. A tradição constitucional moderna, que traz subjacente a idéia de limitação do poder político²⁹⁴, aparentaria sofrer grande golpe.

Entretanto, tais críticas devem ser recebidas com a devida cautela. A Constituição procedimental, enquanto prática comunicativa de um processo falível e reflexivo de aprendizagem, objetiva a reconstrução da tradição jurídico-constitucional da sociedade. Inserida no modelo normativo de Democracia deliberativa, *a noção de Constituição procedimental assume o pressuposto da equi-primordialidade dos direitos individuais clássicos de liberdade e dos direitos políticos do cidadão*. Os direitos humanos não representam uma restrição externa, de fora para dentro, aos direitos de soberania²⁹⁵, mas uma aquisição obtida ao longo do processo de evolução histórica. Esse estágio de evolução a que chegou a sociedade moderna, por sua vez, pressupõe o

²⁹³ Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 120 e ss. A passagem de FIORAVANTI (2001, p. 131-132), a seguir transcrita, é expressiva: “Como se aprecia com clareza, o constitucionalismo posterior à revolução tem, em essência, um único adversário, que sempre é o mesmo, ainda que adquira formas distintas: para Burke, o poder constituinte da Revolução, para Kant e para Constant, a soberania popular mais além da supremacia da lei como máximo instrumento de igualdade e de garantia de direitos, para Tocqueville, no fim, o processo histórico de nivelamento social e de concentração de poderes, inerente à expansão do princípio democrático. Observando-se bem, todos esses personagens, ainda que de maneira distinta, terminam de todas as formas por contraporem ao resultado revolucionário da soberania – entendida como tendência a expandir sem medida a razão política democrática sobre todo o espaço das relações civis e sociais – o valor da Constituição, entendida não tanto como norma jurídica positiva, e sim como ideal político dentro do qual estava contida a fundamentação e a irrenunciável aspiração à pluralidade, à individualidade e, também, à diferença”.

²⁹⁴ Cf.: FIORAVANTI, 2001, p. 163-164; SANCHÍS, 2003, p. 10 e ss.

²⁹⁵ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 292. HABERMAS explica objetiva e claramente: “Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição”.

compartilhamento de uma cultura política comum²⁹⁶ de pessoas habituadas à liberdade e às reivindicações jurídicas, dando vazão às diversas formas de pretensões normativas e interpretação de interesses e de necessidades, dentro do marco constitucional.

Ora, a teoria constitucional, numa perspectiva democrática, perquire interpretações para além daquelas construídas exclusivamente por algum órgão estatal e vai em busca de todas as interpretações surgidas no seio da esfera pública, ambiente por excelência de captação de pretensões da comunidade cujas redes comunicativas revestem-se de altíssimo teor de legitimidade. Conforme dito, a comunidade jurídica partilha de uma cultura política libertária, na qual a população é acostumada à liberdade²⁹⁷. Isso quer dizer que, em geral, *o debate em torno da interpretação constitucional não será travado sobre a possibilidade de supressão de direitos historicamente conquistados, e sim em torno da melhor interpretação dos princípios constitucionais, que estão em constante modificação*²⁹⁸.

No paradigma procedimental do Estado de Direito, direitos humanos e soberania popular pressupõem-se mutuamente. Não existe qualquer relação de precedência entre as liberdades subjetivas clássicas e os direitos de autodeterminação política. Ambos convivem numa relação de co-originalidade, revelando os destinatários do sistema de direitos como seus próprios autores²⁹⁹. O que efetivamente importa saber, para os fins desta dissertação, é que não se pode falar em proteção à autonomia individual, que assegura a esfera privada dos direitos e liberdades subjetivas (autonomia

²⁹⁶ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 248 e ss.

²⁹⁷ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 301-302.

²⁹⁸ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 188.

²⁹⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 169. A postura de HABERMAS, no fundo, corresponde à superação da tensão existente na história política norte-americana entre o liberalismo (LOCKE) e o republicanismo (ROUSSEAU), a partir da adoção do paradigma procedimental do direito. Sobre o tema, cf.: HABERMAS, 2002b, p. 269-297.

privada), sem que, ao mesmo tempo, seja permitido aos cidadãos exercer seu direito à autodeterminação política. Nesse sentido, HABERMAS³⁰⁰ aduz:

Conforme esta compreensão procedimental, a realização dos direitos fundamentais é um processo que só pode assegurar a *autonomia privada de cidadãos dotados dos mesmos direitos, de par com uma ativação da autonomia cidadã, da autonomia pública deles*.

Isso porque os direitos humanos não se concebem, nem são positivados numa Constituição, a partir de uma noção abstrata e geral, independentemente de um contexto. Com efeito, a Constituição é um projeto histórico a ser cumprido por cada geração³⁰¹, no aqui e agora determinada. Os direitos humanos, envolvidos que estão em contextos particulares, encontram-se eticamente impregnados numa dada forma de vida historicamente localizada, de forma que toda ordem jurídica é a expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas um simples refletir-se do teor universal dos direitos fundamentais³⁰².

A divergência entre as interpretações da Constituição está atrelada a diferentes processos de explicitação em relação às regras e pressuposições do discurso racional, das práticas sociais e culturais de uma sociedade³⁰³. Justamente aí, isto é, na institucionalização jurídica dessas diferentes práticas sociais, é que se dão as diferenças entre as Constituições históricas, com base nas quais se interpreta e se configura o sistema de direitos de forma distinta. Assim, é plausível afirmar-se que o modelo procedimental do Estado de Direito não é vazio de conteúdo, embora não parta de

³⁰⁰ HABERMAS, 2001a, p. 511. Noutro momento, HABERMAS (2002b, p. 243) registrou: “Do ponto de vista normativo, não há Estado sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver direito legítimo”.

³⁰¹ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 229-267. Lembrando a relação interna entre Democracia e Estado de Direito, HABERMAS (2002b, p. 235) reforça a historicidade dos direitos humanos, ao destacar que “o sistema dos direitos não fecha os olhos nem para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais. (...) Sob essa premissa, uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, inclusive nos contextos vitais que conformam sua identidade”.

³⁰² Cf. HABERMAS, 2002b, p. 245.

³⁰³ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 389-390.

conteúdos predefinidos. Conforme sustenta HABERMAS³⁰⁴, faz-se neutro em relação aos princípios jurídicos em face dos conteúdos referentes a específicas visões de mundo. Em conseqüência, o sistema de direitos e os princípios do Estado de Direito estão condicionados ao sentido performativo de uma práxis geradora de Constituições.

Do contrário, estar-se-ia a perceber a Constituição numa visão estritamente estática de suas normas, o que iria sugerir a imagem de que toda a produção de legitimidade das normas adviria dela em si mesma; essa orientação não condiz com a concepção procedimental da Constituição como projeto. Produto das revoluções políticas, as Constituições não se limitaram a positivar normas estáticas, subtraídas de qualquer vinculação ao tempo e resistente às mudanças históricas. A primazia, do ponto de vista técnico-jurídico, da Constituição sobre as leis simples pertence aos princípios (de feição liberal) do Estado de Direito. Só que a Constituição não significa fixação do seu conteúdo; na qualidade de projeto, apenas pode cobrar consistência a partir de um modelo constitucional sustentado e impulsionado continuamente para frente, em todos os planos de produção normativa (dimensão pragmática)³⁰⁵.

Então, a proposta da Constituição procedimental enquadra-se, sim, no movimento do constitucionalismo cuja finalidade é evitar a formação absoluta do poder na mão de uma única autoridade³⁰⁶. A crítica contra o procedimentalismo constitucional deve ser devidamente ponderada para que, a pretexto de preservar o constitucionalismo, a tradição histórica dos direitos fundamentais não venha a sacrificar

³⁰⁴ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 326-337.

³⁰⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 195. Singular, portanto, o diagnóstico de FRANK MICHELMAN (2001, p. 263-264) de acordo com o qual a Constituição está numa posição delicada, porque se evidencia que não conseguiu transpor o modelo de compreensão constitucional exclusivamente semântico. Dentro desse contexto, parece mais apropriada a avaliação de PABLO VERDÚ (1993, p. 30-31) ao se referir à Constituição norte-americana: descobrir a Constituição é o mesmo que descobrir uma parte importante da própria sociedade, porque se conta a natureza e a história do passado constitucional e ao mesmo tempo configura os significados que se preparam para o presente e o futuro do país. E a descoberta só vem através da comunicação pública discursiva de todos os membros da comunidade.

³⁰⁶ Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 94.

a própria Democracia. Esse, aliás, é um dos grandes desafios atuais do direito constitucional: equilibrar a Democracia com o constitucionalismo; a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos³⁰⁷. Enfim, preservar a conexão interna entre soberania popular e direitos humanos, entre autonomia pública e autonomia privada, a fim de permitir reconduzir-se toda legalidade à idéia de legitimidade. E, especificamente na seara das relações travadas entre Democracia e jurisdição constitucional, essa busca pelo equilíbrio desemboca, hoje, na relação concebida entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Com efeito, no nível institucional das relações entre esses dois Poderes, a pedra de toque reside em determinar qual deles se reveste da autoridade para dizer a *última palavra* em matéria constitucional, sobretudo ao se tratar da definição entre diferentes e melhores interpretações sobre os mesmos princípios constitucionais em razão de questões altamente controvertidas que se formam na esfera pública³⁰⁸. Isso porque, consoante explica FRANK MICHELMAN³⁰⁹, muitas das normas constitucionais são, por elas mesmas, objeto de desacordos razoáveis; além do mais, em algum momento, elas devem ter seus respectivos conteúdos fixados e decididos.

O último capítulo se esmerará na análise e na tentativa de composição dessa difícil relação, especialmente no contexto da institucionalização brasileira. O cerne da questão, agora, é a quem cabe definir o conteúdo das normas constitucionais em última instância, à luz da concepção da Constituição procedimental que se liga à regulação de processos em que a produção legislativa e a interpretação constitucional

³⁰⁷ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 290-291.

³⁰⁸ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 254.

³⁰⁹ Cf. MICHELMAN, 2001, p. 263-264. Acontece que, para MICHELMAN, alguém tem de decidir a questão; esse alguém é a Suprema Corte. Em sua visão (2000, p. 65), o processo de definição do conteúdo dos direitos humanos passa por quatro etapas subseqüentes. A terceira delas é integrada pela interpretação judicial (*adjudicative interpretation*) daquele conjunto abstrato (ideal) de direitos humanos que fora positivado numa Constituição.

sejam fundamentadas no exercício discursivo das autonomias pública e privada³¹⁰, tornando o cidadão a um só tempo autor e destinatário das normas.

³¹⁰ Cf. OLIVEIRA, 2000, p. 128.

IV. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. A dificuldade contramajoritária e a primeira “virada procedimentalista” no controle de constitucionalidade
2. A segunda “virada procedimentalista” no controle de constitucionalidade
3. Os casos controvertidos, a presunção de legitimidade das leis e o controle de constitucionalidade no giro procedimentalista
4. A supremacia da Constituição e os controles de constitucionalidade difuso e concentrado
5. O “controle judicial fraco” (*weak-form judicial review*), a “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*) e uma sugestão ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

Toda as vezes em que os juízes examinam a validade e a constitucionalidade de uma lei, há uma tensão entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário³¹¹, em razão das características da prática judicial do controle de constitucionalidade. Inicialmente, na esteira das lições de FRANK MICHELMAN³¹², pode-se conceber o controle judicial de constitucionalidade como prática institucional em que se resolvem questões de constitucionalidade trazidas à corte; o resultado do julgamento

³¹¹ Cf. GARGARELLA, 1996, p. 11 e ss.

³¹² Cf. MICHELMAN, 2003-2004, p. 1407-1408.

pelo tribunal competente é considerado definitivo e obrigatório sobre os demais Poderes a não ser ou até que venha a ser revisto por nova decisão judicial ou por emenda à Constituição³¹³. Com tal competência, por meio da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário investe-se de capacidade para decidir em última instância sobre o que a Constituição permite ou não, mesmo em relação àquelas matérias sobre as quais o texto constitucional nada teria disposto (v.g., aborto). Ademais disso, hodiernamente, tem-se evidenciado o efeito da “impregnação constitucional”, segundo o qual grande parte das lides são decididas a partir das normas constitucionais³¹⁴. Dessa forma, a adoção da premissa de que cabe ao Poder Judiciário dizer a *última palavra* em matéria constitucional é algo que, ao menos, merece uma reflexão mais aprofundada, à luz das noções que orientam a concepção do Estado Democrático de Direito, porquanto, ao final, as principais decisões políticas do país terão sua definição no foro judicial.

Nesse contexto inicial, não fica difícil concordar com FRANK MICHELMAN³¹⁵, ao afirmar com ênfase que a teoria constitucional norte-americana tem sido eternamente permeada, se não totalmente consumida, por uma *relação paradoxal*. Cuida-se de busca incessante por harmonizar dois ideais distintos e conflitantes: o ideal do governo limitado por leis (constitucionalismo) e o ideal do autogoverno do povo (Democracia). É bem verdade que, de uma maneira geral, os constitucionalistas vêm

³¹³ É importante ressaltar que, no Brasil, as emendas à Constituição submetem-se ao controle de constitucionalidade. Logo, a definitividade das decisões, em princípio, estende-se até que o próprio tribunal venha a modificar seu próprio entendimento. Nos Estados Unidos, embora a Suprema Corte já tenha apreciado a constitucionalidade de emendas à Constituição quanto a aspectos formais (procedimento de aprovação), não declarou a invalidade de qualquer emenda, motivo pelo qual se entende que, ao lado da mudança de orientação jurisprudencial da Suprema Corte, as emendas constitucionais são a única forma de reverter decisões judiciais. A propósito, veja-se: VIEIRA, 1999, p. 141-147; SAMPAIO, 2002, 281-282. De toda forma, as conseqüências dessa particularidade serão discutidas mais à frente.

³¹⁴ Destaca LUIS PRIETO SANCHÍS (2003, p. 165-166) ser difícil, hoje, conceber um problema jurídico medianamente sério que não encontre alguma orientação, às vezes distintas orientações, no texto constitucional. A Constituição exerce o papel de “norma onipresente”, de maneira que não somente preside ou fundamenta o sistema, mas o impregna em seu conjunto.

³¹⁵ Cf. MICHELMAN, 1999, p. 4.

sempre estudando a relação entre Democracia e constitucionalismo sob esse prisma³¹⁶. Dessa equação, diferentes são as soluções extraíveis no modo de conceber o problema da legitimidade da jurisdição constitucional. Contudo, também há divergência na tomada inicial de posição. Talvez a relação entre Democracia e constitucionalismo não seja necessariamente paradoxal mas *complementar*, como afirma HABERMAS³¹⁷, em resposta às críticas formuladas por MICHELMAN, no livro *Brennan and Democracy*.

Insista-se, não obstante, na idéia da relação paradoxal. Ela determina e justifica a limitação e a restrição da soberania popular e do autogoverno, em benefício da proteção dos direitos. Um e outro pilar da Democracia constitucional restringem-se na tentativa de encontrar a fórmula conciliadora para configuração e institucionalização do Estado de Direito.

No entanto, a percepção de que Democracia e constitucionalismo se relacionam paradoxalmente se apóia em premissa comumente aceita e dificilmente desafiada e, por isso mesmo, tomada praticamente em termos absolutos. Considera-se que o autogoverno do povo se realiza e se institucionaliza no Poder Legislativo e, de certa forma, no Poder Executivo, enquanto o constitucionalismo, e conseqüentemente a proteção dos direitos individuais, corporifica-se no Poder Judiciário, sobretudo no tribunal constitucional. A análise de MAURIZIO FIORAVANTI³¹⁸ sobre a noção contemporânea que permeia o sentido de Democracia constitucional e da relação entre Democracia e constitucionalismo depõe favoravelmente a esse entendimento:

Na fórmula contemporânea da *democracia constitucional* parece estar contida a aspiração a um *justo equilíbrio* entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições da democracia política e o mesmo papel do legislador e do governo, e a idéia – ínsita em toda a tradição constitucional – dos *limites da*

³¹⁶ Concordando com DWORKIN, JEREMY WALDRON (1999, p. 302) admite existir importante conexão entre direitos e Democracia.

³¹⁷ Cf. HABERMAS, 2001b, p. 766-781.

³¹⁸ FIORAVANTI, 2001, p. 163-164.

política a fixar mediante a força normativa da constituição e, em particular, através do controle de constitucionalidade sempre mais determinante no âmbito das democracias modernas.

O justo equilíbrio, pressupõe FIORAVANTI³¹⁹, é conduzido pelos sujeitos da política democrática (parlamento, governos e partidos), de um lado, e pelos sujeitos da garantia jurisdicional (juízes e, em especial, os tribunais constitucionais), de outro. Dessa forma, torna-se comum pensar o Poder Legislativo como instituição de onde emanam as principais ameaças à Constituição, enquanto o Judiciário encarnaria o papel de guardião da vontade constitucional, ao conter os excessos legislativos³²⁰.

Justamente a premissa da transubstanciação da defesa dos direitos humanos no Poder Judiciário é que se porá em discussão. É bastante pertinente a indagação de JEREMY WALDRON³²¹ sobre a necessidade de investir algum poder estatal específico da tarefa de detectar as violações à Constituição, conferindo-se-lhe autoridade para anular qualquer ato contrário a ela, emanado de outro Poder. O ponto é de suma relevância: afinal, a democracia constitucional se estrutura em um determinado arranjo institucional³²². É necessário também que o exame não se limite a uma

³¹⁹ Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 164.

³²⁰ É interessante notar, com DANIEL FARBER (2003, p. 419-420), que a *judicial review* se estrutura sobre duas premissas, pertinentes com estabilidade e desconfiança. A “premissa da desconfiança” consiste em rejeitar a qualquer órgão do Governo, particularmente a seu corpo político-legislativo, o controle total sobre os direitos individuais. O sentimento latente, portanto, aponta para o descrédito das instituições legislativas, que devem ficar constantemente submetidas ao Poder Judiciário. Em igual sentido, ver: BICKEL, 1986, p. 21-22; WALDRON, 1999, p. 282 e ss. ROBERTO GARGARELLA (1996, p. 12), por sua vez, não destoa de semelhante orientação. Explica que, dentre outros, existem ao menos dois pressupostos “implausíveis” sobre os quais se assenta o controle judicial: um de “raiz conservadora”, de acordo com o qual não seria necessário consultar a cidadania de modo efetivo, se a intenção for tomar decisões corretas; outro de “raiz elitista”, em decorrência do qual nem todos cidadãos estariam dotados de iguais capacidades e só uma parcela deles é que teria as virtudes necessárias para tomar decisões corretas, imparciais e justas.

³²¹ Cf. WALDRON, 1999, p. 211; 1993, p. 18.

³²² Cf. TUSHNET, 2003d, p. 353.

abordagem teórica ou simplesmente abstrata e genérica; ao contrário, deve tratar-se de um modelo específico de controle de constitucionalidade³²³.

A investigação aqui proposta se restringirá à verificação da relação entre Democracia e jurisdição constitucional no modelo brasileiro, que integra o pano de fundo das observações realizadas. No Brasil, subjaz às práticas judiciais e sociais a compreensão de que o Supremo Tribunal Federal desponta como órgão supremo e intérprete máximo da Constituição. A ele, cabe a guarda da Constituição. O que implica, na linha da autocompreensão consolidada dentro de si próprio, que o Supremo Tribunal Federal detém a *última palavra* sobre o que a Constituição significa.

Então, no primeiro momento, as atenções estarão voltadas à grande objeção suscitada contra a teoria do controle de constitucionalidade, denominada por ALEXANDER BICKEL de “dificuldade contramajoritária” (*counter-majoritarian difficulty*), em sua clássica obra *The Least Dangerous Branch*. É preciso justificar a autoridade da decisão tomada por um órgão judicial, não democraticamente legitimado, que declara, em termos definitivos, a invalidade de uma lei gerada a partir da deliberação dos representantes do povo. Mais uma vez, esse resgate será feito com apoio no direito norte-americano, embora não se pretenda fazer, passo a passo, a reconstrução da evolução histórica do controle judicial naquele país.

Uma via de superação da dificuldade contramajoritária será a de JOHN HART ELY, com a apresentação da teoria procedimental da Constituição e da *judicial review*, que correspondeu à primeira virada procedimentalista da teoria constitucional. Examinando-se seus pressupostos, serão identificadas as falhas que cercam sua teoria constitucional (1). Na seqüência, o foco da dissertação recairá sobre a segunda virada procedimentalista da teoria constitucional e do controle judicial, dada por JÜRGEN

³²³ A propósito, ROBERTO GARGARELLA (1996, p. 177 e 182) observa que as teorias institucionais contemporâneas preocupam-se por demais em definir princípios, deixando, porém, de lado a reflexão de levá-los à prática, de efetivá-los verdadeiramente.

HABERMAS, que veio para suprir as lacunas e falhas da primeira (2). Após, realizadas certas considerações sobre o controle de constitucionalidade nos casos essencialmente controvertidos, nas quais se reafirmará a presunção de legitimidade e racionalidade do processo político-legislativo, apartar-se-á o tratamento entre as duas formas de controle e se defenderá o controle difuso como mais apropriado aos parâmetros democráticos do paradigma procedimental do Estado de Direito (3 e 4). Em seguida, discutir-se-á a proposta do “controle judicial fraco” (*weak-form judicial review*), que será apresentada como alternativa válida a fim de direcionar a práxis da *judicial review* brasileira ao caminho da legitimidade (5), já que propicia a criação de condições institucionais para os cidadãos, a um só tempo, figurarem na qualidade de autores e destinatários das normas e da própria interpretação da Constituição à qual estão submetidos.

1. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E A PRIMEIRA “VIRADA PROCEDIMENTALISTA” NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É incontestável que a decisão proferida em *MARBURY v. MADISON*, em 1803, representa o marco histórico do surgimento do controle de constitucionalidade. Contudo, desde antes a prática da *judicial review* já se verificava nos Estados Unidos. JAMES BRADLEY THAYER³²⁴ recordava que o controle judicial foi resultado natural, embora não necessário³²⁵, da experiência política dos Estados Unidos antes da guerra de independência. Na qualidade de colônia governada sob as leis ditadas pela coroa britânica, uma das formas de implementar-se o domínio da Inglaterra e o fiel

³²⁴ Cf. THAYER, 1893-1894, p. 130-133.

³²⁵ Não se pode ignorar a força da doutrina de Sir EDWARD COKE nos Estados Unidos, que investia o juiz da qualidade de árbitro entre o Rei e a nação e como guardião da supremacia da *common law*. Os juízes teriam a função de controlar as leis que atentassem contra a *common law* e a razão, declarando-as sem efeito. Sobre o tema, ver: SCHWARTZ, 1993, p. 3-6 e p. 22; CAPPELLETTI, 1999, p. 57-63; CLÈVE, 2000, p. 63-64.

cumprimento de suas leis dava-se, dentre outras, através da anulação direta da legislação local pela coroa, dos procedimentos judiciais e dos apelos ao *Privy Council*. As limitações que o governo britânico exercia sobre as colônias norte-americanas constituíam o normal exercício de seu poder, cuja autoridade não deixou de ser reconhecida por elas. Tanto que os tribunais locais, além de aplicarem o direito emanado pelo governo inglês, tinham a obrigação de declarar nulas as disposições locais que contrariassem as da metrópole.

Uma vez rompida a relação entre a Inglaterra e as colônias, não mais subsistiu a influência da soberania externa inglesa que impunha limites às leis produzidas em cada um dos Estados emancipados. Entretanto, de acordo com a reconstrução histórica de THAYER, o povo “substituíra” o lugar ocupado pela *great britain*, de forma que se tornou o dono de sua própria soberania. Em alguns desses Estados, a exemplo de Connecticut e de Rhode Island, estatutos básicos foram erigidos ao *status* de lei constitucional e, em conseqüência, por desconformidade com eles atos legislativos foram invalidados.

A nova forma de exercício do poder judicial, com parâmetro nas leis constitucionais locais, não foi universalmente aceita pelos Estados-membros da Federação, os quais consideravam tal prática anti-republicana e também contrária às respectivas Constituições e à dos Estados Unidos. Para JAMES THAYER³²⁶, a *judicial review* oferecia grande risco à autoridade primária confiada às leis, já que o freqüente questionamento das normas em juízo abalaria a presunção de validade que corre em favor delas. Além disso, retiraria do Poder Legislativo ampla margem de deliberação sobre as questões afetas à comunidade, a qual, regida por leis democráticas, deve

³²⁶ Cf. THAYER, 1893-1894, p. 136 e 142.

exercer seu direito de escolha através dos legítimos representantes, e não dos seus juízes.

E qual seria o problema com essa transposição decisória das questões da comunidade? A resposta não é trabalhada diretamente por JAMES THAYER, embora tenha, implicitamente, admitido existir a dificuldade, que reside no caráter contramajoritário da *judicial review*. Na linha da premissa aqui assumida, as normas que regulam a vida da comunidade são aquelas objeto do discurso de justificação, o qual envolve os mais diversos tipos de questões. A legitimidade, portanto, dessas normas encontra-se na racionalidade do processo discursivo da formação da opinião e da vontade política, que contou presumivelmente com a participação de todos os cidadãos, simultaneamente autores e destinatários das normas. Logo, se a *judicial review* não se releva apta a manter a capacidade de autodeterminação dos cidadãos, conseqüentemente surge a dificuldade contramajoritária que a ela se opõe, conforme denominada por ALEXANDER BICKEL.

Para o professor da Universidade de Yale³²⁷, a raiz da dificuldade com a *judicial review* é sua força contramajoritária. A *counter-majoritarian difficulty* decorre do fato de que a declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo, pela Suprema Corte, priva a manifestação da vontade dos representantes do povo, aqui e agora considerado. A *judicial review* exerce controle não em favor da vontade da maioria da sociedade, mas contra ela. ALEXANDER BICKEL³²⁸ acredita que, além do poder de revisão sobre atos dos Poderes Legislativo e Executivo, há outra dificuldade crucial que permeia a *judicial review*. Trata-se da séria tendência ao enfraquecimento do processo democrático ao longo do tempo, na medida em que a “correção” dos atos legislativos sempre vem de fora (extrinsecamente), ocasionando a perda de experiência política pela

³²⁷ Cf. BICKEL, 1986, p. 16-17.

³²⁸ Cf. BICKEL, 1986, p. 21-23.

sociedade, de educação moral e de estímulo de luta por corrigir tais atos pelos caminhos ordinários (político). Aproximando-se de JAMES THAYER, conclui que a *judicial review* sempre traz consigo um sério mal (*serious evil*) à Democracia.

Essas críticas, contudo, são posteriores ao momento em que a prática da *judicial review* se consolidara nos Estados Unidos. Torna-se preciso, por ora, retroceder à discussão teórica que fundamentou as premissas do controle de constitucionalidade e que, ainda hoje, são admitidas praticamente como dogmas.

Mencionou-se a influência que a experiência política norte-americana, na época pré-revolucionária, exerceu na prática judicial que culminou com a consagração do modelo judicialista, ao longo dos anos. Antes mesmo da sanção da Constituição norte-americana, à luz das Constituições estaduais, algumas supremas cortes estaduais já anulavam atos legislativos, por ofensa à norma constitucional³²⁹.

Dessa forma, o debate em torno da expressa adoção da *judicial review* pela Constituição norte-americana não poderia deixar de ter existido. Embora muitos dos documentos referentes aos trabalhos na Convenção tenham sido perdidos, os *federalist papers* legaram à posteridade rico relato sobre os argumentos na defesa do controle judicial³³⁰. JAMES MADISON³³¹ concentrou suas cujas reflexões sobretudo nos

³²⁹ Cf. THAYER, 1893-1894, p. 136 e 142; FARBER, 2003, p. 421 e ss; SCHWARTZ, 1993, p. 7-11. BERNARD SCHWARTZ narra que, durante o período revolucionário, os americanos fundamentavam seus respectivos direitos nas leis inglesas, que tinham o condão de anular qualquer ato expropriatório. Enquanto os direitos individuais não eram protegidos pelas leis locais, sempre esteve presente forte ameaça de violação. A proteção reclamada, finalmente, adviria com as Constituições estaduais escritas, após o rompimento do vínculo com a “pátria mãe”. No entanto, a simples positivação não se faria suficiente para a efetivação dos direitos insculpidos nas Constituições; a *judicial review* emerge como instrumento último para assegurá-los. Destaca que a primeira vez, no período pré-Constituição, em que ocorreu o controle judicial foi em New Jersey, em 1780, no caso *HOLMES v. WALTON*, situação na qual a lei impunha pena de perdimento das propriedades, mediante decisão do júri composto por seis integrantes, na hipótese de tráfico.

³³⁰ Segundo ROBERT BURT (2000, p. 84-85), os artigos federalistas constituem fontes oficiais de revelação da intenção dos fundadores, revestindo-se de suma importância na deflagração da concepção que cada um dos fundadores tinha na convenção.

³³¹ Cf. HAMILTON, MADISON and JAY, 1999, *Federalist n.º 10*, p. 45 e ss. MADISON definia facção como grupo majoritário ou minoritário de todos os cidadãos que estavam unidos e mobilizados em busca de algum impulso de paixão ou de interesse comum, contrário aos direitos dos demais cidadãos ou aos interesses permanentes e conjuntos da comunidade.

modos de conter as tendências “facciosas” das maiorias que, no calor das paixões, representavam uma ameaça para as minorias, a fim de assegurar igual poder de influência no sistema político entre os setores majoritário e minoritário³³².

Diferentemente se houve ALEXANDER HAMILTON, que procurou definir as atribuições do Poder Judiciário, no que tange à Constituição. No *Federalist n.º 78*, HAMILTON defendeu que seria uma necessidade inerente ao sistema democrático conferir a juízes imparciais a proteção dos direitos da minoria contra o poder opressivo da maioria, a qual se forma ao sabor de conjunturas particulares e paixões momentâneas e rapidamente toma forma e inova perigosamente nos rumos do governo³³³. A Suprema Corte norte-americana seria o centro de autoridade dentro do governo e, como tal, estaria investida da atribuição de declarar nulas todas as leis contrárias à Constituição. Sua tese, entretanto, teria de suplantar a discussão sobre se o poder de invalidar normas implicaria superioridade hierárquica do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo e, correlatamente, se não constituiria forma transversa de desvirtuamento da vontade popular.

Sem resposta não ficaram seus críticos³³⁴. Para HAMILTON, o Poder Judiciário é sempre o menos perigoso para os direitos políticos consagrados na Constituição (*the judiciary will always be the least dangerous of the political rights of the Constitution*), já que não tem controle sobre a espada, sobre a força, nem sobre o

³³² Ao contrário do que se possa imaginar, consoante historia ROBERT BURT (2000, p. 91 e ss), MADISON esteve muito mais ocupado com as questões referentes ao desenho geral da estrutura constitucional do que, propriamente, com a formulação do controle judicial, a respeito do qual se encontram apenas breves referências, nos *papers* por ele escritos. Tanto que, no *Federalist n.º 50*, ele propõe um tipo de “consultas periódicas” (*periodical appeals*) para prevenir e corrigir infrações à Constituição, realizadas por um tribunal regularmente constituído que se reuniria periodicamente, com a finalidade exclusiva de fazer cumprir a Constituição, sem, contudo, modificá-la (HAMILTON, MADISON and JAY, 1999, *Federalist n.º 50*, p. 285-288; BURT, 2000, p. 95).

³³³ Cf. HAMILTON, MADISON and JAY, 1999, *Federalist n.º 78*, p. 435-437. Ver também: BURT, 2000, p. 86.

³³⁴ Para mais detida análise do tema, veja-se: BURT, 2000, p. 61 e ss.

dinheiro da sociedade³³⁵. Quando anula um estatuto com fundamento na Constituição, não se sobrepõe ao Poder Legislativo, mas, antes, está a assegurar a prevalência da vontade e do poder do povo, estampados na Constituição, que é superior a qualquer dos Poderes.

Conquanto não tenha sido expressamente acolhida no texto constitucional, a tese de HAMILTON foi consagrada nos fundamentos da célebre decisão de *MARBURY v. MADISON*, em 1803, proferida pelo *chief justice* JOHN MARSHALL³³⁶. A propósito, ROBERTO GARGARELLA³³⁷ retratou com argúcia o contexto em que fora proferida tão marcante decisão, dando especial relevo à força dos argumentos que a justificaram:

A argumentação apresentada por Hamilton foi logo retomada pelo juiz Marshall, na citada opinião ‘Marshall v. Madison’, para dizer que ‘há somente duas alternativas demasiado claras para serem discutidas, ou a Constituição controla qualquer lei contrária a ela, ou a Legislatura pode alterar a Constituição mediante uma lei ordinária’, e terminar defendendo a necessidade do controle judicial sobre as leis inconstitucionais. Esse tipo de justificação, desde então, passou a constituir uma das mais sólidas e difundidas defesas do controle judicial, já que em qualquer país onde se aceita a revisão judicial das leis, recorre-se a princípios similares aos sustentados por Hamilton, e logo por Marshall, porque quando se pretende o ‘autogoverno do povo’, e se pretende manter inviolada a autoridade do povo – vontade enraizada na Constituição –, está-se requerendo um órgão capacitado para revisar a validade das leis.

Mesmo com toda elaboração teórica favorável à *judicial review*, fortes críticas não se fizeram cessar quanto à falta de legitimidade do Poder Judiciário, órgão não democraticamente eleito cujas decisões produzem grande repercussão na vida de toda a comunidade política. Como visto³³⁸, o conflito entre Democracia e

³³⁵ HAMILTON, MADISON and JAY, 1999, *Federalist n.º 78*, p. 433.

³³⁶ USA. *MARBURY v. MADISON*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

³³⁷ GARGARELLA, 1996, p. 53.

³³⁸ No Capítulo III, viu-se que a disputa hermenêutica entre o originalismo e não-originalismo surgiu com a finalidade de conter a expansão do poder da Suprema Corte e evitar a judicialização da política, obstando-se o auto-entendimento dos cidadãos como criadores das leis a que eles próprios estão obrigados.

constitucionalismo acirrou-se, porque, na crescente assunção de importância e atribuições das cortes constitucionais, o Poder Judiciário começou a chocar-se com as funções que normalmente são atribuíveis ao Poder Legislativo. Mais ainda em países como o Brasil, onde se adotou o sistema de controle abstrato de constitucionalidade, pois, nele, é forte a probabilidade de ocorrer sobreposição entre os discursos de justificação e de aplicação, o que aumenta a tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário³³⁹.

De fato, mesmo com as teorias da interpretação constitucional que se construíram ao longo da evolução do direito constitucional, mesmo com as teorias da autocontenção judicial, todas com o objetivo comum de preservar o justo equilíbrio entre os Poderes, a *judicial review* enfrenta a objeção de que desvirtuaria os parâmetros em que se funda o Estado Democrático de Direito³⁴⁰. Era inevitável a crítica de que os juízes, ao confrontarem os atos normativos com o texto da Constituição, acabariam por impor seus próprios valores em detrimento dos valores discutidos e eleitos pelo povo, através de seus legítimos representantes³⁴¹. As decisões da Suprema Corte norte-americana vinham caracterizando-se marcadamente pelo conteúdo substantivo, sobretudo a partir da virada do século XX em que havia imperado a doutrina econômica do *laissez faire*, com base na interpretação da cláusula do devido processo legal³⁴².

³³⁹ É no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato de normas que HABERMAS (2001a, p. 313-316) percebe a intensificação do conflito entre as funções do tribunal constitucional e do legislador democraticamente legitimado.

³⁴⁰ BICKEL (1986, p. 17-18) é categórico: “Mas nada, dentro das maiores complexidades e perplexidades do sistema, que a ciência política moderna tenha realizado com admirável e engenhoso trabalho, e alguns dos quais têm tendido a multiplicar com uma fertilidade que ultrapassa o mero zelo do descobridor, nada nessas complexidades pode alterar a realidade essencial segundo a qual a *judicial review* é uma instituição desviante na democracia americana”.

³⁴¹ Pueril, outrossim, a alternativa encontrada por alguns juristas de caracterizar a *judicial review* como simplório exame de compatibilidade entre a norma constitucional e a infraconstitucional questionada (THAYER, 1893-1894, p. 138); a decisão de (in)constitucionalidade seria singelo ato destituído de maiores conseqüências políticas. Essa ponderação, segundo HABERMAS (2001a, p. 258), está associada ao princípio da separação dos poderes, a partir da ideologia liberal.

³⁴² Cf. MELLO, 2004, p. 38. É de se destacar o período denominado “Era LOCHNER” como um dos mais negros da história da Suprema Corte norte-americana. Sobre a Era LOCHNER, veja-se: SCHWARTZ, 1993, p. 190-202.

Por outro lado, a conquista do constitucionalismo, que servia de substrato para o proferimento dessas decisões, e a concepção da Constituição como norma fundamental e suprema no marco do Estado de Direito não poderiam ser olvidadas. É imprescindível amarrar numa estrutura estatal sólida e eficiente as duas concepções da Democracia e do constitucionalismo. A questão, contudo, é: como?

JOHN HART ELY, um dos mais consagrados constitucionalistas norte-americanos, legou valiosa contribuição para o estudo do controle de constitucionalidade, ao tentar equacionar Constituição e Democracia, dentro do arranjo institucional e da prática judicial de seu país³⁴³. Inaugurou aquilo que FRANK MICHELMAN³⁴⁴ denominou ser o primeiro “giro procedimentalista” na teoria constitucional.

JOHN HART ELY³⁴⁵ percebera que a orientação doutrinária predominante na academia norte-americana era aquela que propugnava pelo poder de a Suprema Corte definir o conteúdo das disposições constitucionais abertas, impondo aos demais Poderes os valores que ela entendesse fundamentais e essenciais. Partindo de uma postura em certo sentido originalista³⁴⁶, porque centrada em profunda análise das disposições constitucionais positivadas no texto constitucional, de 17 de setembro de 1787, bem como em posteriores emendas, ELY³⁴⁷ sustenta que a Constituição não pretendeu estabelecer qualquer ideologia governamental ou preservar qualquer conjunto específico

³⁴³ Em suas próprias palavras, JOHN HART ELY (2002, p. 101-102) professava: “(...) a orientação que reforça a representação cujo contorno tenho buscado e pretendo desenvolver adiante não é inconsistente com, mas ao contrário, confere completo suporte ao sistema americano de Democracia representativa. Ela reconhece a inaceitabilidade da tese segundo a qual juizes indicados e vitalícios refletem melhor os valores convencionais do que os representantes eleitos, dedicando-se, a sua vez, a controlar os mecanismos através dos quais o sistema busca garantir que os nossos representantes, efetivamente, nos representem.”

³⁴⁴ Cf. MICHELMAN, 2000, p. 63 e ss.

³⁴⁵ Cf. ELY, 2002, p. 43 e ss.

³⁴⁶ Cf. ELY, 2002, p. 12-13. Quanto à possível rotulação de sua teoria, ELY respondeu: “Se a posição que se recomenda é propriamente considerada como uma forma de interpretativismo ou, ainda, é mais confortavelmente descrita como situada em algum lugar entre uma abordagem interpretativista ou não interpretativista, isso é uma questão que parece sem resposta e sem importância”. Sobre a feição originalista de ELY, confira: BREST, 1980-1981, p. 1089 e p. 1092.

³⁴⁷ Cf. ELY, 2002, p. 88-104.

de valores substanciais³⁴⁸. Sua função, definitivamente, não seria a de imprimir conteúdo substantivo às disposições constitucionais abertas ou de assegurar valores fundamentais fixados pelos *founders*. Ao contrário, em sua visão, as normas constitucionais estabelecem uma espécie de estrutura durável para a contínua resolução das disputas políticas (*durable structure for the ongoing resolution of policy disputes*). Elas detêm natureza procedimental; são destinadas quase que totalmente às estruturas de governo. Mesmo aquelas que, à primeira vista, denotem conteúdo substantivo, em verdade, estão concernidas ao processo. Destarte, ELY esboça uma concepção procedimental de Constituição compatível com a Democracia, de forma a garantir o processo democrático e a participação popular na tomada de decisões³⁴⁹.

A Suprema Corte, nessa nova perspectiva, deveria atuar como “árbitro” (*outsider*) com o escopo de assegurar a representação popular (*representation-reinforcing*) na Democracia, porquanto aos representantes do povo é que cabe decidir as questões fundamentais da vida em comunidade³⁵⁰. JOHN HART ELY, então, fundamenta o controle de constitucionalidade a partir da concepção de Democracia representativa. Com isso, a função judicial fica restrita à garantia dos direitos de participação no processo político, contribuindo para que os interesses de todas as pessoas sejam representados e para que haja igual consideração de cada um deles. A *judicial review* teria, ainda, a finalidade de assegurar a não discriminação da minoria pela força

³⁴⁸ Para melhor compreensão de sua proposta, ELY (2002, p. 75-77) recomenda a leitura da ontológica *footnote* n.º 4 da decisão, proferida pelo *justice* HARLAN STONE, no caso *UNITED STATES v. CAROLINE PRODUCTS CO*, em 1938. Nela, estava assentado que o tribunal deveria, sempre, intervir para proteger, de um lado, o bom funcionamento do sistema democrático, especialmente para manter abertos os canais de participação e de comunicação política e, de outro, as minorias insulares e discretas (*discrete and insular minorities*), que podem ser prejudicadas pelas maiorias opressoras, especialmente nas leis relacionadas à religião, nacionalidade e raça.

³⁴⁹ Cf. MELLO, 2004, p. 39-42. CLÁUDIO MELLO resume bem a postura de ELY ao destacar: “Ely realiza um minucioso exame do texto original da Constituição de 1787 e de suas emendas para tentar demonstrar que os constituintes tiveram sempre em mente estabelecer princípios e direitos que facilitassem a participação popular e aprimorassem o regime democrático”.

³⁵⁰ Cf. ELY, 2002, p. 88 e p. 103.

opressora da maioria, permitindo-se que o interesse de ambas seja igualmente considerado³⁵¹.

No entanto, a proposta de JOHN HART ELY chegou ao ponto que ele próprio pretendia contornar: o juiz não se limita à função de árbitro do processo político e decide sobre valores fundamentais. Mesmo assim, a análise ora empreendida deve ter seqüência e procurar esclarecer as limitações da teoria de ELY, preparando o caminho a ser trilhado por HABERMAS na segunda virada procedimentalista. Dois são os pontos cuja dissecação interessa. Um reside na meta perseguida pela formulação de ELY (direito de não ser discriminado). Já o outro, o principal, relaciona-se com a assunção do pressuposto tomado – Democracia representativa –, que remonta às noções de teoria política trabalhadas pelos Federalistas, especialmente por JAMES MADISON.

No exame da proposta de JOHN HART ELY, VÍCTOR FERRERES COMELLA³⁵² afirma que, em princípio, nenhum problema há em proteger os direitos de participação: o juiz como árbitro do processo político não protege valor fundamental, mas promove o funcionamento do processo democrático. No entanto, ao arvorar-se da atribuição de policiar a não discriminação das pessoas, fatalmente, os juízes transcenderiam o papel de mero árbitro. Com efeito, ELY oferece a interpretação procedimental do direito a não ser discriminado, isto é, sugere que esse direito propõe-se única e exclusivamente a que não se menosprezem os interesses de certos grupos de pessoas durante o processo legislativo. Se os interesses de certos grupos forem menosprezados ou desconsiderados, as leis resultantes terão ofendido o princípio da igualdade.

Para JOHN HART ELY, a situação em que há, com maior probabilidade, o risco de prejudicar determinados grupos, dá-se quando estão em jogo os interesses das

³⁵¹ Cf. COMELLA, 1997, p. 55 e ss.

³⁵² Cf. COMELLA, 1997, p. 58-68.

chamadas “minorias discretas e insulares” (*discrete and insular minorities*)³⁵³. Tais minorias, por serem menos influentes no processo de decisão, estão mais suscetíveis aos desmandos da maioria, de cujos objetivos divergem completamente em muitos aspectos. Para ELY, ao se criarem as leis é plenamente compreensível que o grupo minoritário que recuse unir-se politicamente ao majoritário venha a sofrer com as “classificações suspeitosas” (*suspicious classifications*) realizadas pelo legislador. Nessas hipóteses, elas merecem “elevada atenção judicial” (*heightened judicial solicitude*), convidando os juízes a imporem um teste muito estrito, “escrutínio rígido” (*special scrutiny*)³⁵⁴ sobre as leis instituidoras dessas classificações, a fim de aferir se a desigualdade estabelecida pela maioria se justifica ou se acarreta algum prejuízo injusto à minoria³⁵⁵.

Só que, conforme observou criticamente VÍCTOR FERRERES COMELLA, a fórmula “minorias insulares e discretas” de ELY contém uma incompletude intransponível. Ao analisar as razões que ensejaram a classificação suspeitosa, realizando o teste estrito de constitucionalidade³⁵⁶, o juiz necessariamente ingressa no campo das valorações sobre questões substantivas, extrapolando seu papel de “árbitro” do processo político. Em consequência, conforme observa PAUL BREST³⁵⁷, à vista dessas mesmas considerações, o modelo neutral converte-se num modelo de valores ou

³⁵³ As “minorias discretas e insulares” não são definidas claramente por JOHN HART ELY. De toda forma, *discrete* significa que a minoria é identificável com facilidade, é autônoma, a exemplo dos negros em uma sociedade majoritariamente branca. *Insular* significa que ela tende a se unir ou se manter unida, formando um conjunto isolado. Em continuação, explica ELY (2002, p. 151-153), retomando a decisão do *justice* STONE, que a idéia subjacente a tal noção relaciona-se com a complexidade pluralista por meio da qual as minorias interagem para proteger seus interesses, moldando a sociedade, e mesmo assim o sistema de “pactos de defesa mútua” (*system of “mutual defense pacts”*), recorrentemente, mostra-se inefetivo. É preciso, através dessa perspectiva, identificar os grupos na sociedade cujos desejos e necessidades os representantes eleitos não tenham aparente interesse em atender.

³⁵⁴ Cf. ELY, 2002, p. 145-148. Para além dos motivos declarados da classificação suspeitosa e dos objetivos alcançados, o *special scrutiny* autoriza o juiz a perquirir sobre a efetiva relação de razoabilidade e necessidade entre a classificação (suspeitosa) e o objetivo perseguido. Assim, através desse juízo estrito deverá constatar-se se está presente um objetivo substancial e se a classificação se ajusta inequivocamente ao objetivo proclamado.

³⁵⁵ Cf. COMELLA, 1997, p. 60-63.

³⁵⁶ O teste estrito (*strict scrutiny*) significa que a lei ou ato do governo que discrimine minorias, para ser constitucional, deve basear-se em um interesse público muito forte (*compelling governmental interest*), não podendo o mesmo objetivo ser alcançado por outros meios.

³⁵⁷ Cf. BREST, 1980-1981, p. 1064-1065 e p. 1093-1095.

numa teoria da decisão judicial sobre direitos fundamentais (*fundamental rights adjudication*).

Foi mencionado, também, que o principal obstáculo, no que concerne à sugestão de JOHN HART ELY, reside na concepção pluralista de Democracia representativa, que para alguns se afigura implausível³⁵⁸. Ou seja, diz respeito aos pressupostos assumidos na implementação do modelo processual de interpretação da Constituição e de controle de constitucionalidade.

Segundo ROBERTO GARGARELLA³⁵⁹, ao desenvolver o modelo de Constituição procedimental, ELY admite válida a regra da maioria, ao mesmo tempo em que reconhece sua falibilidade, que deriva do caráter auto-interessado dos representantes e do risco de eles oprimirem parcelas mais desfavorecidas da sociedade. Essa noção, cuja base reside na concepção pluralista de Democracia representativa, remonta às teses desenvolvidas por JAMES MADISON. A idéia central de MADISON propunha uma espécie de prevenção contra a tirania de certo grupo na sociedade e o desejo de lograr um equilíbrio entre os segmentos sociais majoritários e minoritários: esse era o “dilema madisoniano”. ELY, por sua vez, objetivara assegurar uma Democracia representativa estável, na qual todos os afetados pela decisão tivessem a possibilidade de expressar seu próprio ponto de vista. Contudo, GARGARELLA, endossando a crítica de CASS SUNSTEIN, nega que o sistema norte-americano deva ser considerado como um sistema pluralista de grupos de interesses, no qual os tribunais devam assumir o papel de árbitro político a fim de manter as condições políticas de equilíbrio. Nessa linha, ROBERTO GARGARELLA dá seqüência a seu raciocínio, identificando cada uma das vulnerabilidades do modelo democrático de ELY³⁶⁰.

³⁵⁸ Cf.: GARGARELLA, 1996, p. 148; COMELLA, 1997, p. 65-68.

³⁵⁹ Cf. GARGARELLA, 1996, p. 153 e ss.

³⁶⁰ Cf. GARGARELLA, 1996, p. 155-172.

O pluralismo, tal qual concebido no sistema da Democracia representativa, pretende um tipo de estabilidade política: evitar que o grupo dominante exerça opressão sobre os demais ou sobre determinada minoria³⁶¹. Mas a suposta preservação desse equilíbrio é que tem de ser questionada. Conforme já visto, na concepção da Democracia deliberativa, não importa que haja o equilíbrio entre grupos de interesses ou de pessoas; o que efetivamente se torna necessário é dar prevalência à deliberação pública, ao processo de comunicação, ao melhor argumento. Então, manter-se almejado equilíbrio político, independentemente da valoração dos interesses em jogo, parece, em último grau, uma conduta não racional, até porque pode ofuscar os impulsos reivindicativos, discursiva e legitimamente construídos no seio da sociedade.

Essa concepção não se preocupa tanto em assegurar as idéias mais justas ou em fazer com que as decisões sejam consentidas por todos os futuros envolvidos. O que leva a crer que a postura subjacente à linha teórica de JOHN HART ELY está mais preocupada com a expressão de distintas preferências das classes sociais do que com o

³⁶¹ ROBERTO GARGARELLA (1996, p. 156) critica ELY porque a opção dele não corresponderia à escolha mais adequada para promover a igualdade. E explica: a visão pluralista de Democracia de ELY é insatisfatória e contraditória, pois se preocupa mais em impedir o predomínio de uns grupos sobre outros do que em assegurar o predomínio das idéias mais justas ou valiosas. A fim de manter um justo equilíbrio entre os grupos majoritários e minoritários, ela fixa um tratamento discriminatório já que os interesses majoritários passarão a ter menos peso do que os demais. O fato de que os argumentos de cada um dos grupos tenham sido do conhecimento público ou que não tenham sido arbitrariamente excluídos da conversação não é tão importante quanto a busca do hipotético equilíbrio entre as classes. Cabe destacar aqui, porém, que MADISON (HAMILTON, MADISON and JAY, 1999, *Federalist n.º 10*, p. 45-52) entendia a sociedade norte-americana sob a mira de um tradicional dualismo: o grupo dos proprietários e credores e o dos menos favorecidos, que integraria o grupo majoritário, cuja tendência facciosa deveria ser contida. Nesse sentido, é bastante pertinente a advertência de GARGARELLA (1996, p. 33-34): “Ali [nas discussões constituintes norte-americanas do século XVIII], quando se falava de ‘minorias’ se estava fazendo referência a um, e somente a um, dos possíveis grupos minoritários da sociedade: o grupo dos ‘credores’, ou grandes proprietários. Claramente, ademais, não se estava falando de um grupo sem ‘poder’ efetivo, mas do núcleo dos mais favorecidos da sociedade”. Com efeito, a teoria política de MADISON foi concebida no momento em que a população, praticando com mais intensidade a cidadania, pôde exercer maior influência nas legislaturas locais e tentar modificar o *status quo*. Nesse contexto, muitos dos interesses dos grandes proprietários de terras foram contrariados e sua situação privilegiada estava fortemente ameaçada, o que mobilizou os teóricos de então a forjarem teorias (elitistas e conservadoras), a fim de defender dita minoria. Vale ressaltar que o viés elitista da Democracia madisoniana não passou despercebido por ROBERT DAHL (*apud* GARGARELLA, 1996, p. 34): “a forma de argumentar madisoniana subministrou uma satisfatória e persuasiva ideologia, destinada a proteger as minorias com riqueza, status e poder, que desconfiavam de seus mais encarniçados inimigos – os artesãos e fazendeiros inferiores em riqueza, status e poder que – segundo ele – constituíam as maiorias populares”.

conteúdo mesmo de cada uma das pretensões surgidas em meio aos debates, necessidades e interesses latentes na esfera pública. Isso quer dizer que há uma errônea vinculação de pretensões e interesses distintos a diferentes grupos. Essas pretensões, a sua vez, têm-se por dadas e naturalmente imbricadas a certo grupo, que permanecem “congelados” em suas aspirações. Dá-se praticamente uma identificação física entre grupos e interesses. Não interessa tanto que os pontos de vista de cada um sejam de conhecimento de todos, que venham ou não a ser arbitrariamente excluídos da discussão pública ou que sejam exaustivamente discutidos. Enfim, essa postura não confere a devida atenção à reflexão pública para construção racional do consenso na sociedade, através do processo comunicativo de formação da opinião e da vontade política.

Eis que o caminho para a segunda “virada procedimentalista” da teoria constitucional e do controle de constitucionalidade está preparado.

2. A SEGUNDA “VIRADA PROCEDIMENTALISTA” NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

FRANK MICHELMAN³⁶² acredita que o segundo giro procedimentalista veio para suprir a insuficiência do primeiro, lançado por JOHN HART ELY. Segundo MICHELMAN, ELY não enfrentou a questão de por que não deixar ao processo democrático decidir os princípios da democracia e suas aplicações? Por que as questões consideradas democráticas são decididas extrademocriticamente, tendo em conta a importância moral e prática que possuem para os membros da população? Além do mais, a teoria de ELY não possui qualquer pretensão universalista, sendo integralmente ancorada na Constituição e na prática judicial norte-americanas. Em consequência,

³⁶² Cf. MICHELMAN, 2000, p. 63-64.

ficaria difícil pensá-la dentro da experiência democrática de outros países³⁶³. Essa lacuna, entretanto, será preenchida pela teoria de HABERMAS, como se verá a seguir³⁶⁴.

HABERMAS trouxe decisiva contribuição para a teoria do direito, ao publicar, em 1992, *Facticidad y Validez*. Conferindo sistematicidade a sua concepção de direito, pôde desenvolver, em acordo com os pressupostos discursivos assumidos, profunda e sólida teoria da Democracia, com repercussões na filosofia política, sociologia, direito constitucional, dentre outros ramos do conhecimento. Como visto, uma das tensões que sempre acompanhou o direito constitucional, como também a filosofia política, é aquela protagonizada pela Democracia e pelo constitucionalismo. E esse tema não poderia passar à margem da análise habermasiana. No Capítulo VI de sua obra, HABERMAS tece profundas considerações sobre a relação entre a Democracia e o controle de constitucionalidade. Mesmo assim, permanece difícil identificar, com precisão, os desdobramentos práticos de sua teoria, já que está muito mais envolvida com a filosofia política do que propriamente com o direito constitucional. Em outras palavras, HABERMAS não esclarece as dúvidas quanto aos limites do controle de constitucionalidade³⁶⁵, embora sinalize com relevantes diretrizes.

Não se podem olvidar, ao exame das considerações habermasianas quanto ao controle de constitucionalidade, todos os pressupostos tomados pelo filósofo alemão. Ao longo desta dissertação, insistiu-se em que pensar o controle de constitucionalidade e o papel que deve exercer o tribunal constitucional exige, antes de tudo, pensar sobre a caracterização do Estado de Direito e da Constituição.

³⁶³ Cf. MELLO, 2004, p. 42 e ss.

³⁶⁴ É interessante observar que HABERMAS não opera uma radical ruptura com o procedimentalismo de ELY. Ao contrário, ambas as teorias, que partem de modelos de Democracia distintos (representativa e deliberativa) guardam, em comum, alguns pontos de contato. A propósito, ver: GARGARELLA, 1996, p. 161-172; HABERMAS, 2001a, p. 336 e ss.

³⁶⁵ Em igual sentido, é a observação de CLÁUDIO ARI MELLO (2004, p. 49) e LUIS PRIETO SANCHÍS (2003, p. 160-162). Por sua vez, BERNHARD SCHLINK (1996, p. 1231-1238), em ácida crítica, ironiza a proposta de HABERMAS: ser o papel do tribunal constitucional proteger o sistema de direitos, que asseguram igualmente as autonomias pública e privada, é uma conclusão tão geral e vaga que não traz nenhuma contribuição relevante aos problemas atuais da jurisdição constitucional.

HABERMAS³⁶⁶, concordando com JOHN HART ELY, descarta a leitura da Constituição como um ordenamento jurídico consagrador de valores concretos, impondo à sociedade certa forma de vida. A Constituição, antes, institui procedimentos políticos com base nos quais os cidadãos vêm-se aptos a exercer seus direitos de autodeterminação, permitindo-se-lhes levar adiante o projeto de estabelecer formas justas de vida. Por instituir condições procedimentais da gênese democrática das leis, a Constituição se autolegitima e legitima todo o direito estabelecido; e não, por ser um conjunto de normas que positiva uma ordem de valores compartilhados por toda a sociedade. De outra forma, não se poderia conceber a legitimidade das normas constitucionais em relação às gerações futuras, que – calçando os sapatos dos constituintes – participam da reconstrução crítica do conteúdo das normas constitucionais, tornando-se a um só tempo destinatários e autores da Constituição.

É fundamental, destarte, perceber que HABERMAS³⁶⁷ opõe-se à compreensão paternalista da jurisdição constitucional³⁶⁸, a qual advém, em grande medida, do receio dos juristas em relação à irracionalidade dos discursos legislativos de justificação, que seriam vinculados às lutas pelo poder e às opiniões majoritárias determinadas por emoções e paixões. *Há certo entendimento de base segundo o qual existiria maior racionalidade nas decisões judiciais (discursos de aplicação) do que das decisões políticas (discursos de justificação)*. Entretanto, já se demonstrou no Capítulo II que, em termos normativos, a racionalidade é inerente ao processo legislativo de justificação de normas. Insistir, portanto, no argumento implica uma tentativa que peca por comparar a atividade legislativa e judicial, sob perspectivas de observação distintas:

³⁶⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 336-337.

³⁶⁷ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 339-340.

³⁶⁸ Cf. MAUS, 2000, p. 125-156.

a legislativa, à luz da faticidade das relações travadas; a judicial, mediante uma visão normativa e contrafática³⁶⁹.

No entanto, HABERMAS afasta-se de JOHN HART ELY em decorrência da concepção de Democracia adotada. Ao trabalhar com a noção de Democracia deliberativa, HABERMAS responde às questões suscitadas por MICHELMAN, ao mesmo tempo em que, mantendo a guinada procedimentalista da Constituição e do controle de constitucionalidade, pretende suprir as carências da teoria de ELY, bem como insistir na racionalidade imanente ao processo legislativo³⁷⁰.

Diferentemente do que ocorre no pluralismo da Democracia representativa, a Democracia deliberativa não se satisfaz com a mera expressão das posições de cada um dos grupos. Para além disso, a necessidade de legitimação das leis produzidas requer verdadeiros enfrentamentos das questões através do processo público de reflexão coletiva, deixando-se abertas as avenidas do debate público para o exame e para a decisão das questões essenciais à vida social sobre os interesses da comunidade. Esses conflitos que entram em colisão sem perspectiva de chegar ao consenso, de uma

³⁶⁹ Esse, aliás, parece ser o caminho enveredado por RONALD DWORKIN (1993, p. 209-233) que, ao formular teoria do direito como integridade (2003, p. 213-331), serve-se da figura do juiz ideal (perspectiva normativa), HÉRCULES, para garantir que nenhum ato legislativo venha a desconsiderar o direito à igual consideração e respeito dos indivíduos (perspectiva empírica). Sobre a forma idealmente concebida de interpretação de HÉRCULES, veja-se: DWORKIN, 1993, p. 176-208. Quanto à teoria dos direitos de DWORKIN, a crítica de HABERMAS (2001a, p. 283 e ss) recai, sobretudo, em dois aspectos: o caráter ideal de HÉRCULES e o caráter monológico do processo de decisão judicial, sem a presença de qualquer diálogo.

³⁷⁰ O próprio HABERMAS (2001a, p. 340) reconhece que seu exame sobre a justiça procedimental merece análises e uma teoria democrática bem mais aprofundadas do que as utilizadas por ELY, como pano de fundo do projeto procedimentalista. Além do mais, o procedimentalismo do controle de constitucionalidade funda-se na necessidade de descarregar a atividade judicial da orientação por princípios de procedência moral e ética, de acordo com a cética leitura que ELY tem da atividade dos tribunais (2001a, p. 337). Grande dificuldade que enfrenta a teoria de ELY está em restringir seu objeto aos processos políticos de tomada de decisão (regra da maioria, normas parlamentares regulamentares, leis eleitorais etc.), sem, contudo, conferir a devida importância às condições normativas de formação discursiva da vontade. HABERMAS (2001a, p. 561), em seguida, desenvolve as razões de sua assertiva: “Quanto ao mais, a formação intraparlamentar da vontade somente constitui um pequeno segmento da vida pública. A qualidade racional do processo de produção legislativa não só depende de como trabalham no Parlamento as maiorias eleitas e as minorias eleitas. Depende também do nível de participação e do nível de formação dos participantes, do grau de informação e da clareza e nitidez com que no seio da opinião pública se quedam articuladas as questões de que se trate, em uma palavra: do caráter discursivo da formação não institucionalizada da opinião no espaço público político”.

maneira ou de outra, terminam institucionalizados em leis válidas, que gozam de presunção de racionalidade e de legitimidade.

Por isso, a proteção das minorias, em si mesma, não integra o núcleo central das preocupações de HABERMAS, no que tange ao controle de constitucionalidade. Importa muito mais a qualidade discursiva que as leis venham a alcançar dentro do processo comunicativo de criação de normas. Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, não há aí desconsideração pela causa da minoria. Não. Porque se a legitimação das leis flui ao sabor da qualidade da deliberação pública, isto é, da racionalidade da argumentação e da discussão em torno das questões nascidas na esfera pública (formal e informal), não é *conditio sine qua non* que os interesses atribuíveis a certos grupos minoritários prevaleçam. O que, de fato, é imprescindível, isso sim, é que todos os interesses sejam submetidos ao processo de formação da vontade, prevalecendo aquele detentor do melhor argumento, discursiva e racionalmente reconhecido³⁷¹.

Por esse modo, é correto perceber que na teoria procedimental da Constituição, o próprio controle de constitucionalidade também dá uma giro em termos de teoria da Democracia, o que ocasiona a apreciação da relação Democracia e constitucionalismo sob novas perspectivas. A exemplo de JOHN HART ELY, HABERMAS encontra um caminho por meio do qual a jurisdição constitucional não põe em xeque o postulado democrático do Estado de Direito, mas, antes, constitui mecanismo de promoção e preservação desse pilar.

Como é que se institucionalizaria e funcionaria, sob a visão democrática e procedimental, o controle de constitucionalidade?

³⁷¹ Conforme visto no Capítulo I, na situação ideal do discurso, cada interesse constitui uma pretensão de validade. Somente a partir do teste de universalização, uma pretensão de validade universalizável, reconhecidamente considerada, discutida e consentida por todos (ou pela maioria) atingirá o *status* de norma válida e obrigatória, com presunção de racionalidade e legitimidade.

Antes de adentrar na caracterização do controle de constitucionalidade em HABERMAS, é preciso ter em mente a distinção comumente realizada entre o controle difuso (ou concreto) e o controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade³⁷², embora para alguns estudiosos essa diferenciação, cada vez mais, perca sua razão de ser³⁷³. Grosso modo, o primeiro se caracteriza pelo fato de o controle de constitucionalidade realizar-se incidentalmente no curso da relação processual, em que está em jogo lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo de uma das partes envolvidas. Isto é, afere-se a constitucionalidade da lei com base em sua incidência no caso concreto em discussão. Conseqüência lógica, os efeitos da decisão judicial restringem-se às partes litigantes; não acarretam a revogação da lei, a qual tão-somente deixa de ser aplicada ao caso específico. Ao passo que no controle abstrato, a fiscalização da constitucionalidade é independente de qualquer caso concreto, realiza-se em tese sem referência a qualquer situação concreta da vida. Os efeitos da decisão se impõem contra todos; as leis objeto da censura por inconstitucionalidade são expurgadas do ordenamento jurídico, não mais a ele pertencendo³⁷⁴.

Conforme ressaltado anteriormente, HABERMAS dedica especial atenção ao controle abstrato da constitucionalidade, pois, nele, é que as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário se estremecem mais delicadamente, no que tange à teoria da divisão dos poderes³⁷⁵. Tanto que HABERMAS³⁷⁶ não só admite as outras

³⁷² A depender do critério escolhido, várias são as classificações dos tipos de controle existente. Entre outros, confira: CAPPELLETTI, 1999, p. 101-124; CLÈVE, 2000, p. 91-270; BONAVIDES, 1998, p. 272-310; MENDES, 1990, p. 194-272. No Brasil, os termos *difuso*, *concreto*, *incidental* (ou *prejudicial*) e *subjetivo*, de um lado, e *concentrado*, *abstrato*, *principal* (ou *por ação*) e *objetivo*, de outro, tendem a designar apenas dois modos distintos de controle: o primeiro é o exercido por todos os juízes em qualquer grau (controle difuso); o segundo é praticado exclusiva e originariamente pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado).

³⁷³ Cf.: MENDES, 2004b, p. 5-31; SEGADO, 2003, p. 55-82. Pela validade da distinção, entre outros, ver: SANCHÍS, 2003, p. 158-170. Essa distinção será melhor examinada no Item 4 deste capítulo.

³⁷⁴ Sobre os conceitos de “pertinência” e “validade” das normas jurídicas, confira: NEVES, 1988, p. 42-45.

³⁷⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 313. ANDRÁS SAJÓS (1996, p. 1198-1199) adverte que a ênfase dada, no pós-guerra, à proteção dos direitos e ao desejo de constitucionalizar a política resultou no controle abstrato de normas. O resultado atual da performance dos tribunais constitucionais, entretanto, foi além

formas de controle de constitucionalidade praticadas na Alemanha³⁷⁷, como também as reputa essenciais à preservação da coerência da ordem jurídica. Revela-se, a partir dessa perspectiva, que a ausência do caso concreto retira da prestação jurisdicional todos os elementos fáticos inovadores que, à luz do contexto de apreciação judicial, fariam com que as razões e os fundamentos (válidos *prima facie*) legitimados no processo de justificação política das normas viessem a ser livremente dispostos pelo Poder Judiciário, que desenvolveria uma atividade legislativa implícita. A passagem, a seguir, clareia o receio de usurpação de atribuições institucionais³⁷⁸:

A circunstância de que o Tribunal Constitucional, do mesmo modo que o legislador político, fiquem vinculados ‘às disposições procedimentais da Constituição’ não significa uma equiparação entre poder judicial e poder legislativo, entendida em termos de competitividade. Ao Tribunal Constitucional as razões legitimadoras que têm que tomar sobre a Constituição lhe vêm dadas desde a perspectiva da aplicação do direito, e não desde a perspectiva de um legislador que há de interpretar, desenvolver e dar forma ao sistema dos direitos ao perseguir suas próprias políticas. O Tribunal desata e volta a atar o feixe de razões com as quais o legislador legitima suas resoluções, com o fim de mobilizá-las em favor de uma decisão coerente do caso particular, que concorda com os princípios jurídicos vigentes; mas não pode dispor dessas razões de sorte que sirvam a uma interpretação, desenvolvimento e configuração do sistema dos direitos dependentes diretamente do Tribunal e, portanto, a uma atividade legislativa implícita.

da divisão harmônica e interdependente dos poderes e tem perpetuado um estado latente de confrontação com o Poder Legislativo, motivo por que o controle abstrato de constitucionalidade tem a característica intrínseca de afrontar a soberania legislativa.

³⁷⁶ HABERMAS (2001a, p. 313) sabe que muitas das funções cumpridas pelo tribunal constitucional convergem para sua (auto)compreensão como intérprete último da Constituição. No entanto, deixa revelar certo incômodo com a concentração de todas essas atribuições em uma única instituição.

³⁷⁷ Sobre o modelo alemão de controle de constitucionalidade, veja-se: MENDES, 2004a; FAVOREU, 1994, p. 63-84; LANDFRIED, 1995, p. 307-324; HÄBERLE, 2001, p. 33-48; WEBER, 1998, p. 53-88. De acordo com a Lei de 1952, que instituiu o Tribunal Federal Constitucional alemão, existem três procedimentos de fiscalização da constitucionalidade das leis: o primeiro é aquele em que os tribunais, uma vez suscitada a controvérsia sobre a constitucionalidade da lei, suspendem o processo e provocam a manifestação do Tribunal Constitucional Federal sobre a inconstitucionalidade da questão de fundo que, decidida, vincula todos os demais órgãos (controle concreto); o segundo dá-se através do recurso constitucional, em que cada cidadão tem o direito público-subjetivo de recorrer diretamente ao tribunal constitucional sob a alegação de haver sofrido uma violação a direito fundamental ou equiparável, por parte do poder público (controle concreto); por fim, o último modo de controle de constitucionalidade é o exercido através de ação direta (controle abstrato).

³⁷⁸ HABERMAS, 2001a, p. 335.

HABERMAS³⁷⁹, de fato, parece manifestar-se contrariamente ao controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo tribunal constitucional. Na orientação sedimentada pela lógica da teoria do discurso, seria atribuição própria do Poder Legislativo dizer se determinada lei é constitucional (ou não) ou se contradiria (ou não) o desenvolvimento consistente do sistema de direitos; isto é, o controle abstrato de constitucionalidade seria realizado pelo próprio Poder Legislativo. Seria necessário configurar auto-reflexivamente o parlamento, dotando-o de capacidade de autocontrole de sua própria atividade, mediante, por exemplo, a institucionalização de uma comissão parlamentar, que também seria composta por juristas. O controle abstrato, sem referência a uma controvérsia concreta, constitui típica função pertencente ao Poder Legislativo e, por isso mesmo, ainda que em um segundo nível de exame, essa função por ele deveria ser exercida.

Contudo, HABERMAS³⁸⁰ se vê obrigado, por “razões pragmáticas e político-jurídicas”, a admitir que o controle abstrato, em princípio função afeta ao Poder Legislativo, pode ser atribuído ao tribunal constitucional, se limitado ao marco da revisão das leis e à revogação de normas e que não imponha encargos ao legislador. Nessa conjectura, o controle abstrato de constitucionalidade deve direcionar-se – conforme se extrai dos pressupostos assumidos – à garantia das condições de gênese do processo democrático legítimo. O controle abstrato da constitucionalidade, segundo HABERMAS, tem por objetivo a guarda do sistema de direitos que possibilita o exercício das autonomias pública e privada. A clássica tripartição e interdependência dos poderes, tributável à tradição do pensamento liberal (LOCKE e MONTESQUIEU)³⁸¹, não

³⁷⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 313-316.

³⁸⁰ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 335-337. Em verdade, HABERMAS (2001, p. 335) afirma que, nessas condições, poder-se-ia falar em “favor da distribuição institucional de competências que se dá na República Federal da Alemanha e nos Estados Unidos”.

³⁸¹ A evolução da teoria liberal da separação dos poderes de LOCKE e MONTESQUIEU encontra-se bem retratada por MARCUS FARO DE CASTRO (2005, p. 43-65).

mais se amoldaria para justificar e até mesmo criticar a concepção discursiva³⁸², que redistribui as funções institucionais dos poderes dentro do Estado de Direito³⁸³. O controle de constitucionalidade, bem assim a Constituição, envolve mais do que a simples proteção dos direitos subjetivos; impõe muito mais do que um não-fazer ao Estado em relação ao indivíduo. No atual arranjo de fluxos comunicativos e de circulação do poder, a autonomia privada é posta em risco pelo poder econômico e social, e sua primazia depende do modo pelo qual os cidadãos podem exercer seus direitos de comunicação e de participação. Destarte, o controle abstrato deve promover o exame do conteúdo das normas em conexão com os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo democrático de sua produção.

Nessa linha, ANDRÁS SAJÓS³⁸⁴ desenvolve seu argumento sobre o papel da jurisdição constitucional, à luz do princípio do discurso. A fim de que o direito continue o projeto de modernidade regulando legitimamente as condutas humanas, o autor defende que o controle de constitucionalidade deve oportunizar a abertura da rede de discursos para e pela esfera pública. Assim, o tribunal constitucional deve preservar as condições necessárias para permitir que as decisões e as opções formadas na esfera pública prevaleçam politicamente. Essa postura confere forte potencial à jurisdição constitucional na qualidade de protetora da continuidade do discurso social e de promotora da participação pública, além de contribuir para gerar sua própria aceitabilidade social e legitimidade e para reforçar o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos.

³⁸² Cf. SAJÓS, 1996, p. 1211-1212.

³⁸³ Essa advertência, certamente, deve ser entendida em toda sua extensão, principalmente porque, ainda hoje, o controle de constitucionalidade é justificado pela necessidade de proteção dos direitos da minoria, numa concepção teórica que moldou pensadores como MADISON e HAMILTON, na Convenção da Filadélfia.

³⁸⁴ Cf. SAJÓS, 1996, p. 1223-1229.

Na salvaguarda das condições de gênese do processo democrático de formação e de criação das leis, o tribunal constitucional tem um papel restrito³⁸⁵, o que lhe acarreta certa ambigüidade³⁸⁶. Mas a restrição a um controle procedimental não implica uma jurisdição constitucional passiva³⁸⁷. Pelo contrário, no marco da Constituição procedimental, em que se consubstancia o sistema de direitos no qual se faz valer a conexão interna das autonomias pública e privada, uma jurisprudência ofensiva seria, mais do que admissível, normativamente requerida no que tange ao procedimento democrático e à forma deliberativa da formação da opinião e da vontade política.

Com essa pauta, o tribunal constitucional não pode arvorar-se da condição de “um regente que ocupa o lugar do sucessor no trono em face da menor idade deste”³⁸⁸. É preciso ter bem claro que a jurisdição constitucional procedimental não coloca o tribunal constitucional na função de estar, permanentemente, definindo e dizendo o significado das normas constitucionais. O tribunal deve adotar o papel de “tutor” da cidadania emancipada de intérpretes da Constituição, à luz do olhar crítico do espaço público-jurídico politizado. Deve, enfim, preservar a participação pública no processo de especificação das normas constitucionais, de forma que as questões surgidas e discutidas no espaço público, atingindo os foros formais de discussão e produção legislativa, não venham a ser vulneradas em sua autoridade e legitimidade. Especialmente ao tratar dos casos essencialmente controvertidos, em que o papel do

³⁸⁵ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 525 e p. 354.

³⁸⁶ Cf. SAJÓS, 1996, p. 1227. A ambigüidade se caracteriza em razão de que, a depender das circunstâncias presentes e do contexto apresentado, a jurisdição constitucional tanto pode propiciar a participação da esfera pública na tomada das decisões, quanto pode funcionar como instrumento inibidor do poder comunicativo, ao excluir a esfera pública da participação do processo de deliberação mediante a sobreposição discursiva (judicialização da política).

³⁸⁷ É oportuno lembrar que JOHN HART ELY formulou sua teoria procedimental do controle de constitucionalidade durante o período da Corte WARREN, apontada como a Corte mais ativista de todos os tempos nos Estados Unidos. A teoria de ELY, antes de opor-se ao ativismo judicial da Corte, vem justificá-lo e legitimá-lo.

³⁸⁸ HABERMAS, 2001a, p. 354.

tribunal constitucional, na jurisdição constitucional abstrata, deve ser exercido com mais cautela ainda. Esse tema será objeto de enfrentamento no próximo item.

3. OS CASOS CONTROVERTIDOS, A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DAS LEIS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO GIRO PROCEDIMENTALISTA

É nas questões altamente controversas que as normas jurídicas, num paradoxo apenas aparente, parecem deter maior legitimidade democrática. Porque, consoante visto no Capítulo I, justamente nessas questões é que o consenso se torna mais difícil de ser alcançado, haja vista as diferentes concepções de cada um dos envolvidos na situação de fala, de cultura, de religião, enfim, os choques de mundos de vida de cada cidadão, de interesses e de necessidades. No entanto, a qualidade da discussão que se trava, em razão da natureza mesma da deliberação, desperta o interesse popular que se faz ecoar pelos canais de comunicação no interior da sociedade.

Dessa forma, normas que disciplinem a prática do aborto, a eutanásia, a clonagem, a eugenia ou a instituição de tributos, sem dúvida, estimulam a discussão pública com muito maior intensidade do que outras leis que tratem de atividades meramente rotineiras da vida pública e privada. Não se poderia comparar, por exemplo, a repercussão social de suposta lei a proibir a prática do aborto em toda e qualquer hipótese em relação a outra que viesse a aumentar o número de cargos em determinada carreira do Estado. Essa última, em princípio, não despertaria maior mobilização nacional³⁸⁹.

No paradigma procedimental do Estado do Direito, as leis se legitimam a partir do processo legislativo de deliberação pública. A legitimidade das normas advém

³⁸⁹ Cf.: HOECKE, 2001, p. 415-423; HÄBERLE, 1997, p. 45.

do processo argumentativo em que, discutidas as mais diversas razões e pretensões, prevaleça aquela detentora do melhor argumento. Mas, convém não esquecer, a legitimidade também se manifesta ancorada na qualidade argumentativa do discurso. O processo legislativo de justificação de normas desenvolve-se dentro do marco constitucional vigente, realizando e concretizando a Constituição, do mesmo modo que o processo judicial de interpretação das normas. Não se limita apenas às questões jurídicas; contempla, outrossim, as questões morais, éticas e pragmáticas. A par desses outros aspectos, considerando os anseios surgidos em meio à esfera pública, que é marcada por um contexto de descobrimento³⁹⁰, é de cogitar-se sobre pretensões que, forjadas no espaço público, podem ser formalizadas em conformidade com a Constituição.

Já no âmbito da jurisdição constitucional, o discurso judicial trilha caminhos mais estreitos. Limita-se, em princípio, às questões jurídicas. Em princípio porque, eventualmente, ao juiz será necessário reconstruir os fundamentos de justificação da norma para aplicá-la ao caso concreto³⁹¹. Presume-se, por esse modo,

³⁹⁰ Aqui se entende o sentido de “contexto de descobrimento” de que se reveste a esfera pública informal, não regulada por procedimentos, onde se formam os cidadãos portadores das opiniões, as quais transitam livre e abertamente pelas redes de espaços públicos subculturais. Tudo isso se perfaz numa forma de comunicação não restringida, em que discursos de auto-entendimento, de identidade coletiva, interpretações de interesses e necessidades fluem espontaneamente até formarem opiniões públicas informais de cujo afluxo depende a formação da opinião e da vontade política, formalmente estruturada (HABERMAS, 2001a, p. 384-385).

³⁹¹ HABERMAS (2001a, p. 335) aceita a possibilidade de reconstrução das razões das normas justificadas pelo Poder Judiciário, desde que com o objetivo de decidir o caso concreto e que não importe uma atividade legislativa implícita, pois o exercício da jurisdição não pode programar-se a si mesmo, em atenção ao “princípio da vinculação da justiça ao direito vigente” (HABERMAS, 2001a, p. 241). Evidentemente, a reconstrução, às vezes, pode incorrer em deturpação da vontade do legislador. O caso sobre a lei contra queima de bandeiras como forma de protesto ocorrido nos Estados Unidos, retratado por MARK TUSHNET (1999, p. 59-65), ilustra bem a hipótese. A Suprema Corte anulou lei do Texas que proibia a queima de bandeiras. A Suprema Corte, com base na “doutrina da liberdade de expressão” (*free speech doctrine*), considerou que o governo não poderia bani-la, ainda que veiculada de modo impactante (*communicative impact*) ou para promover algum objetivo social. Assim, a tentativa da lei do Texas de atingir dado objetivo social – o de preservar a bandeira como símbolo da unidade nacional – seria inconstitucional. No entanto, a Corte sinalizou para a possibilidade de editar-se constitucionalmente uma lei anti-queima, desde que destinada a preservar a “integridade física da bandeira”, porquanto não teria qualquer relação com a restrição à liberdade de fala. Consultados diversos constitucionalistas, inclusive os de orientação liberal, e limitando-se aos parâmetros definidos pela decisão da Suprema Corte, foi editada nova lei a fim de proteger a integridade física, tipificando-se as condutas de mutilar, desfigurar,

ser o parlamento o lugar mais apropriado para o tratamento normativo dos problemas e das divergências surgidos no interior da sociedade, dada a riqueza dos argumentos em trânsito, em busca da formação racional do consenso sobre os mais diversos aspectos do mundo da vida³⁹².

Nas hipóteses das questões essencialmente controvertidas, começam a surgir os embates entre as forças antagônicas de cada participante do discurso que, na defesa legítima de seus interesses, objetivam ver suas pretensões de verdade universalmente validadas. Só que o discurso de justificação, que chega a termo com a finalização do processo legislativo, nem sempre angaria o consenso por parte de todos os envolvidos. Observe-se que – para solver o impasse – o processo legislativo é institucionalizado com a adoção do princípio majoritário (regra da maioria)³⁹³, em face das necessidades cotidianas em resolver os conflitos sociais com urgência. A sociedade não pode discutir temas indefinidamente; há uma necessidade institucional de decidir. Não obstante, a presunção de racionalidade do processo legislativo não é afetada, porque tais limitações associam-se com o caráter discursivo do processo³⁹⁴. Os pressupostos que configuram a situação ideal de fala permanecem indenés: todos os

manchar ou queimar a bandeira dos Estados Unidos. Chegando novamente o caso à Suprema Corte, escrevendo pela maioria, o *justice* WILLIAM BRENNAN considerou-a inconstitucional. Admitiu que o ato protegeria sim a integridade física da bandeira, mas a verdadeira razão dele não era tornar em algo especial uma bandeira como “pedaço de pano”, e sim a de que o governo ainda pretendia preservar a bandeira como símbolo da nação. A real intenção do governo, portanto, segundo a Corte, estaria relacionada com a liberdade de fala. Esse é apenas um dos casos em que TUSHNET ilustra como o Judiciário *se projeta (judicial overhang)* sobre o Congresso e a sociedade, distorcendo os objetivos perseguidos por estes, fazendo inculir-lhes outros diferentes daqueles efetivamente almejados. Situação similar ocorreu no Brasil. Até a edição da Emenda Constitucional n.º 20, de 1998, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a cobrança da contribuição de seguridade social sobre os proventos dos servidores públicos inativos e pensionistas. Com as substanciais modificações da ordem vigente, entendeu a aquela corte que não mais subsistia a matriz constitucional para legitimar tal exação (ADI n.º 2.010-2 MC/DF, em especial o voto do relator, Min. CELSO DE MELLO). Editada a Emenda Constitucional n.º 41, de 2003, para introduzir a matriz constitucional judicialmente reclamada, o Min. CELSO DE MELLO, afastando-se da posição assumida, sustentou sua inconstitucionalidade ao argumento de que ela teria vulnerado a intangibilidade do direito adquirido e o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais.

³⁹² Por esse motivo, VICTOR FERRERES COMELLA (1997, p. 165 e ss) aponta a maior racionalidade (“epistêmica”) do discurso legislativo fundado na regra da maioria, sob o ponto de vista epistêmico, porque no processo democrático os participantes têm direito à voz e ao voto.

³⁹³ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 247 e ss.

³⁹⁴ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 316-317.

sujeitos participam do discurso; todos podem problematizar ou manifestar qualquer afirmação, ou ainda expressar seus pontos de vistas, desejos e necessidades; ninguém deve sofrer qualquer espécie de coerção³⁹⁵. Além do mais, aqueles derrotados no processo legislativo possuem o direito de a qualquer momento trazer à tona as questões suscitadas e provocar nova deliberação pública sobre os temas problematizados; não são compelidos a modificar suas próprias convicções, mas apenas a aceitar factualmente o resultado, dada a concordância com o procedimento adotado³⁹⁶.

O contexto em que, consoante HABERMAS³⁹⁷, a racionalidade procedimental confere legitimidade às decisões políticas, mediante o procedimento adotado (“legitimidade pelo procedimento”), faz a atenção do estudioso, mais uma vez, retornar ao problema da *judicialização da política*: nos casos polêmicos, interpretações possíveis e contraditórias entre si das normas constitucionais porão em concorrência os discursos legislativo de justificação e judicial de aplicação. Com isso, dada a própria configuração do Estado Democrático de Direito e os parâmetros em que se funda, quer-se afirmar que deve ser dada preferência à vontade popular, a qual se presume melhor conduzida e expressada pelo Poder Legislativo. Como visto, o parlamento é muito mais sensível aos apelos populares, além de constituir o ambiente natural de represamento onde desembocam os fluxos comunicativos surgidos na esfera pública informal.

No controle de constitucionalidade, a deferência ao legislador parece ser o corolário inarredável no contexto do Estado Democrático de Direito. Se a legitimidade advém da racionalidade procedimental, a lei por si só goza de forte

³⁹⁵ Cf. MÍLOVIC, 2002, p. 273.

³⁹⁶ Assim, permite-se gerar a circularidade que confere legitimidade ao direito, à proporção que a discussão dos temas relevantes não tem um ponto final. A qualquer momento tais assuntos podem voltar ao debate público. Nessa linha, expressa-se HABERMAS (2001a, p. 197): “mas o surgimento da legitimidade a partir da legalidade só pode aparecer como paradoxo sob a premissa de que o sistema jurídico há de ser representado como um processo circular que retorna recursivamente sobre si mesmo e se legitima a si mesmo”. Por isso, justifica-se a preocupação com o caráter das decisões do Supremo Tribunal Federal que, auto-revestidas de definitividade, interferem fortemente na circulação legitimadora e na crítica do sistema jurídico.

³⁹⁷ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 316-317.

presunção de validade, impondo-se, desde já, obrigatoriamente a todos. Importante objeção, entretanto, pode ser oposta a essa afirmação: ela partiria da falsa premissa de que a vontade parlamentar refletiria, fielmente, a vontade popular. Em outras palavras, haveria verdadeira identificação entre o Congresso e o povo; entre a vontade parlamentar e a vontade popular. Essa crítica, porém, não tomaria os delineamentos aqui trabalhados dentro do paradigma procedimental do Estado de Direito.

No Item 4 do Capítulo I, viu-se que a rede comunicativa corporificada na esfera pública tem o condão de conferir legitimidade às normas jurídicas, em função do alto grau de influência que exerce na formação da vontade política institucionalizada. É ainda certo que os fluxos de comunicação gerados na esfera pública também moldam os discursos produzidos na esfera do Poder Judiciário³⁹⁸, porém esses fluxos não atuam da mesma forma e com o mesmo poder quanto ao Poder Judiciário e aos tribunais constitucionais, em especial.

Embora não haja identificação entre a vontade parlamentar e a vontade popular, o Poder Legislativo, por sua própria configuração, está muito mais sensível aos clamores que perpassam a esfera pública. O parlamento, ainda, é o Poder com melhor capacidade para refletir e consagrar as pretensões surgidas na sociedade. Confrontando a performance da jurisdição constitucional com a do parlamento, quanto à abertura à esfera pública, ANDRÁS SAJÓ³⁹⁹ afirma que os tribunais constitucionais não se importam tanto com a esfera pública nem a consideram com o devido grau de relevância, até porque não têm o dever de fazê-lo. Já o processo legislativo permite-se mais intensamente ao poder e à influência da esfera pública, onde se descobrem os problemas da sociedade⁴⁰⁰. As respostas legislativas, assim, determinam-se primariamente pelos interesses e pelas crenças dos mais diversos participantes do processo legislativo. Ou

³⁹⁸ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 443.

³⁹⁹ Cf. SAJÓS, 1996, p. 1224.

⁴⁰⁰ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 365-366.

seja, o Poder Legislativo reveste-se de maior aptidão democrática e capacidade na condução da vontade dos cidadãos, motivo por que seus atos normativos gozam de elevada dignidade democrática.

Segundo PETER HÄBERLE⁴⁰¹, o legislador, na qualidade de intérprete da Constituição, distingue-se qualitativamente do juiz constitucional em função dos “espaços” de atuação diversamente limitados. Em sua visão, o legislador sofre duas espécies de controle. O “controle técnico”, exercido pelo tribunal constitucional, e o “controle não-técnico”, realizado por meio das eleições, pela capacidade de sustentação das coalizações e pelo processo interno de formação da vontade político-partidária. Já o juiz constitucional não sofre qualquer espécie de controle técnico. Sua atuação é, de certa forma, “regulada” pelo espaço público. Mas não no sentido que se lhe vem emprestando. No caso dos juízes constitucionais, o espaço público exerce um controle fraco, porque limitado à própria concepção profissional, à sua socialização na ciência do direito constitucional e à expectativa de conduta profissional a que se encontram submetidos. Assim, o caráter legitimador que exerce a esfera pública na formação da vontade política pouca ou quase nenhuma importância possui na elaboração das decisões judiciais.

Retoma-se a idéia inicial dos intérpretes da Constituição e da pretensa hegemonia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Os parlamentares são, por igual, dela intérpretes⁴⁰². Muitas vezes, a vontade formada no Parlamento, com base numa determinada interpretação constitucional, é tachada inconstitucional pelo Poder Judiciário. O que, em princípio, não passaria de uma simples função de controle e de guarda da Constituição pode muito bem representar algum distúrbio aos postulados democráticos do Estado de Direito. Porque em temas extremamente controversos será

⁴⁰¹ Cf. HÄBERLE, 1997, p. 26.

⁴⁰² Cf. HÄBERLE, 1997, p. 25.

pouco provável chegar-se ao *consenso* em torno de uma *única interpretação correta*, do ponto de vista jurídico⁴⁰³. O direito, particularmente as normas constitucionais, enquanto fenômeno lingüisticamente estruturado, não comporta uma transmissão de sentidos unívocos e precisos. Em se tratando de temas polêmicos, a legitimidade da norma não se limita a uma questão (exclusivamente) jurídica⁴⁰⁴, pois, em virtude da natureza mesma do tema discutido, o argumento jurídico se prestará tanto à expulsão do comando normativo, ao declará-lo inconstitucional, quanto ao reconhecimento de sua constitucionalidade. E, como visto (Capítulo II), afora outros tipos de questões (éticas, pragmáticas e morais) que ingressam nos discursos de fundamentação das normas, sua constitucionalidade e legitimidade está mais além da dimensão semântica; a qualidade dos argumentos associa-se à dimensão pragmática do processo de fundamentação para conferir às leis e à interpretação constitucional a coerência exigida em termos de Estado Democrático de Direito.

No fundo, a decisão do tribunal constitucional não será técnico-jurídica, porque lançará mão de outros argumentos para formar-se, passando a deduzir os mesmos argumentos que, em função da distribuição discursiva dos poderes, deveriam estar adstritos ao Poder Legislativo. Por isso, em tais hipóteses, adverte PETER HÄBERLE⁴⁰⁵, os tribunais deverão ser extremamente cautelosos na aferição da legitimidade das decisões do legislador democrático, sobretudo naquelas matérias que

⁴⁰³ A sua vez, HABERMAS incorpora à sua concepção a teoria do direito de DWORKIN, segundo a qual para qualquer caso difícil existe apenas uma única decisão correta. No entanto, lança mão da tese da “única decisão correta” apenas como “ideal regulativo” (2001a, p. 297); sob a perspectiva dos participantes, não admitir tal possibilidade significaria incorrer em contradição performativa, pois não faria sentido o ingresso das pessoas numa situação de fala para chegar ao consenso (HABERMAS, 2002b, p. 314-326). Entretanto, HABERMAS (2001a, p. 293-301) concebe a única resposta correta num sentido muito menos exigente do que o de DWORKIN: “a idéia regulativa de uma ‘única decisão correta’ para cada caso não pode ser elucidada com a ajuda de uma teoria em sentido forte” (p. 298). É dizer, ela não só é desejável como performativamente necessária, mas deve ser associada à falibilidade do processo de aprendizagem, que se insere no procedimento argumentativo de busca cooperativa da verdade.

⁴⁰⁴ O sentido emprestado ao termo *questão jurídica* refere-se à metódica da hermenêutica constitucional circunscrita à dimensão semântica do discurso, conforme discutido no Capítulo III, Item 2.

⁴⁰⁵ Cf. HÄBERLE, 1997, p. 44-45.

despertam grande interesse da opinião pública. É que, nelas, certamente, a esfera pública deverá ter tido tamanha influência na processo de criação da norma jurídica que, além de ser válida (legalidade), a lei nova revestir-se-á de legitimidade. É necessário, pois, render deferência à “dignidade democrática da lei”⁴⁰⁶ e à própria racionalidade e legitimidade do processo legislativo⁴⁰⁷. A inconstitucionalidade só deve ser declarada pelo tribunal constitucional se a norma resultante do processo legislativo de justificação é fruto de interpretação jurídica não discursivamente fundamentada. Isto é, se todas as questões subjacentes à lei, que se controvertem juridicamente, não foram devidamente contempladas no discurso de justificação, de forma que a inconstitucionalidade deflagrada pelo tribunal constitucional não houvera sido considerada no âmbito legislativo. A falta de discussão em torno da compatibilidade da pretensão normativa com a Constituição é que pode acarretar a situação de violação constitucional⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Cf. COMELLA, 1997, p. 36-37. O constitucionalista espanhol VÍCTOR F. COMELLA (1997, p. 141) reitera a necessidade de se respeitarem os postulados democráticos de um Estado. Defende que a “presunção da constitucionalidade da lei” só poderá ser afastada com base em argumentação convincente, em que, efetivamente, reste demonstrada a incompatibilidade da norma infraconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não pode dar-se em uma “zona de penumbra”. Não havendo certeza sobre a validade ou não da lei, isto é, a persistir a dúvida sobre a “correta” interpretação, deve-se prestar deferência à vontade do legislador – *in dubio pro legislatore*.

⁴⁰⁷ No direito constitucional norte-americano, notabilizou-se a teoria da interpretação constitucional proposta por JAMES THAYER. Contra a tendência expansionista do Judiciário, sobretudo aquela que se ia anunciando nos Estados Unidos através das supremas cortes estaduais, a proposta de THAYER (1893-1894, p. 144-149) esteava como *standard* para declaração de inconstitucionalidade que a lei passasse por um teste de inconstitucionalidade. Não bastaria que a norma contivesse um simples erro (*merely mistake*), e sim um erro tão claro (*very clear one*) que não suscitasse qualquer dúvida razoável (*reasonable doubt*) quanto à sua inconstitucionalidade a quem quer que se detivesse no exame da questão, a qualquer homem razoável. A invalidação da lei democraticamente promulgada só se justificaria na hipótese de se tratar de ato manifestamente inconstitucional (*manifestly unconstitutional*). Essa era a forma de preservar a autoridade e respeitabilidade das leis editadas pelo Parlamento, já que o freqüente questionamento, inevitavelmente, tende a retirar a presunção de legitimidade das leis, além de atingir a competência do Legislativo em determinar preliminarmente as questões constitucionais (1893-1894, p. 135-136 e 142). Embora MARK TUSHNET (2003b, p. 2798-2801) revele que, atualmente, nos Estados Unidos, poucas são as evidências da repercussão da tese de JAMES THAYER, acredita-se que sua proposta representa um tímido passo em direção à necessidade de abertura da Constituição, ou seja, de evitar a monopolização da Constituição pelo Poder Judiciário, bem como de consolidar a autoridade do parlamento e, em última instância, do povo. Observe-se que, de certa forma, a intenção de THAYER era conter a já ameaçadora intervenção judicial nos assuntos afetos ao Poder Legislativo.

⁴⁰⁸ Nesse contexto, é válido lembrar a inclusão, em projetos de leis, de dispositivos legais totalmente estranhos ao seu conteúdo, conforme anunciado em sua ementa. Tal prática se destina à aprovação de certas disposições legais sem *chamar muita atenção do público e dos próprios parlamentares*, em geral porque se destinam a institucionalizar situações jurídicas incompatíveis com a Constituição. Um bom exemplo é trazido por LEONARDO AUGUSTO DE A. BARBOSA (2005, p. 198-199) sobre a Medida

Por isso, HABERMAS defende o controle abstrato de constitucionalidade pelo tribunal constitucional em conexão com as condições democráticas de formação da vontade política. Protege-se o sistema de direitos que possibilita o exercício das autonomias pública e privada do cidadão. Na passagem a seguir, HABERMAS⁴⁰⁹, sinteticamente, resume o papel da jurisdição constitucional:

Daí que o Tribunal Constitucional haja de submeter o exame do conteúdo das normas controvertidas em conexão, sobretudo, com os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo democrático de produção de normas.

Não deverá a corte constitucional arvorar-se da missão de regente de uma sociedade que não atingiu sua maioria ou, ainda, de guardiã republicana de supostos valores éticos coletivamente compartilhados⁴¹⁰. Nesse sentido, ratificando posição anterior quanto ao controle abstrato de constitucionalidade vinculado às condições de gênese do processo democrático de formação da vontade política, afirma HABERMAS⁴¹¹ que, somente por esse modo, o tribunal não assumiria o papel de legislador e, principalmente, seria assegurada a todos a participação no processo político, consagrando-se o respeito e o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos:

O tribunal não devia aceitar a demanda, e haver deixado a decisão política ao legislador, se é que o Tribunal Constitucional, conforme a uma compreensão procedimental de nossa ordem jurídica, há de entender-se a si mesmo como protetor de um processo de legislação democrática, é dizer, como protetor de um processo de posição ou criação democrática do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função do Tribunal é vigiar por que se respeitem os procedimentos democráticos para a

Provisória n.º 125, em cuja ementa se lê: “Institui no Brasil o Sistema de Certificação do Processo de Kimberley - SCPK, relativo à exportação e à importação de diamantes brutos, e dá outras providências”. Nas “outras providências”, adverte, encontrava-se um dispositivo que modificava a Lei federal n.º 10.684, de 30 de maio de 2003, para prorrogar o prazo de parcelamento de dívidas tributárias em até cento e oitenta prestações. É inequívoco que tais práticas legislativas não se reconduzem ao exercício da autonomia jurídica dos cidadãos e devem ser combatidas pela jurisdição constitucional, através de ação direta.

⁴⁰⁹ HABERMAS, 2001a, p. 337.

⁴¹⁰ Cf. MAUS, 2000, p. 125-156.

⁴¹¹ HABERMAS, 2000, p. 103.

formação da opinião e da vontade política do tipo inclusivo, é dizer, na qual todos podem intervir, sem assumir ele mesmo o papel do legislador político.

No entanto, quanto ao controle abstrato de constitucionalidade em relação aos casos difíceis, sua posição evidencia-se um pouco mais esclarecida em entrevista na qual analisa a repercussão de *Facticidad y Validez* e elucida alguns pontos mal-entendidos da obra. Nessa oportunidade, HABERMAS⁴¹² comentou a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que declarara inconstitucional a lei regulamentadora da prática do aborto, e, sem tomar partido quanto ao conteúdo mesmo da decisão, discordou desse posicionamento sob o argumento de que *o Tribunal não respeitara a intensa discussão pública travada no seio da sociedade alemã*, por quase quatro anos, deflagrando-se o fenômeno da *judicialização da política*:

No que concerne à judicialização da política, o Tribunal Constitucional desempenha, certamente, um desafortunado papel na medida em que exerce funções de uma espécie de legislador lateral. O tribunal não deveria confundir a Constituição com uma 'ordem concreta de valores' e, nos procedimentos de controle de normas, deveria limitar-se a, no essencial, vigiar que a produção do direito haja tido, em efeito, caráter democrático, é dizer, a vigiar que na produção legislativa se cumpram efetivamente os exigentes pressupostos normativos do processo democrático. Se nosso Tribunal Constitucional pusesse na base de suas decisões tal autocompreensão procedimentalista, não haveria podido rechaçar, por exemplo, a lei do aborto que o Parlamento havia aprovado com uma convincente maioria que abarcara a todos os grupos parlamentares, sob uma exaustiva preparação discursiva no espaço público político e sob repetidas e conscientes discussões de todos os argumentos e contra-argumentos nas próprias filas, ou pelo menos não deveria rechaçá-la sem aduzir nenhuma outra classe de razões.

Na medida em que o tribunal constitucional não adstringe a fiscalização da constitucionalidade ao objetivo de assegurar as condições de gênese do processo legislativo democrático, fatalmente se confunde com uma instância preordenada a preservar suposta ordem constitucional concretizadora de valores, compartilhada por

⁴¹² HABERMAS, 2000, p. 171-172. Sobre o mesmo caso, ver: LANDFRIED, 1995, p. 307-324.

toda a sociedade. Arroga-se o tribunal no papel de legislador implícito, pondo em perigo a racionalidade da administração da justiça⁴¹³. Ao decidir sobre o conteúdo da decisão política, tomada mediante exaustivo debate público, no qual a questão dos direitos em discussão foi profundamente abordada em cotejo com o marco constitucional vigente (A Constituição contempla o direito à vida do feto? O direito à liberdade individual da gestante autoriza-a a interromper a gravidez indesejada?), o Tribunal Constitucional Federal alemão substitui-se ao legislador e, principalmente, termina por suprimir o que mais deveria proteger: as autonomias pública e privada dos cidadãos que chegaram ao consenso quanto à permissibilidade da prática do aborto. Ademais, a lei declarada inconstitucional comporta outra leitura, à luz da Constituição, segundo a qual à gestante estaria garantido o amparo constitucional.

No controle abstrato de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade das leis, conduzidas de modo suficientemente discursivo, caracteriza a hipótese de judicialização da política, consoante examinado no Capítulo II desta dissertação. Tendo em vista que o tribunal, em tal modalidade de fiscalização, declara a inconstitucionalidade com eficácia vinculante e caráter definitivo⁴¹⁴, sua decisão – que exclui do ordenamento jurídico a lei oriunda de processo discursivo de formação da vontade política – corrói a estrutura democrática do Estado, em razão de desconsiderar o efetivo exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos durante as práticas deliberativas e de fixar uma única interpretação possível do texto constitucional, ameaçando a circularidade legitimadora do direito. A não ser assim, não se teria como preservar a idoneidade do liame que identifica os cidadãos, a um só tempo, como autores e destinatários das normas jurídicas, participantes ativos da própria interpretação constitucional.

⁴¹³ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 517.

⁴¹⁴ Tal característica dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato será mais detidamente analisada no próximo item.

Em assuntos como o do aborto, que envolvem as mais profundas e mais variadas divergências dentro da sociedade, não obstante o processo racional de justificação de normas busque a formação do consenso por todos os participantes, as leis resultantes podem não contar com o consentimento de todos. Mas se presumem racionais e legítimas, porque a qualidade discursiva do debate associada à regra da maioria conferem às leis tais atributos; não deixam de ser legítimas por contrariarem certos interesses existentes. Dessa forma, aqueles cujos interesses forem postergados, isto é, que se considerarem derrotados no processo político da formação racional da vontade, terão para si a oportunidade de reverter o conteúdo decisório da lei na próxima rodada, através dos canais políticos pertinentes. O mundo da vida não se fecha para a discussão de novas e a rediscussão de antigas questões, latentes no seio da sociedade⁴¹⁵. Ao passo que a decisão judicial engessa a disciplina do tema sob o estrito argumento da inconstitucionalidade (questão jurídica), quando, em verdade, o cerne da contenda transborda e muito o aspecto jurídico (questões morais, éticas, pragmáticas).

Com isso, no giro procedimentalista que a Constituição lhe impõe, a postura do tribunal constitucional é de contenção, especialmente ao lidar com as questões altamente controversas. É preciso prestar grande deferência à vontade popular traduzida, presumivelmente, através da edição das leis. Então, nos casos de grande divergência jurídica em torno da constitucionalidade da lei, o tribunal constitucional deve reconhecer e respeitar a racionalidade inerente ao processo discursivo de formação da vontade política, a fim de oportunizar a efetivação das autonomias pública e privada. Ao tribunal, cabe não só render homenagem à dignidade democrática da lei, mas preservá-la para que a presunção de legitimidade permaneça inabalada. É objeto de antigo diagnóstico por JAMES THAYER⁴¹⁶ o de que a constante impugnação judicial das

⁴¹⁵ Cf.: HABERMAS, 2002b, p. 308 e ss; NEVES, 2001a, p. 111-163.

⁴¹⁶ Cf. THAYER, 1893-1894, p. 142.

leis atinge fortemente sua autoridade, além de inibir o desenvolvimento da capacidade moral de autodeterminação do povo.

Certo ponto necessita, ainda, de alguma consideração. Foi destacado que a legitimidade das normas jurídicas direciona-se para além da legalidade. E a legitimidade está intrinsecamente relacionada com a discursividade do processo de formação da vontade. As leis são legítimas porque os cidadãos participaram e influenciaram no processo legislativo de discussão. Em conseqüência, eles se sentem – ao mesmo tempo – autores e destinatários das normas.

No entanto, qual seria a alternativa para o cidadão que não vislumbrasse legitimidade ou, pior, entendesse lesado em seus direitos a partir do consenso firmado em torno de um caso controverso⁴¹⁷? Essa pergunta, *mutatis mutandis*, seria equivalente àquela formulada no contexto da democracia representativa segundo a qual como é que se protegeriam as minorias das maiorias tidas por tirânicas.

No Capítulo I, ao se trazerem os pressupostos necessários à convivência entre os cidadãos pelo meio do direito, dentro da compreensão procedimental do Estado de Direito, frisou-se que, entre eles, figurava a acionabilidade dos direitos. Existe a necessidade de se institucionalizarem procedimentos jurídicos a fim de possibilitar a cada pessoa que se sinta afetada em seus direitos fazer valer suas pretensões⁴¹⁸. Eis, aí, precisamente, o caminho pelo qual cada cidadão que se sentir ferido em seus direitos deverá procurar para resgatar a legitimidade das leis, sem desvirtuar a racionalidade do processo legislativo democrático de formação das leis ou acarretar a indevida judicialização da política.

Em outras palavras, o controle difuso de constitucionalidade apresenta-se como o mais apropriado, na estrutura procedimental do Estado, à satisfação das

⁴¹⁷ No limite, HABERMAS (2001a, p. 464 e ss) admite os atos de desobediência civil, alternativa essa que não guarda pertinência com o objeto da presente investigação.

⁴¹⁸ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 188-197.

condições das autonomias pública e privada⁴¹⁹. Uma vez editada a lei conforme o processo racional de formação discursiva, presume-se a legitimidade da norma. A respeitabilidade ao processo legislativo que a originou e, em sentido mais amplo, ao processo político de formação da opinião e da vontade política, impõe aos derrotados o dever de observarem as leis criadas. HABERMAS⁴²⁰ é categórico ao declarar que “a racionalidade procedimental que se atribui a ela [*regra da maioria*] (associada ao caráter discursivo dos aconselhamentos precedentes) confere força legitimadora às decisões da maioria”. Conforme discutido no Item 5 do Capítulo I, não se exige dos que não tiveram suas pretensões atendidas nessa oportunidade modificarem suas convicções pessoais para aceitarem o resultado obtido através do processo racional. O que se há de estabelecer é o respeito às leis e ao seu processo de formação, em nome da racionalidade procedimental. Em compensação, os canais políticos permanecem abertos para reverter a decisão na próxima deliberação.

Resta, então, a cada pessoa o direito de resguardar o âmbito privado e o público de sua autonomia, através da via judicial. Ora, caso entenda que o liame entre autoria e destinação das normas haja sido rompido com o resultado advindo do processo político legislativo, ao cidadão cabe socorrer-se ao Poder Judiciário com o objetivo de impedir a incidência daquele comando normativo que reputa ilegítimo ou inconstitucional. Nesse estágio, inicia-se o processo discursivo de aplicação que, amoldadas as circunstâncias particulares do caso concreto, poderá chegar à conclusão de

⁴¹⁹ A defender essa perspectiva, no direito brasileiro: OLIVEIRA, 2002, p. 121-176; CARVALHO NETTO, 2001a, p. 215-232; CRUZ, 2004, p. 246 e ss; BONAVIDES, 1998, p. 294. MARCELO CATTONI DE OLIVEIRA (2002, p. 124-125) deixa entrever tal possibilidade, na passagem a seguir transcrita: “No Brasil, como nos Estados Unidos, o quadro é outro. Todo cidadão é intérprete da Constituição, qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos. (...) a decisão é o resultado do reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer. Quem desobedece uma lei por considerá-la inconstitucional não é criminoso; tem razões públicas para isso”.

⁴²⁰ HABERMAS, 2002b, p. 317.

que, naquela hipótese específica, a lei é de fato inconstitucional⁴²¹. Independentemente o que de fato importa, no que tange à interpretação constitucional, é que cada cidadão terá a oportunidade de fazer prevalecer sua própria interpretação da Constituição. Por esse modo, a interpretação constitucional abre-se à cidadania, não ficando restrita a uns poucos legitimados que, na maior parte das vezes, lançam mão do controle abstrato de constitucionalidade como forma de oposição política aos partidos majoritários⁴²².

O controle difuso de constitucionalidade, por sua vez, tem a peculiar feição de impulsionar o *status activus processualis*⁴²³, induzindo a propagação das redes de comunicação no interior da esfera pública, bem como o processo de deliberação das questões jurídico-constitucionais fundamentais por parte dos cidadãos. Tal perspectiva atende não só aos reclamos da Constituição, em sua dimensão pragmática, como também – levando os cidadãos à participação na construção do significado das normas constitucionais – oportuniza a eles o efetivo exercício de suas autonomias pública e privada, além de conferir legitimidade às leis e à interpretação constitucional.

Assim, o controle difuso assume transcendental importância no paradigma procedimental do Estado de Direito, função essa que deve complementar-se com o controle abstrato. No próximo item, em que se desenvolvem algumas das idéias aqui suscitadas, aprofundar-se-á a relação entre os controles difuso e abstrato de constitucionalidade, sinalizando-se para uma tentativa de conciliação da tensão entre Democracia e jurisdição constitucional.

⁴²¹ Aqui é interessante lembrar as lições do professor JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (1996, p. 100). Destacando que as leis são feitas para aquilo que normalmente acontece (*quod plerumque fit*), o jurista recifense assevera que é preciso distinguir a lei perfeitamente constitucional da aplicação inconstitucional da norma.

⁴²² Veja-se o Capítulo II. Por esse motivo, LUIS PRIETO SANCHÍS (2003, p. 168-169) rejeita ser o controle abstrato de constitucionalidade um instrumento de defesa do cidadão, porque ele não funciona como garantia de resguardo do indivíduo contra alguma ameaça a seu direito, no caso concreto.

⁴²³ Cf. HÄBERLE, 2002, p. 100-102.

4. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO

Já se referiu que *MARBURY vs. MADISON* representa um grande marco histórico para o direito constitucional, especialmente para o controle de constitucionalidade das leis. Teria sido essencial, insiste MAURO CAPPELLETTI⁴²⁴, à consagração do princípio da supremacia da Constituição. Fora a primeira vez em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou seu poder – com fundamento na Constituição – de invalidar leis editadas pelo Congresso⁴²⁵.

Não obstante os mais de dois séculos decorridos desde a data em que se apresentou ao mundo, ainda hoje, *MARBURY vs. MADISON* traz à tona leituras divergentes quanto ao seu significado e à sua repercussão. Na essência, a controvérsia reside em determinar se se cuida de uma decisão que inaugurou a tradição de uma prática judicial assentada na supremacia do Poder Judiciário, a qual pode ser resumida na célebre passagem do *chief justice* CHARLES EVANS HUGHES⁴²⁶, intencionalmente transcrita no idioma original: “*We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is...*”. Ou, ao revés, se se trata de caso em que se estabeleceu ser a interpretação

⁴²⁴ Cf. CAPPELLETTI, 1992, p. 47-48.

⁴²⁵ Embora não tenha sido a primeira vez em que se deixou de aplicar uma lei por inconstitucionalidade, foi o primeiro julgado em que a Suprema Corte dos Estados Unidos asseverou seu poder de recusar eficácia às leis do Congresso uma vez inconsistentes com a Constituição (TRIBE, 1988, p. 23). BERNARD SCHWARTZ (1993, p. 22-24), no entanto, destaca três importantes antecedentes da Suprema Corte norte-americana que, a rigor, não desautorizam a observação do constitucionalista LAURENCE TRIBE. Aduz que, em 1796, no caso *WARE vs HYLTON*, e, em 1798, no caso *CALDER vs. BULL*, a Suprema Corte americana exercera o poder de revisão da constitucionalidade sobre leis estaduais. E, em *HYLTON vs. UNITED STATES*, no ano de 1796, pela primeira vez, teria declarado inconstitucional lei federal instituidora de tributo, editada pelo Congresso. Entretanto, nesse caso, a Suprema Corte não enfrentou a delicada questão sobre se teria ou não o poder de revisar atos parlamentares do Congresso norte-americano. O voto do *justice* CHASE (*apud* SCHWARTZ, 1993, p. 24) reflete como a Corte se esquivara do confronto com o Poder Legislativo: “é desnecessário, nesse momento, para mim, determinar se esta Corte possui constitucionalmente o poder de declarar um ato do Congresso nulo, o qual se faz contrário e em violação à Constituição”. Assim, conforme arremata BERNARD SCHWARTZ (1993, p. 41), *MARBURY vs. MADISON* foi o primeiro caso em que a Suprema Corte estabeleceu seu poder de controlar a constitucionalidade das leis.

⁴²⁶ *Apud* MICHELMAN, 2003, p. 579.

constitucional atribuição do Poder Judiciário; porém, a interpretação judicial não se sobrepõe às demais leituras constitucionais realizadas noutros Poderes (Executivo e, em especial, Legislativo), nem as exclui. Em resumo, o cerne da questão consiste em definir a quem pertenceria a atribuição de dar a *última palavra*, em matéria constitucional⁴²⁷.

Segundo FRANK MICHELMAN⁴²⁸, a tradição constitucional norte-americana cultivou uma forte atração – não fatal, mas tampouco saudável – em torno do controle judicial: a Suprema Corte jamais cometeria um erro de interpretação. Há verdadeira convicção quanto à sua infalibilidade, justificando a excessiva autoridade a ela deferida. Essa estranha e poderosa concepção da *judicial review* decorreria do “mito” sobre o qual se assentaria quase todo o direito constitucional norte-americano, de acordo com MICHEAL PAULSEN⁴²⁹. Mito porque, desde *MARBURY*, os acadêmicos passaram a inferir que o controle de constitucionalidade corresponderia ao poder de a Suprema Corte decidir o significado da Constituição e de derrubar leis que considere inconstitucional.

E o mito continua. A *judicial review* atua na qualidade de fiscal máximo dos outros poderes governamentais, além de constituir a única instituição, sem paralelo, capaz de aprimorar as características da Democracia constitucional. Sucede que a Suprema Corte reúne em si tamanha autoridade, que sua interpretação da Constituição é considerada um dos pilares da ordem constitucional norte-americana. Mas, ao contrário dessa mitologia que envolve *MARBURY*, para MICHEAL PAULSEN, o poder do controle de

⁴²⁷ É nesse ponto crucial, numa sociedade marcada pelo pluralismo e pelo dissenso, que JEREMY WALDRON (1993, p. 31 e ss) vê a necessidade de complementar-se a teoria democrática com a teoria da autoridade. É dizer: em face de interpretações conflitantes sobre os direitos é preciso determinar quem tem o poder de decidir ou através de que processos as decisões devem ser tomadas, pois a teoria da autoridade impõe o dever de aceitar decisões das quais discordamos.

⁴²⁸ Cf. MICHELMAN, 2003, p. 579 e p. 593.

⁴²⁹ Cf. PAULSEN, 2003, p. 2706 e ss. Em tom jocoso, o professor da Universidade de Minnesota anuncia o mito: “Há muito, muito tempo atrás – 1803, para tentar ser preciso – no famoso caso *MARBURY vs. MADISON*, a Suprema Corte dos Estados Unidos criou a doutrina da *judicial review*”.

constitucionalidade jamais fora concebido por seus proponentes ou pelos defensores da Constituição como um poder de *supremacia judicial* sobre os demais Poderes ou como poder com plena exclusividade na seara da interpretação constitucional⁴³⁰.

FRANK MICHELMAN⁴³¹ demonstra que a defesa do controle de constitucionalidade não implica, de si, a assunção da supremacia judicial, ou seja, de postura excessivamente concessiva à Corte. Não se infere da *judicial review* o pressuposto de que o Presidente da República ou o Congresso estariam obrigados a, pacificamente, aceitar as teses da Suprema Corte em relação aos limites da competência de cada um dos Poderes para decidir sobre o conteúdo ou o sentido das normas constitucionais. Tampouco se extrai o dever de esses Poderes submeterem-se às decisões judiciais, cuja natureza controvertida não induz à conclusão de que a Constituição tenha reservado ao Poder Judiciário a *última palavra* em relação a elas.

Importa observar que a interpretação da Constituição não é tarefa exclusivamente reservada ao Poder Judiciário, muito menos ao tribunal constitucional. O precedente de *MARBURY vs. MADISON* contribui negativamente para disseminar a idéia em contrário, pois, a partir dele, vem-se entendendo erroneamente que a interpretação constitucional da Suprema Corte prevaleceria sobre as demais interpretações dos Poderes Executivo e Legislativo e dos demais atores sociais. Essa é uma proposta que agride diretamente a concepção de Constituição aberta e a própria função da Constituição, no paradigma procedimental do Estado de Direito, que conclama todos os cidadãos a participarem da construção do sentido das normas constitucionais (Capítulo

⁴³⁰ Mesmo se se considerar a *judicial review* uma instituição inevitável dada a necessidade de interpretação e de aplicação das normas, recomenda-o JEREMY WALDRON (1993, p. 42-43), não se deve concluir que outras instituições não detenham o mesmo poder. Outrossim, a vigência da Constituição e a supremacia constitucional não pressupõem a supremacia judicial: ambas são concepções distintas. A força normativa da Constituição há de ser concebida para além da alçada dos tribunais, isto é, a partir de uma relação sistemática entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e a própria sociedade. Nesse sentido, ver também: DUARTE et al., 2005, p. 43-50.

⁴³¹ Cf. MICHELMAN, 2003, p. 594-598.

III). Ademais, sequer pode a suposta supremacia judicial ser atribuída como consectário lógico da decisão do *chief justice* JOHN MARSHALL⁴³².

Com efeito, em exame analítico do voto de JOHN MARSHALL, MICHEAL PAULSEN⁴³³ constata que nada – seja na linguagem, seja na lógica da argumentação –, nada na Constituição norte-americana implica a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais⁴³⁴. Nada em *MARBURY* dá suporte ao moderno mito da supremacia judicial na interpretação da Constituição. Ao invés, o caso paradigmático se apóia no postulado da separação dos poderes, com o qual a supremacia judicial não se compadece e através do qual se ratifica a supremacia constitucional. Falar em *supremacia constitucional* significa, nesse contexto, atestar verdadeira independência da interpretação constitucional, ou seja, assegurar que a interpretação não será controlada pelas decisões judiciais da Suprema Corte. Destarte, o mito de *MARBURY* teria, injustificadamente, corrompido aqueles defensores da supremacia judicial. Injustificadamente porque a decisão de MARSHALL assenta-se em três argumentos centrais, os quais não cogitam de qualquer preeminência judicial⁴³⁵.

⁴³² SANFORD LEVINSON (2003, p. 569-570) concede interessante depoimento sobre a repercussão negativa de *MARBURY* na formação jurídica norte-americana. No artigo denominado *Why I do not teach Marbury*, dentre outros motivos que justificaria sua postura “anti-*MARBURY*”, denuncia que a ênfase dada a esse caso contribui para instilar a vulgar noção do Realismo Jurídico, que pode ser sumarizada na passagem de CHARLES EVANS HUGHES: “a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”. Admite, assim, que aderência à supremacia judicial pode não ser fruto das características intrínsecas de *MARBURY*, porquanto os propósitos de JOHN MARSHALL teriam sido bem mais modestos, o que se evidenciaria pelo completo exame do contexto histórico-político que circundava o *leading case*.

⁴³³ Cf. PAULSEN, 2003, p. 2708-2724.

⁴³⁴ Aliás, para MICHEAL PAULSEN (2003, p. 2708), esse entendimento decorre do pensamento de JAMES MADISON, manifestado no *Federalist n.º 49*. É interessante perceber que o direito ao autogoverno pelo povo assenta-se na fundamentação do voto de MARSHALL. Logo, assumir o pressuposto da supremacia judicial violaria o autogoverno do povo, que não mais teria como estabelecer seus próprios princípios que julgam mais conducentes ao bem-estar de cada um (2003, p. 2712-2713). Em sentido contrário, vide: ALEXANDER and SCHAUER, 2000, p. 455-482. Apoiando-se na filosofia hermenêutica, LARRY ALEXANDER e FREDERICK SCHAUER contestam o argumento da inexistência de expressa previsão constitucional a instituir o controle judicial das leis. Para esses dois autores, o que efetivamente importa é a prática atual consolidada pela tradição judicial norte-americana na qual se sobressai a supremacia judicial, porquanto não há sentido em falar-se de Constituição e de sua supremacia caso não se pudesse efetivá-la pelo Poder Judiciário, a quem cabe interpretá-la e dizer o que ela é em última instância.

⁴³⁵ O ponto de partida de MARSHALL foi a supremacia constitucional, que é inerente à natureza da Constituição escrita, mas não deriva de nenhum comando normativo específico. Em segundo lugar, intuía que havia a independência de interpretação entre os Poderes, que flui da própria supremacia

Inquestionável, então, como observa MARK TUSHNET⁴³⁶, haver ao menos duas leituras possíveis de *MARBURY vs. MADISON*, com base nas quais se chega a conclusões opostas. A primeira delas – a que se refere tão-somente à efetiva tarefa da Suprema Corte (interpretar a lei, concluindo por sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, reconhecendo a supremacia da Constituição), independentemente de sua correlação com os outros dois Poderes – deve ser mantida a fim de preservar a supremacia constitucional. A segunda leitura, entretanto, além de reafirmar a supremacia da Constituição, estabelece a da Suprema Corte. Ou seja, a interpretação constitucional da Suprema Corte faz-se excludente e prevalecente sobre qualquer outra manejada pelos demais Poderes, porque interpretar normas constitui atribuição própria do Judiciário. Esse entendimento, todavia, conduz à idéia “antidemocrática” de interpretação constitucional, em razão de que tem o efeito prático de concentrá-la sobremodo no Poder Judiciário, especialmente no tribunal constitucional, e de subestimar as interpretações dos demais atores sociais.

No Brasil, o arranjo institucional do controle de constitucionalidade, a cada dia, parece propiciar a consagração de uma prática judiciária fundamentada na supremacia judicial⁴³⁷. Numa perspectiva empírica, vê-se que a cultura jurídica tem consolidado a noção de que ao Poder Judiciário cabe dizer a *última palavra* em matéria constitucional⁴³⁸.

constitucional e implicitamente da separação dos poderes. Por fim, a obrigação de tolerar ou suportar a Constituição requer que o intérprete tenha um recurso direto e imediato a ela. Essas três razões ofertadas por MARSHALL permitem concluir que o poder do controle judicial dos atos legislativos não firma qualquer situação de precedência em favor do Poder Judiciário.

⁴³⁶ Cf. TUSHNET, 1999, p. 7.

⁴³⁷ Cf. ADEODATO, 2003, p. 86 e ss.

⁴³⁸ Vale conferir alguns dos votos proferidos na ADI n.º 2.797-2/DF. Em sua fundamentação, o Min. CELSO DE MELLO afirmou que o Supremo Tribunal Federal reveste-se da “condição de intérprete final da Constituição”, motivo pelo qual somente a ele cabe proceder à construção exegética do alcance e do significado das cláusulas constitucionais que definem sua competência. Na mesma ação, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE considerou: “lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. Tanto pior se, de sobra, contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal: aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte”. Segundo o Ministro, há vício em qualquer lei cujo propósito seja

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o misto⁴³⁹. Aqui se acolheu tanto o modelo difuso (americano) de controle de constitucionalidade, quanto o modelo concentrado (austríaco)⁴⁴⁰. Nessa configuração, três principais características apartam cada um desses sistemas, na linha das considerações aduzidas no Item 2 deste capítulo. A primeira é que o controle difuso realiza-se a partir de um caso concreto, em que os interesses das partes envolvidas conflitam. Já o concentrado é exercido em abstrato, sem qualquer interesse subjetivo em jogo, independentemente de um suporte fático. Resulta que o efeito da decisão no primeiro limita-se às partes litigantes⁴⁴¹, enquanto no último abrange todos os

interpretar a Constituição (como se todas as leis não resultassem de interpretação constitucional). E, mais adiante, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE defendeu: “Quando (...) a lei interpretativa da Constituição acresça o [vício] de opor-se ao entendimento da jurisdição constitucional, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental. (...) Quando, ao contrário, a lei ordinária (ou o ato de governo) é que pretendem inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, não pode demitir-se este do seu poder-dever de opor o seu veto à usurpação do seu papel. (...) Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”. É de se ressaltar ainda o voto do Min. EROS GRAU que não deixou de registrar ser o Supremo Tribunal Federal o detentor da *última palavra* em matéria de interpretação constitucional, conquanto não negue aos juízes (controle difuso) e ao legislador ordinário a condição de intérpretes autênticos da Constituição. E, na seqüência, apresentou a única hipótese em que o legislador ordinário pode divergir da orientação seguida pelo Supremo: “exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional”. Dentro dessa mesma compreensão, na ADI n.º 2.223-7 MC/DF, o Min. NELSON JOBIM recordou: “Quero lembrar o seguinte: somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”.

⁴³⁹ Cf.: CLÈVE, 2000, p. 71 e ss; BARROSO, 2004, p. 60 e ss; BONAVIDES, 1998, p. 293 e ss. Aprofundar o exame das formas de controle de constitucionalidade, definitivamente, não constitui um dos objetivos desta dissertação, fato já ressaltado na Introdução. O escopo aqui perseguido é perceber as ligações entre as formas de controle de constitucionalidade em conexão com o exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos.

⁴⁴⁰ Conforme já destacado em nota de rodapé anterior, embora afetos a diferentes critérios de classificação, o controle difuso e o incidental (por via de exceção ou de defesa) representam o mesmo modo de exercício da jurisdição constitucional; igualmente, o controle abstrato e o concentrado. É que essa correlação se aplica ao Brasil, onde “a fiscalização difusa é desencadeada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa), sendo certo que a concentrada é provocada por via de ação (principal)” (CLÈVE, 2000, p. 75 e ss).

⁴⁴¹ Sobre a “vocação expansiva” das decisões constitucionais em controle incidental, vide: ZAVASCKI, 2001, p. 25-39. TEORI ALBINO ZAVASCKI argumenta que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, possuiria uma “eficácia reflexa” porque seus efeitos se transmitem (refletem) para além do caso julgado. Também GILMAR FERREIRA MENDES (2004b, p. 5-31) reconhece que a decisão em controle difuso tem “efeito transcendente” ao caso concreto. Em sua visão, a necessidade de notifica o do Senado Federal para suspender com eficácia geral os efeitos da norma (art. 52, X, da

concernidos pela norma (eficácia geral e contra todos, *erga omnes*), equiparando-se o tribunal a um “legislador negativo”, conforme se tem tradicionalmente denominado⁴⁴². Essa segunda característica é que causa maior aproximação e tensão entre as funções normalmente atribuíveis ao Judiciário e ao Legislativo.

Na modalidade concentrada do controle, além da eficácia *erga omnes*, a decisão tem caráter vinculante e definitivo. O efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário e para o Poder Executivo é previsto no art. 101, § 2º, da Constituição da República de 1988 e implica que o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal não será contrastado por nenhum juiz ou tribunal nem por qualquer membro integrante do Executivo. A definitividade, por sua vez, significa que os efeitos da decisão judicial são atingidos pela autoridade da coisa julgada material⁴⁴³ e não mais podem ser modificados, salvo nas hipóteses de significativas mudanças dos fundamentos de fato ou das concepções jurídicas dominantes. A decisão submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁴⁴, ou seja, permanece inalterável enquanto persistirem os fundamentos fáticos e jurídicos com base nos quais foi proferida.

A questão se singulariza ao se tratar da aplicabilidade de tais atributos da decisão judicial ao Poder Legislativo e da possibilidade de alterar a decisão judicial

Constituição Federal de 1988) seria dispensável, o que constituiria um caso clássico de autêntica reforma da Constituição sem modificação expressa do texto. A decisão do Senado, assim, limitar-se-ia, apenas, ao efeito de publicidade.

⁴⁴² Cf. KELSEN, 1999, p. 27-42. De fato, GILMAR FERREIRA MENDES (2004a, p. 329), apoiado na doutrina alemã, refere-se à “força de lei” da decisão de inconstitucionalidade, que se reveste de eficácia cassatória. É importante lembrar que, na linha da crítica oferecida por MARCELO BORGES DE MATTOS MEDINA (2004, 133 e ss), a decisão de inconstitucionalidade atinge a norma jurídica extraída do texto, embora o Supremo Tribunal Federal declare o próprio texto legal inconstitucional, por razões de segurança jurídica. Para além desses relevantes aspectos, percebe-se que as modernas técnicas de decisão constitucional em controle abstrato não mais convalidam a concepção kelseniana do legislador negativo. Para uma abordagem ampla do tema, vide: MEDEIROS, 1999, p. 289 e ss. Tendo em vista que as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, especialmente as sentenças aditivas e manipulativas que operam sobre as interpretações de uma disposição e sobre a própria disposição, LUIS PRIETO SANCHÍS (2003, p. 167-169) não hesita em concluir que o sistema de controle abstrato poderia desaparecer sem que o modelo de garantias sofresse alguma deterioração irreparável, ao tempo em que se obteria um ganho para a dignidade democrática da lei e do parlamento.

⁴⁴³ Cf. MEDEIROS, 1999, p. 791-797.

⁴⁴⁴ Cf.: MENDES, 2004a, p. 331-333; MEDINA, 2004, p. 133-139.

através de decisões políticas (leis e emendas constitucionais), isto é, de sua reversibilidade⁴⁴⁵. A Constituição da República de 1988 não prevê expressamente a vinculação do legislador às decisões de inconstitucionalidade em sede abstrata, motivo por que não se impede a reedição de outra lei com o mesmo teor, a qual poderá ser novamente desafiada no Supremo⁴⁴⁶. Mesmo assim, a palavra final permanece no Poder Judiciário, que solucionará definitivamente a controvérsia. Entretanto, é facultado ao Congresso Nacional promulgar emendas à Constituição a fim de reverter a interpretação judicial nas matérias não contempladas por cláusulas pétreas⁴⁴⁷. Nessa hipótese, a *última palavra* ficaria com o Poder Legislativo⁴⁴⁸, que através da emenda altera substancialmente o fundamento jurídico da decisão (parâmetro constitucional) desbancando a autoridade da coisa julgada. Em se tratando de matérias que integram o núcleo imodificável da Constituição, isto é, protegidas por cláusulas pétreas, em

⁴⁴⁵ Cf. MEDEIROS, 1999, p. 819 e ss. Em discrepância da doutrina majoritária portuguesa, RUI MEDEIROS considera que a decisão de inconstitucionalidade não acarreta uma proibição contra a renovação da norma declarada inconstitucional, não obstante a nova lei possa ser objeto de nova declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁴⁶ É de se destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental na Reclamação n.º 2.617-5/MG, na qual afirmou que a eficácia geral de sua decisão não se estende contra o Poder Legislativo, o qual pode reeditar o ato com idêntico conteúdo ao declarado inconstitucional, sem ofender a autoridade da decisão judicial. Embora afirme o Supremo Tribunal que o Poder Legislativo não está vinculado à decisão judicial, ele se auto-proclama o detentor da *última palavra* em matéria constitucional, sobretudo em matérias ligadas aos direitos fundamentais, o que, na prática, termina por vincular o Poder Legislativo, restringindo-lhe a liberdade de conformação nas matérias controvertidas. Nesse sentido, são bastante esclarecedoras dessa autocompreensão as palavras do Min. EROS GRAU, manifestadas no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 357.950-9/RS: “O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz”.

⁴⁴⁷ Cf. BARROSO, 2004, p. 69.

⁴⁴⁸ Essa alternativa já foi utilizada em algumas oportunidades pelo Poder Legislativo. Com efeito, a Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000, modificou a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do imposto predial e territorial urbano (IPTU) progressivo, conforme se infere da Súmula n.º 668: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”. Também a Emenda Constitucional n.º 39, de 19 de dezembro de 2002, ao autorizar os Municípios a instituírem contribuição para o custeio dos serviços de iluminação pública, alterou o tratamento jurisprudencial consolidado pelo Supremo Tribunal na Súmula n.º 670 (“O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado por taxa”), porquanto se cuidava de serviço indivisível e inespecífico que deveria ser custeado por impostos gerais. Recentemente, a Emenda Constitucional n.º 46, de 5 de maio de 2005, foi utilizada para alterar anterior interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o regime jurídico das ilhas fluviais, lacustres e oceânicas. Em artigo sobre a Emenda n.º 46, MARCELO RIBEIRO DO VAL (2005, p. 153-181) elaborou o histórico legislativo sobre o tema, pontuando a tentativa parlamentar de reverter anteriores decisões judiciais.

decorrência da prática judicial e da autocompreensão do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁹, tem-se que o Poder Legislativo deve curvar-se forçosamente ao império da decisão judicial. Nem mesmo a emenda constitucional superaria a decisão judicial. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal é o intérprete último da Constituição, e sua decisão tem caráter definitivo.

Em conseqüência, dá-se o fechamento da discussão e da definição pública em relação às questões fundamentais afetas à sociedade, porque o Supremo fixa a “única” interpretação extraível a partir do texto constitucional em caráter definitivo, e somente ele poderá alterá-la. Numa questão em que se controvertessem direitos fundamentais, a exemplo do aborto, cuja permissão ou proibição da prática encontra respaldo em cláusulas constitucionais pétreas, a declaração de inconstitucionalidade da lei retiraria a liberdade de conformação do legislador seja para proibir, seja para liberar a prática do aborto. É justamente nesses assuntos que as disposições constitucionais comportam as mais diversas leituras, sem poder falar-se em violação à Constituição. Logo, a prevalência da decisão do Supremo Tribunal Federal tolhe a flexibilidade legislativa de dispor sobre os aspectos da vida conforme a mudança do tempo e a mudança do sentimento da comunidade demandarem.

Em terceiro lugar, por fim, o controle abstrato, exercido por via de ação, é concentrado em um único órgão, qual seja o Supremo Tribunal Federal. Já o difuso é continuamente exercitado por todos os juízes e tribunais, não obstante, em regra,

⁴⁴⁹ No Recurso Extraordinário n.º 357.950-9/RS, o Min. EROS GRAU deixou bem clara que a liberdade de conformação legislativa é limitada pelo Supremo Tribunal Federal: “O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz. E assim é porque as normas resultam da interpretação e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. (...) Por isso as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada --- elas, como observam ALÍCIA RUIZ e CARLOS CÁRCOVA, elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. Insisto em que o sentido de suas normas é construído por esta Corte. Poderíamos ter incorporado outro entendimento, qual, por exemplo, o desdobrado do ato de ‘emitir faturas’. A Corte, no entanto, decidiu de outro modo, de sorte que desde essa decisão aquele, e não outro, ficou sendo o sentido atribuído a faturamento”.

alcance seu termo final no Supremo Tribunal Federal, através da competência extraordinária para conhecer de questões que contrariem dispositivos constitucionais.

A história constitucional brasileira do controle judicial de constitucionalidade foi inaugurada com a Constituição de 1891⁴⁵⁰, que adotou o sistema difuso⁴⁵¹. O controle abstrato de constitucionalidade, preleciona GILMAR FERREIRA MENDES⁴⁵², teve na representação interventiva seu embrião. No entanto, somente com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, o sistema de controle abstrato foi expressamente introduzido no direito constitucional brasileiro, sob a justificativa de atingir maior economia processual e de reduzir a sobrecarga de trabalho dos tribunais inferiores⁴⁵³.

A tradição constitucional brasileira foi construída na base do controle difuso⁴⁵⁴. Apesar dessa formação, cada vez mais, o controle concentrado tem-se firmado como principal instrumento de fiscalização da constitucionalidade. É bastante comum referir-se à evolução do controle de constitucionalidade de forma hesitante,

⁴⁵⁰ A Constituição imperial de 1824 ignorou qualquer mecanismo de controle judicial das leis, haja vista que, àquela época, o direito brasileiro era fortemente influenciado pelo inglês e francês. Ambas tradições se desenvolveram com base nos ideais da supremacia do parlamento (Inglaterra) e da lei enquanto manifestação da vontade geral (França). Além disso, o imperador, titular do Poder Moderador, tinha o papel de exercer a coordenação entre os Poderes, o que não deixaria qualquer espaço para o controle judicial de constitucionalidade (CLÈVE, 2000, p. 80-82).

⁴⁵¹ Dos seus arts. 59 e 60, consoante lecionara RUI BARBOSA (2004, p. 52-53), extraía-se claramente a competência de todos os tribunais de discutir a constitucionalidade das leis da União e de aplicá-las ou desapplicá-las, segundo esse critério. As Constituições brasileiras que a sucederam, inclusive a vigente, mantiveram o controle difuso de constitucionalidade, sem maiores alterações (MENDES, 1990, p. 197)

⁴⁵² Cf.: MENDES, 2004a, p. 60-85; CLÈVE, 2000, p. 139 e ss. A representação interventiva, típico instrumento de composição de conflitos federativos, na prática, assumiu a função de um processo de controle de constitucionalidade.

⁴⁵³ Esse aspecto demonstra, de certa forma, que o controle abstrato ingressou no sistema brasileiro com alguma dose de acriticabilidade, sobretudo em relação à tensão entre Democracia e jurisdição constitucional.

⁴⁵⁴ Não obstante a tradição centenária do controle difuso, a teor do que foi visto no item anterior, ele tem singular aptidão para legitimar as normas jurídicas e a interpretação constitucional, no caso concreto. As particularidades de cada cidadão que pressinta a ilegitimidade da norma justificada poderão ser respeitadas, sem que com isso se ameace a legitimidade e a racionalidade do processo discursivo legislativo ou acarrete o fenômeno da judicialização da política.

tendo em vista a crescente abstração ou concentração que vem sofrendo⁴⁵⁵. De fato, a atual feição que vem tomando o sistema brasileiro tem acarretado o fechamento da sociedade aberta de intérpretes e a monopolização da Constituição. Em suma, acaba por abnegar-se o direito de o cidadão participar construtivamente da interpretação constitucional e, sobretudo, por restringirem-se suas autonomias pública e privada, já que se vê mais afastado da condição de autor-intérprete das leis. No breve relato legislativo a seguir exposto, talvez, a idéia se aclare.

Em primeiro lugar, a Constituição da República de 1988 deu importante passo ao consagrar amplo rol de legitimados para propor ação direta, retirando-se a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República antes estabelecida⁴⁵⁶. Posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 03, de 18 de março de 1993, instituiu-se a ação declaratória de constitucionalidade cuja decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Judiciário e do Executivo. Após, com a edição da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regulamenta os procedimentos das ações diretas de controle de constitucionalidade, e da Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que disciplina o processo e o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, novo passo fora alçado. Também, as normas do Código de Processo Civil, que conferem ao relator o poder de monocraticamente dar ou negar provimento a recurso com base na jurisprudência dos tribunais superiores (v.g. art. 557, § 1º-A), são potenciais contribuintes à monopolização da interpretação

⁴⁵⁵ CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (2000, p. 91), concordando com JOSÉ AFONSO DA SILVA, aponta o desenvolvimento de uma “nítida e inquietante” tendência em favor do método de controle concentrado. LUÍS ROBERTO BARROSO (2004, p. 62) parece compartilhar de semelhante preocupação.

⁴⁵⁶ A repercussão da ampliação do rol de legitimados para propor ação direta, no que tange à priorização do controle concentrado em detrimento do difuso, é categoricamente afirmada por GILMAR FERREIRA MENDES (2004a, p. 78): “Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”. Uma sumarização das demais modificações após o advento da Constituição Federal de 1988, encontra-se em: BARROSO, 2004, p. 60-62; CLÈVE, 2000, p. 91.

constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E, mais recentemente, com a Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, que instituiu a súmula vinculante e procedeu à “objetivação”, ao incluir o pré-requisito da “repercussão geral das questões constitucionais” como condição de admissibilidade do recurso extraordinário⁴⁵⁷. O arranjo institucional, portanto, vem se moldando de forma a atribuir preponderância ao controle concentrado da constitucionalidade. À proporção que a competência do Supremo Tribunal Federal se torna mais privativa para definir controvérsias constitucionais, diminuem-se o acesso dos cidadãos a essa Corte e, em consequência, a participação ativa no processo de criação e interpretação da Constituição. Os cidadãos tornam-se meros destinatários das normas constitucionais, e não mais seus autores.

A nova conjuntura, por si só, não põe em risco o exercício das autonomias pública e privada do cidadão, quanto à sua participação no processo de interpretação constitucional. Até porque algumas das inovações legislativas objetivam conferir maior racionalidade e celeridade aos processos em julgamento, em muito dos quais se desenvolve o controle por via de exceção⁴⁵⁸. Porém, não podem implicar o completo ofuscamento do controle difuso, pois *o controle difuso e o concentrado podem complementar-se reciprocamente na estrutura da jurisdição constitucional brasileira*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, incluiu novo parágrafo ao art. 102 da Constituição Federal: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

⁴⁵⁸ Registra MAURO CAPPELLETTI (1999, p. 76 e ss) que o sistema difuso de controle de constitucionalidade, inicialmente introduzido na Europa continental, onde prevalece o sistema de *civil law* o qual se ressentia de princípio similar ao do *stare decisis*, foi logo repellido, tendo em vista a formação de verdadeiros “contrastes de tendências” jurisprudenciais sobre as mesmas questões. Em termos de administração e prestação da justiça, um sistema como esse traz em si forte potencial de irracionalidade, porquanto pode gerar grave situação de incerteza do direito e de conflito entre órgãos. No entanto, esse é apenas um aspecto pragmático da questão.

⁴⁵⁹ OLIVEIRA, 2002, p. 154-165. No entanto, o autor reconhece (2002, p. 168-169) que tais mudanças em favor do controle concentrado de constitucionalidade ocorrem a pretexto da retórica das “decisões contraditórias” e de argumentos metodológicos e pragmáticos, que não se adéquam à compreensão constitucionalmente adequada da jurisdição constitucional no paradigma procedimentalista. Malgrado as

É exigido, para tanto, que o controle difuso seja compreendido como forma ordinária da jurisdição constitucional, enquanto o concentrado, modo especial. Isso porque o controle difuso, ao garantir os direitos fundamentais em casos concretos, reafirma as condições de exercício das autonomias pública e privada. Já o controle concentrado deve ser compreendido como modo especial de jurisdição constitucional, considerada sua configuração própria e o fato de referir-se diretamente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade. De qualquer modo, não se pode olvidar estar a história constitucional brasileira fortemente haurida com mais de cem anos de prática de controle difuso de constitucionalidade integrando mundo de vida e os paradigmas e práticas aqui vividos, como diria MENELICK DE CARVALHO NETTO⁴⁶⁰ em crítica a algumas das soluções adotadas no controle abstrato, no Brasil. Mudar a história, o passado e a tradição é plenamente possível, mas a evolução deve ser reflexivamente conduzida, a fim de evitar-se a colonização do discurso da jurisdição constitucional⁴⁶¹. Ao que parece, a transição da feição do controle no sistema brasileiro não tem sido criticamente orientada, tanto que é taxada de *inquietante*.

O controle difuso de constitucionalidade revela-se mais apropriado aos padrões democráticos do paradigma procedimental do Estado de Direito, fortemente marcado pelo pluralismo. O professor MENELICK DE CARVALHO NETTO⁴⁶² reconhece esse fato ao afirmar que os complexos enfoques dos problemas da interpretação terminam por justificar o modelo americano (difuso) de controle de constitucionalidade, e não o austríaco (concentrado).

sucesivas alterações legislativas, MARCELO CATTONI ainda se mostra convicto de que o sistema brasileiro é predominantemente difuso.

⁴⁶⁰ Cf. CARVALHO NETTO, 2001a, p. 230.

⁴⁶¹ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 132.

⁴⁶² Cf. CARVALHO NETTO, 2001a, p. 232.

O controle difuso mostra-se mais apto à realização da cidadania no Estado Democrático de Direito, principalmente nos casos controversos. Primeiramente, deve-se considerar a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação na linha adotada por HABERMAS e GÜNTHER. Assim, o discurso judicial de aplicação propõe-se a buscar a aplicação imparcial das razões anteriormente justificadas no processo legislativo em face das novas circunstâncias surgidas com o caso concreto, as quais têm o condão de descaracterizar a legitimidade das normas positivadas. Além do mais, o escopo da aplicação da norma é moldado pelo caso concreto, o que limita o poder judicial às razões selecionadas pelo legislador evitando a chance de sobreposição de discursos⁴⁶³, isto é, a judicialização da política.

Em segundo lugar, certos temas da vida em comunidade, por sua própria natureza, parecem estar longe do consenso, tendo vista os diferentes mundos de vida dos participantes, os diferentes valores culturais, sociais, éticos e religiosos envolvidos. Assim, considerar a lei ilegítima ou inconstitucional é um direito que assiste ao participante, dentro de sua perspectiva individual, porquanto não tivera suas razões e pretensões acolhidas. No entanto, a legitimidade do processo comunicativo de criação das normas pressupõe que suas razões foram discursivamente consideradas, portanto deve, ao menos, respeitar a legitimidade do procedimento de criação das leis. Mesmo assim, reserva-se-lhe a faculdade de individualmente insurgir-se contra a lei por meio do controle difuso, que se mostra idôneo para revelar as maiores possibilidades hermenêuticas toleradas pela Constituição⁴⁶⁴, selecionando-se – imparcial e coerentemente – a norma aplicável ao caso.

⁴⁶³ Cf. HOECKE, 2001, p. 416.

⁴⁶⁴ Cf. SANCHÍS, 2003, p. 166-170. “As maiores ou menores possibilidades hermenêuticas toleradas ou queridas pela lei” são um dos fatores que LUIS PRIETO SANCHÍS opõe ao controle abstrato, que em muitas situações faz dos juízes verdadeiros legisladores.

Logo, pretender anular leis que suscitem divergentes interpretações da Constituição ou sejam objeto de desacordo razoáveis (*reasonable disagreements*) através do controle concentrado, com caráter vinculante e definitivo, em certa medida⁴⁶⁵, como visto, acarreta sim a judicialização da política. A sobreposição ao discurso legislativo de justificação pelo discurso do Poder Judiciário é inevitável, já que – em face da inexistência do fato concreto e de novas razões a serem discutidas – o discurso judicial termina por desenvolver os mesmos argumentos controversos do processo político-legislativo, com o exame e a discussão das mesmas questões⁴⁶⁶. O discurso judicial, pois, passa a ser desenvolvido pelo Judiciário com as feições do discurso de fundamentação que redundaria em atividade de legislação implícita, o que lhe é vedado no arranjo da divisão discursiva dos poderes⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ “Em certa medida” porque, a depender do grau de discursividade que a questão tenha atingido, o controle abstrato de constitucionalidade poderá ser justificado, a fim de preservar o exercício das autonomias pública e privada. Em face da judicialização da política, não raras vezes, dá-se a utilização do processo de controle abstrato como instrumento de oposição política ou com o intento de estender até a “última fase” (judicial) certa decisão politicamente definida com base nos mesmos argumentos (vide o caso referido no Item 4 do Capítulo II). Dentro do paradigma procedimental, essa prática não pode ser aceita sem notórios prejuízos aos parâmetros democráticos. No estudo sobre a jurisdição constitucional à luz da teoria discursiva, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ (2004, p. 251) pretende legitimar o controle abstrato da constitucionalidade condicionando-o ao controle difuso, a partir da configuração do princípio democrático e da discursividade jurídica. O problema surgiria, precisamente, ao se cogitar de normas recém-editadas, cujo teor não terá sido ainda apreciado pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Nessa hipótese, a justificação do controle concentrado, já bastante complexa em si (2004, p. 248), revela seu insucesso. A inexistência de “depuração” das normas (que se faria pelo discurso judicial de aplicação) retira da decisão do tribunal constitucional o caráter discursivo de aplicação e, por conseqüência, a legitimidade do controle. A solução, portanto, residiria em o tribunal ou considerar o processo inepto, ou suspender seu trâmite.

⁴⁶⁶ Convém insistir no caso das ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas contra a Emenda Constitucional n.º 41, de 2003, em que aos argumentos deduzidos no processo político nada foi acrescentado em sede judicial (Item 4 do Capítulo II).

⁴⁶⁷ Cf. CRUZ, 2004, p. 230 e p. 244. Essa é a grande crítica de HABERMAS (2001a, p. 326 e ss) à “jurisprudência dos valores” alemã, em que os juízes tomam normas como valores ponderáveis e acabam por desconsiderar seu caráter deontológico. Iniciando um discurso em tudo equiparável ao do legislador, o que põe o tribunal constitucional numa posição de concorrência com o legislador, gerando, ainda, um sério problema de autocompreensão metodológica nos juízes. Assim, a Constituição é captada como uma ordem concreta de valores, perdendo seu caráter deontológico, e o tribunal executa uma jurisdição implicitamente criadora de direitos. Para uma análise sucinta do tópico, ver: SANCHÍS, 2000, p. 163-166.

Assim, a “trivialização” (ou banalização)⁴⁶⁸ do controle concentrado traz consigo o desprestígio do processo político de formação da vontade política. Faz, ainda, aflorar a leve impressão de suposta hierarquia qualitativa do discurso jurídico em detrimento do discurso político⁴⁶⁹. Cooperar para a consolidação da supremacia judicial em detrimento do respeito à dignidade democrática do legislador e de seus atos normativos, pois a constante impugnação judicial das leis traz consigo o descrédito das leis e do próprio processo legislativo, conforme há muito o previra JAMES THAYER. Por fim, elimina o que mais deveria preservar: a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, seja por desconsiderar a autonomia cidadã que se exerceu através do processo discursivo da formação da opinião e da vontade política, seja por restringir a função do controle difuso dado o caráter vinculante e a autoridade da decisão em sede concentrada, em que se permite a cada membro da comunidade participar da interpretação das normas constitucionais, subsumindo-se na condição de autores e destinatários, mutuamente⁴⁷⁰.

À vista da estrutura circular de comunicação criada pelo controle difuso,

⁴⁶⁸ Não seria demais recordar que, no Brasil, várias leis e emendas à Constituição, que versam sobre questões controvertidas mal completam seu primeiro dia de vigência no ordenamento jurídico e são impugnadas por ação direta (tenha-se em mente a ADI n.º 3.099-0/DF, referida no Item 4 do Capítulo 2). Lamentavelmente, essa prática é fortemente utilizada pelos partidos políticos como forma de oposição política, o que, diga-se, não é privilégio do Brasil, segundo se demonstra na Alemanha (LANDFRIED, 1995, p. 317). No exercício de sua jurisdição, o Supremo Tribunal Federal decide a causa na forma estrategicamente articulada por quem o provocou, com sério risco de desvirtuamento do processo político. Esse contexto ajuda a fomentar o entendimento da supremacia judicial subjacente às práticas e a crise de legitimação do processo da formação da vontade política, além de contribuir para a descrença e a desconfiança do processo legislativo.

⁴⁶⁹ Esse resultado parece pressupor, tacitamente, certo preconceito baseado numa “tradição elitista”, examinada por ROBERTO GARGARELLA (1996, p. 48 e ss), porque se supõe que os juízes são muito mais preparados para discutir e decidir as questões fundamentais do Estado, do que quaisquer outras pessoas. A tradição elitista, a sua vez, propugna pela desnecessidade de se consultar a todos os potencialmente afetados pela decisão, bem como pela certeza de que decisões boas só serão atingidas se tomadas pela reflexão de alguns indivíduos especialmente virtuosos. Sobre a eventual superioridade hierárquica dos discursos judiciais sobre os legislativos, veja-se: TUSHNET, 1999, p. 54-71. HABERMAS (2001a, p. 339-340) admite que o discurso jurídico pode reclamar alta presunção de racionalidade em seu favor, mas somente porque são discursos de aplicação especializados em questões de aplicação de normas. Mas, por essa razão, não podem jamais substituir-se aos discursos políticos, que se marcam pela fundamentação de normas e objetivos, além de exigir a inclusão de todos os afetados.

⁴⁷⁰ Essa idéia acha-se, objetiva e concisamente exposta, na seguinte passagem de ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ (2004, p. 251): “A esfera pública jurídica, por meio de cidadãos que aduzem a pretensão a direitos na Justiça, transforma os mesmos em co-autores do Direito”.

chega-se à conclusão da maior proximidade do controle difuso com o paradigma procedimental, pois permite a cada pessoa no exercício de sua autonomia definir o sentido e o significado das normas constitucionais, legitimando-se todo o processo de aplicação e de criação das normas. Sem ferir o princípio de igual consideração de todos, o controle difuso permite proteger cada situação peculiar da aplicação irrestrita e injusta da norma. Ao mesmo tempo, possui especial aptidão para preservar, constantemente, a crítica das normas sem pretender de forma vinculante encerrar a discussão no seio da esfera pública, já que a qualquer momento cada cidadão pode lançar mão desse procedimento.

Nesse diapasão, MARK VON HOECKE⁴⁷¹, em excelente artigo em que destaca o potencial comunicativo da jurisdição constitucional, pretende legitimar o controle de constitucionalidade, a partir da Democracia deliberativa. Em sua visão, a função do controle é adaptar e mudar o conteúdo das leis, em face das naturais limitações do legislador que não pode antever todos os possíveis contextos de sua aplicação. No decurso do procedimento judicial, é desenvolvida a comunicação

⁴⁷¹ Cf. HOECKE, 2001, p. 420-423. O processo judicial, em que as partes desenvolvem argumentos, produzem provas e colhem informações, é processo de comunicação, o qual culminará com a sentença (primeiro círculo comunicativo). Só que as partes, vendo-se insatisfeitas, recorrem ao tribunal superior, que apreciará, fundamentadamente, os argumentos delas e do juiz *a quo*, além dos próprios precedentes do tribunal e de outros órgãos, executando verdadeira justificação pública que é parte inerente da legitimação comunicativa (segundo círculo comunicativo). Considerada a relevância do caso, será publicizado, ou seja, divulgado pelos meios de informação. A divulgação pública suscitará o pronunciamento dos acadêmicos e autoridades envolvidas que emitirão pareceres e opiniões cujas razões serão tomadas em conta nas novas decisões das cortes (terceiro círculo comunicativo). Em crescente grau de interesse, a mídia poderá conferir-lhe, ainda, maior grau de notoriedade e publicidade, o que gerará “mesas redondas”, painéis, audiências (formais ou informais) para discussão da questão (quarto círculo comunicativo). Nesse passo, se o interesse em discussão abranger questões fundamentalmente éticas ou políticas (v.g.: aborto, eutanásia, racismo etc.), angariará a larga participação dos cidadãos na determinação do conteúdo da lei, atingindo o quinto e último círculo comunicativo. Essas esferas do processo comunicativo criam diferentes, e sempre mais amplos, círculos de política deliberativa, o que confere legitimidade democrática ao controle de constitucionalidade. Como se percebe, a se considerar seu procedimento e sua estrutura, o controle concentrado tem forte potencial supressor de alguns desses círculos, comprometendo, assim, sua legitimidade. É válido destacar os acontecimentos que antecederam o *Habeas Corpus* n.º 84.025-6/RJ, cujo objeto era autorizar a prática do “aborto de anencéfalo”. O processo da interessada na autorização se desenvolveu em Teresópolis/RJ. Dada a notoriedade do caso, principalmente após a divulgação pela Rede Globo da decisão favorável proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, um padre residente em Anápolis/GO impetrou outro *habeas corpus* contra a decisão do Tribunal de Justiça que autorizara a prática abortiva, perante o Superior Tribunal de Justiça em Brasília/DF.

deliberativa que, a depender do conteúdo das questões em discussão, atinge diversos círculos comunicativos de crescente abrangência. Chega-se, assim, a um modelo circular idôneo a legitimar a jurisdição constitucional, em sua modalidade difusa, na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Demonstra-se, ademais, que a diferença entre controle difuso e concentrado permanece válida e com toda sua força⁴⁷², em termos discursivos.

Toda a formulação acima deduzida, concebida em termos normativos, encontra sua limitação no campo prático. Convive-se com a inerente tensão entre a faticidade das práticas e modelos institucionalizados e a validade de um sistema normativamente concebido. Na dimensão empírica, o Brasil encontra-se bem afastado dessas condições ideais. A permanente “concentração” do controle de constitucionalidade – intrinsecamente ligada à restrição da autonomia dos cidadãos, que se encontram, cada vez mais, mais afastados do centro decisório (judicial)⁴⁷³ – tem contribuído para firmar a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal como Poder investido da capacidade de dar a *última palavra* sobre a Constituição Federal. E mais: na ausência do caso concreto, isto é, no controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal procede, em regra, à argumentação das mesmas razões e questões examinadas pelo Poder Legislativo, desconsiderando as razões e os motivos

⁴⁷² Pela defesa da distinção, sugerindo, ademais, a extinção do controle concentrado de constitucionalidade, por favorecer a usurpação do Poder Legislativo, vide: SANCHÍS, 2003, p. 158-170. Em sentido contrário, isto é, defendendo a aproximação e a identificação dos dois modelos, vide: SEGADO, 2003, p. 55-82; MENDES, 2004b, p. 26-31. Outra importante característica a apartar ambos os tipos de controle reside no “argumento da corrigibilidade dos erros” (COMELLA, 1997, p. 199-209). Em virtude disso, o erro de declarar inconstitucional lei que, na realidade, é constitucional, seria facilmente remediado ao se decidir novo caso, propiciando-se, assim, que a lei recupere sua aplicabilidade.

⁴⁷³ Observa CHRISTINE LANDFRIED (1995, p. 308 e ss) que, na Alemanha, país que tem exercido forte influência em algumas das modificações brasileiras em matéria de processo constitucional e interpretação da Constituição, o recurso constitucional (modalidade de controle de constitucionalidade que permite a qualquer cidadão provocar diretamente o Tribunal Constitucional Federal) é o instrumento mais importante na modulação da jurisprudência constitucional daquele país. O recurso constitucional, portanto, é a “rainha das vias de acesso ao Tribunal Constitucional Federal” (HÄBERLE, 2001, p. 48), razão por que é denominado “Tribunal de Cidadãos” (LANDFRIED, 1995, p. 308; HÄBERLE, 2001, p. 33).

pelo parlamento discursivamente justificados, de forma que sua atividade de interpretação assemelha-se a uma legislação implícita, totalmente desaconselhada pela lógica da separação dos poderes.

No Brasil, a prática constitucional e a sua própria autocompreensão da atividade judicial direcionam-se à configuração da *supremacia judicial*, em vez da *supremacia constitucional*. Ao arvorar-se da condição de intérprete único e soberano da Constituição, praticamente, o Supremo Tribunal Federal há-se como órgão não suscetível a críticas, a leituras outras que os demais atores sociais tenham da Constituição. Em tal assunção, percebe-se a si mesmo como infalível no processo de interpretação constitucional, como detentor de uma verdadeira “infalibilidade judicial” (*judicial infallibility*)⁴⁷⁴.

O Supremo Tribunal Federal, embora não haja previsão normativa, autocompreende-se de forma tal que sua interpretação deveria vincular não só os demais órgãos e tribunais dos Poderes Judiciário e Executivo, conforme disposto na Constituição Federal de 1988⁴⁷⁵, mas também o próprio Poder Legislativo. No julgamento da ADI n.º 2.797-2/DF, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a norma editada pelo Poder Legislativo não poderia contrariar sua interpretação direta e

⁴⁷⁴ Cf. MICHELMAN, 2003, p. 601. Segundo FRANK MICHELMAN (2003, p. 601-611), a infalibilidade judicial é uma “tese epistemológica” que vindica a relação entre as decisões constitucionais da Suprema Corte (lei constitucional) e a verdade, no que tange ao significado constitucional (Constituição). Para o constitucionalista de Harvard, considerando-se a relação paradoxal existente entre constitucionalismo e Democracia, a *judicial review* não poderia ser caracterizada como infalível. Não obstante, ao investigar a temática da supremacia judicial e da supremacia constitucional, não abandona ser também a primeira atributo do controle de constitucionalidade. A interpretação judicial da Constituição vincularia, sim, os demais Poderes. Entretanto, resgatando historicamente a posição de ABRAHAM LINCOLN que se opusera contra decisão da Suprema Corte norte-americana (*DRED SCOTT*) sem, contudo, renegar autoridade ao controle de constitucionalidade, afirma MICHELMAN que a interpretação judicial não deve silenciá-los, tampouco calar os demais atores sociais da atividade de interpretar a Constituição. Caso contrário, não seria possível professar seu “protestantismo constitucional” (*constitutional protestantism*) segundo o qual cada membro da comunidade política é autorizado a decidir sobre o sentido da Constituição. Sobre o protestantismo e o “catolicismo constitucional” de MICHELMAN, veja-se: BALKIN, 2005, p. 9 e ss.

⁴⁷⁵ A Constituição Federal de 1988, no art. 102, § 2º, estabelece: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

exclusivamente fundamentada na Constituição Federal. Entendeu-se que o Tribunal realizara uma interpretação constitucional autêntica, de forma que tentar modificá-la corresponderia à usurpação da competência judicial como guardião da Constituição Federal, além de sujeitar a interpretação judicial ao referendo do legislador.

Ao que parece o processo de “doação” da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, a que se referira MENELICK DE CARVALHO NETTO⁴⁷⁶, caminha a passos largos. A jurisdição constitucional afasta-se da função de garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos⁴⁷⁷. Antes, o Supremo Tribunal Federal vem pautando-se como guardião republicano de suposta ordem concreta de valores preordenada às normas constitucionais; o exercício de sua jurisdição pauta-se pela pré-compreensão do conteúdo jurídico dos princípios e das normas, independentemente das condições pragmáticas do processo comunicativo⁴⁷⁸. A supremacia judicial é, implicitamente, pressuposta. Não deve atuar o tribunal na qualidade de regente a ocupar o lugar do sucessor ao trono ante à menoridade deste, como se cada indivíduo fosse destituído da capacidade de exercer seus próprios direitos de cidadãos. Dessa forma, nota MARCELO CATTONI DE OLIVEIRA⁴⁷⁹, o Supremo Tribunal Federal reduz o direito a uma questão de valores, com grande risco de transformar a jurisdição constitucional em uma instância

⁴⁷⁶ Cf. CARVALHO NETTO, 2001, p. 20.

⁴⁷⁷ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 154-155.

⁴⁷⁸ Observe-se: a ADI n.º 3.105-8/DF, em que se apreciou a constitucionalidade da contribuição de seguridade social incidente sobre os servidores públicos inativos, teve por objeto a Emenda Constitucional n.º 41. Além do seu rígido procedimento, de contar com larga aprovação popular e dos vários debates públicos que lhe conferiram ampla repercussão social, essa emenda resultou do consenso firmado entre os representantes dos Estados (governadores, secretários e deputados), da União (Presidente, ministros, deputados e senadores), Municípios, bem como dos Poderes do Estado (Legislativo e Executivo). Assim, é possível afirmar que tal emenda decorreu, sim, de um procedimento legislativo democrático e discursivo. Não obstante todos esses aspectos relacionados às condições comunicativas da gênese da emenda que lhe atribuem alta legitimidade, o Supremo Tribunal Federal ateu-se ao exame dos mesmos argumentos discutidos no processo legislativo pelo Congresso Nacional (violação ao direito adquirido, ausência de causa suficiente para instituir a contribuição, equilíbrio atuarial, irredutibilidade dos vencimentos e proventos) e, por muito pouco, quase declarou-a inconstitucional.

⁴⁷⁹ Cf. OLIVEIRA, 2002, p. 173-174.

político-legislativa que se sobressairia ao legislador democrático. Revelar-se-ia uma “ditadura de boas intenções éticas e políticas”, que desprestigiaria a cidadania e o processo discursivo de formação da vontade política⁴⁸⁰. Ao considerar que a preponderância da atividade judicial na concretização constitucional tem configurado uma realidade bem prejudicial ao Estado Democrático de Direito, o professor JOÃO MAURÍCIO ADEODATO⁴⁸¹ preocupa-se com o risco da imposição de uma “moral do judiciário” pelo Supremo Tribunal Federal.

Evidencia-se, assim, que a atual prática do controle de constitucionalidade, no Brasil, está a carecer de legitimidade. No contexto de concentração do controle de constitucionalidade, até mesmo justificável sob alguns aspectos pragmáticos (desafogar os tribunais dos processos repetitivos que neles se avolumam e rápida solução dos litígios constitucionais), há a incumbência da missão de não só tentar resgatar, criticamente, as tradições judiciais. É claro, elas são importantes: tanto o mais o são, no caso do controle difuso, à proporção que se integram à prática e cultura judiciais numa estrutura estatal democrática, legitimamente concebida. Mas além de procurar realizar-se esse resgate, prospectivamente há de cogitar-se de outros caminhos de investigação a partir do arranjo institucional vigente. Principalmente porque o controle concentrado – que deveria assumir o relevante papel de assegurar as condições de gênese do processo democrático de criação das leis – tem extrapolado seu escopo, interferindo destrutivamente no processo de formação discursiva da vontade política. E essa possibilidade, repita-se, é oportunizada pela teoria discursiva, consoante destacado na Introdução. Ou seja, dentro do contexto que vai se apresentado, é imprescindível – a todo custo – indagar de alternativas legitimadoras das gramáticas

⁴⁸⁰ Uma análise sistemática das decisões do Supremo Tribunal Federal demonstraria que a tradição germânica da “jurisprudência dos valores” é largamente acolhida pela prática judicial brasileira. Esse exame, contudo, não será levado a termo nesta dissertação. Sobre o tema, entre outros, confira: CITTADINO, 2000, p. 43-73; OLIVEIRA, 2002, p. 88 e ss; CRUZ, 2004, p. 185-191.

⁴⁸¹ Cf. ADEODATO, 2003, p. 87.

judiciais, a fim de preservar a condição essencial do cidadão no Estado Democrático de Direito, sua autonomia jurídica.

O próximo item, que encerra este capítulo, concentra-se numa linha de reflexão que, sem renegar o controle concentrado de constitucionalidade (considerando-se sua atual projeção), busca forjar uma alternativa conciliatória entre Democracia e jurisdição constitucional, entre Poder Legislativo e Poder Judiciário. Enquadra-se, pois, na tendência dos novos estudos sobre o controle de constitucionalidade que, segundo STEPHEN GRIFFIN⁴⁸², tem-se preocupado menos em determinar se a *judicial review* é ou não *contramajoritária*. A discussão, agora, passa a ser qual espécie de controle judicial se justifica em face da Democracia deliberativa.

5. O “CONTROLE JUDICIAL FRACO” (*WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW*), A “CLÁUSULA NÃO OBSTANTE” (*NOTWITHSTANDING CLAUSE*) E UMA SUGESTÃO AO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As formulações teóricas são concebidas em termos normativos e encontram-se em inevitável tensão com a efetiva gramática das instituições, num verdadeiro entrecruzamento dialético entre o que é e o que deveria ser. Por isso, a escolha da teoria do discurso, pois, como aduz MARCELO CATTONI DE OLIVEIRA⁴⁸³, ela permite uma análise mais sofisticada do Estado Democrático de Direito, a partir da tensão existente entre o enfoque normativo e o empírico, entre a validade e a faticidade.

Nesse sentido, ao se estabelecer como normativamente válido que o controle abstrato de constitucionalidade deve restringir-se às condições procedimentais do processo de formação racional da vontade política, conseqüentemente se deve

⁴⁸² Cf. GRIFFIN, 2000, p. 683-684.

⁴⁸³ Cf. OLIVEIRA, 2000, p. 91-102.

indagar se de fato é essa a forma pela qual ele vem se pautando. No caso brasileiro, a concentração do controle e a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal⁴⁸⁴ como protetor republicano de certa ordem preordenada de valores, arvorando-se da prerrogativa de determinar em última instância o significado da Constituição, parecem justificar as preocupações de MARK TUSHNET.

Segundo o professor de direito constitucional da Universidade de Georgetown⁴⁸⁵ – em *Taking the Constitutions away from the Courts*, obra de grande repercussão no direito constitucional norte-americano, profundamente crítica da atividade institucional da Suprema Corte dos Estados Unidos –, caso o controle de constitucionalidade realmente se autolimitasse a assegurar os pré-requisitos da “Constituição democrática” (*Populist Constitutional Law*)⁴⁸⁶, isto é, as condições de

⁴⁸⁴ É válido ressaltar o diagnóstico formulado pelo professor JOÃO MAURÍCIO ADEODATO (2003, p. 89): “Na controvérsia sobre a hierarquia das fontes há uma ‘dogmática judicialista’, segundo a qual a cúpula do judiciário não pode contradizer a Constituição, em última instância, pois a Constituição afirma que quem diz o conteúdo do texto constitucional é o judiciário”. Certamente, para o Supremo Tribunal Federal, supremacia judicial e supremacia constitucional são conceitos sinônimos. Assim se torna mais fácil entender por que a crítica habermasiana contra o controle de constitucionalidade é decorrente da autocompreensão que o tribunal constitucional tem de sua própria atividade. Conforme visto no Item 4 deste capítulo, essa característica tanto pressupõe a noção da supremacia judicial, quanto uma pretensão infalibilidade judicial.

⁴⁸⁵ Cf. TUSHNET, 1999, p. 157 e ss.

⁴⁸⁶ Para MARK TUSHNET, o modelo ideal de controle judicial seria restrito à salvaguarda dos pré-requisitos da Constituição democrática, comprometida com a realização dos princípios dos direitos humanos universais, através da razão e do autogoverno (1999, p. 181-186). Republicanista que é (1999, p. 9-14), admite que a Constituição norte-americana não se resume àquela presente nas normas escritas do texto constitucional, que definem organização e competência do governo, e são invocadas pelos juízes e advogados. Essa corresponde a *Thick Constitution*. A Constituição democrática reivindica a *Thin Constitution*, consubstanciada nas garantias fundamentais de equidade, de liberdade de expressão e de liberdade. Os direitos fundamentais, procedentes da grande narrativa histórica e política dos Estados Unidos, deixam-se revelar a partir dos princípios da declaração da independência e do preâmbulo constitucional, que constituem o povo norte-americano em autêntica comunidade nacional (1999, p. 181-194) e convocam-no a agir conscientemente (1999, p. 42-53). Tais princípios, por sua vez, não são auto-interpretáveis; necessitam da participação política de todos os atores sociais na criação e definição do direito constitucional. Daí, o projeto da Constituição democrática propor evitar qualquer entendimento que venha a subscrever a tese de que a Constituição significa o que a Suprema Corte diz. A interpretação judicial não tem significado especial. É equiparável às demais interpretações da Constituição realizadas pelo Congresso ou pelo Presidente. A instituição da Constituição democrática, dentro da perspectiva assumida por MARK TUSHNET (1999, p. 157-158), em que se viabiliza a participação coletiva de todos os cidadãos na sua criação e interpretação, reclama: (a) votação, as pessoas que não podem votar estão inaptas a ajudar na criação da *populist constitutional law*; (b) crítica ao governo, se não é permitido criticar ou se as pessoas não criticam o governo, não há meios para mudá-lo, para construir políticas mais apropriadas nem para fixar o melhor caminho na construção da Constituição democrática; (c) espaço para a formação de opiniões independentes, onde as pessoas possam formar livremente suas próprias convicções sobre a política e o direito constitucional; (d) capacidade para lidar com “crises reais”,

gênese do processo de formação da vontade política, estaria configurado um contexto de adequação e equilíbrio entre Democracia e jurisdição constitucional, que seria propício à prática democrática da *judicial review*. Porém, há alguns obstáculos que rondam a concepção do controle de constitucionalidade limitado à garantia das condições de formação democrática das leis, contesta TUSHNET.

Em primeiro lugar, o domínio do controle de constitucionalidade está bem além daquele ao que deveria ser reduzido, nos termos propostos pela Constituição democrática. Além disso, o número de problemas reais com a privação de direitos, com a limitação às críticas ao governo e com a dominação estatal da esfera privada é bem menor nos dias de hoje, provavelmente por causa da tradição constitucional que dá suporte à cultura política de maior participação. Por fim, deve-se atentar para o fato de que, mesmo se preconizando a teoria de uma *judicial review* limitada às pré-condições da Constituição democrática, os juízes fatalmente iriam muito além delas. Logo, é improvável que o âmbito de atuação da *judicial review* fosse reduzido ao papel preconcebido.

Nessa hipótese, haveria pela Suprema Corte a assunção de tamanhos poderes como jamais se vira em tempo algum na história constitucional, alarma MARK TUSHNET⁴⁸⁷. Em outras palavras, instituir-se-ia em favor do tribunal constitucional uma

mecanismos para proteção contra as leis contrárias aos princípios constitucionais fundamentais. Para crítica à concepção de Constituição democrática, ver: DEVINS, 2000-2001, p. 359-371; MICHELMAN, 2000-2001, p. 461-487. Embora a teoria do discurso, que fundamenta a concepção procedimentalista do Estado de Direito, oponha-se à visão do republicanismo, guardadas certas particularidades, as elaborações teóricas de MARK TUSHNET, marcadamente críticas à *judicial review*, seguem válidas para o intento aqui buscado. Sobre a relação entre as visões do liberalismo, do republicanismo e do procedimentalismo, ver: HABERMAS, 2001a, p. 340-361 e p. 469-531; HABERMAS, 2002b, p. 269-297; OLIVEIRA, 2000, p. 49-85.

⁴⁸⁷ Cf. TUSHNET, 1999, p. 160. Essa mesma dificuldade é compartilhada por LUIS PRIETO SANCHÍS (2000, p. 165-167).

“competência de competência”⁴⁸⁸, que apontaria para o crescente grau de influência política do tribunal na vida política do Estado.

Dá-se, portanto, o impasse. Numa democracia deliberativa, seria possível justificar a jurisdição constitucional mantendo-se preservadas as autonomias pública e privada, de forma que os cidadãos se percebam a um só tempo autores e destinatários das normas? Como operacionalizar o modelo de controle limitado a assegurar as condições do processo legislativo democrático, no Brasil? A indagação é relevante porque aqui o controle de constitucionalidade tem acarretado, de um lado, o afastamento do cidadão da interpretação de sua própria Constituição, seja pela eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal que assume autoridade tal que não pode ser contrastada politicamente pelo processo legislativo (supremacia judicial)⁴⁸⁹, seja pela paulatina concentração desse mesmo controle, que retira toda a ênfase tradicional e historicamente depositada no controle difuso.

Qual seria a solução?

MARK TUSHNET⁴⁹⁰ lança uma hipótese. Sugere seja imaginado que a Suprema Corte – numa manhã de outubro, reconhecendo que os ganhos obtidos com o grande experimento iniciado em 1803 não mais justificavam as perdas – declarasse que não mais invalidaria qualquer lei por violação à Constituição. O que aconteceria após impactante anúncio? Após passar em revista algumas pequenas perdas e ganhos que se seguiriam sucessivamente entre liberais e conservadores, julga que os efeitos de pôr-se de lado a *judicial review*, considerados ambos os lados, bem como todas as questões

⁴⁸⁸ A denominação “competência de competência” é utilizada por CARL SCHMITT (1983, p. 95), em sua célebre discussão com HANS KELSEN sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. Sendo o litígio constitucional definido pelo tribunal constitucional, além de ser um conceito impróprio e ilimitado, caberia à própria corte traçar e definir sua competência. Daí, a competência de competência.

⁴⁸⁹ Ressalte-se que muitas das disposições constitucionais são insuscetíveis de modificação legislativa, mesmo em se tratando de emendas à Constituição, porquanto estão contempladas por cláusulas pétreas. Então, o conteúdo de tais normas, inclusive dos direitos fundamentais que são fortemente marcados pelo alto teor de abstração, passa a ser definido quase que exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁹⁰ Cf. TUSHNET, 1999, p. 154.

envolvidas, seriam muito provavelmente bem pequenos. Mais do que isso, eliminando-se o controle judicial haveria um efeito bem específico: far-se-ia retornar ao povo politicamente atuante a tomada de todas as decisões constitucionais.

Conforme salientado na Introdução, novamente, na primavera de 2005, TUSHNET⁴⁹¹ voltou a suscitar o debate entre constitucionalistas e filósofos, com a publicação do artigo *Democracy versus Judicial Review: is it time to Amend the Constitution?* Não se fez demorar muito, e as respostas sucederam-lhe a indagação. LAURENCE TRIBE⁴⁹² e JEREMY WALDRON⁴⁹³, prontamente, apresentaram-se a contestar-lhe a proposta. Em seguida, a réplica de TUSHNET⁴⁹⁴; tudo numa elegante discussão de direito constitucional.

MARK TUSHNET⁴⁹⁵, lastreado por influxos radicalmente democráticos, supusera a promulgação de emenda à Constituição, que acabaria com a prática da *judicial review* (*End Judicial Review Amendment – EJRA*)⁴⁹⁶. Energicamente rejeitada por TRIBE, causou em WALDRON reações contraditórias de entusiasmo e apreensão. Entusiasmado quedou-se tendo em vista que já não era sem tempo começar-se a pensar a *judicial review* em termos democráticos e parar de aceitá-la simplesmente por funcionar bem em alguns casos. Apreensivo se viu, de outra parte, por causa da reação que se levantaria contra TUSHNET, já que a maioria dos professores norte-americanos está envolvida com a *judicial review*. Em geral, esses acadêmicos acreditam que, com a Suprema Corte, não se corre o risco de deparar-se com decisões mal fundamentadas

⁴⁹¹ Cf. TUSHNET, 2005a, p. 59-63.

⁴⁹² Cf. TRIBE, 2005, p. 81-83

⁴⁹³ Cf. WALDRON, 2005, p. 83-85

⁴⁹⁴ Cf. TUSHNET, 2005b, p. 85-86.

⁴⁹⁵ Cf. TUSHNET, 2005a, p. 59.

⁴⁹⁶ A seguir, repete-se o teor da *EJRA*: “Salvo autorização do Congresso, nenhuma Corte dos Estados Unidos ou de qualquer um dos Estados terá o poder de revisar a constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso ou por qualquer das legislaturas estaduais”.

sobre os direitos ou coercitivamente impostas. A racionalidade judicial asseguraria os direitos constitucionais, tese da qual WALDRON definitivamente não se convenceu⁴⁹⁷.

Além dessas duas reações, uma terceira, preocupada mais com um pormenor, haveria despertado a argúcia de JEREMY WALDRON. Trata-se da palavra “revisão” (ou “controle”, de *judicial review*), cujo significado pode variar⁴⁹⁸. Destaca o autor que a corte britânica pode “rever” as leis parlamentares, na medida em que detém a atribuição de emitir uma “declaração de incompatibilidade” da norma com os direitos da Convenção Européia e do *Human Rights Act (HRA)*⁴⁹⁹. O poder de revisão, contudo, não corresponde a uma declaração de inconstitucionalidade, já que não retira a norma do ordenamento jurídico, nem importa sua não aplicação ao caso concreto; mas autoriza a utilização de um procedimento legislativo sumário para sua retificação. WALDRON vislumbra no modelo britânico o que tem se denominado de “controle judicial fraco” (*weak-form judicial review*). Então, finaliza sua resposta a TUSHNET com a sugestão de que, talvez, o controle fraco fosse a melhor alternativa para a Democracia constitucional: o melhor dos dois mundos, em relação à forma de controle judicial dos Estados Unidos e àquela preconizada pela *EJRA*.

Assim, retorna-se a anterior questionamento de MARK TUSHNET⁵⁰⁰, que integra o eixo central desta dissertação: quais arranjos institucionais que imponham

⁴⁹⁷ Com efeito, WALDRON (2005, p. 84) acredita que o raciocínio desenvolvido nas decisões da Suprema Corte deixa de lado as questões verdadeiramente importantes, atendo-se mais a precedentes, história legal e teorias de interpretação. Lembra que, no voto de cinquenta páginas de *ROE v. WADE* (1973), em que se discutira sobre a constitucionalidade ou não da prática do aborto, apenas dois parágrafos detiveram-se de fato na questão importante: o *status* jurídico do feto; no mais, as demais páginas dedicaram-se à exposição de teorias e interpretações divergentes sem maiores repercussões para o caso. Ao passo que o legislativo tende a ir diretamente ao cerne do tema. O parlamento britânico, por exemplo, no debate sobre o aborto, focou os aspectos relevantes: o *status* jurídico do feto, as dificuldades da gravidez, a importância da liberdade, da escolha e da privacidade, os conflitos morais relacionados, as questões pragmáticas sobre a execução da lei, o risco de vida das práticas clandestinas do aborto, etc.

⁴⁹⁸ Cf. WALDRON, 2005, p. 85.

⁴⁹⁹ Sobre o controle judicial inglês, à luz do *HRA*, de 1998, que internalizou as principais disposições da Convenção Européia relativas aos direitos humanos, vide: PERRY, 2003, p. 665-673; GARDBAUM, 2001, p. 709-711 e p. 732-739; ELLIOT, 2001, p. 301-336.

⁵⁰⁰ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 353.

limites ao autogoverno do povo poderiam ser legitimamente justificados⁵⁰¹? Seria a *weak-form judicial review* uma resposta acertada para a indagação?

A denominação controle judicial fraco foi introduzida no cenário constitucional por MARK TUSHNET⁵⁰², não obstante o sistema em si não seja tão novo. O controle fraco (*weak-form judicial review*) opõe-se ao “controle judicial forte” (*strong-form judicial review*)⁵⁰³. Modelo por excelência em prática nos Estados Unidos, a *strong-form of judicial review* caracteriza-se pela autoridade geral da decisão do tribunal constitucional na determinação do significado da Constituição e pelo caráter impositivo e obrigatório (*authoritative and binding*) da interpretação constitucional em relação aos outros Poderes a curto e médio prazo⁵⁰⁴, por causa dos difíceis procedimentos de reforma à Constituição e da tradição cultural de deferência às determinações judiciais⁵⁰⁵. O grande problema a macular o controle judicial forte, segundo MARK TUSHNET⁵⁰⁶, consiste na incapacidade de esse modelo satisfazer as condições de extenso e aberto diálogo sobre o significado da Constituição, tendo em vista que as decisões judiciais dependem dos juízes individuais.

O controle judicial fraco contrapõe-se ao caráter vinculante e irreversível da interpretação constitucional por uma corte suprema, única e exclusivamente considerada. Sua origem está ligada à Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), de 1982, que influenciou outras ordens

⁵⁰¹ É a mesma pergunta que se faz STEPHEN GRIFFIN (2000, p. 683-684), ao anotar que os debates mais sofisticados em torno da *judicial review* têm deixado de lado a velha questão da dificuldade contramajoritária.

⁵⁰² Cf. TUSHNET, 2003b, p. 2781-2802; 2003d, p. 353-379.

⁵⁰³ Para crítica à distinção de TUSHNET, ver: SINNOTT-ARMSTRONG, 2003, p. 381-392. Para STEPHEN GARDBAUM (2001) essas duas concepções correspondem a duas tradições distintas: a *strong-form*, ao modelo norte-americano do constitucionalismo; a *weak-form*, ao modelo britânico do constitucionalismo, no qual se enquadra a Constituição do Canadá.

⁵⁰⁴ Cf. TUSHNET, 2003b, p. 2784.

⁵⁰⁵ Cf. TUSHNET, 2003c, p. 89.

⁵⁰⁶ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 355-356.

constitucionais como a da Inglaterra, a partir do *HRA*, e a da Nova Zelândia⁵⁰⁷. O controle fraco se propõe a assegurar a proteção dos direitos individuais e reduzir os riscos de uma inapropriada interferência no autogoverno democrático. Além do mais, a *weak-form* admite abertamente a possibilidade de o legislador estabelecer interpretações que difiram daquelas interpretações constitucionais, judicialmente elaboradas⁵⁰⁸. Reveste-se, assim, de especial potencial para quebrar o monopólio da Constituição ou sua doação a uma única instituição estatal, ao resgatar e valorizar o papel do Poder Legislativo na interpretação constitucional cuja propensão para refletir os desígnios populares é muito maior do que a do Poder Judiciário. Por isso, o controle judicial fraco consubstancia um importante mecanismo institucional que se deixa reconduzir à noção da Constituição procedimental.

Para MARK TUSHNET⁵⁰⁹, três características principais separam a *weak* da *strong-form*: a primeira consiste no poder de a legislatura repudiar as especificações do tribunal constitucional; a segunda, no processo interativo de especificação e de revisão que pode ocorrer sobre um período relativamente curto. A outra diferença importante entre os dois sistemas de controle, identificada por TUSHNET⁵¹⁰, dá-se em relação à exposição do tribunal constitucional à força das mais diversas opiniões. O não estar submetida à opinião pública faz com que a corte creia ser ela a única quem decide e em caráter definitivo. É essencial existirem caminhos de fácil acesso ao povo para responder às decisões judiciais, como também procedimentos simples para que os tribunais revisem suas próprias decisões. A possibilidade de reedição do ato legislativo tem o mérito de provocar a imediata reconsideração da decisão judicial e de sua crítica.

⁵⁰⁷ Cf. TUSHNET, 2003b, p. 2784-2785.

⁵⁰⁸ Cf. TUSHNET, 2003a, p. 814.

⁵⁰⁹ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 369.

⁵¹⁰ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 366-367.

O caso mais ilustrativo da adoção da *weak-form of judicial review* é o da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá que, na seção 33, adota a “cláusula não obstante” (*notwithstanding, non-obstante* ou *override clause*)⁵¹¹. A cláusula não obstante permite ao legislador reeditar a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá, em face da seção 2 (que compreende os direitos fundamentais à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião) e das seções 7 a 15 (referentes ao direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, liberdade de não vir a ser irrazoavelmente investigado, confiscado, preso ou detido, além do direito à igualdade dentre outros) da Carta de Direitos⁵¹². Vale ressaltar que muitos dos direitos fundamentais nela contemplados não são abrangidos pela seção 33. A cláusula não obstante, malgrado suscitasse grande controvérsia quanto à sua natureza, finalidade e eficácia, vem para resgatar a importância do parlamento, sem, no entanto, ignorar ou desconsiderar os direitos fundamentais.

Nesse sentido, historiam DAVID JOHANSEN e PHILIP ROSEN⁵¹³ que ela adveio de alguns esparsos precedentes legislativos canadenses, os quais determinavam que a *Bill of Rights* tinha primazia nos conflitos legislativos, a não ser que a cláusula

⁵¹¹ A seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, de 1982, estabelece:

“Exceção à expressa declaração

33 (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar em Ato do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que seu Ato ou disposição produzirá efeito não obstante a cláusula inclusa na seção 2 ou seções 7 a 15 desta Carta.

Produção excepcional de efeitos

(2) Um Ato ou disposição de um Ato a respeito do qual se fez a declaração sob esta seção produzirá efeitos válidos como se ele o fosse, apesar da cláusula desta Carta a ela referida na declaração.

Limitação de cinco anos

(3) A declaração feita sob a subseção (1) cessará seus efeitos cinco anos após sua aplicação ou em data anterior, a ser especificada na declaração.

Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode reeditar a declaração feita sob a subseção (1).

Limitação de cinco anos

(5) Subseção (3) aplica-se no que se refere à reedição feita sob a subseção (4).”

⁵¹² Segundo expõe TUSHNET (2003b, p. 2784-2785), a institucionalização da *weak-form*, na Carta de Direitos do Canadá, permite ao legislador determinar que uma norma – apesar de possivelmente encontrar-se em conflito com a Constituição (segundo a corte) – venha produzir efeitos. Ou seja, com a *notwithstanding clause* afasta-se o caráter vinculante e definitivo da interpretação constitucional da Suprema Corte a curto prazo, na medida em que, em discordando da interpretação judicial, o Poder Legislativo poderá reeditar o ato normativo anteriormente considerado inválido. Vale notar

⁵¹³ Cf. JOHANSEN and ROSEN, 2005, p. 2-3.

não obstante fosse invocada. Eles noticiam que tal instituto teria sido primeiramente proposto, em 1980, durante as deliberações do comitê de ministros responsáveis por questões constitucionais. Após discussões referentes a quais direitos seriam englobados pela eficácia da cláusula, ao tempo de sua vigência e à possibilidade de reedição das leis tidas por inconstitucional, em novembro de 1981, todos os governos canadenses, à exceção do de Quebec, consentiram com o Ato Constitucional, que instituiu a cláusula não obstante. Os participantes das conferências ministeriais (parlamentares e grandes autoridades) divergiam profundamente sobre o uso dela.

Para uns, a exemplo do premier de New Brunswick, os direitos deveriam ser compartilhados por todos igualmente, o que poderia ser comprometido pela cláusula. Para outros, como o procurador geral de Manitoba, os direitos seriam protegidos não só pela Constituição, mas principalmente pelo direito político do povo que daria continuidade ao projeto constitucional. Também se viu, nela, um mecanismo de balanceamento entre a corte e o parlamento. No entanto, o argumento predominante, defendido pelo primeiro ministro do Canadá, sustentava que – embora a cláusula não obstante pudesse ser objeto de abuso – ela asseguraria ao Poder Legislativo a *última palavra*. Em sua complementação, pronunciou-se o ministro de justiça do Canadá, para afirmar representar ela uma válvula de segurança que dificilmente seria utilizada, salvo para assegurar a *última palavra* ao legislador nas questões de políticas públicas de extrema relevância. Permitiria, portanto, a *notwithstanding clause* que a decisão judicial não prevalecesse sobre a política, que teria amplo respaldo popular⁵¹⁴. Eis, portanto, seu objetivo fundamental.

Conforme há pouco referido, a cláusula não obstante é muito controversa. Ainda hoje, passados mais de vinte anos de vigência da Carta de Direitos

⁵¹⁴ Cf. JOHANSEN and ROSEN, 2005, p. 3-7.

do Canadá, desperta opiniões opostas e não oportunizou aos críticos formularem um retrospecto inequívoco sobre a história de sua aplicabilidade. Para MARK TUSHNET⁵¹⁵, a *weak-form* não é uma instituição estável, tendo em vista que pode transmutar-se para a *strong-form*, dada a raridade da utilização da *override* pela Suprema Corte do Canadá. No entanto, é necessário perceber, com KENT ROACH⁵¹⁶, que a *notwithstanding clause* deve ser entendida a partir de uma compreensão mais ampla da *judicial review*. A nova abordagem, destacada pelo professor da Universidade de Toronto, propõe-se a conceber o “controle de constitucionalidade como forma de diálogo entre a corte e o parlamento” (*judicial review as a form of dialogue between courts and legislatures*)⁵¹⁷. Dessa feita, há quatro modos por que o *diálogo interinstitucional* poderia se realizar: (a) o legislador não manifestaria qualquer reação contra a decisão judicial; (b) o legislador editaria nova lei em conformidade com o parâmetro fixado pela corte; (c) poderia, ainda, o legislador refazer o diploma legal com leves alterações, mas sem alterar as disposições mais questionadas pela corte; (d) por fim, sendo-lhe permitido valer-se da *override clause*, o legislador editaria ato idêntico ao declarado inconstitucional não obstante a decisão judicial.

A infreqüente utilização da cláusula não obstante, ao contrário do que supõe TUSHNET, não pode ser atribuída a uma falha estrutural da Carta de Direitos, porquanto deve ser lida a partir do contexto integrado pelo processo de diálogo entre os Poderes⁵¹⁸. Nesse ponto, KENT ROACH⁵¹⁹ é categórico: embora não seja comumente utilizada no Canadá, a *override clause* é o melhor caminho de diálogo entre cortes e

⁵¹⁵ Cf.: TUSHNET, 2003c, 89 e ss; 2003b, p. 2786-2801; 2005b, p. 85.

⁵¹⁶ *Apud* TUSHNET, 2003c, p. 90 e ss.

⁵¹⁷ Cf. ROACH, 2005, p. 537-538. Sobre a *judicial review* como processo de diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, vide: HOGG and BUSHHELL, 1997, p. 79 e ss.

⁵¹⁸ É claro que a falta de resposta legislativa pode advir das circunstâncias políticas, das falhas no processo de formação da vontade política, da própria complexidade do sistema do processo legislativo, do “custo político” de reeditar a lei considerada inconstitucional, da inércia legislativa, dentre outros motivos. Para análise mais detida sobre os aspectos negativos, ver: TUSHNET, 2003c, p. 89 e ss; ROACH, 2005, p. 542-546; GOLDSWORTHY, 2003, p. 451-472.

⁵¹⁹ Cf. ROACH, 2005, p. 543.

legislativos, os quais podem usá-la para resolver diferenças intratáveis entre as duas instituições, sinalizando à sociedade o que está sendo feito.

No entanto, tais motivos, antes de desestimularem a adoção do controle judicial fraco, devem conferir maior plausibilidade ao argumento. Primeiro, porque a regra que se introduz com a *notwithstanding clause* não induz qualquer modificação interna, no que tange à atividade judicial de fiscalização da constitucionalidade⁵²⁰. A diferença, em termos do procedimento, só se verifica se a decisão judicial for rechaçável aos olhos do legislador, hipótese em que poderá proceder à *overrule*. Para tanto, há de transpor-se o fardo da inércia legislativa⁵²¹. Contudo, o importante mesmo é que a *cláusula não obstante consiste em interessante caminho de acomodação do argumento da Democracia e do argumento de investir o tribunal constitucional de poderes para a proteção dos direitos humanos*. Cuida-se de “elegante compromisso” que, no Canadá, atribuiu à Suprema Corte a capacidade de dizer a “penúltima palavra” (*penultimate say*), tal qual reconhece MICHEAL PERRY⁵²². Ou seja, ela vai de encontro à autoridade do Poder Judiciário que lhe atribui a condição de intérprete último da Constituição.

Em segundo lugar, a *override* da decisão judicial, em regra, não deve ser rotineira, até porque, no paradigma procedimental do Estado de Direito, espera-se que o Poder Judiciário cumpra efetivamente com seu papel de tutor do processo discursivo da

⁵²⁰ Por isso, MARK TUSHNET (2003c, p. 89; 2003a, p. 813-820) diagnostica que o debate entre a supremacia legislativa e a supremacia judicial está acabado e aquele entre o ativismo e a autocontenção judiciais pode estar sendo mal conduzido.

⁵²¹ Cf. PERRY, 2003, p. 670. Apesar de se ostentar contra a cláusula não obstante o risco de ameaça à integridade dos direitos fundamentais, a principal crítica sofrida reside na inércia do legislador em reverter a decisão judicial. Por esse motivo, TUSHNET (2003a, p. 824-837; 2003b, p. 2786-2801) mostra-se hesitante quanto à sua estabilidade em manter a prática institucional (a da *weak-form*) que ela própria outorga, dado que pode converter-se em *strong-form*, a despeito de o momento de instituição da forma de controle ser o do ato fundacional da Constituição. Na *weak-form*, a não reação legislativa pode decorrer da aceitabilidade da decisão judicial pelo legislador (TUSHNET, 2003d, p. 368); já na *strong-form* a reação formal será por dois motivos: ou pela aceitação, ou pela sensação de inutilidade (e dificuldade) de reverter, através dos canais políticos a decisão judicial. De toda forma, a insatisfação de TUSHNET com o controle judicial fraco mostra-se plenamente compreensível, já que seu projeto, muito mais radical ainda, lança-se para além de qualquer forma de controle judicial da constitucionalidade, vez que pretende retirar a Constituição dos tribunais (1999; 2005a, p. 56-63; 2005b, p. 85-86).

⁵²² Cf. PERRY, 2003, p. 667-670.

formação da vontade política. Trata-se de aplicá-la àquelas questões em que – em face de sua natureza altamente controversa e a fim de assegurar a respeitabilidade ao processo racional de discussão política – a decisão judicial, no controle concentrado, venha acarretar a sobreposição dos discursos de justificação pelo discurso judicial (judicialização da política), com a inevitável supressão da autonomia jurídica do cidadão. Ora, a característica maior da Democracia deliberativa é fazer com que os cidadãos sintam-se a um só tempo autores e destinatários da norma. E a *notwithstanding clause* tem aptidão para fazer prevalecer a autoridade da vontade política construída discursivamente, bem como as autonomias pública e privada dos cidadãos manifestada através do processo de formação da opinião e da vontade política.

A essas dificuldades, sobretudo, concernidas à inércia do legislador, opõe-se outra que decorreria, ao revés, do extremo ativismo do legislador que poderia ocasionar um retrocesso do constitucionalismo e a desconsideração dos direitos humanos. A *weak-form*, agora, depara-se com a seguinte pergunta: como garantir e proteger os direitos fundamentais?

A crítica é fulcral. Deve ser enfrentada, porém, por dois caminhos distintos. O primeiro diz respeito ao pressuposto de onde parte. Relacionado com primeiro, o outro caminho averigua os efeitos a serem gerados.

Pode-se afirmar, ainda hoje, que as justificativas que fundamentam o controle de constitucionalidade se baseiam na falsa premissa de que os legisladores, sempre ou quase, representam uma ameaça ao sistema de direitos positivos⁵²³, ao passo que os juízes corporificariam o ente que zelaria por esses direitos. Na mesma linha,

⁵²³ Não se desconhecem, entretanto, os descompassos existentes entre a vontade popular e a vontade das pessoas responsáveis pela representação política. Sobre as falhas do processo de representação política, confira: BÖCKENFÖRDE, 2001, p. 154-158; HABERMAS, 2001a, p. 520 e ss. Recomenda-se, ainda, a leitura da dissertação de LEONARDO AUGUSTO DE A. BARBOSA (2005, p. 101-104 e p. 116-117) que aponta, no Brasil, a existência de certo imaginário social acerca do legislador, fundado no descrédito do Congresso, em parte advindo de alguns preconceitos relacionados à atividade legislativa e em parte decorrente de atos cometidos pelos representantes do povo, que estremecem a relação de confiança entre representantes e representados.

acredita-se que o discurso judicial detém certa ascendência sobre o legislativo e que, numa situação de conflito, deveria ser dada prevalência ao discurso judicial. Aliás, esse entendimento, que se vai sedimentado na prática judicial, acaba por caracterizar a supremacia do Poder Judiciário em face do Legislativo⁵²⁴.

De logo, contrapõe-se uma indagação. Quem dela cogita é ROBERTO GARGARELLA⁵²⁵: que conexão há entre um órgão judicial contramajoritário e o asseguramento da melhor proteção aos direitos da minoria? Do fato de os juízes não representarem a maioria, numericamente falando, não deriva necessariamente serem representantes ou terem qualquer ligação especial com alguma da infinita diversidade de minorias. Para GARGARELLA, essa relação decorre da falácia do argumento que, indevidamente, associa o caráter contramajoritário dos juízes com a suposta tarefa de defender as minorias.

Essa primeira indagação, umbilicalmente ligada à tradicional concepção política subjacente à teoria de HAMILTON e MARSHALL, não é compatível com o paradigma aqui adotado. É interessante, assim, deter-se nas considerações de STEPHEN GRIFFIN⁵²⁶, que abre o debate para uma nova política do controle judicial (*new politics of judicial review*).

STEPHEN GRIFFIN inicialmente admite que a *judicial review* fora concebida como instrumento idôneo para conter os excessos do Congresso, segundo o entendimento bem familiar da política norte-americana. Ocorre, todavia, que a política contemporânea é bem mais complexa do que o quadro descrito anteriormente, em que os teóricos ocupavam-se da tensão entre maioria e minoria legislativas. Ao mesmo

⁵²⁴ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO (2003, p. 94), sinteticamente, retrata bem essa conjuntura: “A perspectiva judicialista parte de dois pressupostos teóricos que não são, de modo algum, óbvios, ainda que façam parte de uma respeitável tradição na teoria jurídica ocidental mais recente: a um, o direito é visto sobretudo a partir do conflito e da necessidade de seu controle; a dois, de modo correlato, o direito é definido, em última instância, principalmente por meio da atividade do juiz”.

⁵²⁵ Cf. GARGARELLA, 1997, p. 63-65.

⁵²⁶ Cf. GRIFFIN, 2000, p. 685-688 e p. 695-701.

tempo, em análise da história norte-americana, GRIFFIN constatou, a partir de alguns dos precedentes judiciais mais recentes, que a Suprema Corte tem se afastado da tarefa de proteger os direitos civis, enquanto o Congresso vem intensificando a proteção desses mesmos direitos através de várias medidas políticas. O professor norte-americano argumenta que qualquer descrição do contexto institucional da *judicial review* deve levar em consideração a grande solicitude do Congresso nas políticas dos direitos civis. Ou seja, a conduta do parlamento tem contribuído para quebrar a velha imagem segundo a qual o Judiciário simbolizaria o último reduto de defesa da sociedade, em se tratando da proteção dos direitos das minorias. Como reconhece STEPHEN GRIFFIN, a nova postura assumida pelo Congresso não impede que se venham editar leis em desacordo com o parâmetro constitucional, o que de fato tem ocorrido. Justamente aí residiria a justificação do controle de constitucionalidade, dentro da postura a ser assumida. O controle judicial não mais se prestaria à guarita dos direitos da minoria contra a maioria parlamentar, e sim à proteção dos direitos que se encontram em conflito, cooperação, competição e consenso entre os poderes do governo⁵²⁷.

Como se percebe, o Poder Legislativo começa a chamar para si a responsabilidade de assumir seu papel na construção e na interpretação da Constituição que, em seu sentido performativo, exige a participação política ativa, a qual também se realiza através dos representantes do povo. De forma que a crítica séria da *judicial*

⁵²⁷ A concepção de *judicial review* de STEPHEN GRIFFIN (2000, p. 698-701), mesmo buscando suas bases na noção de Democracia deliberativa, assenta-se no que ele denomina de “Democracia de direitos” (*Democracy of rights*), cujas três principais características são: (a) os direitos individuais constitucionais e legais são importantes e aproveitáveis por todos; (b) todos os três Poderes do governo têm tido algum sucesso na criação, promoção e efetivação desses direitos; por fim, (c) o Poder Judiciário é claramente reconhecido como o fórum chave para o teste dos direitos reclamados pelos interesses políticos, que suportam ou se opõem às nomeações a fim de cumprir determinada agenda de direitos. Então, afigura-se difícil à corte afugentar-se da politização (ou democratização) do processo de nomeação de seus membros, o que, por conseguinte, retira dela qualquer predestinação quanto ao cumprimento de algum papel especial além daqueles desenvolvidos pelos demais Poderes. A democratização da corte, portanto, significa que ela está seduzida pelas mesmas contendas políticas que ocupam os demais poderes. Enfim, na nova perspectiva, não importa o caráter contramajoritário ou não de algum dos três Poderes; enfatiza-se quem melhor cria e efetiva os direitos. Na girada procedimentalista aqui tomada, é relevante determinar, destarte, quem tem a maior aptidão para refletir os anseios populares e mostra-se mais apto à formação discursiva da vontade política.

review precisa afastar-se do caráter contramajoritário, bem como da discussão em torno da preponderância entre a supremacia da soberania popular ou dos direitos, para fixar-se na plausibilidade prática da idéia de acordo com a qual, na Democracia contemporânea, direito e política andam lado a lado⁵²⁸.

Além do mais, numa aproximação empírica, não se pode esquecer que o Poder Judiciário falha em sua tarefa de proteger e de prover os direitos⁵²⁹. Observe-se que mesmo MICHELMAN⁵³⁰, ao assumir o pressuposto da supremacia judicial, rejeita à *judicial review* o atributo da infalibilidade, que, extremada, conduziria à visão “profética” da Suprema Corte. MARK TUSHNET⁵³¹, a sua vez, dedica um capítulo inteiro de seu livro, *Taking the Constitution Away from the Courts*, para analisar crítica e comparativamente a realidade judicial e legislativa, à luz da “questão da capacidade” (*the question of capability*). Trata-se de exame minucioso das duas instituições, que, sem dúvida, auxilia na construção igualitária da imagem dos dois Poderes e na desconstrução de uma imagem profética do tribunal constitucional. Com efeito, é bastante comum observar que a contraposição entre Poder Legislativo e Judiciário é levada a cabo em perspectivas distintas: o discurso jurídico é considerado em condições ideais; já o político, na inerente faticidade das práticas sociais⁵³².

Os juízes sabem que os legisladores interpretam a Constituição, mas argumentam que eles se preocupam mais com a corrida pelas eleições e com as necessidades políticas momentâneas do que com as considerações constitucionais⁵³³.

⁵²⁸ Cf. GRIFFIN, 2000, p. 700-701.

⁵²⁹ Cf. GRIFFIN, 2000, p. 700.

⁵³⁰ Cf. MICHELMAN, 2003, p. 604-606.

⁵³¹ Cf. TUSHNET, 1999, p. 54-71.

⁵³² A propósito, MARK TUSHNET (1999, p. 56) traduz essa idéia nas seguintes palavras: “A Suprema Corte, em seu melhor momento, é nitidamente melhor do que o Congresso, em seu pior. Mas o Congresso, em seu melhor momento, é melhor do que a Suprema Corte, em seu pior”.

⁵³³ Cf. TUSHNET, 1999, p. 55. HABERMAS (2001a, p. 339), concordando com ELY, admite que a compreensão paternalista do controle de constitucionalidade, em parte, advém da desconfiança dos juristas contra a racionalidade do legislador ligado às lutas pelo poder e às opiniões majoritárias determinadas pela emoção e estados de ânimos cambiantes.

Mas essa pré-compreensão, em muitos casos, não corresponde à realidade. É preciso não se esquecer que muitos dos atos legislativos são objeto de alta elaboração jurídica, de audiências com juristas, advogados e acadêmicos, de pareceres e consultas que os legisladores solicitam aos juristas, tudo isso a comprovar que os políticos levam a Constituição a sério⁵³⁴. Confirma TUSHNET que muitos dos legisladores são verdadeiros tolos em matéria constitucional, mas rebate a crítica, sob a alegação de que não seria difícil elaborar lista de *justices* a respeito dos quais se pudesse dizer a mesma coisa e que vários membros do Congresso estão interessados na produção de boas políticas públicas, nas questões constitucionais, no respeito aos colegas etc. O cerne da questão, portanto, é que ambos os Poderes cometem erro⁵³⁵. Nada mais natural, pois, consoante afirma HABERMAS⁵³⁶, todos estão inseridos num processo contínuo e reflexivo de aprendizagem. Falta, portanto, simetria de perspectivas no tratamento das abordagens das atividades do Poder Judiciário e do Legislativo.

E o que dizer do processo decisório judicial, em termos empíricos? Sem adentrar a indagação, limitar-se-á à crítica de ROBERTO GARGARELLA⁵³⁷, igualmente recorrente àqueles que examinam criticamente os fundamentos justificantes da *judicial review*. Pontua GARGARELLA que o poder judicial não se encontra tão alheio aos tipos

⁵³⁴ Cf. TUSHNET, 1999, p. 60 e ss.

⁵³⁵ Cf. TUSHNET, 1999, p. 57.

⁵³⁶ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 398 e ss.

⁵³⁷ Cf. GARGARELLA, 1997, p. 63. Exemplifica a hipótese com diversas decisões judiciais que resultam do auto-interesse dos juízes. No Brasil, JOÃO MAURÍCIO ADEODATO (2002, p. 261-283), na linha da teoria da argumentação, desenvolve o tema da retórica entimemática, que demonstra o *modus operandi* do discurso jurídico na prática. Alega o professor do Recife que as decisões judiciais não se estruturam com base no silogismo apodítico (premissa maior – norma, premissa menor – fato e conclusão – decisão), e sim a partir do silogismo retórico (entimema), que funciona como estratégia legitimadora das decisões pessoais já tomadas pelo juiz com base nos mais variados motivos (pessoais, sociais, culturais, econômicos etc.). Assim, dá-se uma inversão da ordem estrutural do silogismo, porque o juiz primeiro decide (conclusão) e, após, vai buscar no ordenamento jurídico a norma regente (premissa maior), pretendendo legitimar sua decisão. Assim, JOÃO MAURÍCIO (2003, p. 96) afirma que o Judiciário tem sido casuístico em suas decisões, tornando-se difícil encontrar algum vetor na fundamentação das decisões que indique racionalidade e coerência na jurisdição constitucional brasileira. PAUL BREST (1980-1981, p. 1105), a sua vez, mostra-se bastante impressionado pelo fato de que os defensores da Suprema Corte norte-americana são extremamente confiantes na estrutura de seu processo decisório, ao tempo em que, curiosamente, nenhum deles examina a atividade judicial da Suprema Corte com os olhos de sociólogo ou cientista político para verificar como essa instituição na prática opera e funciona.

de defeitos que acometem os outros Poderes políticos, ainda que, em relação a ele, tais interferências assumam forma peculiar. O que se quer deixar claro é que, à luz das práticas sociais, judiciais e políticas, tanto o Poder Judiciário, quanto o Poder Legislativo sofrem dos mesmos males que, ao final, implicam atos e interpretações não reconduzíveis à Constituição. Logo, o argumento de que os juízes são melhores do que os legisladores, no ofício de interpretar a Constituição, não se sustenta mesmo numa perspectiva empírica⁵³⁸.

Há de considerar-se, agora, o segundo caminho da crítica contra a *notwithstanding clause*, que torna seus opositores apreensivos quanto à manutenção dos direitos fundamentais. Tamanho temor, vale dizer, não passou incólume ao debate canadense. Revelam DAVID JOHANSEN e PHILIP ROSEN⁵³⁹ que seus críticos viam-na inconsistente com o “entrenchamento” (*entrenchment*) dos direitos humanos; “direitos são direitos”, diziam. Em que consistiriam as liberdades do indivíduo se elas podem ser desconsideradas por lei, não obstante estarem garantidas pelo texto da Constituição? Os direitos constitucionais, a fim de serem efetivados, devem submeter-se à interpretação judicial e serem protegidos dos excessos legislativos.

Mais uma vez estão implícitas a tal percepção duas prenoções. A primeira é a da identificação entre o que a Constituição é e o que o tribunal constitucional diz a Constituição ser (*the Constitution is what the judges say it is*). A segunda, que lança mão do exemplo *ad terrorem*, é a de que somente o legislador transgride a Constituição, e o tribunal constitucional impediria sua violação. Tanger-se-

⁵³⁸ Reconhece-se, contudo, em acordo com HABERMAS (2001a, p. 339-340 e p. 477), que os discursos judiciais têm em seu favor uma presunção de racionalidade comparativamente alta, dada a própria natureza (de aplicação) com que devem desenvolver-se. No entanto, a alta autoridade científica do discurso judicial, em hipótese alguma, deve ser invocada em favor da defesa de sua superioridade em detrimento do discurso político, o qual é resultado da fundamentação de normas e objetivos, além de exigirem a participação de todos os afetados. Não é factível que as características inerentes ao discurso jurídico venham impor aos demais uma compreensão da Constituição, da qual os cidadãos devem, de logo, convencer-se.

⁵³⁹ Cf. JOHANSEN and ROSEN, 2005, p. 10.

á o segundo aspecto, tendo em vista que o primeiro fora objeto de anteriores ponderações ao se tratar da temática da supremacia judicial.

Antes, porém, cabe rememorar que a política deliberativa no Estado Democrático de Direito reclama por um povo acostumado à liberdade e imbuído da cultura de participação política⁵⁴⁰. Ou seja, uma população que, no exercício de sua autonomia pública de cidadão, busca a preservação daqueles direitos integrantes da esfera privada dos sujeitos. Isso porque a autonomia pública, assegurada pelos direitos de comunicação e de participação (soberania popular), e a autonomia privada, em que se demarca o âmbito das liberdades subjetivas (direitos humanos), pressupõem-se reciprocamente; estão em relação de equi-primordialidade.

A legitimidade do direito está na preservação da relação equânime entre as autonomias pública e privada. Quer-se dizer: os direitos humanos são aqueles os cidadãos reconhecem a si próprios enquanto tal. A vontade autodeterminante do povo é que molda os direitos atribuídos a si mesmos e define sua extensão e seu alcance⁵⁴¹. Também assim ocorre com a configuração dos direitos fundamentais, previstos na Constituição. Segundo HABERMAS⁵⁴², a interpretação dos princípios constitucionais enraíza-se na cultura política dos cidadãos, que depende de cada contexto histórico e cultural. Há um horizonte interpretativo comum no interior do qual se discute publicamente a autocompreensão dos cidadãos sobre esses princípios. Assim, o que está em jogo, na verdade, é a discussão sobre “a melhor interpretação dos *mesmos* direitos e princípios fundamentais”⁵⁴³; aquela que melhor reflita o contexto social da comunidade determinada, no aqui e no agora. E, somente através do processo de

⁵⁴⁰ Cf. HABERMAS, 2002b, p. 290-295.

⁵⁴¹ Cf. GALUPPO, 2003, p. 213-238. Na reconstrução do significado dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva habermasiana, MARCELO GALUPPO, identificando o caráter histórico deles, admite ser impossível chegar-se a um “conceito simplesmente conotativo e absoluto de direitos fundamentais”.

⁵⁴² Cf. HABERMAS, 2002b, p. 254-255.

⁵⁴³ HABERMAS, 2002b, p. 254.

comunicação e discussão pública que se abre a todas as vozes potencialmente envolvidas e considera por igual todos os interesses, é que se poderá atingir a melhor interpretação constitucional.

A partir desse enfoque, não parece justificar-se o receio dos opositoristas contra a cláusula não obstante. Explica-se. Em termos normativos, através da política deliberativa, considerada em toda sua amplitude, o legislador procura editar leis que, de algum modo, dêem vazão aos anseios latentes na esfera pública, dentro do marco normativo traçado pela Constituição⁵⁴⁴. Naturalmente, a diversidade de pretensões, ancorada no pluralismo social e cultural da comunidade, desperta várias interpretações divergentes entre si sobre o mesmo assunto. Então, a melhor interpretação constitucional é aquela construída, a partir do processo discursivo de formação racional da vontade, porque se presume a participação de todos os membros da sociedade no processo de comunicação. Como se vê, a interpretação da Constituição não se confina apenas à dimensão hermenêutica; a dimensão pragmática é imprescindível. Dessa forma, a utilização da *override clause* serviria à restauração da vontade coletiva publicamente justificada, que teria sido judicialmente afastada em favor de outra pretensão discutida no processo político, mas não considerada portadora do melhor argumento. Não se prestaria, pois, à violação dos direitos fundamentais ou à exclusão da ordem jurídica⁵⁴⁵.

Tenha-se em mente a discussão jurídico-constitucional sobre a prática do aborto. Com base nas ponderações de MICHEL ROSENFELD⁵⁴⁶, essa é uma questão de difícil solução, pois as pessoas favoráveis à prática fundamentam, juridicamente, sua posição no direito à liberdade individual, à autonomia e à igualdade da mulher; já as

⁵⁴⁴ Não custa lembrar que a política deliberativa desenvolve-se dentro do quadro articulado pelo direito (HABERMAS, 2001a, p. 396), especialmente pela Constituição.

⁵⁴⁵ Não se pode desconsiderar, noutro giro, conforme aduz MARK TUSHNET (2003a, p. 816), que a liberdade do legislador sofre espécie de limitação prática, fixada pela cultura política da comunidade.

⁵⁴⁶ Cf. ROSENFELD, 1994-1995, p. 1177-1179.

contrárias argumentam com o direito à vida do feto. Nessa hipótese, dada a diversidade de questões (moral, ética, pragmática, religiosa etc.) a ser apreciada e considerando a comunicação dialógica produzida no processo democrático de criação das leis, deve-se conferir respeitabilidade à norma jurídica editada em face da presunção de legitimidade de que goza, quer seja para permitir o aborto, quer seja para proibir sua prática. Os que tiverem seu direito a tal prática preterido, no caso da proibição legal, poderão valer-se do seu direito de acesso à justiça, a fim de demonstrarem que a restrição é ilegítima, uma vez consideradas todas as circunstâncias concretas.

Não há dúvida de que os direitos envolvidos no *hard case* do aborto são direitos fundamentais. Só que uma decisão judicial que viesse a ser suplantada por decisão política, com base no mecanismo da *notwithstanding clause*, não representaria a desconsideração ou a violação a direito fundamental algum. Apenas, revelaria a forma que uma sociedade, temporal e espacialmente determinada, integra-se socialmente pelo direito, a partir do auto-entendimento moral, ético, cultural e religioso de si mesma.

Ora, o que se quer suscitar, por essa via, é o fato de que, na discussão das questões polêmicas, não se está em jogo o respeito ou não aos direitos fundamentais, mas, ao contrário, as diversas especificações e desdobramentos que desses direitos fundamentais possam inferir-se. Essa distinção é, precisamente, o ponto que FRANK MICHELMAN⁵⁴⁷ destaca como mais polêmico da *judicial review* dentro do “positivismo democrático”, em que o povo tem o direito de ser seu próprio legislador. Inegavelmente, conclui o professor de Harvard, decorre do positivismo democrático o direito de decidir não só o conteúdo abstrato e geral dos cânones constitucionais (*canonical-textual formulations*), com o qual todos concordam, mas também o sentido aplicável dessas formulações dentre os vários existentes.

⁵⁴⁷ Cf. MICHELMAN, 2000-2001, p. 466.

É praticamente unânime a concordância de todos em torno dos princípios assentados no texto constitucional (direito à vida, à igualdade, à liberdade individual, de expressão, de associação etc.). No entanto, quando se chega ao momento de especificação do conteúdo dessas normas constitucionais, abstratamente previstas, dar-se-á um desacordo razoável relativamente à aplicação das normas a cada caso concreto. E o processo de especificação das normas constitucionais consubstancia, sim, um processo de criação de normas⁵⁴⁸, em que os cidadãos – para entenderem-no legítimo – precisam sentir-se autores e partícipes da interpretação a ser consagrada.

A *notwithstanding clause*, assim, em princípio⁵⁴⁹, não acarretaria a violação ou a eliminação de direitos fundamentais. Antes, faz prevalecer uma das especificações ou aplicações que das normas constitucionais (abertas e abstratas) se infere. Porque, no final de contas, está-se sempre a discutir a melhor interpretação dos princípios constitucionais e, nesse sentido, a *judicial review*, tal qual conceituada por MARK TUSHNET⁵⁵⁰, corresponde ao processo por meio do qual as cortes se limitam a escolher uma entre as diversas especificações razoáveis concorrentes. Logo, entendida dentro da proposta de MICHEAL PERRY, na qualidade de *judicial penultimacy*, a cláusula não obstante mostra toda sua feição democratizante, já que possibilita a manutenção da vontade popular anteriormente manifestada no processo discursivo de formação da opinião e da vontade política.

Ela teria ainda a importante função de institucionalizar um mecanismo de interação dialética na relação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, no tocante à interpretação que se vem realizando da Constituição. Sem pretender eliminar a *judicial review* retiraria qualquer possibilidade de doar a Constituição a um único órgão

⁵⁴⁸ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 357.

⁵⁴⁹ Seria muita ingenuidade defender-se que ela jamais daria margem a qualquer prática incompatível com a Constituição, já que todas as normas, os mecanismos e as instituições podem vir a ser desvirtuadas por fins escusos e defesos perante o direito.

⁵⁵⁰ Cf. TUSHNET, 2003d, p. 359; 2005a, p. 59.

ou de monopolizá-la. A cláusula não obstante não propõe suprimir o controle judicial⁵⁵¹, e sim, a partir de uma perspectiva democrática, visa a restabelecer a autoridade do Poder Legislativo na tarefa de interpretar a Constituição, na qualidade de legítimo representante do povo. Ela institucionaliza a denominada *judicial penultimate*, isto é, a atribuição ao Poder Legislativo de dizer a *última palavra* sobre o que a Constituição efetivamente significa. Logo, a *override clause* volta-se contra a supremacia judicial, e não contra a *judicial review* ou a supremacia constitucional.

Eliminando-se a supremacia judicial, criam-se condições para promover maior racionalidade discursiva ao processo de formação da opinião e da vontade política, na medida em que, por um lado, permite-se o retorno da questão controversa à esfera pública e, por outro, pressiona-se o próprio tribunal à melhor fundamentação de suas decisões e ao auto-reconhecimento de seus próprios limites. Opera, destarte, a *notwithstanding clause* como mecanismo que HABERMAS⁵⁵², certamente, denominaria de *auto-reflexão institucionalizada do direito*, afora o fato de *propiciar o diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário*. Para além disso, a cláusula não obstante viabiliza que o controle abstrato da constitucionalidade, típica função pertencente ao Poder Legislativo segundo a proposta original de HABERMAS⁵⁵³, ao menos em um segundo nível de exame, retorne ao Poder Legislativo, onde efetivamente deveria ser exercido. Nos casos de divergência entre a interpretação legislativa e judicial sobre os mesmos princípios, assegura que a *última palavra permaneça com o Poder Legislativo*, a quem cabe por fim⁵⁵⁴. E delegar ao parlamento a atribuição de dizer a *última palavra*, em verdade, implica atribuí-la aos *cidadãos* que – na condição de autores e destinatários das

⁵⁵¹ Cf. PERRY, 2003, p. 673-678.

⁵⁵² Cf. HABERMAS, 2001a, p. 309. Embora com o conceito “auto-reflexão institucionalizada do direito” HABERMAS esteja se referindo à justificação discursivo-normativa da previsão do sistema recursal no direito processual, a idéia é totalmente aplicável ao raciocínio aqui desenvolvido, principalmente porque, nas palavras de HABERMAS, “a simples possibilidade de revisão obriga, ademais, aos tribunais a uma *fundamentação cuidadosa*”.

⁵⁵³ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 314-315.

⁵⁵⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 438.

normas constitucionais – podem *reverter a decisão* (política ou judicial) porque os canais do processo discursivo continuam abertos, mantendo-se íntegra a estrutura circular e legitimadora do processo legislativo e judicial.

Com isso, na esteira do giro procedimentalista de HABERMAS, dá-se, também aqui, o giro procedimentalista no controle de constitucionalidade. Agora, restrito às condições procedimentais do processo de formação das leis, o controle de constitucionalidade deve privilegiar o caráter discursivo da opinião e vontade política que se forma na esfera pública, sem exercer qualquer forma de interferência indevida⁵⁵⁵. Isso porque, conforme anotado no Item 4 do Capítulo I, a esfera pública assume a função de verdadeiro sensor da sociedade que, em condições ideais, vem transformado a própria sociedade e o Estado. Assim se protegeria o próprio discurso político de justificação da usurpação (ou sobreposição) pelo discurso judicial, porquanto a decisão judicial, não sendo definitiva, é reversível pelo Poder Legislativo. Apresenta-se, portanto, *a cláusula não obstante como importante instrumento contra a judicialização da política*⁵⁵⁶.

Dadas essas considerações em torno da *notwithstanding clause*, que caracterizam o controle judicial fraco, é possível esboçar um arranjo institucional que compatibilize o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil com os reclamos do Estado Democrático de Direito. Já que o poder de autodeterminação política pelo povo permaneceria com ele mesmo, na medida em que – sendo a esfera pública o ambiente por natureza mais sensível aos clamores da população e estando o poder de dizer a

⁵⁵⁵ Lembra TUSHNET (2003d, p. 366-367), uma das notas distintivas da *weak-form* é a exposição das decisões judiciais à constante crítica da opinião pública.

⁵⁵⁶ Nesse sentido, entende-se a afirmação de KENT ROACH (*apud* TUSHNET, 2003c, p. 90), segundo a qual “o sistema parlamentar de governo tem o potencial de produzir o ativismo legislativo para conter o ativismo judicial”.

última palavra em suas mãos – não se alteraria a condição de cidadãos que, a um só tempo, constituem-se autores e destinatários da norma⁵⁵⁷.

De acordo com ROBERTO GARGARELLA⁵⁵⁸, a organização institucional do Estado de Direito não só deve permitir como também alentar a discussão pública dos temas de interesse da comunidade. O Brasil contraditoriamente parece mover-se para um fechamento sem precedentes das questões constitucionais. De um lado, o tribunal constitucional, ao tomar decisões com caráter definitivo, autocompreende-se o supremo intérprete da Constituição. De outro, o cidadão vê-se progressivamente mais distante e afastado da definição do conteúdo das normas de direito constitucional. O controle de constitucionalidade abstrato, a sua vez, vai se consolidando como o principal sistema de revisão das leis, ao passo que o sistema difuso – que melhor cumpre a função de proporcionar o exercício pleno das dimensões pública e privada da cidadania – vai perdendo sua força e, com ele, o cidadão tem enfraquecida sua capacidade de determinar o significado das normas constitucionais, deixando de identificar-se como autor das normas de que é destinatário.

Enfim, a *notwithstanding clause*, ao restabelecer a *última palavra* ao Poder Legislativo, em verdade, confere ao cidadão a *última palavra*, pois a ele estão sempre abertos os canais para o processo discursivo de formação racional da opinião e da vontade. Assim, ela introduz novo panorama institucional na discussão do controle

⁵⁵⁷ Ressalte-se que mecanismo similar já foi adotado no Brasil. Na Constituição Federal de 1937, atribuiu-se ao Congresso Nacional, mediante dois terços dos votos em cada uma das Câmaras e provocação do Presidente da República, a competência para invalidar a interpretação do Supremo Tribunal Federal, revalidando o ato normativo declarado nulo, em caso necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta (art. 96, parágrafo único). Entretanto, não se deve, de logo, desacreditar desse mecanismo, que está em estrita ligação com o princípio democrático, pois ele fora desvirtuado pelo Poder Executivo, em função da ditadura do Estado Novo. Em discurso proferido, em 2 de abril de 1941, por ocasião da solenidade de abertura das atividades do Supremo Tribunal Federal, o constitucionalista FRANCISCO CAMPOS (1942, p. 365-371) justificara o novel instituto, sob o argumento de que o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. Assim, “em matéria essencialmente política, não apenas por ser política, mas por nela envolver-se grave interesse nacional, a Constituição de 37 dá a última palavra aos órgãos representativos da Nação”.

⁵⁵⁸ Cf. GARGARELLA, 1996, p. 164.

de constitucionalidade brasileiro, o que abre as portas para uma crítica profunda sobre a práxis judicial aqui desenvolvida. Questionam-se os pressupostos e a própria formatação do atual modelo. Seu potencial para modificar a autocompreensão que se tem do controle de constitucionalidade, especialmente do Supremo Tribunal Federal, é bastante promissor, principalmente porque ela representa em si mesma a negação de qualquer supremacia judicial.

O processo de doação da Constituição, contra o qual tão alarmantemente se insurgira o professor MENELICK DE CARVALHO NETTO, acredita-se, pode ser contido. Foi argumentado no Item 2 do Capítulo III que a Constituição, não pertencendo a ninguém, pertence a todos; não deve estar constricta a um órgão específico, e sim deve ser entregue nas mãos de uma cidadania ativa e participativa⁵⁵⁹. A Constituição integra um projeto em constante construção pela comunidade de cidadãos que intenciona, a um só tempo, ser autora e destinatária de suas próprias normas. Então, desde que associada ao resgate do controle difuso, instrumento judicial por excelência do exercício da cidadania em nível constitucional, e a uma cultura política de participação, a *notwithstanding clause* pode cumprir bem a função de justificar e legitimar a prática do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro. Dessa forma, permite-se a circulação do poder, a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário e principalmente a própria reflexividade do direito e das práticas institucionais e judiciais, o que vem conferir a tão pretendida legitimidade da legalidade, sobretudo a legitimidade da Constituição.

⁵⁵⁹ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 203.

CONCLUSÃO

Chega-se, finalmente, ao desfecho da presente dissertação. E, com ele, a uma certeza: todas as idéias e propostas, desenvolvidas ao longo deste estudo, guardam um caráter ainda exploratório. O trabalho procurou trazer à luz as discussões sobre os fundamentos da prática do controle de constitucionalidade, no modelo do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, toda a estrutura do texto pautou-se, com maior intensidade, por um enfoque reconstrutivo; veja-se, por exemplo, a forma de tratamento da prática institucional e judicial brasileira, no que tange ao controle de constitucionalidade. Combinaram-se elementos normativos, concebidos a partir do paradigma procedimental do Estado de Direito, com aspectos da realidade. A linha de investigação enveredou por essas trilhas, o que, aliás, em parte, explica a própria escolha da teoria discursiva de HABERMAS no desenvolvimento dos temas aqui tratados.

No entanto, há um outro aspecto. Diz respeito ao problema da legitimidade: o que justifica a autoridade da decisão do tribunal constitucional? Mais precisamente, em matéria de interpretação constitucional, como fundamentar sua prevalência sobre a decisão formada através do processo discursivo de formação racional da opinião e da vontade política? Por que a *última palavra* deveria ficar com o tribunal constitucional? A questão, foi visto, é de difícil solução, como difícil é a relação entre Democracia e jurisdição constitucional. Nesse ponto, parece que PAUL BREST⁵⁶⁰ soube descrever bem o quadro. Após reconstruir a dificuldade de vários teóricos norte-americanos com suas respectivas teorias para justificar a tensão entre Democracia e jurisdição constitucional, o professor norte-americano mostrou o insucesso de cada uma delas, sempre presas à “tensão madisoniana” (*Madisonian tension*). E, pior, o autor anunciou a falta de perspectivas por uma resolução equilibrada, caso se continue a seguir a metodologia de trabalho relacionada com os problemas da maioria/minoria ou da corte/legislatura. Mas, ao término de seu artigo, PAUL BREST⁵⁶¹ abriu uma perspectiva: a participação dos cidadãos no discurso público da comunidade, configurando seus valores e estruturas. Desse caminho a presente dissertação não divergiu, pois somente com a participação ativa dos cidadãos – a participação política os erige à condição de autores e destinatários das normas – é que se pode trazer a legitimidade para dentro da legalidade e, por conseguinte, justificar práticas institucionais e judiciais, a exemplo do controle de constitucionalidade.

Com efeito, o Capítulo I da dissertação, ao estabelecer alguns dos pilares sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito, enfatizou que a legitimidade do procedimento discursivo de justificação das normas reside no cumprimento de suas condições comunicativas. E a esfera pública exerce um papel

⁵⁶⁰ Cf. BREST, 1980-1981, p. 1063-1109.

⁵⁶¹ Cf. BREST, 1980-1981, p. 1108-1109.

essencial nesse processo, tendo em vista que constitui o espaço, por excelência, de discussão e de formação da opinião e da vontade política.

Só que se constatou, no Capítulo II, principalmente em decorrência dos problemas ligados à obtenção do consenso (Item 4 do Capítulo I), que as atividades discursivamente atribuídas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário se sobrepõem, acarretando a *judicialização da política*. Ou seja, o tribunal constitucional assume a posição de verdadeiro legislador implícito, à proporção que passa a dispor das razões normativas (questões morais, éticas e pragmáticas), antes discutidas e justificadas pelo Poder Legislativo, independentemente do caso concreto. Nessa hipótese, como afirma HABERMAS⁵⁶², a “reciclagem” do direito traz para o tribunal constitucional um peso ainda maior, quanto às exigências de justificação da legitimidade de sua atividade perante a opinião pública. Portanto, subjaz o problema da judicialização da política; o conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário sobre a melhor interpretação dos mesmos princípios constitucionais se evidencia.

O desdobramento desse tema não poderia ser outro senão o desenvolvimento da interpretação constitucional, tema explorado no Capítulo III. Porque, conforme assinalou HABERMAS⁵⁶³ em suas respostas às críticas de JEREMY WALDRON e FRANK MICHELMAN, mesmo em face do “desacordo razoável” (*reasonable disagreements*), é possível, sim, obter a legitimidade da ordem constitucional. A legitimidade da Constituição advém do cumprimento das condições comunicativas (dimensão pragmática do discurso jurídico), a reclamar a efetiva participação dos cidadãos no processo de criação e de interpretação das normas constitucionais. Dessa forma, a dimensão semântica mostra-se insuficiente para pretender impor legitimidade às normas e à interpretação constitucional. No fundo, há a necessidade de o debate

⁵⁶² Cf. HABERMAS, 2002b, p. 354.

⁵⁶³ Cf. HABERMAS, 2003b, p. 187-194.

desprender-se da noção semântica de Constituição e ligar-se cada vez mais à sua função pragmática, essencial para conferir legitimidade às normas constitucionais. Assume-se, então, a noção do *sentido performativo da Constituição*. É fundamental abrir a Constituição a todos os seus intérpretes, que são todos os membros da sociedade. Assim, criam-se as condições para se definir o significado das normas constitucionais e descarregar do tribunal constitucional o peso da falta de legitimidade democrática que recai sobre ele.

Suscitadas essas considerações, já ressurte latente a idéia de que se faria uma *cisão* no tratamento do modelo brasileiro do controle de constitucionalidade. No Capítulo IV, deixou-se claro que o *controle difuso* é o mais apropriado para defender o cidadão contra as violações que possam afetar sua autonomia, tanto pública como privada, assim também para preservar a racionalidade e a legitimidade do processo legislativo. Já o *controle concentrado*, em termos normativos, deveria ficar adstrito a assegurar as condições de gênese do processo político de formação da vontade pública. No entanto, conforme demonstrado nesta dissertação, as práticas constitucionais, de um lado, e o modelo professado por juristas, de outro, divergem.

Isto é confirmado por características da prática constitucional contemporânea: a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo da Constituição em que procede à livre disposição das razões justificadas pelo legislador, aliada à progressiva concentração do controle de constitucionalidade (Capítulo IV, Item 4). Tais práticas vêm configurando um processo de deslegitimação do controle de constitucionalidade. De um lado, porque opera o *fechamento da Constituição*, em notório prejuízo do controle difuso, instrumento por excelência de proteção das autonomias pública e privada do cidadão, sobretudo na sociedade plural; de outro, porque induz a *supremacia judicial*, ao concentrar a fiscalização da

constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em desfavor do Poder Legislativo e da participação dos cidadãos, que se sentem, assim, descrentes do resultado efetivo de seu empenho na vida pública. A faticidade das práticas volta-se contra a normatividade do modelo legítimo.

A solução cogitada, a partir do controle concentrado, foi mirar-se no exemplo do “controle judicial fraco” (*weak-form judicial review*), no qual a “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*) pode ser considerada de singular pertinência para atizar a discussão em torno dos fundamentos do controle de constitucionalidade e de sua forma assumida. Principalmente, ela tem o mérito de questionar a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal, como órgão investido do poder de dizer a *última palavra* sobre o que significa a Constituição, e de discutir a suposta supremacia judicial, que subjaz implicitamente a esse entendimento.

Em nível institucional, a *notwithstanding clause* pretende, sem descartar ou eliminar o controle de constitucionalidade, instituir um mecanismo de interação dialética entre os Poderes Legislativo e Judiciário, na tarefa de interpretar a Constituição. Seria uma cláusula bem salutar que, além de prever uma forma de *auto-reflexão institucionalizada*, segundo se supôs com base nas lições de HABERMAS, atribuiria a *última palavra* ao Poder Legislativo, a quem efetivamente esta caberia, em razão de sua maior proximidade e identificação com o povo. A cláusula não obstante, destarte, contribuiria para tornar mais plural o processo constitucional, reforçando o papel do Poder Legislativo (e da sociedade) na construção do sentido das normas constitucionais. Ademais, tenderia a revalorizar o controle difuso, já que as questões constitucionais – antes de chegarem ao Supremo Tribunal Federal – teriam integrado alguns (senão todos) daqueles círculos de comunicação a que se referiu MARK VON HOECKE, conferindo legitimidade ao controle de constitucionalidade. Além disso, o uso

da *notwithstanding clause* inviabiliza a existência de decisão judicial definitiva e vinculante sobre os demais Poderes, especialmente sobre o Legislativo. Nesse ponto, no caso de conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, é sempre válido lembrar que HABERMAS⁵⁶⁴ defende que a *última palavra* deve permanecer com o legislador.

Em suma, através da teoria discursiva do Estado de Direito, antes de pretender impor uma verdade inabalável sobre o único futuro legitimante ou democratizante do controle de constitucionalidade, esta dissertação contenta-se em, ao menos, suscitar o debate sobre as práticas em desenvolvimento, no Brasil. Se, por um lado, é fato consumado a vasta adoção do controle de constitucionalidade nas Democracias modernas, por outro, é inegável que não desapareceu a necessidade de se oferecer uma justificação democrática do controle de constitucionalidade, perante a sociedade e a opinião pública. E a essa sim – à sociedade – é que se deveria conferir um papel mais relevante e efetivo na determinação do conteúdo das normas constitucionais.

⁵⁶⁴ Cf. HABERMAS, 2001a, p. 438.

REFERÊNCIAS

Livros e Artigos

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988 (Org. Fernando Facury Scaff). Rio de Janeiro: 2003, p. 75-96.

AJA, Eliseo. *Prólogo*. In: Las tensiones entre el Tribunal Constitucional e el Legislador en la Europa actual (Ed. Eliseo Aja). Barcelona: Ariel, 1998, p. XI-XXXII.

ALEXANDER, Larry and SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. Constitutional Commentary: Vol. 17, 2000, p. 455-482.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. International Journal of Constitutional Law: Vol. 3, n. 4, 2005, p. 572-581.

ARATO, Andrew. *Reflexive law, civil society and negative rights*. In: Habermas on law and democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 785-790.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor (Org. Claudia Fernanda Pereira Oliveira). Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 19-50.

AUDARD, Catherine. *O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas*. In: Habermas: O Uso da Razão (Coord. Rainer Rochlitz). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

BALKIN, Jack M. *Respect-worthy: Frank Michelman and the legitimate constitution*. Public Law & Legal Theory Research Paper Series: Research Paper n. 69, p. 1-39.

Disponível em: Social Science Research Network Paper Collection (<http://ssrn.com/abstract=510482>). Acesso em: 04/08/2005.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: 2005.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.

BARNETT, Randy. *An originalism for nonoriginalism*. Loyola Law Review: Vol. 45, n. 4, Winter, 1999, p. 611-654.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación (Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional)*. Madrid: Civitas, 1989.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch (the supreme court at the bar of politics)*. 2. ed. New Haven and London: Yale University, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

_____. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORK, Robert. *The tempting of America (the political seduction of law)*. New York: The Free Press, 1990.

BOYTE, Harry. *The pragmatic ends of popular politics*. In: Habermas and the Public Sphere (Ed. Calhoun Craig). Cambridge: MIT, 1992, p. 340-355.

BREST, Paul. *The misconceived quest for the original understanding*. Boston University of Law Review: Vol. 60, 1980, p. 204-238.

_____. *The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship*. The Yale Law Journal: Vol. 90, 1980-1981, p. 1063-1109.

BURT, Robert. *Constitución y conflicto*. Trad. Gabriela Garrido de Ortells. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

CALHOUN, Craig. *Introduction*. In: Habermas and the Public Sphere (Ed. Calhoun Craig). Cambridge: MIT, 1992, p. 1-48.

CAMPOS, Francisco. *O poder judiciário na constituição de 1937*. In: Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 365-371.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A revitalização da arte da política*. In: Democracia: a grande revolução (Org. Hermes Zaneti). Brasília: Unb, 1996, p. 15-30.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In: Constituição e Democracia (Org. Antônio G. Moreira Maués). São Paulo: Max Limonad, 2001a, p. 215-232.

_____. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: A. I, n. 1, março, 2001b, p. 11-20.

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos*. Caderno de Ciência Política da UnB. Brasília: n. 7, 1993.

_____. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. Revista de Ciências Sociais: n. 34, v. 12, junho, 1997, p. 147-156.

_____. *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: Unb, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: A Democracia e os Três Poderes no Brasil (Org. Luiz Werneck Viana). Belo Horizonte e Rio de Janeiro: UFMG e IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 17-42.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?* Revista de Direito Administrativo: n. 221, jul./set., 2000, p. 47-69.

_____. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa: a. 35, n. 137, jan./mar., 1998a, p. 157-164.

_____. *Konrad Hesse e Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder*. Revista de Informação Legislativa: a. 35, n. 138, abr./jun., 1998b, p. 185-192.

COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*. In: Deliberative Democracy: essays on reason and politics (Ed. James Bohman and William Rehg). Cambridge: MIT, 1997, p. 67-91.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 1997.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da constituição*. Trad. Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, janeiro-junho, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEVINS, Neal. *Mark Tushnet and the second coming of the imperial presidency*. University of Richmond Law Review: Vol. 34, 2000-2001, p. 359-371.

DUARTE, Fernanda et al. *Ainda há supremacia do judiciário?* In: Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa (Org. Fernanda Duarte e José Ribas Vieira). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43-104.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EISENBERG, José. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. In: A Democracia e os Três Poderes no Brasil (Org. Luiz Werneck Viana). Belo Horizonte e Rio de Janeiro: UFMG e IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 43-61.

ELLIOTT, Mark. *The human rights act 1998 and the standard of substantive review*. Cambridge Law Journal: Vol. 60, Iss. 2, July, 2001, p. 301-336.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust (a theory of judicial review)*. 14. ed. Cambridge: Harvard University, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

FARBER, Daniel A. *Judicial review and its alternatives: an American tale*. Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003, p. 415-449.

FARIA, José Eduardo. *A crise do judiciário no Brasil*. In: Independência dos Juizes no Brasil (Org. Jayme Benvenuto Lima Jr.). Recife: Gajop, Bagaço, 2005, p. 23-51.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

FEREJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. Law and Contemporary Problems: Vol. 65, n. 3, Summer, 2002, p. 41-68.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución (de la antigüedad a nuestros días)*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são direitos fundamentais?* In: Jurisdição constitucional e direitos fundamentais (Coord. José Adércio Leite Sampaio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-238.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism*. The American Journal of Comparative Law: Vol. 49, 2001, p. 707-760.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho: n. 6, abril, 1997, p. 55-70.

GOETZ, Ottmann. *Habermas e a esfera pública no Brasil: considerações conceituais*. Trad. Heloísa B. de Almeida. Novos Estudos Cebrap: n. 68, p. 60-72, mar/2004.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Judicial review, legislative override and democracy*. Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003, p. 451-472.

GREY, Thomas C. *Judicial review and legal pragmatism*. Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003, p. 473-511.

GRIFFIN, Stephen M. *Has the hour of democracy come round last? The new critique of judicial review*. Constitutional Commentary: Vol. 17, 2000, p. 683-701.

GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Juan Velasco Arroyo. Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho). Alicante: n. 17-18, 1995, p. 271-302.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*. Sub Judice – Justiça e Sociedade: n. 20/21, jan./jun., 2001, p. 33-64.

_____. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución (estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta)*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. s/d.

_____. *Teoría de la acción comunicativa (crítica de la razón funcionalista)*. Tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.

_____. *Multiculturalism and the liberal state*. Stanford Law Review: Vol. 47, May, 1995, p. 849-853.

_____. *Between facts and norms: an author's reflections*. Denver University of Law Review: Vol. 76, Iss. 4, 1998-1999, p. 937-942.

_____. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999a.

_____. *O espaço público 30 anos depois*. Trad. Vera Lígia C. Westin e Lúcia Lamounier. Caderno de Filosofia e Ciências Humanas: a. VII, n. 12, abril, 1999b, p. 07-28.

_____. *A short reply*. Ratio Juris: Vol. 12, n. 4, December, 1999c, p. 445-453.

_____. *Más allá del estado nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso*. 3. ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2001a.

_____. *Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?* Political Theory: Vol. 29, n. 6, December, 2001b, p. 766-781.

_____. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002a.

_____. *A inclusão do outro (estudos de teoria política)*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b.

_____. *O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: Era das Transições. Trad. Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *On Law and disagreement. Some comments on 'interpretative pluralism'*. Ratio Juris: Vol. 16, n. 2, June, 2003b, p. 187-194.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003d.

_____. *O futuro da natureza humana*. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004c.

HAMILTON, MADISON & JAY. *The federalist papers*. (Ed. Clinton Rossiter). New York: Mentor Book, 1999.

HARRISON, John. *Forms of originalism and the study of history*. Harvard Journal of Law and Public Policy: Vol. 26, Iss. 1, Winter, 2003, p. 83-94.

HELD, David. *Modelos de democracia*. 2. ed. Trad. Teresa Albero. Madrid: Alianza, 2002.

HOECKE, Mark Von. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*. Ratio Juris: Vol. 14, n. 4, December, 2001, p. 415-423.

HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)*. Osgoode Hall Law Journal: Vol. 35, n. 1, 1997, p. 75-124.

HOWARD, Robert M. and SEGAL, Jeffrey A. *An original look at originalism*. Law & Society Review: Vol. 36, n. 1, 2002, p. 113-137.

JOHANSEN, David and ROSEN, Philip. *The notwithstanding clause of the charter*. Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp194-e.htm>. Acesso em: 02/05/2005.

KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *A jurisdição constitucional*. Trad. Maria Ermantina Galvão. In: Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

KRAMER, Larry. *On finding (and losing) our origins*. Harvard Journal of Law and Public Policy: Academic Research Library, n. 26, Iss. 1, Winter, 2003, p. 95-107.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LANDFRIED, Christine. *Germany*. In: The Global Expansion of Judicial Power (Ed. C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder). New York and London: New York University Press, 1995, p. 307-324.

LEVINSON, Sanford. *Why do not teach Marbury (except to eastern europeans) and why you shouldn't either*. Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003, p. 553-578.

MALTZ, Earl. *Brown v. board of education and originalism*. In: Great Cases in Constitutional Law (Ed. Robert P. George). Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 136-153.

MAUÉS, Antônio G. Moreira e LEITÃO, Anelice F. Belém. *Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos*. In: Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988 (Org. Fernando Facury Scaff). Rio de Janeiro: 2003, p. 3-39.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: n. 11, a. 2000, p. 125-156.

MCCARTHY, Thomas. *Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytical distinctions*. In: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 791-824.

_____. *Practical discourse: on relation of morality on politics*. In: Habermas and the Public Sphere (Ed. Calhoun Craig). Cambridge: MIT, 1992, p. 50-72.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2004.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da constituição (as cortes constitucionais)*. São Paulo: RT, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. *O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Direito Público. Brasília: Vol. 1, n. 4, abr./jun., 2004b, p.5-31.

MICHELMAN, Frank I. *Law's republic*. The Yale Law Journal: Vol. 97, n. 8, July, 1988, p. 1493-1537.

_____. *Between facts and norms. Jürgen Habermas (Book Reviews)*. The Journal of Philosophy: Vol. 93, n. 6, June, 1996, p. 307-315.

_____. *How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy*. In: Deliberative Democracy: essays on reason and politics (Ed. James Bohman and William Rehg). Cambridge: MIT, 1997, p. 145-171.

_____. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University, 1999.

_____. *Human rights and the limits of constitutional theory*. Ratio Juris: Vol. 13, n. 1, March, 2000, p. 63-76.

_____. *Populist natural law (reflections on Tushnet's "thin constitution")*. University of Richmond Law Review: Vol. 34, 2000-2001, p. 461-487.

_____. *Morality, Identity and "constitutional patriotism"*. Ratio Juris: Vol. 14, n. 3, September, 2001, p. 253-271.

_____. *Living with judicial supremacy*. Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003, p. 579-613.

_____. *The constitutional essentials of political liberalism (justice as fairness, legitimacy, and the question of judicial review: a comment)*. Fordham Law Review: Vol. 72, 2003-2004, p. 1407-1420.

MIKUNDA-FRANCO, Emilio. *Estudio preliminar*. In: HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución (estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta)*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação: para uma crítica da modernidade*. Brasília: Plano, 2002.

_____. *Comunidade da diferença*. Rio de Janeiro e Ijuí: Relume Dumará e Unijuí, 2004.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MUNNICH, Geert. *Rational politics? An exploration of the fruitfulness of the Discursive concept of democracy*. In: Discourse and Democracy - Essays on Habermas's Between Facts and Norms (Ed. René Von Schomberg and Kenneth Baynes). Albany: State University of New York, 2002, p. 185-199.

MURPHY, Walter F. *Originalism – the deceptive evil: Brown v. board of education*. In: Great Cases in Constitutional Law (Ed. Robert P. George). Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 154-174.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas*. In: Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea (Org. Jessé Souza). Brasília: UnB, 2001a, p. 111-163.

_____. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito*. In: Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides (Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho). São Paulo: Malheiros, 2001b, p. 356-376.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OQUENDO, Ángel R. *Democracia y pluralismo*. México: Fontamara, 2004.

OTTMANN, Goetz. *Habermas e a esfera pública no Brasil: considerações conceituais*. Trad. Heloísa B. de Almeida. Novos Estudos Cebrap: n. 68, março, 2004, p. 61-72.

PAULSEN, Michael Stokes. *The irrepressible myth of Marbury*. Michigan Law Review: Vol. 101, Iss. 8, August, 2003, p. 2706-2743.

PERRY, Micheal. *Protecting human rights in a democracy: what role for the courts?* Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003, p. 635-696.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial (sobre a epistemologia da construção constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2000.

RANDS, Maurício. *Parecer – proposta de emenda à constituição n.º 40, de 2003*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118911. Acesso em: 13/10/2003.

ROACH, Kent. *Constitutional, remedial, and international dialogues about rights: the canadian experience*. Texas International Law Journal: Vol. 40, Iss. 3, Spring, 2005, p. 537-576.

ROSENFELD, Michel. *Law as discourse: bridging the gap between democracy and rights*. Harvard Law Review: Vol. 108, 1994-1995, p. 1163-1189.

_____. *Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law*. In: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 791-824.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAJÓ, Andrés. *Constitutional adjudication in light of discourse theory*. In: Habermas on law and democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 1193-1229.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*. Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho). Alicante: n. 23, 2000, p. 161-195.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SCALIA, Antonin. *Originalism: the lesser evil*. Cincinnati Law Review: Vol. 57, 1989, p. 849-865.

_____. *Common-law in a Civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and the laws*. In: A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (Ed. Amy Gutmann). New Jersey: Princeton, 1997, p. 3-47.

SCHEUERMAN, William. *Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas's between facts and norms*. In: Discourse and Democracy: Essays on Habermas's Between Facts and Norms (Ed. René Von Schomberg and Kenneth Baynes). Albany: State University of New York, 2002, p. 61-85.

SCHLINK, Bernhard. *The dynamics of constitutional adjudication*. In: Habermas on law and democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 1231-1238.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución (estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución)*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the supreme court*. New York: Oxford, 1993.

SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano - modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. Direito Público. Brasília: Vol. 1, n. 2, out./dez., 2003, p. 55-82.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Weak and strong judicial review*. Law and Philosophy: Vol. 22, n. 3-4, July, 2003, p. 381-392.

SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* Trad. João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: a. 7, n. 7, 1997, p. 251-273.

SOLA, Juan Vicente. *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

SOUZA, Jessé José Freire de. *De Goethe a Habermas: auto-formação e esfera pública*. Lua Nova (Revista de Cultura e Política): n. 43, 1998, p. 25-57.

TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In: The Global Expansion of Judicial Power (Ed. C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder). New York and London: New York University Press, 1995, p. 27-37.

TATE, C. Neal and VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. In: The Global Expansion of Judicial Power (Ed. C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder). New York and London: New York University Press, 1995, p. 01-10.

_____. *Judicialization and the future of politics and Policy*. In: The Global Expansion of Judicial Power (Ed. C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder). New York and London: New York University Press, 1995, p. 515-528.

TEUBNER, Günther. *De collisione discursuum: communicative rationalities in law, morality and politics*. In: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 901-918.

THAYER, James B. *The origin and the scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review: Vol. VII, n. 3, October, 1893, p. 129-156.

TORRES, Ricardo Lobo. *O espaço público e os intérpretes da constituição*. Direito, Estado e Sociedade: n. 7, jul/dez, 1995, p. 117-135.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: Foundation, 1988.

_____. *Os limites da originalidade*. Revista de Direito Público: a. 23, n. 93, janeiro-março, 1990, p. 9-12.

_____. *On judicial review*. Dissent: n. 52, Iss. 3, Summer, 2005, p. 81-83.

TRIBE, Laurence H. and DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.

_____. *New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries*. Wake Forest Law Review: Vol. 38, Iss. 2, Summer, 2003a, p. 813-838.

_____. *Alternative forms of judicial review*. Michigan Law Review: Vol. 101, Iss. 8, August, 2003b, p. 2781-2802.

_____. *Judicial activism or restraint in a section 33 world*. University of Toronto Law Journal: Vol. LIII, n. 1, Winter, 2003c, p. 89.

_____. *Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism*. Law and Philosophy: Vol. 22, n. 3-4, July, 2003d, p. 353-379.

_____. *Democracy versus judicial review: is it time to amend the constitution?* Dissent: n. 52, Iss. 2, Spring, 2005a, p. 59-63.

_____. *On judicial review*. Dissent: n. 52, Iss. 3, Summer, 2005b, p. 85-86.

VAL, Marcelo Ribeiro do. *As ilhas marítimas e a emenda constitucional n.º 46, de 5 de maio de 2005*. Debates em Direito Público (Revista de Direito dos Advogados da União). Brasília: a. IV, n. 4, outubro, 2005, p. 153-181.

VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*. In: The Global Expansion of Judicial Power (Ed. C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder). New York and London: New York University Press, 1995, p. 13-26.

VARGAS, Daniel Barcelos. *O constitucionalismo e a esperança: um estudo dos pressupostos da constituição aberta de Peter Häberle a partir do princípio da esperança de Ernst Bloch*. Direito Público: Vol. 1, n. 6, out./dez., 2004, p.123-135.

_____. *O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da “comunidade”*: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La constitución abierta y sus “enemigos”*. Madrid: Universidad Complutense y Bernal, 1993.

VIANA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremo tribunal federal (jurisprudência política)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*. Oxford Journal of Legal Studies: Vol. 13, Spring, 1993, p. 18-51.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. *On judicial review*. Dissent: n. 52, Iss. 3, Summer, 2005, p. 83-85.

WARD, Kenneth. *The politics of disagreement: recent work in constitutional theory*. The Reviews of Politics: n. 65, Is. 4, Fall, 2003, p. 425-440.

WEBER, Albrecht. *Alemania*. In: Las tensiones entre el Tribunal Constitucional e el Legislador en la Europa actual (Ed. Eliseo Aja). Barcelona: Ariel, 1998, p. 53-88.

WECHSLER, Herbert. *Toward neutral principles of constitutional law*. In: Principles, Politics and Fundamental Law (Selected Essays). Cambridge: Harvard Press, 1961, p. 3-48.

WHITE, Stephen. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

YOO, John C. *Choosing justices: a political appointments process and the wages of judicial supremacy*. Michigan Law Review: Vol. 98, Is. 6, May, 2000, p. 1436-1467.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.010-2/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: Brasília, 30 de setembro de 1999. Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 12 de abril de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.223-7/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: Brasília, 10 de outubro de 2002. Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 05 de dezembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus* n.º 84.025-6/RJ. Impetrante: Fabiana Paranhos e outros. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: Brasília, 04 de março de 2004. Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 25 de junho de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.105-8/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Min. Cezar Peluso. Julgamento: Brasília, 18 de agosto de 2004. Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 18 de fevereiro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797-2/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: Brasília, 22 de setembro de 2004. Acórdão pendente de publicação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n.º 2.617-5/MG. Agravante: Nunes Amaral Advogados. Agravado: Governador do Estado de Minas Gerais. Rel.: Min. Cezar Peluso. Julgamento: Brasília, 23 de fevereiro de 2005. Pleno. Publicado no Diário da Justiça de 20 de fevereiro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 357.950-9/RS. Recorrente: Companhia Riograndense de Participações (CRP). Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: Brasília, 09 de novembro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.099-0/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie. Pendente de julgamento.