

REFLEXÃO SOBRE O LIMITE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E JURGEN HABERMAS

Alexandro Conceição dos Santos¹
Carlos Alberto Paulino Ferreira²

Resumo: Num passado não muito distante, mecanismos de controle de constitucionalidade eram vistos como antidemocráticos, pois se acreditava que permitiam um “governo de juizes”. No Brasil, o controle jurisdicional difuso existe desde o advento da República, sendo o controle concentrado introduzido pela EC 16/65. Apesar disso, apenas com a Constituição de 1988 a jurisdição constitucional ganhou grande destaque, passando o Poder Judiciário a exercer posição de protagonismo. Surgiu, com esse protagonismo, a necessidade de se buscar definir um limite no qual se encontre ou mantenha a harmonia entre a jurisdição constitucional e a democracia. No presente estudo, pretende-se refletir acerca de como compatibilizar a jurisdição constitucional – exercida com certo protagonismo pelo STF – cujos membros não são eleitos pelo voto direito, com o regime democrático. Para tanto, adotaremos como referenciais teóricos Dworkin e Habermas, o primeiro com seu substancialismo e o segundo com o procedimentalismo. Esses autores, apesar de suas diferenças teóricas, trazem considerável contribuição ao debate, não só porque possuem em comum a percepção da relação entre a jurisdição constitucional e a democracia, como também porque reconhecem que o excesso no exercício daquela (jurisdição constitucional) conflita com esta(a democracia). Seguindo esse pensamento, e adotando a premissa de que existe um protagonismo do STF, concluiremos que a compatibilização da jurisdição constitucional com a democracia supõe certa autocontenção do órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio.

Palavras-chave: Democracia; Protagonismo; Jurisdição Constitucional; Dworkin; Habermas;

Resumen: En un pasado no demasiado lejano, mecanismos de control de constitucionalidad fueron vistos como antidemocrático, porque se creía que permitió un “gobierno de jueces”. En Brasil, el control jurisdiccional difuso existe desde el advenimiento de la República, siendo el control centrado introducido por la EC 16/65. Apesar de esto, sólo con la Constitución de 1988 la jurisdicción adquirió el grande protagonismo, pasando el Poder Judiciário para el ejercicio de liderazgo. Vino para arriba con ele papel, la necesidad de conseguir establecer un umbral em el que encontrar o mantener la armonía entre la jurisdicción constitucional y la democracia. En el presente estudio, pretendemos reflexionar sobre como conciliar la jurisdicción constitucional – llevado a cabo con certo protagonismo por el STF – cuyos miembros no son elegidos por la votación a la derecha, con la democracia. Con este fin, adoptamos como referente teóricos Dworkin y Habermas, el primeiro con el substancialismo y el segundo con el procedimentalismo. Estos autores, aunque sus diferencias teóricas, trajó considerable contribución al debate, no sólo porque tienen em común la percepción de la relación entre la jurisdicción constitucional y la democracia, sino también porque reconocen la diferencia en esse ejercicio(jurisdicción constitucional) conflita con esta(la democracia). Seguindo esto pensamiento y adoptada la premissa de que existe una función de la Corte Suprema, concluiremos que la compatibilidad de la jurisdicción constitucional con la democracia supone certa moderación del órgano de cúpula del Judiciario.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL/Lorena).

² Mestrando em Direito pelo Centro universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL/Lorena), Advogado e Professor de Direito no Centro Universitário Módulo (UNICSUL).

Palavra chave: Democracia; Protagonismo; Jurisdicção constitucional; Dworkin; Habermas.

Introdução

Até a segunda metade do século XX, a maioria dos países não contava com mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis, os quais eram vistos como institutos antidemocráticos, por permitirem um “governo de juízes”.

Entretanto, a conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais, inclusive seus princípios mais vagos, gerou efeitos significativos em relação à importância da Constituição no sistema jurídico, bem como ampliou a partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, sobretudo das cortes constitucionais e supremas cortes, não raro em detrimento das instâncias políticas majoritárias.

No Brasil, o sistema de jurisdição constitucional foi significativamente fortalecido pela Constituição de 88, com a introdução de novas ações de inconstitucionalidade, ao lado de significativa ampliação do elenco dos legitimados ativos para provocação do controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, considerando-se a amplitude do leque dos órgãos e entidades legitimados ao ajuizamento de ações diretas no STF, bem como a abrangência de temas tratados na Constituição, que é analítica e contempla uma forte carga principiológica, torna-se muito provável que medidas que provoquem alguma polêmica venham a ser questionada diretamente na Corte.

De fato, a Constituição Federal de 1988 cuida não apenas da organização do poder estatal e dos direitos fundamentais, mas também de muitos outros assuntos, como se podem citar, exemplificativamente, as regras atinentes a servidores públicos.

Importante ainda lembrar que alguns legitimados, como os partidos políticos, encontraram na jurisdição constitucional um poderoso instrumento do qual se podem valer na tentativa de reverter derrotas na arena legislativa.

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade tem previsão expressa no texto constitucional, o debate que tem relevância prática não é a aceitação ou rejeição do instituto, mas sim o modo e intensidade com que o instituto será empregado. Ou seja, se de maneira mais tímida ou de modo mais ousado e ativista.

Assim, a questão que levanta é saber se juízes, que não foram eleitos, podem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando normas constitucionais de caráter aberto, que possibilitam leituras divergentes na sociedade. Ressalte-se: a questão não é o controle em si. Este é inquestionável e de legitimidade amplamente aceita, mormente quando indubitosa a disparidade entre a lei ou ato normativo e o parâmetro constitucional de controle. A questão repousa nos casos duvidosos.

Para melhor ilustrar, pensemos que algumas pessoas podem entender que o princípio constitucional da igualdade proíbe as cotas raciais no acesso às universidades públicas, enquanto outras podem entender que elas são compatíveis ou até mesmo traduzem uma exigência do referido princípio. De igual modo, pode haver grave controvérsia a respeito da relação entre dignidade da pessoa humana e eutanásia, uns acreditando que a dignidade humana importa na aceitação à prática da eutanásia, ao passo que outros podem usar o mesmo fundamento para sustentar o entendimento de que tal prática está terminantemente proibida pela Constituição.

A quem compete a decisão nesses casos: ao parlamento ou à corte constitucional?

Tanto Dworkin como Habermas, cada qual de uma maneira peculiar, enaltecem a valorização do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais na democracia, revelando-se preocupados com o dever dos tribunais de proferir decisões corretas, assim entendidas aquelas que satisfaçam simultaneamente as condições de serem justificadas a partir de padrões normativos previamente postos pelo legislador e de critérios de legitimidade do direito ou aceitabilidade racional.

Entretanto, como visto, seguem posicionamentos teóricos diferentes e, nessa esteira, não compartilham de idêntica posição acerca da jurisdição constitucional. Enquanto Dworkin adota uma visão substancialista de democracia constitucional, reconhecendo a jurisdição constitucional como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e firmando sua tese em noções como uma comunidade que partilha princípios comuns, um juiz com capacidades intelectuais semelhantes à força física do Hércules, Habermas segue a linha procedimental de democracia, defendendo condições procedimentais mínimas que permitam a formação da opinião e da vontade de maneira discursiva e dialógica, permitindo aos afetados a participação ativa no processo de elaboração da norma, como também na sua concretização. Habermas critica a tese de Dworkin, em suma, porque lhe parece de difícil aplicação prática, pois se utiliza de figura bem distante da realidade, como o juiz Hércules. Defende um processo hermenêutico aberto à comunidade de intérpretes, partindo da premissa de que a crítica

oriunda da esfera pública possui um potencial racionalizador na justificação das decisões tomadas pelos tribunais superiores.

Assim, neste artigo, analisando as teorias de Dworkin e Habermas, após desenvolvimento das questões levantadas, firmar-se-á a conclusão da necessidade de contenção da jurisdição constitucional.

1. Democracia e Jurisdição Constitucional em Dworkin

Ronald Dworkin, filósofo falecido em fevereiro 2013, foi inquestionavelmente um importantíssimo autor no estudo da filosofia do direito e da política, o qual, em sua obra, criticou o utilitarismo, fazendo-o firmado na premissa de que essa escola, ao fixar-se em objetivos coletivos, não toma os direitos individuais com a devida seriedade, pois esses não podem subordinar-se a critérios de bem-estar social e a outros valores coletivos. Ao contrário, eles valem por seu próprio valor moral.

Igualmente critica a escola analítica, que remonta a Austin, porque nela se fez uma cisão do estudo jurídico em duas partes bem distintas e desconexas: (I) por um lado, o estudo normativo do direito, cuja preocupação se concentra em investigar como deve ser o direito e, por outro lado, (II) o estudo conceitual do direito, que tem como objeto a descrição do direito positivo.

Sua proposta exatamente o contrário disso. Ele defende que a construção do um saber não se feche em si mesmo, mas se abra a juízos morais e a aspectos políticos, sem assumir os pressupostos do jusnaturalismo.

Para Dworkin, existe uma comunidade de princípios, precisamente porque as pessoas apenas integram um determinado grupo social quando aceitam que seus destinos sejam fortemente ligados por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Nesse sentido, afirma que:

os membros de uma determinada sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotem nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados³

³ DWORKIN, O Império do Direito, p. 254.

Ademais, enquanto liberal, Dworkin entende que os acordos políticos tomados nas instâncias representativas de deliberação nem sempre são capazes de dar conta de todas as dimensões éticas da vida individual, de tal modo que o princípio da autonomia moral exige a existência de direitos fundamentais indisponíveis, atribuídos aos indivíduos moralmente autônomos, não ficando sujeitos ao sabor das majorias eventuais⁴.

Assim, contrapondo-se à ideia de democracia majoritária, caracterizada pela prevalência absoluta das decisões tomadas por maioria, formula a concepção de democracia constitucional, partindo da premissa de que os membros de uma comunidade são titulares de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a democracia defendida por Dworkin não se satisfaz com as decisões tomadas nas instâncias que garantem deliberação majoritária, mas exige do governo e da comunidade a submissão a determinadas condições – chamadas de condições democráticas – capazes de garantir o igual *status* a todos os cidadãos⁵.

Acerca da relevância do Judiciário na defesa dos direitos, Dworkin faz a seguinte consideração:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entre aos tribunais. Alguns perdem mais do que outros apenas porque tem mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não tem centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.⁶

⁴ CITTADINO, Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.

⁵ DWORKIN, Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution, p. 17.

⁶ DWORKIN, Uma Questão de Princípio, p. 31.

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

Importante atentar que as decisões do Estado e da comunidade, como agentes morais, sejam relativas às deliberações legislativas, seja relativas a pronunciamentos judiciais, devem ser justificadas por princípios compartilhados por uma comunidade ética, o que significa dizer que tanto as normas como as decisões judiciais se subordinam aos princípios de conteúdo moral da comunidade. Entretanto, o Judiciário é a instância mais apta a verificar a observância desses princípios.

Nesse sentido, Dworkin afirma que:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios e não de política- decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral – e que deve tomar estas decisões aplicando a teoria substantiva da representação, extraindo do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.⁷

Com se verifica, Dworkin compreende que o Judiciário deve ter um papel ativo na concretização de direitos fundamentais, justificando esse papel no pressuposto de que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe decisões contra-majoritárias, cuja obrigatoriedade advém de princípios exigidos pela moralidade política. Assim, percebe-se que, para Dworkin, não se pode estabelecer uma separação absoluta entre direito, moral e política, colocando-se, assim, em posição contrária ao positivismo de Austin ou Hart⁸.

Apesar da defesa de que questões fundamentais de uma comunidade política estejam sob a tutela jurisdicional, Dworkin preocupa-se com um ativismo judicial pautado por argumentos racionais e controláveis. Ou seja, que não descambe para uma versão autoritária dos governos dos juízes⁹.

Logo, a leitura moral da Constituição, embora situe a moralidade política no coração do direito constitucional, supõe que os juízes e as Cortes, quando aplicarem a Constituição, façam-no a partir de limites previamente estabelecidos, de maneira que não possa facultar ao aplicador a possibilidade de usar critérios discricionários na concretização do direito.

⁷ Idem, Juízes políticos e democracia, p. 101.

⁸ DWORKIN, Levando os direitos a sério, p. 31.

⁹ BINEMBOJM, A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização, p. 75.

Essa observação é de extrema importância, pois sinaliza que a atuação do julgador deve respeitar as balizas estabelecidas na Constituição.

Sustenta que, se o juiz pudesse decidir se apropriando de critérios discricionários, restariam comprometidos três valores essencialmente democrático-liberais, a saber: a autonomia pública, a segurança jurídica e a separação de poderes. A primeira porque os juízes, ao criarem regras a serem aplicadas ao caso, usurpariam a capacidade de auto-legislação dos cidadãos; a segunda porque, as leis criadas por eles para o caso seriam retroativas e a terceira porque, assim agindo, o aplicador estaria assumindo tarefa essencialmente legislativa¹⁰.

Seu pensamento passa por “uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira”.¹¹

Mais uma vez percebe-se que, ao tempo em que reconhece a importância do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, Dworkin acentua a necessidade de que o Judiciário não invada o âmbito de atuação próprio do legislativo.

Há, assim, uma desconfiança da subjetividade do órgão aplicador, que o leva à defesa de um controle da atividade jurisdicional. Para evitar a discricionariedade do julgador, Dworkin constrói uma teoria da decisão judicial, na qual intenta rechaçar qualquer discricionariedade judicial, defendendo que mesmo em casos difíceis o juiz tem à sua disposição critérios prévios para decidir da melhor forma possível. Sustenta que o sistema jurídico não é composto apenas por normas, mas também por critérios que delimitam a atividade jurisdicional, quais sejam, os princípios do direito e as diretrizes políticas.

Assim, reafirmando sua rejeição à tradição do positivismo jurídico, no modo desenvolvido por Herbert Hart, em *O Conceito de Direito*¹², defende um modelo de interpretação para solução dos *hard cases*, amparando-se nas seguintes categorias: *distinção*

¹⁰ CALSAMIGLIA, El concepto de Integridad em Dworkin, pp. 159-163.

¹¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119.

¹² HART, Hebert. O conceito de direito. Trad. A. Ribeiro de Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

regras, princípios e integridade, juiz Hércules, tese da única resposta correta, leitura moral da Constituição e comunidade de princípios.

Dworkin reestabelece a conexão entre o direito e a ética a partir da distinção do modelo de regras e princípios, em que o sistema jurídico passa a ser composto não somente por regras, mas também por princípios que incorporam uma interpretação moral na solução de determinados casos¹³, os quais se originam daquilo que é “apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado”¹⁴. Nessa diretriz, a validade do direito decorre de atividade interpretativa realizada pelo julgador, onde se unem os discursos de aplicação e justificação em um só sistema jurídico, decorrendo os princípios da atividade interpretativa e reconstrutiva realizada pelo juiz.

Em casos difíceis, onde existe dificuldade por parte do julgador de aplicar a norma ao caso concreto, Dworkin recusa a compreensão de que o texto jurídico seja fonte normativa exclusiva de direitos, defendendo que o ideal de prestação jurisdicional é que, na medida do possível, os direitos morais sejam acessíveis nos tribunais.

Em *Levando os direitos a sério* Dworkin afirma que o princípio admite dois tipos de argumentos, a saber, (a) argumentos de política e (b) argumentos de princípio em sentido estrito.

A política corresponde a um padrão utilizado para atingir resultados sociais e econômicos da comunidade, em que não é necessária nenhuma justificação além do procedimento de decisões coletivas com base no sistema democrático de escolhas. Princípios em sentido estrito, por sua vez, são padrões que atendem as exigências de justiça e equidade, envolvendo direitos individuais e a justificação moral das decisões.

O autor denomina política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico ou social da comunidade, denominando princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁵.

¹³ Ibidem, p. 37.

¹⁴ Ibidem, p. 26.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 36.

Visando à concretização dessa necessidade teórica, Dworkin adota uma posição prescritiva, construindo a figura do juiz Hércules, uma figura detentora de capacidade sobre-humana, o qual “Utiliza seu próprio juízo para determinar que os direitos têm as partes que a ele se apresentam(...). (...) Quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos de modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar”¹⁶.

O juiz tem o dever moral de realização da atividade jurisdicional coerente e estruturada, rejeitando decisões que não se revelem corretas e adequadas nesse complexo raciocínio jurídico de equidade.

Diante de um caso difícil, o juiz se encarrega de buscar a resposta correta à luz de uma interpretação construtivista do ideal político de determinada localidade. Assim, “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade¹⁷”, aproximando-se de um exercício literário – romance em cadeia¹⁸ –, porquanto o juiz fundamenta sua sentença como um escritor escreve os capítulos de um livro, levando em consideração o enredo, os capítulos anteriores e a sua conexão com os subsequentes, feito uma novela.

A teoria da decisão judicial impõe ao julgador o emprego dos princípios no processo de construção de sentido das normas na sociedade a que ele pertence. Como condição de possibilidade, a integridade autoriza o aplicador (o juiz-Hércules) a constatar os valores e as formas de vida estabelecidas, determinando o que é direito válido e o que não é direito válido.

Na obra *Direito da Liberdade*, o autor destaca a interpretação da Constituição americana, fazendo-o sob um ponto de vista específico, qual seja, a chamada leitura moral da Constituição, entendendo-se por leitura moral “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”¹⁹, por meio da qual a solução das controvérsias judiciais provém da seleção de orientações políticas, morais que definem a autocompreensão dos indivíduos componentes da comunidade singular.

Além disso, saindo na defesa da Constituição de princípios, afirmar:

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Império do direito*, p. 117.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do direito*, p. 305.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

Creemos que a suspeita popular contra a Constituição de princípios é equivocada. A Constituição americana, entendida como uma Constituição de princípio, provê uma melhor forma de governo que qualquer outra na qual Executivo e Legislativo sejam livres para omitir princípios de justiça e de decência. Uma Constituição de princípios reforçada por juízes independentes não é antidemocrática. Pelo contrário, uma precondição da democracia legítima é que se requeira ao governo que trate os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade. A menos que satisfaçam essas condições, não haverá democracia genuína porque, então, a maioria não terá o direito moral legítimo de governar²⁰.

Uma Constituição principiológica e dotada de valores amplia o espaço para a atuação da jurisdição constitucional. No entanto, parece que, para Dworkin, a atuação do Poder Judiciário não pode transbordar dos limites próprios de sua atuação. Assim, embora amplo o leque que se deixa à jurisdição constitucional, ao defender o espaço reservado ao Legislativo para que o autor deixou claro que a harmonia entre a jurisdição constitucional e a democracia exige que o Judiciário atue dentro de certos parâmetros. Essa visão de que há necessidade de harmonização está evidenciada na seguinte passagem:

(...) a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham²¹, porquanto a democracia não se exaure na noção de governo do povo ou da maioria, mas na ideia da maior probabilidade de produção de decisões que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito²².

Segundo Conrado Hubner Mendes, Dworkin:

(....) enxerga a defesa de direitos fundamentais como a tarefa central das cortes e a deliberação sobre as políticas públicas o papel principal de parlamentos eleitos. Para ele a objeção democrática contra a legitimidade da revisão judicial confunde (ou simplifica) o que a democracia efetivamente deve almejar. De acordo com sua concepção constitucional de democracia, esse regime tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos por um simples procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais. O procedimento decisório, nesse caso, pouco importa para a legitimidade da decisão. Tal “resposta certa” sobre direitos fundamentais é inspirada pelo ideal da “igual consideração e respeito”, e ajuda a promover a “filiação moral” de cada pessoa à comunidade política. Sem essa filiação moral prévia, procedimentos majoritários (ou quaisquer outros) não teriam valor nem satisfariam um padrão desejável de igualdade. Em resumo, democracia, quando estão em jogos direitos fundamentais, depende de um *output* substantivos, não de um *input* procedimental²³.

²⁰ Dworkin, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 123.

²¹ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade, p. 10.

²² Ibidem, p. 185.

²³ MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

Assim, em resumo, anoto o seguinte sobre o pensamento de Dworkin: a) não há incompatibilidade da revisão judicial com a democracia. Aliás, ela até é desejável, porque a noção de democracia não pode ter como essência a visão de predomínio de decisão da maioria, mas sim a ideia da necessidade de igual consideração e respeito; b) à Corte, no exercício da revisão judicial, cabe à tarefa central de defesa dos direitos fundamentais, enquanto a deliberação sobre políticas públicas é papel principal dos parlamentos eleitos.

2. Jurgen Habermas e a Legitimação Democrático-Procedimental do Direito

Habermas procura, em grande medida, esclarecer as condições para a legitimação democrática do direito, sendo certo, entretanto, que, diferentemente de Dworkin, ele se situa no marco da teoria discursiva²⁴.

Nesse sentido, procurando explicar o Direito Moderno, Habermas sustenta que:

O Direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida igualmente a todo cidadão, sendo que autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente. Essa coesão interna passa a ter validade na dialética entre igualdade fática e jurídica, suscitada pelo paradigma jurídico do Estado Social, frente à compreensão liberal do Direito, e que, segundo Habermas, e isso é de suma importância, “hoje compele a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito”. Essa autocompreensão procedimentalista, que se apresenta, portanto, como uma terceira compreensão paradigmática do Estado Democrático de Direito é, por fim, explicada, a partir do exemplo da política feminista pela igualdade de direitos²⁵.

Habermas compreende que a proposta de Dworkin não é adequada para a maioria das democracias contemporâneas, principalmente nas realidades onde predominam uma situação de pluralismo social, misturada com um passado autoritário. Primeiro porque ele aposta em juiz que atua monologicamente e tem a pretensão de um privilégio cognitivo, ou seja, um juiz que, por estar altamente qualificado, possa representar os cidadãos e garantir inteiramente a integridade da comunidade²⁶. Segundo Habermas, o “juiz Hércules” tem à sua disposição dois componentes de um conhecimento ideal: primeiro, ele conhece todos os princípios e objetivos válidos necessários para justificar uma decisão, depois, “ele tem uma visão completa sobre os

²⁴ HABERMAS, Jurgen. *Passo como futuro*. Trad. Flávio B. Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 112.

²⁵ CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jurgen Habermas*. Disponível: <http://www.fmd.pucminas.br/V-irtuajus/ano2_2/Coesa%20interna.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2013, p. 3.

²⁶ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, p. 252.

elementos para justificar uma decisão; depois, “ele tem uma visão completa sobre os elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”²⁷. Terceiro porque em um contexto histórico-social que não propicia o recurso a princípios substantivos, inviabiliza a teoria de Dworkin, pois:

a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios²⁸

A partir da teoria do Agir Comunicativo, diferentemente de Dworkin, desenvolve uma noção procedimentalista do Estado Democrático de Direito, sem abandonar a noção de que a ordem jurídica não pode dispensar a pretensão de legitimidade.

Ele defende que a democracia depende da institucionalização de processos e condições de comunicação para a formação livre da opinião e da vontade, de maneira que a política deliberativa não fique na dependência da comunidade de cidadãos que compartilhem valores éticos comuns e sejam capazes de ação política, mas sim dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos necessários para uma formação racional da vontade. Assim, o pressuposto habermasiano aponta para a necessidade de que as instituições democráticas estejam de tal forma organizadas e estruturadas que o discurso possa surgir como via de resolução dos conflitos provocados pelas rupturas e dificuldades de comunicação de uma comunidade específica.

As normas e decisões políticas só podem obter legitimidade pelo fato de poderem ser questionadas e aceitas em um discurso de cidadãos livres e iguais, que se reconhecem não apenas como destinatários, mas também como autores das normas às quais devem obediência”²⁹.

Habermas identifica na era moderna a vigência de um espaço livre para o exercício da crítica e da discussão, que se dá em uma esfera situada entre a sociedade civil e o Estado, e onde o público se organiza como um portador de opinião. Logo, enfatiza a participação política e a mais ampla possível democratização do processo de decisão, focando-se numa formação discursiva, dialógica e inclusiva da vontade política.

²⁷ HABERMAS, Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. 1, p. 263.

²⁸ Ibid, p. 252.

²⁹ MARTINS, Modelos de Democracia, p. 91.

Em *Direito e Democracia*, parte-se do modelo das comportas, segundo o qual se os cidadãos desejarem exercer influência sobre o centro, isto é, sobre o parlamento, sobre os tribunais e sobre a administração, devem fazer com que os fluxos de comunicação provenientes da periferia ultrapassem as comportas dos procedimentos democráticos e dos procedimentos estabelecidos pelo Estado de Direito³⁰.

Assim, Habermas, ao contrário de Dworkin, enfatiza o potencial de racionalidade dos procedimentos democráticos que permitem uma formação dialógica e inclusiva da vontade. Habermas rejeita a ideia de que um tribunal se envolva na prática política a partir de valores preferencialmente aceitos. Em sua concepção, os tribunais constitucionais limitam-se a zelar pelos procedimentos democráticos e suas condições mínimas, devendo também abrir-se a todo o potencial de razão emergente do diálogo proveniente da esfera pública.

Apesar disso, ele não ignora o fato de que os Tribunais Constitucionais são uma realidade cada vez mais presente nas democracias contemporâneas e desempenham funções centrais nos sistemas políticos, sendo frente a tomada de decisões judiciais com repercussões na vida política dos Estados atuais.

Para ele, a concorrência do Tribunal Constitucional com o legislador legitimado democraticamente agrave-se especialmente no âmbito do controle abstrato de normas, onde se faz o reexame judicial para aferir em tese se a lei votada por um parlamento eleito guarda conformidade com o texto constitucional, o que se torna ainda mais grave com o fenômeno da indeterminação do direito.³¹

Defende a tese de que a separação de poderes visa submeter a administração e a justiça ao poder gerado comunicativamente nas instâncias de representação popular, mas reconhece que a pluralidade de matérias a reclamar regulamentação é tal que o legislador político não tem condição de regulamenta-las ex ante com suficiente precisão, situação que abre espaço ao Judiciário para a tarefa de concretização do direito.

Conclui-se que, embora adotando teorias e pensamentos diferentes, para o efeito do tema aqui debatido há grande aproximação dos autores, na medida em que sustentam a necessidade de que o Judiciário não ingresse em esfera própria do legislativo.

³⁰ HABERMAS, *Más Allá del Estado Nacional*, p. 147-148.

³¹ HABERMAS, *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, Vol. 1, p. 298.

Se existe a lei e não há dúvida suficiente se ela é ou não compatível com a Constituição há de prevalecer a presunção de constitucionalidade. Essa é a forma de compatibilização da jurisdição constitucional com a democracia.

Conclusão

A Constituição de 1891 já previa o controle difuso da Constitucionalidade, sendo que a EC 16/65 introduziu o controle concentrado. Porém, somente em 1988 a jurisdição constitucional ganhou lugar de destaque, circunstância que se deve, entre outras causas, ao fato de se tratar de uma constituição analítica e com uma forte carga principiológica, a qual, além disso, estendeu a legitimidade para ajuizamento de ações de controle abstrato da constitucionalidade a várias autoridades e entidades.

Com isso, a jurisdição constitucional saiu de um estado praticamente de inércia, passando a ser tema recorrentemente noticiado nos mais diversos meios de comunicação. Esse fato gerou destaque para o Poder Judiciário, notadamente para o seu órgão de cúpula.

Assim, atualmente são vários os temas discutidos e em discussão no STF, que assumiu um papel de protagonismo em relação ao parlamento.

É certo que existem lacunas que não podem permanecer por muito tempo, mormente quando a omissão dos demais poderes ocasionar violação a direitos fundamentais. Entretanto, se de um lado o Judiciário deve atuar para impedir a violação de direitos, ocorrida inclusive por omissão, de outro há de buscar respeitar o espaço que, numa democracia, como é o caso do Brasil, é reservado ao parlamento.

Essa necessidade de preservação do espaço próprio do Poder Legislativo é reconhecida tanto por Dworkin quanto por Habermas. O primeiro, defendendo a incorporação da moral ao Direito, sustenta maior liberdade na interpretação e na proteção de direitos individuais, mas salienta que as políticas públicas devem ficar a cargo dos demais poderes. O segundo, mesmo reconhecendo que a impossibilidade do parlamento regulamentar adequadamente as complexas situações abre legítimo espaço para o Poder Judiciário, igualmente ressalta a necessidade de preservação do espaço próprio do parlamento.

Não se ignora que há casos em que a dificuldade de precisar esse espaço é quase insuperável. Porém, em outros, não existe a mesma dificuldade.

Refiro-me àqueles casos em que se verifica grave dúvida quanto à constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei criada pelo Parlamento, sobretudo naqueles que envolvem princípios de elevado grau de abstração ou valores morais.

Nesses casos, afigura-nos que conferir primazia à escolha do parlamento é a forma de decidir que melhor atende ao ordenamento constitucional, que reclama a harmonização entre a jurisdição constitucional e democracia.

A lei pode ter sua constitucionalidade aferida adotando-se todo o conjunto de regras e princípios que constituem a Constituição. Isso soa até redundante. Porém, é necessário o exercício de autocontenção a fim de que se evite declarações de inconstitucionalidade lastreadas em princípios ou valores que igualmente conduziriam tranquilamente a resultado diverso. Ou seja, do mesmo modo que poderia ser validamente utilizado para declarar a inconstitucionalidade, também poderia ser usado para fundamentar a constitucionalidade.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas**. Disponível: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/>. Acesso em 25 nov. 2016.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I, 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

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

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol I, 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria do agir comunicativo, II**. Trad. Paulo Flávio B. Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.