



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS – CFH
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
PROGRAMA DE MESTRADO

YURI FREDERICO DUTRA

DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR
DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Florianópolis

2010

YURI FREDERICO DUTRA

DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR
DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Filosofia, área de concentração em Ética e Política.

Orientador. Profº Delamar José Volpato Dutra Ph. D

Florianópolis

2010

YURI FREDERICO DUTRA

DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção de qualificação para obtenção do título de Mestre em Filosofia e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Presidente: Prof^o. Delamar José Volpato Dutra Ph. D

Universidade Federal de Santa Catarina

Membros: Prof^o Clodomiro José Bannwart Júnior Dr.

Universidade Estadual de Londrina

Membros: Prof^o Denilson Luís Werle Ph.D

Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis (SC), 23 de fevereiro de 2010

A todos que caminharam comigo esta jornada e contribuíram para a realização desse sonho: Ao meu orientador, aos professores do CFH, aos alunos do Mestrado, à Secretaria da Pós-Graduação, aos amigos pessoais.

Para minha mãe, Sonia Maria Frederico.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	1
1. CONSTITUCIONALISMO, TEORIA CONSTITUCIONAL, PODER CONSTITUINTE E DEMOCRACIA. POLÊMICAS INTEMPORAIS	6
1.1. BREVE INTRODUÇÃO AOS CONCEITOS DE Kelsen e Schmitt sobre o controle de constitucionalidade	20
1.2. A LEGITIMIDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO EM EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PARA SCHMITT	21
1.3. A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, EM Kelsen.....	25
2. A RACIONALIDADE DO DIREITO NAS CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS.....	32
2.1 O PROCESSO DEMOCRÁTICO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS.	42
2.2 O INTERPRETIVISMO DE ELY	47
2.3. O MORALISMO DEMOCRÁTICO DE DWORKIN	56
3. A LEGITIMIDADE PARA EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM HABERMAS	64
3.1. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO JUDICIÁRIO E A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE ELY NA VISÃO HABERMASIANA	69
3.2. O CONSENSO E O PROCEDIMENTALISMO HABERMASIANO	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

DUTRA, Yuri Frederico. Democracia e Controle de Constitucionalidade a Partir da Teoria Discursiva Do Direito De Jürgen Habermas. 2010. p. 81 Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

RESUMO

O estudo do caráter democrático da gênese das leis constitucionais relacionado ao controle de constitucionalidade abstrato exercido pelo judiciário e sua possível interferência na função originária do poder legislativo é o mote que direciona esta dissertação. Enquanto que no século XIX os embates teóricos dos autores como Carl Schmitt e Hans Kelsen, recaem sobre a fundamentação e a discussão sobre a legitimidade o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário chegando-se até a possibilidade de uma quarta instância: o Tribunal Constitucional, em exercer o controle de constitucionalidade, no século XX, guiarão o constitucionalismo contemporâneo os conceitos de John Ely, Ronald Dworkin e Habermas sobre o consenso, discurso ético, procedimentalismo, substancialismo, interpretativismo. Estes conceitos também estão relacionados com a legitimidade dos Poderes no exercício do Controle de Constitucionalidade, mas que fortalecem uma discussão democrática da gênese da lei, no sentido de avaliar se a vontade popular está sendo ouvida em sua elaboração. A interpretação contemporânea das leis constitucionais baseada na abertura à todas as vozes da sociedade em consonância com a preservação da racionalidade do direito e com o correto procedimento para a elaboração das leis é a solução apontada para o constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: democracia, controle de constitucionalidade, tripartição dos poderes, discurso habermasiano

ABSTRACT

The study of the democratic character of the genesis of the constitutional laws related to the abstract judicial review exercised by the judiciary and its possible interference with the original function of the legislative power is the motto that guides this dissertation. While in the nineteenth century theorists battles between authors such as Carl Schmitt and Hans Kelsen, fall upon the reasoning and discussion about the legitimacy of the legislative, executive and judicial branches reaching up to the possibility of a fourth instance, the Constitutional Court, in exercise the judicial review in the twentieth century, constitutionalism will guide the contemporary concepts of John Ely, Ronald Dworkin and Habermas on consensus, discourse ethics, procedural, substantive, interpretivism, concepts that are also related to the legitimacy of the exercise of powers judicial review, but that strengthen a democratic discussion of the genesis of the law in order to assess whether the will of the people is being heard in their preparation. A contemporary interpretation of constitutional law based on openness to all voices in society in line with the maintenance of law and rationality with the correct procedure for making laws is the solution presented for democratic constitutionalism.

Keywords: democracy, judicial review, tripartite division of powers, habermasian discourse

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão que se pretende elucidar nesta dissertação diz respeito ao caráter democrático da gênese das leis, relacionado ao controle de constitucionalidade abstrato exercido pelo Judiciário, e sua interferência na tripartição dos poderes. Com a finalidade de responder a essas indagações, abordar-se-ão os conceitos apresentados por Hans Kelsen, em seu artigo “Quem deve ser o Guardião da Constituição”, e Carl Schmitt, em “A defesa da Constituição”, John Hart Ely, em “Democracia e Descrédito”; Ronald Dworkin, em “O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição Americana” e Jürgen Habermas em sua obra “Direito e Democracia”. Todos os autores dialogarão com Habermas, prevalecendo ao final os conceitos deste último. A temática que permeia o controle de constitucionalidade apresenta-se de importante elucidação, pois a questão demonstra, na atualidade, um excesso de ativismo pelo Judiciário, com um possível enfraquecimento e destituição de poder do Legislativo, em conjunto com o adormecimento da autonomia de vontade da população. Por outro lado, um regresso às teorias da gênese da lei e da representação democrática para manter a racionalidade do direito são questões adjacentes, mas não menos importantes, porque há o questionamento do papel do legislador e de suas funções na elaboração das leis. Avaliar-se-á neste estudo que, na atualidade, nem sempre o legislador atende, na elaboração da lei; a vontade de todos os setores, ou seja, não há pluralismo¹, e isso deslegitima as leis por ele elaboradas. Uma análise da gênese da lei pelo Executivo representaria um retorno ao absolutismo e ao totalitarismo. É nesse sentido que esta dissertação procura avaliar os conceitos e posicionamentos dos autores para sanar essa aporia e então filiar-se ao posicionamento habermasiano – que legitimará o papel do Legislativo, sem, no entanto, retirar a legitimidade do Judiciário em situações excepcionais.

Dessa forma, no capítulo I, será realizado um breve levantamento histórico e conceitual da consolidação da Constituição e da evolução da teoria da tripartição dos poderes para amoldar este

¹Pluralismo, para Carl Schmitt, significa uma variedade de complexos sociais de poder, firmemente organizados, que se estendem no âmbito inteiro do Estado. Esses poderes decidem tanto nos diversos setores da vida política como também no âmbito dos territórios e organismos autônomos das comarcas. São complexos que como tais se apoderam dos organismos representativos do Estado, sem parar por isso, de serem estruturas meramente sociais (SCHMITT, 1993, p. 124).

conceito à nova realidade social. Também serão apontados aspectos do Constitucionalismo e do fortalecimento da democracia constitucional, bem como será avaliada a formação da lei constitucional e a participação das vontades populares na sua elaboração. No desenvolvimento desse capítulo – inserido no contexto histórico dos anos 1930, em que a Constituição está se consolidando – trava-se uma discussão teórica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, sobre quem deve ser o Guardião da Constituição, com a finalidade de legitimar qual dos poderes está apto a exercer o controle de constitucionalidade. Para Schmitt, o originário detentor do controle de constitucionalidade é o povo, que passou a delegá-lo ao Executivo, após a queda do absolutismo. O autor apresenta os seus posicionamentos na análise dessa constatação; também avalia quando deve ser o momento para a revisão do controle de constitucionalidade, e faz críticas à existência do Tribunal Constitucional, acusando-o de usurpar a sua função política (inerente ao Legislador), em vez de exercer sua função jurídica. A discussão se alonga sobre a possibilidade da interferência do pluralismo jurídico, ou seja, a adoção de influências de diversos setores da população na elaboração e no controle das leis. Para Schmitt, esse pluralismo só pode se dar na eleição do poder Executivo; o autor não considera que as demais decisões sejam permeadas pelo pluralismo. Observar-se-á, na defesa da tese de Hans Kelsen, figurar o Tribunal Constitucional como o originário detentor do controle de constitucionalidade. Para tanto, Kelsen enfraquece as argumentações de Carl Schmitt de forma inovadora, ao fazer um levantamento dos motivos que fundamentaram a tese de o Executivo ser o legítimo guardião da Constituição, para então desconstruí-los. Em seguida, Kelsen rebate todos os contra-argumentos de Schmitt sobre a ilegitimidade do Tribunal Constitucional, principalmente o de esse Tribunal ter um caráter meramente jurídico.

No segundo capítulo se dará a apresentação do momento de consolidação da Constituição como a conhecemos no mundo contemporâneo, com adoção interpretativa diferente dos anos 1930, e com total adesão à interferência do pluralismo na elaboração das leis. Nesse caso, o estudo do consenso se faz necessário para saber de qual forma deve-se legitimar o controle de constitucionalidade exercido tanto pelo Judiciário, como pelo Legislativo. Na atualidade, legisladores e juízes representam o consenso popular, mas a questão recai sobre o caráter democrático de sua representação e a legitimidade para fazê-lo. Essa legitimidade, ao ser abordada por Ely, Dworkin e Habermas,

assume roupagem diferente das discussões conduzidas por Kelsen e Carl Schmitt. Uma inovação de nosso século jaz sobre o fato de a Constituição passar a ser interpretada por princípios, conforme pretende a teoria de Dworkin – o que gera ressalvas por autores como Ely e Habermas. Será traçado um panorama de que maneira o Judiciário pode legitimar-se para assegurar a democracia na elaboração das leis – em contraposição ao legislador e sua característica democrática inata para a elaboração e revisão de suas leis – e em quais situações o Judiciário perde a sua legitimidade, segundo os teóricos Ely e Dworkin. Dentro dessas duas perspectivas vão se apresentar os posicionamentos dos autores e seus conceitos na defesa de cada um desses poderes no exercício do controle de constitucionalidade e na formação de uma jurisprudência constitucional. Algumas discussões sobre a legitimidade recaem ainda sobre uma quarta instância: o Tribunal Constitucional, um órgão de cúpula, responsável por dirimir questões da tripartição dos poderes e de interferência entre si; outras discussões se fixam sobre a análise da gênese das leis. Nesse sentido, a função desse órgão é a de identificar o direito e corrigir a lei escrita, portanto, será verificada a manutenção da ordem jurídica coerente. Objetivando a proteção do direito na elaboração das leis e no seu controle, é apresentada por Ely uma possível solução, que é o procedimentalismo. A definição desse conceito novo deverá mostrar como preservar os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade popular, e como manter a eficácia legitimativa do processo democrático.

Ainda no segundo capítulo, será estudada uma nova forma de interpretação constitucional, que não altera o seu sentido, mas o modo de extrair os valores sociais por consenso e a correta observância do procedimentalismo. Verificar-se-á que a discussão agora se firma entre os valores de base popular e os argumentos dos juízes no exercício do controle de constitucionalidade. Em contraponto será colocado o estudo de interpretação Constitucional de Dworkin, por ele denominado de estudo de política moral, que se assenta na análise de valores e princípios de justiça impostos pelo Estado. A ressalva encontra-se na interpretação feita pelo Tribunal Constitucional, sobre a qual recai a discussão da legitimidade democrática. Com abordagem diferencial, outro conceito a ser analisado pelo autor Dworkin é o de democracia, que está delimitada sobre a liberdade do discurso, o consenso e a habilidade para interpretar os valores da Constituição. De outro lado, o autor rebate o caráter antidemocrático do procedimentalismo apresentado por Ely e sua argumentação de que juízes do Tribunal

Constitucional não seriam legítimos democraticamente para o exercício do controle de constitucionalidade, Dworkin alega que a democracia também pode ser mal-orientada, tornando as decisões baseadas em consenso sem a racionalidade necessária, problema que avaliar-se-á no desenvolvimento do capítulo.

No Capítulo III, serão trabalhados os conceitos de Habermas e seu diálogo com os autores já apresentados (Schmitt, Kelsen, Ely e Dworkin); como Habermas adentra na questão política do controle de constitucionalidade e no exercício desta como forma discursiva da legitimidade do Direito, e também como ele analisa qual poder é o garantidor da Constituição, a partir do critério da preservação da formação discursiva. Os estudos de Habermas sobre o Poder Legislativo e Judiciário procuram estabelecer o legítimo protetor da Constituição, e apresenta casos de exceção para o exercício do controle de constitucionalidade. Para o autor, o essencial é manter a racionalidade do discurso através da sua abertura a todos os membros da população. A questão se centra sobre qual poder mantém a racionalidade do Direito – se o Legislativo, ou se o Judiciário. Nesse aspecto, seu estudo aborda qual poder passa a deter essa legitimidade. Para tanto, avaliará as hipóteses em que o Tribunal Constitucional pode exercer o controle de constitucionalidade.

Aprofundando-se na análise, Habermas também menciona o problema do paternalismo do Judiciário – que implica este ocupar o lugar de discurso da vontade popular, que está adormecida, mas que poderia reivindicar que o legislador reassumisse seu propósito de defender todos os setores da sociedade. O autor também avalia como deve ser uma interpretação legal, para não perder de vista a racionalidade do direito, com a observação sobre a forma de se realizar o consenso e de se representar a vontade das minorias. Habermas apresenta várias críticas a seus interlocutores - uma delas, ao substancialismo e à interpretação de valores realizada por Dworkin –, e procura esclarecer que direitos não são assimilados a valores, pois direito não se confunde com a moral, e que uma interpretação constitucional realizada somente por princípios pode petrificar o direito nele contido. Em alguns momentos, seus conceitos se aproximam aos de seus interlocutores, como na conceituação do procedimentalismo, de Ely. Diante do problema a ser elucidado por meio do consenso habermasiano, o propósito desta dissertação é definir uma resposta para o resgate da vontade política perdida através dos conceitos de discurso ético, teoria do discurso e princípios morais, e esclarecer qual poder é o

mais apto e legítimo para realizar o controle de constitucionalidade, na visão de cada um dos autores mencionados.

1. CONSTITUCIONALISMO, TEORIA CONSTITUCIONAL, PODER CONSTITUINTE E DEMOCRACIA: POLÊMICAS INTERTEMPORAIS.

O Constitucionalismo está ligado ao desempenho do governo na sociedade, bem como à determinação para trazê-lo sob controle e estabelecer limites ao exercício dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Na área da ciência política constitucional há uma grande confusão de termos, porque estudos teóricos do início do século XVII são utilizados erroneamente com os do século XIX e até mesmo com os do século XX. Ainda há o problema conceitual da teoria das separações dos Poderes e sua influência nas estruturas institucionais que, na maioria das vezes, não corresponde ao conceito representativo de Governo Constitucional. Dessa forma, a teoria da separação de poderes se apresenta insuficiente para promover as bases de uma efetiva e estável teoria de governo. A doutrina da separação dos Poderes tem suas raízes em tempos antigos, mas foi no século XIX que ela se ligou à Teoria Constitucional e deu suporte à Constituição. Há, no entanto, uma ressalva importante: os problemas dos séculos anteriores não são os mesmos de hoje, e há um reflexo significativo quando conceitos antigos são amoldados a realidades atuais.

A partir de um breve histórico, realizado por M. J. Ville, constataram-se algumas mudanças de pensamentos sobre a função da Constituição e a separação dos Poderes. Segundo o autor, no século XVII, na Inglaterra, surgiu pela primeira vez uma teoria coerente de governo, porque a existente anteriormente – que fortalecia a Monarquia e a hierarquia de Reis, Lordes e Comuns – não era mais relevante à nova realidade que surgiu após a Guerra Civil Inglesa. A nova teoria revelou-se uma resposta para o então recente sistema de governo. O século XVIII foi o berço do fortalecimento das Teorias da Constituição, caracterizadas por uma complexa interação entre as teorias² de separação dos Poderes e outras teorias constitucionais que dominavam a nova cena política européia. Como complementação, no século XIX, desenvolveram-se dois caminhos para o crescimento das teorias

²Optou-se por colocar teorias de separação de poderes e teorias constitucionais, pois essas teorias não são cristalizadas, sendo que a cada século elas são alteradas em decorrência das transformações sociais.

governamentais: o primeiro, para diminuir o poder da aristocracia e fortalecer a teoria do então ressurgente parlamento³ o segundo, para defender a vontade popular e o acréscimo de alguns de seus posicionamentos na elaboração das leis (VILLE, 1998, p. 03).

O contexto geral de desenvolvimento político durante o século XIX e recente século XX promoveu outra guinada na doutrina da separação dos Poderes. Nesse sentido, a soberania popular tornou-se uma guardiã contra o arbítrio do governo, por formar um instrumento democrático que se fortaleceu pela Constituição e pelas leis, ao deixar para trás o tradicional governo absolutista que imperava em séculos anteriores.

A soberania, que se revestia de característica monárquica (e, portanto, absolutista), adquiriu outra roupagem, a de respeitar a vontade da sociedade popular, e então se ligou ao conceito de poder constituinte e democracia. Para Kelsen, o conceito histórico de democracia implica “uma luta por liberdade política, isto é, pela participação do povo nas funções legislativa e executiva (KELSEN, 2002, p. 99)⁴. Entretanto o conceito antigo de democracia, hoje é atualizado com as vozes discursivas da população, ou seja com a deliberação.

Quando a soberania popular representa todas as vozes da sociedade, entra em sintonia com a democracia – mas quando ainda prioriza uma vontade elitista ou até individual, muda-se para o lado do totalitarismo, ou seja, um Estado de Exceção, novamente absolutista. Para Antonio Negry, na era moderna, os dois conceitos – de poder constituinte e de democracia – foram quase sempre “correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais” (2002, p.07).

O Poder Constituinte não se confunde com os demais poderes já constituídos. Seu surgimento se dá apenas para a elaboração da Constituição, com a função de representar a vontade de todos os setores da sociedade, dissolvendo-se quando a Carta já estiver elaborada e for promulgada. O poder constituinte é “a fonte onipotente e expansiva que

³Na época das revoluções inglesas no século XVII, combatia-se o absolutismo e essa forma de governo exercido pelos Monarcas. O Parlamento não tinha poder para influenciar nas decisões tomadas por aqueles. No século XVII, a burguesia reagia através do Parlamento e foi após a Revolução Gloriosa que os reis se subordinaram ao Parlamento (MELLO, 1986, p.73).

⁴O conceito de democracia será amplamente discutido no decorrer da dissertação, principalmente ao abordar o século XX – momento em que a Constituição está consolidada num regime democrático que, segundo John Hart Ely, preserva a abertura comunicacional com a sociedade (1980, p.63).

produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito dessa produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva” (NEGRY, 2002, p. 07).

Com efeito, a práxis do poder constituinte foi a porta pela qual a vontade democrática – e conseqüentemente a questão social – entrou no sistema político, destruindo o constitucionalismo⁵, ou pelo menos o debilitando-o intensamente (NEGRY, 2002, p. 21). O poder constituinte se assemelha à democracia, pois ambos resistem ao constitucionalismo. O primeiro, por ser rebelde à hierarquia de normas e competências e por ser estranho ao direito no sentido de reproduzir valores da sociedade e inová-los; a segunda, por não aceitar limitações à sua atuação. Nesse sentido, o poder constituinte passa a assumir uma função de controle de constitucionalidade, pois pode e deve agir em uma Constituição já promulgada, para reformá-la.

O constitucionalismo – que é a prática do governo limitada pela vontade da sociedade e pela tripartição dos poderes – desvirtua-se de seu propósito ao se apropriar do poder constituinte, uma vez que:

o caráter ilimitado da expressão ‘poder constituinte’, é limitado na sua gênese, porquanto submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio; no seu funcionamento, porquanto submetido às regras parlamentares; no seu período de vigência, que se mantém funcionalmente delimitado, mais próximo a forma da ditadura clássica do que à teorias e práticas da democracia (NEGRY, 2002, p. 11).

Já a democracia é uma forma de governo em que permanecem abertas as vias de comunicação com a sociedade, mas a própria democracia também resiste à constitucionalização: “de fato, a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado e, portanto, a prática da limitação da democracia (NEGRY, 2002, p. 08-09). Segundo Negry, nisso se revela o caráter híbrido do poder constituinte.

O poder constituinte se assemelha à democracia, mas se afasta do conceito de constitucionalismo, pois enquanto o poder constituinte

⁵Reproduzimos o termo Constitucionalismo, já conceituado em Ville, por estar ligado ao desempenho do governo na sociedade e também a sua determinação para trazê-lo sob controle e estabelecer limites ao exercício dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Se o Poder Constituinte é um poder ilimitado; capaz de dizer o direito, não deve, então ser dominado pelo constitucionalismo, e sim possuir autonomia e poder de transformação sobre ele.

sempre está a ver o futuro, reavaliando os valores sociais para o seu acréscimo em uma nova Constituição, ou até mesmo na promulgada anteriormente, o constitucionalismo analisa os poderes e suas desigualdades, afastando-se de uma busca democrática. Negry torna mais explícito os conceitos de poder constituinte e constitucionalismo:

O constitucionalismo define a ordem social e política como um conjunto articulado, seja de ordens sociais distintas, seja de poderes jurídicos e políticos distintos: o paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista” da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto, um paradigma não-democrático. O constitucionalismo é uma doutrina jurídica que conhece somente o passado, é uma referência contínua ao tempo transcorrido, consolidadas e à sua inércia, ao espírito que se dobra sobre si mesmo – ao passo que o poder constituinte, ao contrário, é sempre tempo forte e futuro (NEGRY, 2002, p. 21-22).

Há, contudo, polêmicas que se assentam ao se falar em poder constituinte e soberania popular. Uma delas, concernente ao poder constituinte, é que ele, apesar de representar a democracia e, por conseguinte, a vontade popular, é um poder que está temporalmente limitado. Após exercer a sua função de força reformadora, volta a ser inserido no poder constituído e passa novamente a se submeter a hierarquias normativas e de poderes. A soberania popular, por sua vez, passa a ser uma fonte de forças para a reforma Constitucional, enquanto o poder constituinte está incorporado no poder constituído. Por outro lado, pode apresentar um caráter pernicioso e antidemocrático, quando a sua representação assumir um caráter absoluto, que pode cristalizar valores constitucionais sem que outras vezes possam ser ouvidas.

Inverte-se o sentido do fundamento: a soberania como suprema potestade é evocada e reconstruída como fundamento, mas um fundamento oposto ao poder constituinte: é um vértice, enquanto o poder constituinte é uma base; é uma finalidade cumprida, enquanto o poder constituinte não tem finalidade; é um tempo e um espaço limitados e fixados, enquanto o poder constituinte é pluralidade multidirecional de tempos e espaços; é constituição formal rígida, enquanto o poder constituinte é um procedimento absoluto. Tudo, em suma, opõe poder

constituente e soberania- e, finalmente, o caráter absoluto a que ambas as categorias aspiram, pois o caráter absoluto da soberania remete a um conceito totalitário, enquanto o caráter absoluto do poder constituente remete ao governo democrático (NEGRY, 2002, p. 25).

O aspecto democrático na elaboração de uma lei, principalmente a lei Constitucional, é o de avaliar as vozes das minorias em confronto com as maiorias – sejam elas parlamentares, jurídicas, governamentais ou populares – e se as leis e seu aspecto democrático são respeitados em sua coexistência com o constitucionalismo e o estudo das forças que agem sobre a separação de poderes, não deve-se deixar em segundo plano as opiniões sociais.

São partes essenciais do conteúdo das democracias ocidentais, os estudos das teorias de governos – com destaque aos valores que elas representam. Conforme já foi mencionado, há muita confusão terminológica na ciência política constitucional. Alguns termos que merecem diferenciação são a teoria constitucional e o constitucionalismo. Por teoria constitucional entende-se o estudo das instituições políticas, mas nem todos os Estados são regimes constitucionais. Para ser um regime constitucional, o governo deve obedecer a um conjunto de regras que restrinjam o exercício do poder governamental. Robert Dahl, em seu livro “Prefácio para uma Teoria Democrática”, define Constituição como a prescrição de regras influenciando a legítima distribuição, tipos e métodos de controle entre governos oficiais (VILLE, 1998, p. 325). Por sua vez o constitucionalismo consiste na defesa de certos arranjos institucionais, baseados em certos fins que serão alcançados com a discussão do elemento normativo – que deve ser baseado na crença de relações entre o acordo institucional dado e a salvaguarda de importantes valores (VILLE, 1998, p.08-09). Todas essas regras prescrevem uma variedade de autoridades aceitas como legítimas entre as oficiais. De acordo com o constitucionalismo, portanto, a Constituição escrita, embora seja aceita pelas instituições governamentais, também deve ser aprovada a partir de sua interpretação pelos tribunais.

Mesmo com o passar dos séculos, a essência da teoria constitucional deve-se manter, qual seja, o limite aos poderes do governo. Os governantes – muitas vezes para conservar a liberdade constitucional – restringem ações governamentais que conflitam com os seus próprios programas. Para a coexistência entre a liberdade política e a democracia, o governo deve-se dividir em três poderes, e cada um dos

ramos será fiscalizado por outro para serem todos capazes de controlar a máquina do Estado. Esse foi o conteúdo da doutrina pura da Constituição, que com o passar dos séculos foi se modificando devido ao comprometimento com a liberdade política escolhida pelo Estado e com a exclusão do poder arbitrário. Nesse sentido, a soberania popular e a democracia são preservadas.

Quando os teóricos Locke e Montesquieu estabeleceram suas visões abstratas das funções de governo, havia dois caminhos de pensamentos: o caminho abstrato, que descreve as funções legislativas, e outro mais prático, que descreve a multiplicidade de atos de governo, com atributos de soberania (VILLE, 1998, p.18). Prevaleceu, no século XVIII, o caminho da teoria abstrata, mas no século XX o caminho da teoria prática tem sido mais utilizada.

Assim, na passagem do Estado absolutista para o liberal, houve uma clara separação dos poderes, para proteger o cidadão contra as arbitrariedades das invasões das competências de um Poder (Executivo, Legislativo, Judiciário) sobre o outro. Norberto Bobbio (1995, p.38-39) apresenta seu posicionamento acerca dos excessos cometidos pelos poderes, ao ultrapassarem suas competências, na passagem do absolutismo para o Estado liberal: os juízes, ao elaborarem normas e regras normativas, a partir do seu próprio senso de equidade ou vida social, podem dar lugar à arbitrariedade nos confrontos entre os cidadãos. De forma diferente, ao se delegar ao legislador o poder de elaboração das normas, este se utiliza do critério de normas iguais para todos, elaboradas com base na vontade geral. Bobbio observa que o juiz, quando abusar de seu poder, somente afeta as partes envolvidas no processo – ao contrário do legislador, que, ao abusar de seu poder, atinge toda a sociedade. Para evitar a arbitrariedade do Legislativo, o pensamento liberal socorreu-se dos conhecimentos constitucionais da separação dos poderes e da representatividade. Na separação dos poderes, o Legislativo é integrado por um órgão colegiado, independente do Executivo, sendo que os demais poderes ficam subordinados às leis por ele elaboradas; com relação à representatividade, o Legislativo é expressão de uma nação inteira, e não de uma oligarquia. O Legislativo detém o poder inerente a todo o povo, mediante a representação política, e, portanto, deve elaborar leis que beneficiem uma coletividade (e não uma minoria). Em “O Espírito das Leis”, Montesquieu (1982, p.189) afirma que a subordinação dos juízes à lei garante a segurança do direito e dos cidadãos de os juízes estarem agindo em conformidade a ela. Portanto, estes devem agir estritamente

conforme a lei, sem interpretações legislativas – pois, do contrário, existiriam dois legisladores: o verdadeiro, e também o juiz, que invalidaria as normas do legislador legítimo.

Com a transição do Estado Absolutista, para o Estado Liberal, outra característica marcante que pensadores tiveram que se preocupar, nesse novo processo de obediência cidadã das leis elaboradas pelo Estado, foi justamente com a questão da Liberdade.

Em um breve histórico de Liberdade, Isaiah Berlin, apresenta que a Revolução Francesa, representou uma fase de liberação de liberdade positiva, embora muitos dos revolucionários tenham sido atingidos em sua liberdade individual. Os liberais da primeira metade do século XIX, anteviram que muitas liberdades positivas poderiam destruir as liberdades negativas. A soberania do povo poderia destruir a soberania dos indivíduos. O problema, mesmo numa democracia é que governantes não são governados e isso influência na elaboração das leis e limitações das liberdades. Berlin verificou que o melhor conceito de soberania relacionado com democracia foi formulado por Benjamin Constant, já que o que altera nessa transição entre estes dois Estados é a forma de poder e o modo de restringir a liberdade, que, de um modo ou de outro, sofre restrições. Por todo o século XIX, pensadores liberais trabalharam os conceitos de liberdade como limite aos poderes. Fizeram-no no sentido de que a lei seria a única possível a limitar as liberdades, e seu alcance seria para todas as pessoas, sem exceção.

Para Berlin, nem sempre uma inviolabilidade mínima da liberdade foi respeitada pelas regras estipuladas e a democracia, apesar de comprometida, em preservar tal limite aos poderes sobre a liberdade, na maioria das vezes não consegue fazê-lo em decorrência de perseguir seus próprios princípios. O ponto fundamental da valorização da liberdade individual no âmbito político, foi o fato de os direitos políticos positivos participarem do governo. Esse foi um avanço de abertura de outras vozes, em um momento político em que somente as vozes do monarca eram ouvidas, ou em um segundo momento, de transição para o parlamentarismo, quando apenas as vozes do monarca e do Judiciário eram ouvidas, e, por conseguinte, somente suas liberdades eram respeitadas na elaboração das leis.

Mas se as democracias podem suprimir a liberdade sem deixar de ser democráticas, pelo menos da maneira como os liberais usavam o termo, o que faria a sociedade verdadeiramente livre? Para Constant, Mill, Toqueville, e para a tradição liberal a que pertenciam, nenhuma

sociedade é livre, exceto se governada, de uma maneira ou de outra, por dois princípios inter-relacionados: primeiro, que nenhum poder apenas (mas apenas direitos) podem ser considerados absoluto, de forma que todos os homens, não importa o poder que os governe, tenham um poder absoluto de se recusarem a agir desumanamente; e segundo, que há áreas limitadas não traçadas artificialmente, onde os homens devem ser invioláveis, e cujos limites são definidos segundo regras há tanto tempo e tão extensamente aceitas, que observá-las já constitui participar da concepção do que seja um ser humano normal e, portanto, agir de maneira desumana ou insana (BERLIN, 1981, p. 165).

Pode-se fazer um paralelo entre a interpretação dos direitos constante em uma lei e os direitos constante em princípios. Para Berlin e autores como Constant, Mill, Tocqueville, os direitos são imutáveis e devem ser preservados. Nessa linha, seguem Ely e Habermas. Uma análise da lei constitucional deve ser feita em seu caráter procedimentalista, enquanto que Dworkin se afasta dessa concepção, por entender que os valores constante nesses direitos mudam de tempos em tempos, com as transformações da sociedade.

O autor Isaiah Berlin adentra na abordagem da liberdade, para explicar o conceito de liberdade positiva e liberdade negativa, pela teoria política, que se entrecruza com as teorias constitucionais. Não se deve esquecer o conceito de teoria política adotado por Berlin, qual seja, o ramo da filosofia moral que descobre ou aplica conceitos morais às esferas políticas. A questão central dos estudos dessa teoria permeia a obediência e coerção. Se no exercício do controle de constitucionalidade nos deparamos com a questão da legitimidade dos poderes, pode-se afirmar que esse é um problema a ser resolvido pela teoria política, porque há uma coerção, por parte de qualquer um dos poderes que exercer tal controle, sobre a população – que deverá obedecer às leis constitucionais. Por coerção entende-se “a deliberada interferência de outros seres humanos na área que eu poderia atuar” (BERLIN, 1981, p. 136).

A população, portanto, deve ter liberdade, que no exercício do controle de constitucionalidade, seria a liberdade de expressão e inserção de seus interesses nos conteúdos das normas, mas, precisamente, liberdade de quê? Nesse sentido serão examinados os conceitos de liberdade positiva e negativa de Isaiah Berlin partindo do

pressuposto que “a liberdade política [...] é simplesmente a área em que o homem pode agir sem sofrer obstrução dos outros” (BERLIN, 1981, p. 136).

O termo “liberdade”, por ser muito amplo, necessitou ser delimitado para fins específicos da análise do aspecto político. Presumiu-se que a área de livre ação da liberdade poderia ser restrita pela lei. O problema, contudo, assenta-se no conteúdo desse valor (liberdade), que varia entre as diferentes classes sociais, intelectuais, até entre os conceitos que os poderes estabelecem como sendo atinentes à liberdade. A liberdade individual sempre foi um valor difícil de ponderar com outras liberdades e outros valores em jogo, pois além dela existem as liberdades institucional, social, entre outros valores. Mais ainda, há de se pôr também na balança valores de outra natureza, como a justiça e a igualdade. O certo é que, de acordo com alguns filósofos que teorizaram sobre liberdade, a exemplo de Locke, houve um sacrifício da liberdade individual em favor do convívio social, que passou a ser disciplinado pelo Estado. Essa restrição à liberdade individual suscitou a discussão sobre áreas de não-interferência de liberdade. Para Berlin, “a defesa da liberdade consiste na meta negativa de contrapor-se à interferência” (BERLIN, 1981, p. 143). Sobre essa não-interferência surge a concepção clássica de liberdade negativa.

A coerção, na medida em que frustra desejos humanos, é má, embora às vezes tenha que ser aplicada para evitar outros males maiores; enquanto que a não-interferência, que é o oposto da coerção, é boa, embora não seja o único bem (1981, p. 140). [...] A liberdade, nesse sentido, tem relação principalmente com a área de controle, não com sua fonte. Da mesma forma que a democracia pode, na realidade, despojar o cidadão de muitas liberdades que ele poderia ter em alguma outra forma de sociedade, também é perfeitamente possível que um déspota de tendências liberais permitisse a seus súditos um alto nível de liberdade. A liberdade negativa não está relacionada com democracia ou autogoverno (BERLIN, 1981, p. 140).

Se a liberdade negativa está relacionada à área de controle, a liberdade positiva, por sua vez, está relacionada à interferência desse controle na vida dos controlados. Portanto, “a liberdade (positiva) tem origem no desejo de o indivíduo ser seu próprio amo e senhor”. Isso invoca um autodomínio que se depara com outros aspectos não-

racionais, como as paixões – mas no aspecto racional também se encontram barreiras a partir do convívio social, que também irá exigir o sacrifício do indivíduo, em nome de um objetivo maior em favor do grupo social.

Esse objetivo maior influencia no autodomínio racional, de forma ao indivíduo deixar-se ser influenciado em suas decisões por um bem maior e comum, porque outra pessoa irá ditar qual é esse bem. Então a liberdade é uma constante disputa entre a liberdade de se conseguir a independência e a auto-realização, possível somente em sociedade e, portanto, submetida à coerção social, exterior à sua vontade pura pessoal.

Assim, a relação que a liberdade tem com o controle de constitucionalidade está na elaboração da lei. Ela contempla aspectos da liberdade negativa – ou seja, a discussão sobre se a elaboração da lei constitucional está sendo coercitiva, se no sentido de evitar que um mal maior atinja os envolvidos, ou se no de impedir liberdades individuais, apenas. Da mesma maneira se avaliam os aspectos da liberdade positiva – por exemplo, de qual forma se dá a elaboração da lei constitucional: quem está elaborando essa lei vai ser afetado por ela, ou apenas há uma pessoa decidindo por outra, sem comprometimento pessoal do legislador com as conseqüências da aplicação dessa lei.

Outro conceito que se estuda em teoria política para pensar as sociedades democráticas é o do republicanismo. Newton Bignotto afirma que “o retorno ao republicanismo se deu no contexto de um debate no interior do qual a ideia de liberdade como ausência de interferência, ponto fundamental da concepção liberal da democracia, se afirmava como a única efetivamente válida nas sociedades atuais” (2004, p. 01). Essa liberdade negativa, contudo não é a única maneira de se regerem as relações dos indivíduos na esfera pública. Bignotto apresenta um novo conceito de liberdade retirado da obra Republicanismo de P. Pettit, a “liberdade” como ausência de dominação e não como referência à ideia de interferência.

Dominação para Pettit é estar submetido à vontade e interferência arbitrária de alguém. Para ele esse fenômeno possui três aspectos principais. Alguém domina ou subjulga o outro quando: “tem a capacidade de interferir de forma arbitrária em certas escolhas que o outro tem a possibilidade de operar. Os agentes dominadores são aqueles capazes de interferir com a vontade de outros de forma arbitrária em contextos nos

quais seria lícito supor que aquele que é dominado deveria agir sem coerção de nenhuma espécie. A ideia de ação arbitrária é fundamental na demanche de Pettit, pois para ele a lei pode ser uma forma de restrição que não recai no campo da dominação. Para tanto, é necessário que a própria lei tenha sido produzida num contexto institucional dentro do qual não haja indivíduos ou grupos que dominem outros (BIGNOTTO, 2004, p. 6).

O conceito de dominação é essencial para avaliar como é realizado o consenso na elaboração das leis, já que, não basta, na esfera do debate apenas dar uma forma democrática à elaboração legal, é necessário que ela efetivamente o seja. Para isso necessário também se faz neutralizar o posicionamento de agentes dominadores.

Se, ao exercer o controle de constitucionalidade, um dos Poderes fechar a abertura das vozes sociais, ou deixar que grupos dominadores as abafem, não há liberdade; a democracia terá sido falseada. A não dominação, a redução da dominação na sociedade, portanto, é um princípio republicano. O governo republicano está para a democracia, assim como o liberalismo está para a tirania e governos absolutistas, nesse sentido, pode-se afirmar que o republicanismo é o palco ideal para analisar o aspecto da dominação e dos consentimentos arbitrários.

Para Pettit, preservar a democracia é respeitar os aspectos procedimentais da elaboração da lei, mas o mais importante é o regresso a cidadania, que não deixa de ser o que Habermas menciona como as pessoas capacitadas para o debate. O fundamental, segundo Pettit, é que não apenas os cidadãos incorporem os valores associados ao desenvolvimento do bem coletivo, mas também desenvolvam uma confiança crescente nos mecanismos que constituem a vida comunitária. Assim:

um aspecto fundamental da forma como Pettit concebe um governo republicano é a inclusão nos domínios do sistema de governo de um conjunto de procedimentos que transforme em suas palavras a república legal em república civil (BIGNOTTO, 2004, p. 08).

Enquanto, para uns, o conceito de democracia coexiste com dificuldade no liberalismo e para outros, a democracia foi reinventada e se amolda perfeitamente ao republicanismo, não se pode ouvir que cada filósofo tem a sua receita de democracia e de participação das

várias vozes da comunidade no processo de elaboração da lei. Em um paralelo com o pensamento habermasiano, pode-se afirmar que “o republicanismo renovado também entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa” (HABERMAS, 1997 a, p. 341).

Em sua crítica habermasiana ao liberalismo⁶, Delamar Dutra aponta que Habermas mostra um caminho para a qualificação dos direitos sociais. Habermas é contrário a idealização de que o Liberalismo é sinônimo de Estado de Direito. Para uma maior qualificação dos direitos sociais, eles devem ser incorporados ao sistema de direitos.

Para Habermas, o liberalismo não é normativo em todos os elementos que o compõem, embora ele contenha uma dimensão da normatividade do Estado de Direito, qual seja, a proteção da autonomia privada. O problemático, no entanto, é que ele realiza o Estado de Direito, sob uma condição assumida hipoteticamente: a sociedade econômica liberal. Na verdade para Habermas, o paradigma liberal tal como formulado historicamente- ou seja, de forma demasiado próxima do mercado – é redutor da interpretação que faz do sistema de direitos e que foram negados no paradigma liberal. No fundo, o paradigma liberal fornece – como qualquer outro paradigma, um contexto de máximas. Na verdade, toda ordem legal justificada por princípios depende de uma interpretação construtiva, de modo que o paradigma liberal não pode pretender uma posição privilegiada

⁶O liberalismo pode ser definido como um conjunto de princípios e teorias políticas que apresenta como ponto principal a defesa da liberdade política econômica, propagado por John Locke e Adam Smith. O pensamento liberal teve sua origem no século XVII, momento de transição entre o feudalismo e o Estado de direito que surgia, portanto o liberalismo foi uma teoria importante para a consolidação do direito da propriedade privada e da consolidação do respeito à liberdade. Entre seus princípios básicos, encontramos a defesa da propriedade privada; liberdade econômica (livre mercado); mínima participação do Estado nos assuntos econômicos da nação (governo limitado); igualdade perante a lei (Estado de direito). Todos esses princípios estão relacionados à liberdade individual que se fortalecia. E a grande discussão centrou-se em distinguir a liberdade individual, da liberdade coletiva e da liberdade institucional, bem como o papel do Estado para consolidar seu papel de elaborador das leis que restringem essas liberdades individuais para um bem comum. Um dos pontos importantes em que se diferencia o republicanismo do liberalismo é que no primeiro, o Estado de direito está voltado para uma maior intervenção no bem-estar social, intervindo na implementação de uma maior igualdade nas liberdades individuais, enquanto que no segundo, os indivíduos devem se auto-regular; mesmo nas imposições de suas liberdades, o Estado fiscaliza-a minimamente.

para evitar o conflito entre o Judiciário e o Legislativo, visto que o recurso a tais máximas inquestionadas de interpretação pode abrir as portas para que o tribunal constitucional crie o direito inspirado politicamente (DUTRA, 2008, p. 153-154).

Em sua crítica esclarece que o Liberalismo, não representa, como muitos pretendem crer, o Estado de Direito, mas sim um modo de sua configuração. O que ele realmente representou foi a diminuição dos sistemas básicos de direitos dos indivíduos frente ao Estado. Para D. Dutra, Habermas mostra que o paradigma liberal realiza a divisão de poderes do Estado de Direito ao preço de reduzir o conteúdo normativo do sistema de direitos básicos às relações verticais entre indivíduo e Estado, somente através da teoria e efetividade discursiva pode-se ampliar os direitos sociais outrora reduzidos. (DUTRA, 2008, p. 154)

Toda essa discussão transporta-se ao controle de constitucionalidade, já que na análise da nova elaboração da lei, ou em sua interpretação é necessário verificar se os modelos de valores utilizados não estão sendo aplicados de modo arbitrário ou irrefletido. A discussão do bem e do justo, não cabe ao poder Judiciário, mas a teoria discursiva auxilia na correta aplicação do direito, porque a teoria normativa é composta por uma parte em que escolhas morais são necessárias e auxiliam nas escolhas a serem tomadas.

Se além da legalidade, o controle de constitucionalidade quiser honrar a democracia, ele não pode regredir ao modelo liberal, pois, em razão dessa, os direitos básicos não podem ter somente eficácia vertical, mas também horizontal, de tal forma que a compatibilidade com a divisão de poderes não pode mais ser efetivada ao modo liberal. Os direitos básicos têm que ser compreendidos para além do liberalismo para que a democracia possa ser efetiva, pois tem que neutralizar, até certo ponto, o mercado e o poder social como fontes de direito (DUTRA, 2008, p. 156).

Nos dias atuais, verifica-se que o Judiciário interfere na função legislativa de elaboração das normas. Quando o Legislativo elabora normas em desconformidade com a Constituição, em benefício de uma minoria e prejuízo da população em geral, o Judiciário está autorizado a exercer o controle de constitucionalidade abstrato de normas. Para Jürgen Habermas, é no controle abstrato de normas que se pode verificar

a concorrência das competências entre o Judiciário e o Legislativo. Nessa forma de controle, para verificar se uma lei decidida pelo parlamento é conforme a Constituição, ela é submetida a reexame judicial – o que feriria a tripartição dos poderes, uma vez que é o Legislativo o originário representante do povo para a elaboração das leis, e deveria refletir suas decisões, montando um tribunal institucionalizado, numa comissão parlamentar, com juristas especializados para avaliar se suas normas estão de acordo com o Direito.

E, para saber se uma lei decidida pelo parlamento é conforme a Constituição, ou ao menos não contradiz a configuração coerente do sistema dos direitos, essa questão é submetida a um reexame judicial. Até a votação, essa é uma questão que o parlamento tem que decidir. É sempre útil considerar se o reexame dessa decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de um tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados (HABERMAS, 2003, p. 300).

No entanto, há que se avaliar a forma como esse controle será exercido e a legitimidade dele e também se há interferência de competências entre os poderes, é o que se pretende analisar neste estudo. Na visão de Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade via Judiciário, um dos órgãos mais imparciais dentre os três poderes, é o mais recomendável – em oposição à perspectiva de Carl Schmitt (1998, p.217), que considera que o Executivo deveria exercer o controle de constitucionalidade.

Uma vez que, nos casos mais importantes de transgressão da Constituição, o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito, a qual esteja acima dessa oposição, impossibilitada ela mesma de exercer o poder, a qual divide essencialmente a Constituição entre o governo e o parlamento. Isso confere inevitavelmente certo poder a tal instância. Porém o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a Constituição não é o mesmo que

fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhes o controle da Constituição (HABERMAS, 2003, p. 302).

Será abordada ainda, a questão da democracia do século XIX, o fortalecimento do Parlamento e uma transformação da soberania, que se desvinculou do Poder do Rei e tornou-se um instrumento democrático ao migrar para a vontade da sociedade. Posteriormente será tratada a questão da democracia nas constituições contemporâneas do século XX. O conceito de democracia é importante para avaliar a interferência dos poderes uns nos outros e a vontade democrática além de direcionar a gênese da lei, indica os limites das funções dos poderes e a essência da teoria constitucional. Portanto, tripartição de poderes, democracia e controle de constitucionalidade, são conceitos que estarão interligados nos conceitos apresentados pelos autores.

1.1 BREVE INTRODUÇÃO AOS CONCEITOS DE KELSEN E SCHMITT SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O Estado de Direito que representa a obediência e cumprimento de leis surgiu para impor limites ao poder do monarca do Estado Absolutista, caracterizado por uma total indeterminação jurídica. Com a evolução do Estado de Direito, as sub-esferas de poder – o Legislativo, o Judiciário e o Executivo – delimitaram o alcance de seus exercícios, e progressivamente o modelo de Constituição Nacional se firmou como a lei maior que rege todo o ordenamento jurídico de uma nação e determina toda a estrutura política de um Estado. Por tal motivo, tão necessária é a manutenção das garantias constitucionais, preservando a Constituição e os limites de cada poder, impedindo que uns interfiram nos outros e que desvirtuem a lei. Alguns teóricos, como Hans Kelsen e Carl Schmitt, objetivando a proteção da Constituição e do processo de elaboração da legislação constitucional, tomaram posicionamentos diferentes sobre quais poderes seriam legítimos para o exercício do controle da elaboração das leis constitucionais, sem que prejudicassem a formação do Estado e a vontade do povo. Os estudos e os posicionamentos elaborados por esses autores podem ser encontrados nas obras de:

a) Hans Kelsen, em seu artigo “Quem deve ser o guardião da Constituição”, escrito em 1.931, que defende a legitimidade do Tribunal

Constitucional,

b) Carl Schmitt em sua obra “A Defesa da Constituição”, também de 1.931, que recomenda o Chefe do Executivo como legítimo guardião da Constituição.

Os dois primeiros teóricos elaboraram seus estudos no momento em que a Constituição, tal qual consideramos hoje, está a se consolidar. Mais adiante serão apresentadas as sínteses das ideias desses autores, com seus posicionamentos contrários e favoráveis ao exercício do Tribunal Constitucional.

1.2 A LEGITIMIDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO EM EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, PARA SCHMITT.

A discussão do Constitucionalismo e a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade se deram em uma época em que o Estado ainda sofria forte influência de uma teoria constitucional liberal, que não mais correspondia à situação fática e política da realidade social da época. No século XX, o contexto da necessidade da Defesa da Constituição recai sobre as dúvidas que suscitam as interpretações dos textos constitucionais entre governo e demais órgãos (SCHMITT, 1993, p. 29). Primeiramente para entendermos a discussão da legitimidade de poderes no exercício do controle de constitucionalidade, é necessário apresentar a conceituação formulada por Carl Schmitt. O controle de constitucionalidade consiste em fixar, de modo autêntico, nunca visto anteriormente sobre “o conteúdo de preceitos imprecisos e indeterminados que estejam incorporados na Constituição e a missão de estabelecer um contrapeso ao poder Legislativo (SCHMITT, 1993, p. 94).

Pedro de Veja Garcia apontou, ao elaborar o prólogo da obra de Carl Schmitt para a versão espanhola, como os Poderes subordinados à Constituição podem abusar de suas delegações originárias e por isso haver a necessidade de intervenções para o estabelecimento de limites. O destaque ao posicionamento de Schmitt, afirma Garcia, fixa-se quando a Constituição passa por crises, “quando há um distanciamento entre a realidade jurídica e a realidade política [...] e se instaura a corrupção do poder Legislativo e abusos do poder Executivo” (SCHMITT, 1993, p. 17), surge a necessidade de um guardião da Constituição, para que não se perca o caráter da lei. O originário

defensor da Constituição, para Schmitt, é o povo, mas pela relação contratual, este delegou tal função à revisão legislativa. Assim, o ponto fundamental do controle de constitucionalidade, para Carl Schmitt, está no caráter político (SCHMITT, 1993, p. 17).

Quando, entretanto, o Legislativo não desempenhar essa função corretamente, ele conclui que o Executivo pode exercê-la, posto que, no Contrato Social, o príncipe (o soberano, no Estado Absolutista) havia delegado ao povo o direito de ser representado pelo Legislativo (SCHMITT, 1993, p. 40), podendo retomar esse direito novamente. Assim, o chefe do Executivo é indicado para o exercício do controle de constitucionalidade por proteger a unidade política do Estado, “principalmente quando o parlamento é incapaz de tomar decisões concretas” (SCHMITT, 1993, p. 27). Um ponto forte desse poder, apontado pelo autor, é o da neutralidade de suas decisões, advinda da manutenção de uma unidade popular, adquirida após ter passado pelo crivo de uma pluralidade de partidos e ser eleito democraticamente.

Apesar do fortalecimento do Poder Executivo no exercício do controle de constitucionalidade, percebe-se, da leitura dos escritos de Schmitt, que ele não descarta totalmente uma discussão sobre o Legislativo ser o guardião da Constituição, por desempenhar seu papel de representante do povo.

A câmara eleita por sufrágio aparece em determinadas situações constitucionais como protetora da Constituição, em particular, em forma de uma Comissão de vigilância, eleita pela representação do tribunal para defender os direitos de representação do povo frente ao governo (SCHMITT, 1993, p.39).

A delegação do poder de representação do povo ao Legislativo torna este responsável por um importante papel – o de marcar postura contra os arbítrios governamentais. Por isso o autor fortalece em alguns momentos o Legislativo como protetor da Constituição. Sua ressalva a esse desempenho, entretanto, centra-se no fato de considerar que o Parlamento se limita ao problema de “proteção e defesa contra leis e decretos anticonstitucionais” (SCHMITT, 1993, p. 31) quando, na verdade, deveria reproduzir os anseios e valores do povo para a reconstrução dos valores perdidos pela Constituição. Assim, Schmitt retoma a defesa do Poder Executivo em atuar como guardião da Constituição:

Antes a preocupação era a proteção da Constituição contra as arbitrariedades do Governo; agora, a defesa da legislação se dá contra a maioria parlamentar, por isso que o legislador deixa de ser o guardião da Constituição (SCHMITT, 1993, p. 62).

Com essa argumentação, percebe-se que o autor procura a preservação da democracia, no sentido de ouvir todas as vozes das diversas categorias sociais. O seu conceito de democracia é emprestado de J. St. Mill, para o qual a verdadeira democracia é a constante preocupação em preservar os interesses das minorias contra as maiorias a todo momento (1993, p.61).

Ao observar que, na Alemanha, a tendência para a preservação democrática de valores da sociedade inseridos na Constituição encaminhava-se para a delegação de sua revisão a um Tribunal Constitucional, Schmitt apresentou a sua contrariedade. Para o ele, o Tribunal não conseguiria desempenhar o papel de dirimir as dúvidas sobre interpretação da Constituição, nem como dirimir conflitos entre governo e demais órgãos, pois estaria muito envolvido com questões jurídicas, e os conflitos entre Governo e órgãos governamentais seriam questões políticas (SCHMITT, p. 29).

Uma de suas grandes resistências de Schmitt, em aceitar o Tribunal Constitucional como guardião da Constituição assenta-se justamente na diferença entre aplicação e interpretação da lei – argumentos que abrangem desde a função do Tribunal ao conceito de controle de constitucionalidade. Para o autor (1993, p. 38), num sistema de legitimidade democrática, deixar que o Tribunal Constitucional decida sobre o controle de constitucionalidade significa que o povo ceda “a decisões dos valores fundamentais de todo o ordenamento constitucional e do regime político” a esta instância. O Tribunal, ao exercer o Controle de constitucionalidade, assume o papel de máximo conhecedor do direito. O juiz, no caso, vira legislador constitucional, porque em lugar de simplesmente aplicar a lei vigente, realiza uma interpretação autêntica e, portanto, estaria a ferir a tripartição dos poderes. Desse modo, o Tribunal Constitucional se converteria facilmente em Poder Legislativo ou Poder Executivo. Por outro lado, o autor acredita que todas as instâncias do Poder Judiciário, sejam elas superiores ou inferiores, assumiriam uma posição de guardiãs da Constituição, porque poderiam confundir as suas competências de meras aplicadoras da lei com a de intérpretes dela. Para Schmitt, toda norma tem um caráter democrático que não deve ser engessado pela decisão do

juiz. Seria o caráter definitivo da decisão do juiz que passaria a contaminar a norma e a impedir a democracia de externar seus posicionamentos, tornando a norma autoritária.

Na prática, o exercício de proteção da Constituição trata de garantir uma norma mais forte contra uma mais fraca (SCHMITT, 1993, p. 83), atividade que a Justiça não está apta a fazer, pois sua tarefa é a de aplicar a lei e a de subsumir um conteúdo real de uma lei em outra. A aplicação e a interpretação da lei são coisas diferentes. O juiz, ao comprovar a existência de uma lei simples em contradição com a lei contida na Constituição, e ao declarar inválida a primeira, não pode afirmar que realizou a aplicação da lei formulada para a Constituição, sob o mesmo raciocínio empregado no caso de aplicação judicial da lei ao caso concreto. No primeiro caso, comparam-se as normas umas às outras, e quando as contradições são muito distintas, uma elimina a outra, ou seja, ocorre a preclusão de uma das normas. No segundo caso, quando a lei se aplica a um conteúdo real determinado, subsume ao caso concreto em conceitos gerais; assim, subsume-se o direito à lei. (SCHMITT, 1993, p. 84-85).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça estaria a desvirtuar a sua função original de aplicar a lei, pois a questão que se discute é a diferença entre lei e sentença. A lei se faz por uma elaboração política, e a sentença, por uma elaboração jurídica. Outro ponto a ser observado é que o Tribunal Constitucional seria facilmente influenciado por outros juízes, ou por uma racionalidade meramente jurídica em suas tomadas de decisões (SCHMITT, 1993, p. 58), interferindo no caráter democrático do controle de constitucionalidade. Em uma de suas passagens, Schmitt reafirma a sua contrariedade à politização da justiça:

A tendência dos juristas profissionais que integram um tribunal, a manter dentro de um marco concreto de justiça, não deve considerar como signo de mera precaução política. [...] Com isso se demonstra que é improcedente atribuir à Justiça certas funções que rebaixam o âmbito de uma subsunção real, que transpassam as fronteiras estabelecidas pela sujeição de normas de conteúdo preciso (SCHMITT, 1993, p. 97).

Por isso, mais uma vez reafirma Schmitt, que o problema do controle de constitucionalidade é político, e sua solução não deve ser jurídica e de caráter teórico, e sim política e prática – o que não é condizente com a função do juiz, já que a inamovibilidade inerente ao

cargo, engessa a interpretação das normas constitucionais, que deveria ser resolvida na esfera da vontade popular e, conseqüentemente, pela via legislativa ou executiva.

1.3 A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, EM KELSEN.

Hans Kelsen, ao desenvolver a sua teoria sobre o guardião da Constituição, contestou a teoria de Carl Schmitt e reconstituiu, com clareza de ordem, a tese inversa. Tal tese originou-se no século XIX, com Benjamin Constant, ao sustentar o direito de não ser diminuído o poder do monarca frente ao parlamento. Nessa fase, o Estado passava pela transição do Estado absolutista de Direito para um Estado republicano. Na monarquia constitucional daquela época, constatava-se uma concorrência para o exercício do poder estatal entre o chefe de governo e o parlamento. Para que o monarca, como chefe do Executivo, possuísse um poder neutro politicamente, construiu-se a ficção de que esta a Monarquia constitucional seria uma terceira instância a figurar acima do dualismo de poder e, portanto, a ideal controladora dos avanços dos poderes aos limites constitucionais (KELSEN, 2003, p. 241).

A tese foi readaptada por Schmitt para um Estado Republicano, com o mesmo objetivo de Constant: que o chefe do Executivo mantivesse um poder maior que o poder parlamentar e, devido à sua neutralidade, também exercesse o papel do controle de constitucionalidade (KELSEN, 2003, p. 243). Na monarquia parlamentar, essa tese era fundamental para preservar a figura do monarca, mantendo-o com algum poder. No republicanismo, a mesma tese auxiliou Schmitt em seu objetivo teórico de manter a unidade do Estado totalitário alemão da República de Weimar contra o pluralismo político que o Parlamento representava, preservando um poder maior ao chefe do Executivo. No entanto, nas decisões de Controle de constitucionalidade, a argumentação de que o chefe de Estado deve ter um poder superior e que é neutro, perde sentido com o passar do século, devido a diferentes contextos históricos e sociais que cercam essas teorias. No século XIX, iniciava-se o constitucionalismo moderno em um regime de Estado monárquico. A sociedade pautava-se pelo

liberalismo. No século XX, o regime já era republicano, e o constitucionalismo moderno se consolidava (KELSEN, 2003, p. 243). Dessa forma, as razões que embasaram o poder do monarca no século XIX para o controle dos poderes se encontravam superados.

Kelsen enxerga também o caráter duvidoso da neutralidade do Executivo ao assumir esses dois papéis: a) o de manter uma unidade popular, e b) o de controlar normas, argumentando a perda do papel da eficaz garantia da Constituição, que um Guardião deve exercer. Kelsen afirma ser equivocada a preservação de uma unidade política estatal, pelo Executivo, em um republicanismo – ainda mais se for totalitário, pois apesar de o Executivo ser eleito pela via democrática, dificilmente um governo conseguirá defender um posicionamento unívoco em seu exercício, sob pena de representar apenas uma parcela da população. Ampliar a competência do Executivo nesse contexto, como guardião da Constituição, torná-lo-ia soberano (KELSEN, 2003, p. 246), e seria incongruente o Executivo, como detentor de um poder supremo de Controle de constitucionalidade, ser neutro (KELSEN, 2003, p. 242) com relação às suas próprias decisões ao analisar as leis elaboradas pelo Parlamento. A neutralidade do Executivo e seus argumentos pelo controle de constitucionalidade por esse poder, defendida especialmente por Schmitt – que em suas teorias é contrário ao pluralismo parlamentar – são descartados pelas argumentações de Kelsen.

O conceito de controle de constitucionalidade no Estado de Direito, para Kelsen, é “a busca político-jurídica por garantias da Constituição, controlando órgãos a ela subordinados” (KELSEN, 2003, p. 239), que fazem parte das esferas de poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, com “a segurança de que [...] limites não seriam ultrapassados” (KELSEN, 2003, p. 239) no exercício de seus poderes. Segundo Kelsen, porém, o controle de constitucionalidade não poderia ser exercido pelos órgãos controlados - que consistiria um problema de legitimação que é discutido desde a inauguração das Constituições modernas, no século XIX. O Tribunal Constitucional, para Kelsen, possui a habilidade de neutralidade no exercício do controle de constitucionalidade, haja vista que se trata de um órgão acima do Judiciário, instituído somente para dirimir as questões dos excessos de poder e de elaboração das leis. O interesse por um órgão de terceira instância em apaziguar antagonismos de decisão entre Parlamento – bem como o de estabelecer limites aquele poder e ao Executivo – converge para o Tribunal Constitucional. Essa posição inovou e modernizou o Constitucionalismo ao eleger, dentro do poder Judiciário, um poder

neutro para soluções de controvérsias acerca da elaboração de leis e de conflitos de poder. Para Kelsen:

O perigo de uma violação constitucional consiste na possibilidade de um dos pólos ultrapassar os limites que a Constituição lhe designou. Portanto, é necessária para a resolução de controvérsias em que parlamento e governo são partes litigantes, uma terceira instância que esteja fora deste antagonismo (2003, p. 275).

A maior diferença entre os autores consiste na tese de Schmitt fortalecer um dos poderes, enquanto a tese de Kelsen concede a um órgão exclusivamente criado para esse fim a função de controle de constitucionalidade. A atribuição da garantia constitucional a um tribunal independente através da jurisdição constitucional, para Kelsen, consiste em desenvolver a atividade de “decidir sobre a constitucionalidade de atos do parlamento (leis) e-ou do governo (decreto) que não tenham sido contestados, cassando tais atos, em sua inconstitucionalidade, e julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação” (KELSEN, 2003, p. 248). As decisões do Tribunal Constitucional – a denominada jurisdição constitucional – seriam as mais neutras de todas, porque exercidas sem a intervenção do Parlamento e do Executivo, e o tribunal, nesse caso, seria formado somente para dirimir as questões já citadas. As críticas endereçadas por Schmitt à existência de um Tribunal Constitucional, como mencionadas antes, referem-se ao risco de desfazimento do Estado totalitário, e dentre elas estão:

- a) a invasão das esferas de poder do Judiciário nas tarefas do parlamento;
- b) o exercício de função política, dentro da jurídica;
- c) o caráter pluralista das decisões, fazendo valer a jurisdição constitucional, e
- d) o Tribunal Constitucional não ser eleito democraticamente.

Algumas dessas críticas, elaboradas em 1930, mantém a sua atualidade, tendo sido reformuladas por autores como Habermas, que será estudado posteriormente.

- a) invasão do Tribunal Constitucional nas esferas do poder Legislativo

Carl Schmitt, na defesa de sua tese, posicionou-se contra a atribuição do exercício da garantia da Constituição a um tribunal independente por vários motivos. Kelsen ao analisar a sua crítica,

reproduz um de seus argumentos para, na seqüência contra-argumentar. Schmitt, por aliar-se à fórmula de que ao juiz cabe apenas aplicar o direito, abre uma brecha para Kelsen concluir que, de acordo com Schmitt, como guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional está a exercer uma função política, e não jurídica. Nessa atuação, o Tribunal Constitucional invade uma esfera antes já designada a um dos poderes, o Legislativo – o que permite uma transferência de poder do Parlamento para uma instância externa a ele (KELSEN, 2003, p. 263). A invasão de esferas de competência do Judiciário no poder Legislativo concebida por Schmitt dá-se, segundo Kelsen, devido à confusão daquele quanto à atuação do Tribunal Constitucional – que exerce o controle abstrato de normas – e pelos tribunais de primeira instância, no exercício do controle concreto.

O diferencial primordial do Tribunal Constitucional é o de anular leis inconstitucionais, e a sua nulidade atingir a todos os casos, enquanto a função do tribunal de primeira instância apenas regularia as normas entre as partes – ou seja, as decisões das pequenas cortes atingem somente casos concretos. Por outro lado, Kelsen acha estranho Schmitt não apresentar nenhuma objeção à Suprema Corte nos Estados Unidos, mas somente à da Alemanha – o que indica que ele pode admitir a existência de estados pluralistas⁷ externos à Alemanha, mas ser irredutível em rejeitar um Tribunal Constitucional na Alemanha. O poder não está encerrado no processo Legislativo; o poder político se dá na resolução de conflito de interesses, ou seja, na decisão.

b) o exercício de função política, dentro da jurídica:

Kelsen demonstra, portanto, que entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, e não qualitativa. A jurisdição não é mera reprodução do direito (KELSEN, 2003, p. 251). Para Kelsen todo conflito jurídico é, na verdade, um conflito de interesses e de poder e, portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e toda controvérsia de poder ou política pode ser decidida como controvérsia jurídica (KELSEN, 2003, p. 252), pois ao dar “ao termo ‘política’ um sentido preciso em oposição a ‘jurisdição’, deve ser para expressar algo como exercício do poder, em contraposição a um exercício de direito (KELSEN, 2003, p.251). Mesmo assim, a qualidade das decisões do Tribunal Constitucional é a de ter um caráter político superior a qualquer outro tribunal inferior”

⁷Por Estado pluralista entende-se aquele que possui a intervenção de vários focos políticos para a produção de suas leis e proteção de direitos heterogêneos.

(KELSEN, 2003, p. 249), porque a sua atuação ao elaborar a jurisdição constitucional não consiste em mera “reprodução do direito” (KELSEN, 2003, p. 249) e “quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional suprimindo sua validade para o caso concreto” (KELSEN, 2003, p. 249) torna-se garantidor da Constituição.

c) o caráter pluralista das decisões, fazendo valer a jurisdição consitucional:

Outra crítica de Carl Schmitt à legitimidade de um Tribunal Constitucional para exercer o controle de constitucionalidade endereça-se ao “caráter pluralista” das decisões do Tribunal Constitucional (KELSEN, 2003, p. 273), que interferiria na construção e manutenção de um Estado total, de unificação da vontade popular, porque a “Jurisdição Constitucional estaria fazendo valer direitos subjetivos junto à Constituição ou ao poder estatal” (KELSEN, 2003, p. 273). Kelsen é contundente ao afirmar que o poder do Tribunal Constitucional não é o de criar direitos subjetivos, mas “sublinhar a inconstitucionalidade da norma” (KELSEN, 2003, p. 273) que o Estado ou o Parlamento deve aplicar ou eliminar – mesmo que tal controle tenha sido acionado por ação popular – com o objetivo de eliminar leis inconstitucionais. Além disso, para Kelsen, a simples delegação a outra autoridade para que analise os atos inconstitucionais não cria direitos subjetivos hostis ao Estado. Num Estado totalitário, o Chefe de Estado, como guardião da Constituição, “controla a discussão sobre a natureza do Estado, e por isso reclama as garantias contra o Estado Legislativo” (KELSEN, 2003, p. 274).

Contra o Judiciário, Schmitt não admite que este deva resolver deveres e problemas estatais; essas funções cabem apenas ao Executivo. A função do Chefe de Estado, como guardião da Constituição Federal, é a de controlar a discussão sobre a natureza do Estado, cabendo somente ao Executivo resolver problemas e deveres estatais. Nesta argumentação elimina-se a função do Legislativo e do Judiciário.

d) O Tribunal Constitucional não ser eleito democraticamente:

Schmitt apresenta ainda a objeção de que o Tribunal Constitucional não foi eleito democraticamente, como os outros poderes, e que suas decisões não podem ser controladas por nenhum outro poder, como na tripartição dos poderes. Kelsen, todavia, defende que o Tribunal Constitucional pode ser eleito pelo povo, pois há a possibilidade de se estruturar o Tribunal Constitucional da mesma forma que qualquer outro poder (KELSEN, 2003, p. 291), e mesmo da forma como está estruturado, seu caráter democrático é salvaguardado pelo

modo como são nomeados seus membros e pelo posicionamento jurídico que tomam.

Outra ideia que sustenta o parecer de Schmitt é que o simples fato de ser Chefe do Executivo concede ao Chefe de Estado um caráter soberano, que a nosso ver se assemelha a um discurso de autoridade utilizado por Schmitt. Por esse motivo, como Guardião da Constituição, o Chefe de Estado não poderia feri-la. Schmitt é contrário ao exercício do Tribunal Constitucional, pois este controlaria o Chefe do Executivo em seus atos. Admite, no entanto, que o Tribunal Constitucional possa controlar o Legislativo, sem demonstrar, segundo Kelsen (2003, p. 293), como seria possível o controle somente do Legislativo.

Para Kelsen, o antagonismo entre Parlamento e Governo hoje foi transferido para as maiorias e minorias parlamentares (KELSEN, 2003, p. 278), mas ele não nega que a função de um Chefe de Estado é representar a unidade deste (KELSEN 2003, p. 281). Ele somente alerta que Schmitt, em sua ideologia de Estado total, “mascara o efetivo contraste de interesses que se expressa na realidade do conflito de classes que está por trás destes.” E a representação da unidade adviria no fato de, independente dos grupos antagônicos, o Estado buscar em seus atos uma linha meridiana, com a possibilidade de equilibrar interesses (KELSEN, 2003, p. 282). Apesar de o Chefe de Estado ser eleito por uma maioria, composta de diversidade partidária, não significa que ele tenha a habilidade de conseguir equilibrar esses interesses plurais em uma vontade unitária. Num contexto geral, Kelsen não nega que o papel do chefe do Executivo é o de respeitar a unidade do Estado (KELSEN, 2003, p. 281), mas que, em sua época, já não se podia mais ignorar necessidades e anseio das maiorias e das minorias parlamentares.

Assim, podemos observar que para Schmitt, o povo é o originário elaborador das leis, delegando ao Executivo a sua elaboração, em momentos de crise. Schmitt, no entanto, é contrário ao pluralismo na elaboração das leis. Essa postura do autor demonstra sua percepção de democracia como governo de classes majoritárias, mas que ignora e desrespeita as minorias. Kelsen, ao admitir que o Tribunal Constitucional é o garantidor da CF, preserva o caráter da lei de forma neutra e nesse ambiente neutro se pode desenvolver a consideração e o respeito aos interesses das minorias. E nesse sentido que os autores atuais, partindo das várias evoluções no mundo constitucional, revisem estes conceitos. Após analisarmos os posicionamentos e conceitos de Kelsen e Schmitt – autores que formaram a base conceitual sobre a problemática de quem deve ser o legítimo guardião da Constituição –

passaremos para a posição de Jürgen Habermas, um dos autores que atualiza a questão sobre a legitimidade do Legislativo e do Tribunal Constitucional.

2 A RACIONALIDADE DO DIREITO NAS CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS

O constitucionalismo contemporâneo baseia-se em outra realidade histórico-social que se distancia da vivida por Kelsen e Carl Schmitt. Historicamente a Constituição se consolida como norma hierarquicamente superior das quais deflagram todo o ordenamento jurídico. Socialmente, o regime democrático ganhou força com seus ideais e a busca pela inclusão de vozes e interesses plurais. Após a II Guerra Mundial, as Constituições passaram a positivizar os direitos humanos, com a denominação de direitos fundamentais.

Esses direitos não podem ser modificados pela intenção do legislador, porque são direitos que tutelam uma coletividade e não devem ser engessados. De tempos em tempos, no entanto, os valores sociais se modificam. O que era considerado dignidade numa sociedade dos anos 30, não tem mais o mesmo sentido hoje, portanto, há necessidade de rever alguns valores consagrados e atualizá-los. Ao avaliar esse contexto, Habermas afirma que houve uma mudança na conceituação de direitos fundamentais advindas da nova interpretação dos princípios de direito, realizada pelo Judiciário. Essa transformação transporta o aspecto subjetivo dos valores para o objetivo das normas, ou seja, prima pela racionalidade do direito, sendo que tais fatores compõem o Direito Constitucional hodierno, portanto, pode-se falar que o Direito Constitucional atual é principiológico e mutável, em conformidade com os avanços sociais. A ressalva apresentada por Habermas consiste em não perder de vista a racionalidade democrática do direito no processo de formação da legislação e na interpretação desses valores.

Na contemporaneidade, o controle de constitucionalidade é realizado em grande parte pelo poder Judiciário – o que, por alguns autores, é visto como um exercício que fere a tripartição dos poderes, já que, especialmente no controle de constitucionalidade, o Judiciário parece adentrar em esferas além de sua competência. Tal colocação é explicada porque o legislador é considerado a partir dos contratualistas, principalmente Rousseau, o original representante do povo e elaborador das leis, antes de elas entrarem no ordenamento jurídico. O Legislativo, que, através da representação democrática, deveria representar o povo

no Estado democrático de direito⁸, acaba sendo influenciado por fatores que podem comprometer a legitimidade das leis emanadas. Isso pode ocorrer, por exemplo, pelo fato de, na elaboração de suas leis, o legislador avaliar outros interesses, particulares, além dos aspectos éticos e morais – o que fere o atendimento da vontade geral. Esse alerta é feito por Habermas e outros autores, entre eles Ely, ao analisarem como são realizadas as deliberações e o processo de gênese das leis.

O modo deliberativo da legislação e a ligação da administração a determinações legais são ameaçados tanto pelas burocracias automatizadas como pela influência do poder social privado. Porém, nos Estados Unidos, desde a famosa discussão entre federalistas e antifederalistas, o verdadeiro problema consiste na influência de grupos e interesses, que impõe seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado às custas de interesses gerais (HABERMAS, 2003, p. 341).

Tendo em vista que, em um Estado democrático de direito, as leis devem ser criadas com base na vontade geral democraticamente entendida – e que muitas vezes o legislador não atende a essa vontade, nem segue a racionalidade do direito, necessário se faz o controle de constitucionalidade judicial, de modo que esse processo democrático seja preservado. Conceder poder ao Executivo para o exercício do controle de constitucionalidade, como teorizou Schmitt, é algo temerário, que pode dar margem à instauração de um Estado de Exceção, o oposto da democracia. Nesse sentido, o Constitucionalismo moderno apresenta como grande novidade o reconhecimento da estreita relação entre direito e moral e a impossibilidade de se desvincular um de outro (DUTRA, LOIS, 2007, p. 234).

Dworkin cita a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, que reconhece o princípio moral de que é errado o governo censurar ou controlar o que os cidadãos escreveram ou publicaram, incorporado à lei americana (DWORKIN, 1996, p. 2). Há, no entanto, discussões sobre a competência e pesos dos três poderes do Estado; para não dar superioridade ao Poder Judiciário, em alguns países, como Alemanha e Estados Unidos, foi criado um tribunal constitucional.

⁸A teoria do direito, fundada no discurso entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários a uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito (HABERMAS b, 2003, p. 181).

Normalmente, como nos Estados Unidos e no Brasil, ele é um órgão de cúpula, sendo a sua incumbência dirimir conflitos entre esses poderes e ser o fiel fiscalizador da construção democrática das leis. Ainda, o papel do legislador é interpretar e configurar o sistema dos direitos, à medida que persegue as suas políticas; o do tribunal, analisar os argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, para que haja uma decisão coerente do caso particular com os princípios vigentes da interpretação da Constituição. Assim, em alguns Estados, há um órgão superior, que está acima do Legislativo, Judiciário e Executivo, que é o tribunal constitucional; em outros, esse órgão faz parte do Judiciário, como por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil. O tribunal constitucional é responsável pela interpretação da Constituição, pela proteção da coerência da ordem jurídica e por dirimir as disputas entre órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como analisar o controle de constitucionalidade de normas jurídicas e os recursos constitucionais.

Böckenförde explica esse poder do tribunal constitucional, temendo que, no Estado democrático de direito, a função do legislador desapareça, ou lhe seja dado menos valor e, como solução, ele propõe um retorno à compreensão liberal do direito. Sobre a concorrência existente entre o legislador e o tribunal constitucional, e sobre a eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais por eles elaborados, Böckenförde expõe:

a primeira (a formação parlamentar do direito) é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última (formação do direito através do tribunal constitucional) é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito para a da concretização criadora do direito[...]. Dessa maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nessa relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia; a questão envolvida aí é a da legitimação democrática do tribunal constitucional (Böckenförde, E.W. “Grundrechte als Grundsatznormen”, apud HABERMAS, 2003, p.309). - esclarecimentos entre parentes incluídos por esta autora –

Habermas é contrário a um retorno à compreensão liberal do

direito e justifica a necessidade do tribunal constitucional numa perspectiva mais ampla do que aquela proposta pelo chamado paradigma liberal de interpretação do direito. A sua preocupação centra-se na formação democrática do direito, tanto pelo legislador quanto pelo Tribunal Constitucional. Com relação ao legislador, Habermas pretende verificar se ele segue a racionalidade democrática na elaboração das leis e, com relação ao Tribunal Constitucional, se há legitimidade em suas decisões ao elaborar a lei – o que usurparia a competência do legislador. Habermas, ao avaliar que a função do Legislativo pode ferir o próprio processo democrático, justifica o controle de constitucionalidade pelo Judiciário de forma procedimentalista.⁹

Na atualidade, verifica-se, no processo Legislativo de elaboração das leis, uma disputa pelo poder em que as políticas e deliberações são conduzidas estrategicamente e dirigidas por interesses próprios, o que feriria a formação democrática das leis. É nesse momento que o tribunal constitucional, no papel de guardião da prática de autodeterminação do povo, assume os direitos da vontade popular, num sentido procedimental, não mais representada pelo parlamento. Surge, então, uma crítica, pois o tribunal, em assim agindo, torna-se paternalista porque assume o papel de representante e protetor dos interesses populares. O paternalismo¹⁰ é combatido pela teoria procedimentalista de Ely e Habermas, uma vez que o povo delega a compleição moral e pluralidade a outro Poder, no caso o Legislativo ou o Judiciário. O Legislativo é seu originário representante, mas quando este não está a representá-lo, pode retomar o seu poder de emanar as leis que defendam o seu interesse, devido a sua autonomia e autodeterminação, portanto se o Judiciário começa a tomar decisões pelo povo, está sendo paternalista. Por isso, um dos problemas de uma teoria que concilie controle de constitucionalidade e repartição democrática do

⁹O procedimentalismo possui conceitos similares nas teorias de Ely e Habermas. Para Ely tal terminologia apresenta como característica, mesmo após a realização da interpretação constitucional, a preservação dos aspectos formais de regras e procedimentos na formação da legislação, tais como a obediência relativa ao quórum para a sua votação, correta observância para apresentação do projeto de lei, entre outros.

¹⁰Por paternalismo, entende Habermas a usurpação por um dos Poderes da autonomia de vontade da população, tendo isso em vista, Habermas se posiciona sobre qual papel pode assumir o Tribunal Constitucional. Este ‘não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade [...], o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de tutor. (HABERMAS, 1997 a, p. 347). Dutra em sua interpretação habermasiana afirma que de fato, ele parece defender um papel de guarda que não vá tão longe e que se transforme numa regência, num lugar-tenente pedagógico, mas que seja, no máximo, uma tutoria do procedimento democrático. (DUTRA, 2008, p.158)

poder é que sua aplicação prática tem de ser feita de modo a evitar o paternalismo.

Um aspecto importante nas sociedades democráticas liberais é a preservação da autonomia individual através das leis que requerem garantias legais para tal. A autonomia individual para Honneth, é constitutiva de um procedimentalismo aliado a uma teoria de justiça, esta mostrará em uma deliberação qual o valor que conta para uma justa distribuição de bens enquanto que no procedimentalismo verifica-se se os seres humanos estão a decidir livre e com auto-determinação. Desta forma, procedimentalismo e teoria de justiça estão inter-relacionadas na prática, no exercício do consenso, portanto:

Os princípios distribucionais não são determinados pelo significado da teoria, mas por um consenso entre os atingidos, que surgiu de um processo justo e válido de deliberação. Nós podemos referir a esse processo de auto-restrição de procedimentalismo, porque um esquema concreto de distribuição deriva de um processo que garanta o consenso de todos os envolvidos. No entanto, o procedimentalismo é marcado por uma certa tensão, porque nós devemos projetar específicas condições de justiça na definição de uma situação ‘original’ no qual os envolvidos concordem. Após isso, as partes envolvidas nessa situação original devem deliberar com as outras pessoas como livres e como indivíduos iguais, se de fato eles chegarem a uma decisão que haja um verdadeiro consenso. Isto significa que há uma específica pré-condição de liberdade que eles devem decidir e que deve ser determinada antes da deliberação. (HONETH, __, p. 4)

Pode-se dizer que os sujeitos do procedimentalismo de Honneth, concordam antecipadamente com as regras e as condições de justiça, para após chegarem a uma deliberação através do consenso. O que fazem na verdade é antecipar os resultados normativos do procedimento e neste aspecto, há um processo real, com os conflitos inerentes da realidade social.

Mas efetivamente, apenas um Estado Constitucional, possui legitimidade de implementar essas medidas diferenciadas de justiça e precisa ser através de esferas qualificadas que valorizem a autonomia individual, ou seja, nas esferas institucionais, a implementação dos princípios das teorias de justiça é assegurada pelas leis. Essa autonomia

individual frente às esferas estatais de poder reafirma a proteção aos direitos básicos e a realização de planos individuais. Esses pensamentos de Honneth estão em consonância com as teorias Habermasianas de consenso e autonomia, mas a diferenciação consiste que embora o controle de constitucionalidade abstrato pelo Judiciário apresente-se como uma via que assegure a democracia na elaboração das leis, controvérsias existem quanto à sua legitimação e interferência na função do Poder Legislativo. Isso pode ser verificado do que se convencionou chamar, a partir de Weber, de materialização do direito, mais grave quando ela ocorre via judicial. Habermas continua esses estudos e utiliza parte do pensamento de I. Maus e seu texto: *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts* da obra *Rechtstheorie*.

Comparada à tese positivista da separação, a materialização do direito carrega atrás de si uma “remoralização”, a qual afrouxa a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos políticos, visando a determinados fins. As normas de princípios, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente: porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a Justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia do cidadão (HABERMAS, 2003, p. 306).

Assim um dos fatores importantes para a democracia e a racionalidade do Direito consiste em não perder de vista a formação moral e do direito na elaboração das leis, o seu processo formal de elaboração e a interpretação dos valores inseridos nela.

Na elaboração da lei, há uma relação entre a liberdade, a moral e o direito. A liberdade está diretamente ligada à moral e ao direito na medida que, dela devem proceder todas as leis morais e todo o direito como dever.

O exercício da liberdade configura-se ao elaborar uma lei com a abertura a todas as vozes, ao incluir aspectos de moral com debates

consensuais de valores, observando a formulação do discurso ético. Ao incorporar todas essas vertentes, também está a se preservar a racionalidade do direito. Somente no estrito positivismo jurídico, em que as leis muitas vezes só continham normas mandamentais, ou seja, apenas deveres, o direito era dissociado da moral, entretanto o positivismo não perdurou por muito tempo, era ilegítimo por estar dissociado da realidade social.

Se no positivismo havia uma valorização do direito, no jus naturalismo a valorização da moral imperava. Ao interpretarem a distinção entre direito e moral de Imanuel Kant, Delamar Dutra e Cecília Lois afirmam que:

No jus naturalismo, [...]a principal característica é a sujeição do direito positivo ao natural. [...] Esse traço próprio, que exige que o direito seja governado pelos valores supremos para a obtenção de sua legitimidade, implica no desprezo da força como seu traço distintivo e na pré-existência da moralidade como fundamentação última do direito. Deve-se ter claro, portanto, que somente assim, é possível entender as normas jurídicas como subclasse das normas morais”(DUTRA e LOIS, 2007, p. 328).

Conforme mencionado anteriormente, a norma jurídica em Kant é um misto entre direito e moral, sendo o direito a faculdade moral de obrigar os outros, e a moral, o imperativo, a proposição que ordena um dever, a partir do qual pode ser desenvolvida posteriormente a faculdade de obrigar os outros, ou seja, através do Direito (DUTRA e LOIS, 2007, p. 238).

Assim a moral se transformada em direito, causa restrições das liberdades subjetivas, uma vez que fundamentada em deveres que vincularão o arbítrio de pessoas autônomas. Como a moral está ligada ao dever, a crítica é que “deveres não foram feitos para explicar ou gerar direitos; ao contrário, os direitos é que costumam explicar e gerar deveres”¹¹(HABERMAS, 2002, p. 216). Essa distinção entre direito e dever, resulta do direito coercitivo moderno introduzida por Hobbes e contraposto ao direito pré-moderno, que se baseava do ponto de vista religioso ou metafísico. A inovação trazida por Hobbes foi a de que o direito, diferente da moral deontológica (do dever ser), defende o livre arbítrio dos indivíduos, com base no princípio de que “tudo que não é proibido por lei gerais de restrição de liberdade é permitido”. Essas leis gerais, devem

satisfazer o ponto de vista moral da justiça, e os direitos subjetivos de se fazer tudo o que não é proibido por essas leis gerais, se tornam legítimos, porque não desobedecem a moral da justiça. Mais precisamente nos dizeres de Hobbes:

O direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria. (HOBBS, 1997, p.113). [...] As leis de natureza obrigam in foro interno, quer dizer, impõem o desejo de que sejam cumpridas: mas in foro externo, isto é impondo um desejo de pô-las em prática, nem sempre obrigam (HOBBS, 1997, p. 131). [...] Os pactos aceitos por medo, na condição de simples natureza são obrigatórios. Por exemplo, se eu me comprometo a pagar um resgate ou um serviço em troca da vida, a meu inimigo, fico vinculado por esse pacto. Porque é um contrato, em que um recebe o benefício da vida, e o outro receberá dinheiro ou serviços em troca dela. Conseqüentemente, quando não há outra lei (como é o caso na condição de simples natureza) que proíba o cumprimento, o pacto é válido. Portanto os prisioneiros de guerra que se comprometem a pagar seu resgate são obrigados a pagá-lo. E se um príncipe mais fraco assina a paz desvantajosa com outro mais forte devido ao medo, é obrigada a respeitá-la, a não ser (como acima ficou dito) que surja algum novo e justo motivo de temor para recomençar a guerra. E mesmo vivendo num estado, se eu me vir forçado a livrar-me de um ladrão prometendo-lhe dinheiro, sou obrigado a pagá-lo, a não ser que lei civil disso me dispense. Porque tudo o que posso fazer legitimamente sem obrigação posso também compactuar legitimamente por medo, e o que eu compactuar legitimamente não posso legitimamente romper (HOBBS, 1997, p. 119).

Os direitos subjetivos, com sua defesa do livre arbítrio, foram a força constitutiva de toda a ordem jurídica moderna e Kant baseou a sua noção de direito por essa inovação sobre a proteção do livre arbítrio através do direito, que é assegurada pelo direito subjetivo de Hobbes. O direito para Kant é concebido como “quinta essência das condições sob as quais o livre arbítrio de uma pessoa pode subsistir com o livre arbítrio de outra, de

acordo com uma lei geral de liberdade” (HABERMAS, 2002, p.216). Para Habermas, Kant vê a racionalidade dos direitos humanos especiais com base em um direito original que respeita as liberdades subjetivas iguais. Em Kant, “A liberdade (a independência em razão a um arbítrio coativo alheio), enquanto puder subsistir em conjunto com a liberdade de cada um dos indivíduos, é esse direito único original cabível a cada ser humano em virtude de sua humanidade” (HABERMAS, 2002, p. 216).

A discussão entre direito e moral para Habermas, sempre foi problemática, mas “o direito passa a ser requisitado como uma espécie de guardião da moral, dado o seu caráter coativo (DUTRA, LOIS, 2007, p. 243). A diferença entre direito e moral para Habermas, está na avaliação de sua legitimidade, pois “uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Contudo, percebe-se que o autor recusa fortemente uma justificação do direito subordinada a justificação moral, no sentido de uma hierarquia de normas” (DUTRA, LOIS, 2007, p. 241). A legitimidade da lei e, por conseguinte do direito em Habermas, resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental. Nesse sentido o direito se torna dependente da moral, mas da moral procedimental, extraída de um consenso através do discurso ético. Como resultado tem-se uma formação democrática com a moral imparcial.(2007, p. 246).

A partir da interpretação das obras de Habermas, DUTRA e LOIS observaram que ele apresenta três modelos explicativos entre direito e moral. A importância desses modelos está na via mais adequada para solucionar problemas de interpretação e aplicação do direito que, a todo momento, tem seu ponto de toque com a moral (2007, p. 242).

Entretanto, quanto aos modelos apresentados, havia um certo ceticismo relacionado aos produtos de um procedimento moral, em obras anteriores a Direito e Democracia. Este ceticismo, para DUTRA e LOIS (2007, p. 247) ainda ecoa em suas obras posteriores quando avalia o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade ou das limitações cognitivas, motivacionais e institucionais da moral. Na obra Direito e Democracia, o procedimento jurídico fica mais confiável após a adoção do princípio do discurso voltado para o direito e desta forma, o procedimento moral ganha maior validade, posto que todos os argumentos obtidos discursivamente foram justificados pela moral.

Sinteticamente os três modelos explicativos entre direito e moral em Habermas podem ser aduzidos da seguinte forma: O primeiro, o qual denominar-se-á de suplementar, encontra-se nos estudos Habermasianos

inseridos na Tanner Lectures e mostra a moral incidindo sobre o procedimento jurídico, sendo que esta, não dita conteúdos específicos, somente corrige os rumos, no segundo modelo, o complementar, a moral faz exigências ao procedimento jurídico e após há a exigência moral de positivação. No terceiro modelo, o complementar negativo, os conteúdos passam primeiro pelo procedimento moral para depois adentrarem ao procedimento jurídico. Os dois últimos modelos são apresentados em Direito e Democracia.

Após essa visão de como Kant e Habermas entendem a questão sobre direito e moral e o procedimento para fundi-los na elaboração da Lei. Abre-se agora uma perspectiva de diálogo entre Ely e Dworkin que reavaliam a questão do procedimento e dos valores para a elaboração das leis e da interpretação constitucional.

Nesses debates intelectuais entre autores contemporâneos intérpretes da Constituição, porém, Habermas aproxima-se mais das teorias formuladas por Ely, no que tange a verificação do procedimento do exercício do controle de constitucionalidade, tanto pelo legislador, como pelo Judiciário e na forma de um consenso para chegar aos valores que a sociedade almeja, mas afasta-se de Dworkin por apresentar a sua interpretação substancial¹² Um dos produtos da interpretação constitucional é a jurisprudência constitucional, composta pelos julgados do Tribunal Constitucional ao exercer o controle de constitucionalidade, conceito que também é interpretado de forma diferente pelos autores Ely e Dworkin. Apesar de a Jurisprudência Constitucional norte-americana ser guiada pela interpretação substancialista de Dworkin e sua análise do conteúdo com o alcance do direito fundamental, Ely posiciona-se contrariamente a essa forma de interpretação e acredita que deva ser feita com cautela. A contraposição não significa dizer que o autor ignore a importância dos princípios e seus valores como norteadores da Constituição; a ressalva encontra-se tanto no perigo de petrificar o valor pugnado pelo princípio, perdendo a racionalidade do direito protegido, quanto no fato de tais valores representarem vozes de minorias e se desviarem de contemplar o processo democrático. Sua crítica acompanha uma nova forma de interpretar a jurisprudência constitucional: o interpretativismo.

¹²O substancialismo de Dworkin reavalia os valores inseridos nos princípios. Esta análise torna-se essencial, posto dar abertura a uma redistribuição de bens e de justiça ao reelaborar, de tempos em tempos e de acordo com a vontade social, os valores por ela prezada, evitando uma cristalização dos valores incorporados por uma sociedade passada, qual seja, a que elaborou os princípios constitucionais quando da promulgação da Constituição antecedente.

Em sua construção teórica, Ely alega que o interpretativismo pode-se apresentar de duas maneiras. A primeira avalia a frase constitucional com base em linguagem e história, sem contaminações exteriores; a segunda, com base no consenso. Na conceituação do interpretativismo de Ely, podemos verificar o início de elementos do procedimentalismo, que apresenta como característica a preservação dos aspectos de formação da legislação e de seu processo de elaboração, mesmo após a realização da interpretação. Ao explorar o interpretativismo com base no consenso, verifica-se que Ely o entende como o conjunto de valores partilhados pela sociedade. O seu consenso é baseado em um procedimento democrático, em que ocorre discussão fundamentada na harmonia entre as vozes populares. Esse modelo de consenso, no entanto, também pode se transformar em antidemocrático, pela interferência de juízes.

A grande formulação de Ely, que o torna original e o distancia de Dworkin, consiste na verificação sobre o consenso popular em questões de direito fundamental. Para que esse objetivo seja atingido, necessário se torna observar os valores sociais, resolvendo aparentes inconsistências no pensamento popular e favorecendo a emergência sobre o recessivo; o geral sobre o particular. Nesse sentido, filia-se a capacidade do legislador, mesmo que de forma falha, em melhor exercer a reprodução desse consenso. Se compararmos a reflexão dos legisladores com a reflexão judicial, podemos perceber que aqueles são os mais aptos a refletir o consenso, por estarem em contato com a realidade social e representá-la em seus anseios, bem como por dominar o aspecto procedimental ao transformar tais anseios em legislação. Em uma discussão sobre legitimidade democrática entre juízes e legisladores – esse seria um argumento a favor dos parlamentares – estes se revestem do devido aspecto democrático ao tomar as suas decisões. Como se vê, os aspectos de serem escolhidos por eleição popular e de constantemente estarem em contato com as bases populares – aliados às técnicas da função legislativa, tornam os legisladores aptos para melhor representar o consenso.

2.1 O PROCESSO DEMOCRÁTICO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS

Há ainda outra problemática acerca do controle de constitucionalidade, que está na gênese da lei. Ao ser criada, a lei atende

a critérios democráticos e está consoante à Constituição e os princípios democráticos de direito? Qual é o procedimento na criação dessas leis?

É de se observar que as leis não são o direito, e que nem sempre as leis representam o direito. Um dos papéis do controle de constitucionalidade judicial é manter a clareza do direito e a manutenção da ordem jurídica coerente. Assim, o Tribunal Constitucional, ao interpretar a lei, tem como função identificar o direito, que tem sua fonte principalmente na ordem jurídica constitucional, com uma totalidade de sentido que pode servir de corretivo para a lei escrita.

O problema da legitimação do direito é esclarecido por Ingeborg Maus:

Em nenhum nível do processo de decisão do poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se através da observância das normas processuais da constituição, seja através da vontade popular atual que o precede, porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso porém, impede que elas mesmas a normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários, de decisões concretas no complexo de instâncias do Estado de direito (HABERMAS, 2003, p. 324, apud I. MAUS, Idem, p. 208).

É visando à proteção dos direitos que Ely fundamenta-se em uma compreensão procedimentalista, no qual o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos, que proporcionam a autonomia privada e pública aos cidadãos. Tal função é legítima e justificada por que:

O tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender as normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de auto-determinação do povo. E nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo (HABERMAS, 2003, p. 324).

Assim, o papel da Suprema Corte, na compreensão procedimentalista, é o de vigiar a manutenção da Constituição e prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais, das quais depende a eficácia legislativa do processo democrático. Tal compreensão fixa-se no caráter democrático do problema de legitimidade do controle jurisdicional da Constituição.

Em Habermas, a defesa da legitimidade do direito também se dá através do Tribunal Constitucional. Para ele, a Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir em cooperação no projeto de criar condições justas de vida. São as condições processuais da gênese democrática das leis que asseguram, acima de tudo, a legitimidade do direito.

Dessa forma, a competência principal do Tribunal Constitucional é verificar se as condições processuais da gênese das leis foram democráticas. Segundo o posicionamento de Habermas:

O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos, que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto, não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicos e sociais e dependentes por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir o direito de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso o tribunal precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e de condições procedimentais do processo de legislação democrático” (HABERMAS, 2003, p. 326).

O controle abstrato das normas, na visão de Ely e Habermas, deve garantir uma origem democrática das leis: para Ely, tal processo se dá ouvindo as vozes das minorias e mantendo os canais de comunicações dessas vozes acessíveis à inclusão na elaboração das leis. Ely defende o controle abstrato das normas dando-se atenção à gênese das leis, para

evitar que a vontade das maiorias tirânicas influencie o processo democrático.

Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições de gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos direitos de massa, passando pelas chances reais de se conseguir espaço para as vozes desviantes, e reclamar efetivamente direitos de participação formalmente legais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas (HABERMAS, 2003, p. 327).

Assim, o Judiciário, através do controle abstrato de normas, auxilia o Legislativo a manter o processo democrático da elaboração das leis. Mas de que forma pode haver uma interpretação constitucional pelo Judiciário sem que se fira a tripartição dos poderes? Delamar Dutra responde em sua interpretação, “que o ponto consiste em saber onde reside a linha que separa a construção do direito pelo Legislativo e como o Judiciário deve proceder para não ultrapassá-la” (DUTRA, 2008, p. 148). A anulação da lei pelo Judiciário pode afetar várias áreas da vida, em decorrência disso, o problema, está justamente no caráter manipulativo que o Poder Judiciário pode exercer.

Ao reforçar a ideia do Poder Legislativo como original detentor da re-análise da elaboração de suas leis, formulada por Habermas, Delamar Dutra reafirma que deve haver uma interligação do sistema administrativo, com as vias comunicacionais mais direcionada ao direito do que aos fatos sociais, pois neste segundo caso, poderá reproduzir-se a si mesmo sem que a real sociedade seja atendida (DUTRA, 2008, p. 148).

Ainda, com relação à democracia e a elaboração das leis pelo Poder Legislativo, um correto procedimento deve ser preservado, e deveria fazer parte das funções do Legislador o fazer tanto relativo ao conteúdo que assegura o procedimento, quanto o conteúdo que dele resulta para dar força ao Estado. Dutra encara o problema da

responsabilidade democrática, de ambos poderes, o Legislativo e o Judiciário com o seguinte entendimento:

Em razão dessa formulação, o poder administrativo não deve ser programado pelo poder Judiciário, visto ser este um poder que não se submetem ao princípio da responsabilidade democrática, ou seja, a eleições periódicas. Porém, como os princípios são indeterminados e ubíquos no sistema, o Judiciário, na interpretação construtiva que faz, perde a âncora de uma regra bem definida. Portanto, na verdade, essa formulação tem que enfrentar o argumento da democracia (DUTRA, 2008, p. 149).

O argumento da democracia seria no sentido Habermasiano, observando o consenso, o discurso ético e a racionalidade do direito. Desta forma, apesar de não ser eleito democraticamente, o Judiciário, em sua interpretação pode elencar anseios democráticos da sociedade, não se olvidando, que as leis que por este Poder serão interpretadas, já passaram pelo crivo da elaboração com características democráticas.

Como a interpretação judiciária no exercício do controle de constitucionalidade é feita mais por princípios, tal poder ao exercê-la deve manter-se adstrito à aplicação e não tanto à legislação. Em sua interpretação, Dutra afirma que para Habermas, há duas formas de manter a decisão no domínio da aplicação pelo Judiciário, para garantir a legitimidade e a certeza jurídica, que são o apelo a paradigmas e ao modelo discursivo de formação do direito. No entanto, como Habermas defende o Poder Legislativo como o poder mais recomendável ao exercício do controle de constitucionalidade, “chega a sugerir a instituição de uma comissão para proceder ao controle de constitucionalidade que incluísse juristas e que tal auto-reflexão do parlamento teria uma vantagem adicional, qual seja, a de manter o Legislativo ligado à normatividade dos princípios constitucionais em meio às negociações, contribuindo para a racionalidade da legislação” (DUTRA, 2008, p. 151).

2.2 O INTERPRETIVISMO DE ELY

Como exposto anteriormente, a jurisdição constitucional¹³, com a reformulação dos valores, tem sido feita por juízes. Ely aponta que essa interpretação pode ser falha em representar o interesse de minorias, mas o Tribunal Constitucional também pode superar a irregularidade democrática que sob ela paira, e conseqüentemente preservar a racionalidade do direito. Para Ely, uma forma de a Corte atuar, preservando a racionalidade, seria basear-se num consenso que alia a reflexão do Legislativo e a reflexão popular, com suas melhores estimativas e opinião. Nesse processo, Ely alerta para algumas terminologias, como o valor das pessoas e o valor do povo. O valor das pessoas representa os interesses das minorias. Falar em valores do povo significa embasar-se nos valores da maioria. É nesse sentido que se apresenta a importância do consenso, em Ely: um aprimoramento do conteúdo da Constituição, uma abertura e um fechamento concedido pela democracia as vozes das minorias e majorias populares e, portanto, distancia-se do substancialismo de Dworkin e de sua interpretação dos valores pela jurisdição constitucional.

A ideia que a sociedade largamente compartilha valores deveria dar conteúdo às aberturas e fechamentos democráticos à Constituição – que a Constituição deve agora ser entendida como a expressão de normas contemporâneas transforma-se no ponto fundamental que agrega maior valor à democracia (ELY, 1980, p. 63).

O propósito do consenso é proteger os direitos das majorias, para que a legislação verdadeiramente reflita os valores populares. Para isso, o Legislativo possui maior legitimidade.

Há duas possíveis razões; uma deve olhar o consenso para dar conteúdo às aberturas e fechamentos democráticos à Constituição. Pode-se dizer que estava

¹³Colaciona-se o entendimento de DUTRA e LOIS acerca da jurisdição constitucional, por entender ser o mais adequado e claro para seu entendimento. “A jurisdição constitucional hoje vem exercendo um papel importante na modernidade. “O juiz ou uma corte são chamados a decidir sobre direitos que envolvam dilemas morais potencializa o grau de discricionariedade, pois acabam por autorizar decisões que fazem uso de suas convicções pessoais”. “Assim a segurança jurídica, pautada na confiabilidade de um sistema como um todo, ficaria confiada unicamente à consciência moral do juiz ou corte constitucional” (DUTRA, LOIS, 2007, p. 234).

protegendo os direitos da maioria por assegurar a legislação verdadeiramente, refletir os valores populares. Se este era o propósito, no entanto o processo Legislativo deve ser mais recomendado do que o judicial. Isso deixa outra possível razão como referência para proteger os direitos dos indivíduos e das minorias contra as ações das maiorias” (ELY, 1980, p. 68).

Na defesa de seu argumento, da ilegalidade de os juízes suporem os valores da maioria em consenso, Ely apresenta o apontamento de outros autores, como por exemplo, Alexander Bickel. O alerta recai sobre a capacidade preditiva dos juízes sobre a opinião popular – a ilusão de que juízes poderiam desempenhar melhor o papel de proteção dos valores. A crítica de Ely é que não se deve esquecer que os juízes são tão falhos quanto os legisladores. Há outro problema apontado por Bickel: o risco de os valores discutidos hoje não protegerem as maiorias amanhã. Esse fato revela a falha em preservar um valor neutro, principalmente se este for eleito por juízes. A desconfiança recai sobre a habilidade inerente aos legisladores, e ausente nos juízes, e também sobre a ilegitimidade destes, por não terem sido eleitos em um processo democrático. Dessa forma, o consenso na Corte pode se transformar em uma imposição de valores somente de uma minoria, que são os juízes.

Mas mesmo assumindo que por algum milagre de lógica nós poderíamos convencer a nós mesmos que o caminho sensível para proteger as minorias das atuais maiorias é impor à atual maioria os valores da maioria de amanhã. Isso nos faz lembrar o mito de que os valores da maioria do amanhã são dados que as cortes precedentes devem descobrir em um caminho neutro (ELY, 1980, p. 70).

O verdadeiro papel da Corte na jurisdição constitucional, para Ely, é manter a máquina da democracia funcionando como deve. Ela é a garantia de que os canais da população para participação política e de comunicação com seus representantes parlamentares permanecem abertos. Apesar de defender o legislador como representante da democracia, Ely não descarta a falha no processo representativo atual. Para ele, um processo representativo ideal, que preserva o consenso, seria o da constante consulta do legislador às suas bases, ou seja, ao corpo de pessoas e ao corpo de comando. As pessoas que se comunicam com o legislador deveriam ser qualificadas para repassar-lhe a vontade

da sociedade. A boa representação consistiria em eleitores escolherem políticos cujos interesses assemelham-se aos delas.

O elo quebra-se quando os representantes tentam se reeleger a qualquer custo e passam a defender os interesses das minorias, esquecendo-se, então, da vontade geral. Aqui entra a proteção do pluralismo democrático pela Corte. No momento em que a vontade das maiorias não é mais preservada, o Judiciário está autorizado a realizar a sua intervenção para preservar a representatividade da democracia. Nos dizeres de Ely, “quando não há representação dos interesses das minorias, a intervenção judicial se torna apropriada”. A forma de atuação da Corte para que o processo democrático possa ser protegido consiste em revisar impedimentos e discursos livres, publicações e associações. Em sua atuação, o Judiciário deve averiguar e proteger a liberdade de associações, porque esse é o canal para a abertura do processo democrático. A Corte deve também averiguar as inibições e impedimentos de expressão de outras atividades políticas, como as das minorias, por exemplo, para que, ao final, permita que elas tenham acesso a legislações que atendam os seus interesses e a proteção dos seus direitos. Apesar dessa exceção concedida ao Poder Judiciário, Ely reafirma a sua defesa em favor do Poder Legislativo como legítimo para exercer o controle de constitucionalidade, em decorrência de sua eleição se dar pela vontade popular. Pelo mesmo processo democrático, quando não for representado, o povo tem meios de retirar do poder o legislador que falha nesse aspecto, nas eleições subsequentes. O mesmo não ocorre com o poder Judiciário. Nesse sentido, outra questão se apresenta: a soberania judicial sobre as escolhas de valores substantivos da sociedade auxiliam na assunção da democracia? Para Ely esta resposta é negativa, porque conforme visto anteriormente, se os valores contidos nos princípios forem analisados conforme o substancialismo de Dworkin, podem ser petrificados.

Por outro lado, o Judiciário, através de análise dos procedimentos Legislativos, consegue manter a valorização do consenso e das vozes da minoria. Por isso Ely adentra novamente na questão dos valores extraídos pelo consenso da população e da sua positividade na elaboração da jurisprudência constitucional. A avaliação das vozes das minorias não deve ser recusada; não se pode negar o voto de uma minoria. Nesse processo de votação, as minorias sempre se encontram em desvantagem. É mais fácil, no processo decisório de elaboração de leis, recusar reconhecer interesses comuns, negando os interesses e a proteção necessária das minorias. Nesse aspecto, Ely acredita ser mais salutar a

atenção ao correto procedimento de ouvir os diversos setores sociais e averiguar se estão bem representados, ouvir a vontade popular, do que uma discussão de valores nos moldes propostos por Dworkin.

O autor Christopher F. Zurn em seu artigo “Democracia deliberativa e interpretação constitucional”, publicado em 2002, comenta os pontos positivos e negativos da Teoria de Ely. Inicia seu artigo relatando que o problema do controle de constitucionalidade está circunscrito a questões de ideologia e ao paternalismo exercido por alguns dos poderes governamentais. A questão ideológica está relacionada com a forma de representação democrática e à autonomia de vontade do povo que muitas vezes não é respeitada pelo poder Legislativo e o paternalismo diz respeito quando o Judiciário privilegia as vozes da minoria, quando elas mesmas poderiam se defender.

Para esse autor, há uma tensão entre a revisão judicial e a democracia, a título de exemplo, Zurn apresenta o ativismo judicial, que atualmente tem sido uma preocupação, por usurpar a originária competência do próprio Legislativo na re-análise das leis, levando este poder até a certa inércia. Por outro lado, se o ativismo for equilibrado com o respeito a outros poderes, com a utilização de métodos apropriados e com boa aceitabilidade, torna-se um importante aliado na implantação da democracia. De qualquer modo, a imposição dos valores próprios desses governos, em detrimento da autonomia de vontade da própria população, pode se configurar em outro problema do ativismo judiciário, e até do poder Legislativo mal-orientado.

O conceito de democracia e de constitucionalismo é revisto pelo autor, pois ambos os conceitos estão relacionados à forma de se exercer o controle de constitucionalidade e a preservação de autonomia de vontade popular. Para Zurn, democracia “denota certo tipo de processo político: a maioria auto-legislando como expressão através de um corpo eleitoral de representantes. O constitucionalismo é entendido como uma pré-estrutura de processo que, com certa legitimidade, assegura a garantia de não interferência do Estado em áreas da vida privada, determinada por direitos individuais (ZURN, 2002, p. 471).

Seu grande alerta concentra-se na conceituação de como a democracia é transmitida, já que o conceito antigo, não se amolda mais ao atual e que pressupõe uma democracia deliberativa, cujos representantes não expressam apenas seus valores, mas os definem através de um debate e consenso, em que todos os setores da população estão envolvidos, e não somente a bancada eleita. Valores realmente extraídos da vontade popular são observados ao se elaborarem as leis.

Nessa discussão sobre a democracia, Zurn apresenta duas diferenciações trazidas pelos filósofos Locke e Rousseau para a preferência da forma de decisão. Para Locke, a forma de tomada de decisão é agregativa, enquanto para Rousseau é deliberativa.

A democracia é agregativa porque se caracteriza pela convergência entre preferências individuais concernentes a interesses individuais, e deliberativa, já que consiste no igual interesse de todos os decisores.

Para o primeiro, a vontade geral pode ser determinada encontrando um sumário de interesses individuais idênticos. De acordo com o segundo, o interesse comum pode ser determinado testando propostas hipotéticas para encontrar aquela uma que todos os cidadãos consideram razoável (ZURN, 2002, p. 475).

É necessário, entretanto, abrir outro parênteses, haja vista que a deliberação rousseauiana destoa da interpretação realizada por Zurn de como ela é realizada, bem como não se amolda a deliberação participativa de Habermas, ou nos moldes que imaginamos atualmente. Apresenta-se aqui a hipótese de Bernard Manin (1994, p.186-200), ao esclarecer um aspecto da teoria de Rousseau, qual seja a de que os cidadãos democráticos rousseauianos, assim como os de John Rawls (2002) não deliberam, nem entre eles mesmos.

O pressuposto rousseauiano de que a vontade geral deve ser esclarecida por meio das assembleias, trazem à luz a verdadeira vontade geral, pode levar à falsa interpretação de que essa deliberação é realizada nos moldes da democracia participativa, em que várias ideias são debatidas e as falsas concepções são corrigidas dentro de uma coletividade, objetivando um bem comum. Segundo esse pressuposto:

se quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tiverem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças haveria de resultar sempre a vontade geral, e a deliberação seria sempre boa. Mas quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações se faz geral em relação aos seus membros, e particular em relação ao Estado; pode-se então, dizer que já não há tantos votantes quanto são os homens, mas apenas tantos quanto são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um

resultado menos geral. E por fim quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as demais, já não se tem por resultado uma soma de pequenas diferenças, senão uma diferença única; então, já não há vontade geral, e a opinião vencedora não passa de uma opinião particular (ROUSSEAU, 1998, p. 37-38).

Dessa forma, diferente do que ocorre nos dias atuais, a deliberação de Rousseau não se dá através de um debate coletivo, em que diversas ideologias disputam entre si qual verdade deva prevalecer. Esse debate é mudo, porque a vontade geral é evidente, simples e luminosa. Rousseau considera que a vontade geral está sempre certa, exceto se houver a persuasão por outros (ROUSSEAU, 1998, p. 246), o que leva a excluir os partidos dentro de uma assembleia, pelo motivo de exercerem a retórica e a persuasão sobre os outros indivíduos, desviando-os de sua evidência, ou seja, sua visão particular dos fatos e de sua convicção. A vontade geral, que está dentro do coração do indivíduo, não leva a um ponto de vista pré-totalitário, mas surge de um ponto de vista mais profundo, haja vista que *“Os indivíduos de Rousseau já supõem saber o que eles querem, quando eles vêm decidir em comum, em uma assembleia pública, eles já determinaram a sua vontade, desta forma, qualquer ato de persuasão, pode oprimir esses cidadãos.”*(MANIN, 1994, p. 190). Ao invés de decidirem coletivamente, no entanto, os cidadãos de Rousseau, deliberaram somente com eles próprios, numa espécie de solipsismo, na parte secreta de seus corações. Ao deliberarem, não o tornam um ato totalitário, porque a vontade geral é evidente, simples e luminosa, como um único corpo eles têm apenas uma única vontade, dedicada a preservar a comunidade e bem estar geral (ROUSSEAU, 1998, p. 125).

Assim o que é simples, o que é senso comum não deve ser deliberado. Isso leva Manin à conclusão de que de que: *“os cidadãos de Rousseau não deliberam, nem entre eles, porque Rousseau considera a política um problema simples, este é o motivo porque o processo de formação da vontade individual ou coletiva, não o interessa. Ele é capaz de identificar a deliberação com a tomada de decisão e decisão com a auto-evidência”* (1994, p. 190). A base da legitimidade de Rousseau não é a de um indivíduo capaz de mudar de opinião, ao ponderar diferentes razões expostas por um grupo, mas a vontade que já está determinada, de alguém que já tomou a sua decisão. A unanimidade em Rousseau é um princípio democrático e individual, se a decisão coletiva não estiver de conformidade com as decisões individuais, não

haverá democracia. A unanimidade, não provém do individualismo, mas de como o individual é percebido, e por este motivo há ausência de deliberação. Essa hipótese também é comprovada por Rawls, pois segundo Manin (1994, p. 191) os três elementos da concepção de Rousseau encontra-se nesse autor, quais sejam, a necessidade da unanimidade, a ausência da deliberação e a vontade pré-determinada dos indivíduos. É o que se verifica quando Rawls escreve sobre o véu da ignorância, no qual os indivíduos são levados a deliberarem de forma a descobrirem quais princípios de justiça eles irão adotar.

Os três elementos são encontrados nos trechos abaixo.

a) a vontade pré-determinada dos indivíduos:

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício (RAWLS, 2002, p. 146-147).

b) deliberação:

Com esse propósito, Rawls assume que as partes se situam através de um véu de ignorância. *“Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais. [...] Dizer que uma certa concepção da justiça seria escolhida na posição original equivale a dizer que a deliberação racional que satisfaz certas condições e restrições atingiria uma certa conclusão. [...] Essas observações demonstram que a posição original não deve ser considerada como uma assembleia geral que inclui num dado momento, todas as pessoas que vivem em uma determinada época; e menos ainda como uma assembleia de todos que poderiam viver em uma determinada época. Ela não é uma reunião de todas as pessoas reais e possíveis. [...] o véu da ignorância é uma condição essencial na satisfação dessa exigência* (RAWLS, 2002, p. 149).

c) unanimidade:

Portanto, pode-se considerar o acordo da posição original a partir do ponto de vista de uma pessoa selecionada ao acaso, se qualquer pessoa, depois da devida reflexão, prefere uma concepção de justiça a uma outra, então todos a preferem, e pode-se atingir um acordo unânime (RAWLS, 2002, p. 150). Assim, para Manin, (1994, p. 192) em ambos autores não há deliberação pois, para Rawls, o processo de decisão é

reduzido a cálculos, e para Rousseau, o indivíduo já sabe exatamente o que ele quer.

Por sua vez, a democracia deliberativa *“obtem a sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças a expectativa de uma qualidade racional de seus resultados. Por isso o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante”* (HABERMAS, 2003, p. 28). A crítica às teorias de Rawls e Rousseau não é a negligência com relação a dimensão coletiva, mas à de assumir que os indivíduos, em decisões políticas, possuem uma vontade já formada. Manin (1994, p. 193) sugere é que: *“é necessário alterar radicalmente a perspectiva comum a ambas teorias e seu pensamento democrático, a legitimidade não é a predeterminada vontade dos indivíduos, mas o processo de sua formação, ou seja, a deliberação nela mesma”*, o que leva a acreditar que Manin defende a democracia deliberativa de sua maneira. É o que se extrai do seguinte trecho:

“Estamos justificando ao falar sobre legitimidade, não a sua vontade predeterminada, mas o processo em que eles determinam a sua vontade. Este é o processo da deliberação. Esta perspectiva é estritamente compatível com o princípio do individualismo. Isto não implica que alguém que possua conhecimento deva ensinar outros indivíduos quais são os desejos que devam ter, mas que eles descubram por si próprios. Sem renunciar a consideração pela legitimidade, que no mundo moderno pode ser apenas baseada no indivíduo, a deliberação torna possível evitar exorbitantes requerimentos pela universalidade e unanimidade”(MANIN, 1994, p.197-198).

Fechando o parênteses e após verificado que há posicionamentos divergentes acerca da forma de deliberação em Rousseau entre Manin e Zurn, retornamos as análises deste último, que realiza outra distinção entre Locke e Rousseau, que assenta-se sobre o substancialismo e o procedimentalismo.

Locke argumenta que as decisões governamentais são legítimas apenas se não há conflito entre uma moral substantiva e a lei natural que é obrigatória mesmo em um estado de natureza. Rousseau argumenta que a decisão da uma assembleia legislativa soberana é legítima simplesmente porque a deliberação tem sido procedimentalmente estruturada de uma forma que todos os membros possam entender eles mesmos como sujeitos apenas nas leis que eles produziram e que os atinja. Em

resumo esta é a diferença entre substancialismo e procedimentalismo na concepção de uma legitimidade democrática (ZURN, 2002, p. 476).

A relação de Locke e Rousseau com Ely e Dworkin está na filiação dos dois últimos autores às teorias da forma de deliberação e dos procedimentos exercidos, tanto que a teoria de Ely aponta para um paternalismo judicial, combinado com a agregação de Locke, que é aliada a de um processo político como a busca pela vontade de todos, e conta com a legitimidade do procedimento rosseauiano, enquanto que Dworkin combina um substancialismo que engloba relato de legitimidade em Locke, com uma híbrida teoria processual política de Rousseau.

No controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, Ely alerta para o paternalismo, ou seja “a imposição de valores externos à constituição por um valor que pode ser razoavelmente descoberto, dentro da Constituição, mas tomada pelo Judiciário”(ZURN, 2002, p. 481).

Uma solução proposta por Zurn ao paternalismo de Ely, seria após a análise do texto constitucional baseado no interpretativismo, se o juiz não encontrou uma forma de exercê-lo, deve quedar-se inerte.

Mas nem sempre o método interpretativista, amolda-se completamente as análises e algumas vezes o Judiciário precisa ser paternalista. O judiciário possui a capacidade para descobrir os valores fundamentais e preservá-los na elaboração da lei por ser um poder neutro, ao buscar sua fundamentação nos valores da sociedade, nos valores morais, entretanto, usurpa o ideal democrático do processo Legislativo. Tal fato não impede Ely de considerar que o Judiciário é o melhor poder para garantir as condições necessárias ao exercício do procedimentalismo, assegurando a participação de todos os cidadãos.

O Tribunal de Corte assegura para que não haja distorções no processo político, como por exemplo, impede o fechamento da participação de algumas vozes na elaboração da lei e assegura a correta distribuição de bens ao se elaborar uma lei. Zurn considera que Ely trabalha os dois autores Rousseau e Locke nesse processo. Rousseau com sua teoria procedimentalista e Locke com sua distribuição democrática de legitimidade, com observância que a legitimidade está baseada no procedimentalismo da elaboração das leis e não no substancialismo.

A conclusão de Zurn sobre a revisão Judicial de Ely, é que esta se justifica não pela crença de um Juiz superior em conhecimento de regras jurídicas, mas porque “são inelegíveis, e institucionalmente desinteressados em partidos com disputas procedimentais entre eleitores e eleitos” (2002, p. 482).

A crítica à Teoria de Ely é feita por autores que consideram a teoria de Rousseau insuficiente para explicar o conteúdo moral de uma representação política e a teoria de Locke incapaz de definir a intersubjetiva caracterização de política. Outro ponto assenta-se sobre a ausência de defesa de outros direitos individuais, vez que a Corte parece defender somente direitos fundamentais, esquecendo-se da defesa de outros direitos morais inalienáveis.

A forma como as pessoas deliberam, na concepção de Zurn ao interpretar Rousseau, consiste num processo político com vistas à vontade geral. O voto representa que os indivíduos estão expressando seus propósitos para que as ações governamentais seja o melhor caminho para assegurar o interesse de todos ou o interesse geral. Por isso que a argumentação a ser levada aos governos, deve ser formulada de uma maneira a ser entendida e acatada por ele.

A deliberação popular com suas tendências pré-políticas devem atentar para um convívio conjunto e uma distribuição de bens para o coletivo. Mas a deliberação pode levar a crer que em uma democracia ideal, todos os cidadãos possam entender a lei como um produto de suas próprias decisões e um ponto favorável na teoria de Ely é o seu ceticismo, ao considerar que a competência moral, combinada com as instâncias de princípios populares de soberania, lideram as considerações liberais sobre a segurança de direitos não políticos, individuais e sociais. E para contrariar a quem objecciona Locke, defende que a deliberação intersubjetiva sobre fins e responsabilidades de razões públicas são idealmente parte do processo de democracia de auto-governo (Zurn, 2002, p. 487).

2.3 O MORALISMO DEMOCRÁTICO DE DWORKIN

O substancialismo de Dworkin é trabalhado no texto “O direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição Americana”, publicado em 1996. O ponto central do seu debate assenta-se no estudo da política moral voltada à interpretação constitucional. Podemos classificá-lo como liberalista, como ele mesmo se autodenomina (“eu leio a

Constituição e ela contém todos os princípios importantes do liberalismo”) e como substancialista - classificação própria baseada na análise dos valores dos princípios de defesa de sua teoria econômica de justiça, que consiste na redistribuição de bem-estar nas sociedades políticas ricas (DWORKIN, 1996, p. 37). O seu trabalho é assentado em uma leitura moral da política interpretativa constitucional, em que princípios e valores, principalmente os de decência e justiça, devem ser avaliados e utilizados pelos operadores do Direito – entre eles juízes, promotores, advogados –, com o objetivo de preservar direitos individuais da usurpação dos direitos impostos pelo Estado. O significado de uma leitura moral, para Dworkin, é “referir-se a princípios morais abstratos e incorporá-los por referências, como limites ao poder governamental” (DWORKIN, 1996, p.7). O problema da leitura moral está na correta reorganização e colocação desses princípios. Defende, portanto, a sua aplicação em um nível bastante abstrato, e os caminhos para isso são seguir ideais políticos e legais de forma igualitária. Haverá, assim, respeito quando se tratar de casos individuais, e nisso se encontra a importância da interpretação.

Ao estudar o liberalismo, o autor irá se preocupar da moralidade inerente aos acordos políticos. “o liberalismo consiste numa moral política constitutiva” (1996, p. 07).

Dworkin perpassa todos os poderes, emitindo suas opiniões sobre a legitimidade da interpretação da Constituição e a preservação da democracia. Sua visão de democracia recai sobre a liberdade do discurso, o consenso e a habilidade para interpretar os valores da sociedade. Em sua perspectiva, a leitura moral da Constituição é o método que mais se adapta a uma interpretação verdadeiramente democrática.

Para esse autor, o governo não pode decidir e ditar o que é certo e o que é errado e incorporar esses valores arbitrariamente em leis, porque essa seria uma atitude autoritária. As pessoas que formam opinião é que devem decidir como o princípio moral e abstrato deve ser compreendido. Nesse sentido, a leitura moral deve ser trazida dentro do corpo da lei constitucional (DWORKIN, 1996, p.1). A primeira emenda constitucional americana, por exemplo, reconhece o princípio moral - que é errado para o governo censurar ou controlar o que os indivíduos dizem ou publicam e incorporam às leis americanas. Na atualidade, a Suprema Corte Americana tem a autorização da leitura moral da Constituição. Críticas de autores como Habermas e Ely se assentam

sobre a imposição moral das convicções da Corte ao público, minando o aspecto democrático, por reproduzir a opinião de uma elite.

Um ponto de vista da formação democrática de Dworkin considera o fato de que as decisões políticas também podem ter ideologias diferenciadas para o seu exercício. Por isso deve-se ter cuidado, ao afirmar que toda democracia visa ao bem comum. A democracia e sua vontade geral também podem ser totalitárias, ao deixar de ouvir as minorias. Muitos autores contrários à leitura moral realizada pelos juízes afirmam que ela é antipopulista, anti-republicana e antidemocrática, entretanto a defesa de Dworkin consiste na afirmativa de que esse método de leitura é indispensável à democracia. Para a existência da democracia há vários métodos, sendo a leitura moral um deles. Essa leitura moral da Constituição envolve, para Dworkin, a distinção entre princípios que protegem direitos individuais, entendidas como o triunfo do dever ser e políticas governamentais tentando realizações futuras em bens particulares e valores (ZURN, 2002, p. 497).

Para Dworkin tanto os políticos como os juízes nomeados pretendem que os casos difíceis sejam decididos de forma moralmente neutra, mas apenas mantendo a fé no documento, ou seja, mantendo a interpretação literal. O próprio Dworkin, ao analisar essa questão, contra-argumenta que as imposições morais não são lineares, mas se dividem de acordo com o posicionamento ideológico dos juízes, que podem ser conservadores ou liberais – e, portanto, seus valores morais diferenciados podem gerar decisões únicas.

Há uma ilusão sobre a democracia popular e a vontade geral mal orientada, pois a população também pode tomar decisões antidemocráticas. Por esse motivo, Dworkin rebate a efetividade do interpretativismo de Ely e sua teoria procedimentalista. Para este autor há dois caminhos democráticos: o majoritário e o constitucional. As decisões judiciais contrárias à vontade popular auxiliam em muito a preservar a ordem jurídica e política. Muitas vezes a leitura moral e a experiência argumentativa dos juízes podem ser contrárias às decisões populares, em que imperam o senso comum, sem qualquer critério de racionalidade, com prejuízos à sociedade. Nesse aspecto, as decisões do Judiciário auxiliam na proteção democrática.

Os pontos que fundamentam a sua interpretação do texto constitucional se baseiam, portanto, na análise política, legal e uma correta avaliação da lei com base em princípios igualitários. Dworkin também observa, nesse processo, os métodos clássicos da interpretação – como o histórico, o econômico –, mas uma leitura moral leva-o a

encontrar o melhor princípio, o melhor entendimento que uma igualdade moral requer, isenta das percepções pessoais do juiz. A leitura moral, como explicado anteriormente, foi criticada por Ely, com a afirmação de que há uma modificação da Constituição ao realizar este tipo de interpretação, mas cujas acusações Dworkin rebate, pois de fato o que ocorre é apenas a revelação dos problemas dos princípios políticos. Nem sempre linguagem, precedência e prática conseguirão suprir a interpretação – e isso firma, portanto, a necessidade da leitura moral. Diferente da leitura dogmática legalista, a leitura moral interpreta o texto com base em contextos das ideias, e não em uma literalidade.

Aqui se encaixa a correta aplicação dos princípios morais. A defesa da leitura moral constitucional distancia-se da alegação de que juízes, em assim agindo quanto a questões interpretativas, modificam a Constituição. Como já foi explicado, a vontade geral pode sufocar os interesses das minorias, e isso ofende a democracia. Os juízes, nesse ponto, corrigem interesses desvirtuados pelo senso comum; por isso a interpretação constitucional gera controvérsias políticas. A discussão recai em quão longe a democracia pode ser comprometida na proteção de valores individuais.

Dworkin muda o foco sobre a análise dos princípios morais e demonstra em que a democracia realmente consiste. Em sua análise da democracia, observou que nem sempre a maioria deve ditar as regras, principalmente quando direitos individuais estão em jogo. Em alguns momentos, valores e princípios sinalizam o melhor caminho democrático. Na leitura moral, deve-se identificar o que entrou em jogo com a interpretação dos princípios; muitos acreditam que seja a liberdade individual. “O Constitucionalismo, nesse ponto, protege as liberdades negativas, como liberdade de discurso e privacidade, e o custo da liberdade positiva¹⁴ é a autodeterminação” (DWORKIN, 1996, p. 21). Pelo senso comum, se uma verdadeira democracia é sustentada pelas pessoas que se autogovernam, então a verdadeira democracia dworkiana é baseada na habilidade de abstração da moralidade de seus membros. A condição relacional é a forma com que os indivíduos de Dworkin entram em um consenso moral: “uma comunidade política não pode contar ninguém como um membro moral, a não ser que participe de uma decisão coletiva” (DWORKIN, 1996, p. 24). Primeiro, cada pessoa deve ter a oportunidade de fazer a diferença na decisão, por isso

¹⁴Os termos liberdade positiva e negativa utilizados por Dworkin, remetem ao conceito de liberdade de Isaiah Berlin, anteriormente mencionado.

insiste em interpretar a força da liberdade de expressão, no processo de autogoverno. Outro argumento por ele apresentado: o genuíno processo de democracia deve expressar igual preocupação pelo interesse de todos os membros. Isso envolve reciprocidade. Uma democracia que não respeita os desejos da minoria é ilegítima e injusta.

Uma genuína política comunitária deve ser uma comunidade de agentes morais independentes. Isso não deve ditar o que os cidadãos pensam sobre problemas de julgamentos políticos, morais ou éticos, mas deve, ao contrário, providenciar circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses problemas através de suas próprias reflexões e convicções individuais. (DWORKIN, 1996, p. 26)

Dworkin alega que as chances de tomar uma decisão errada pelos juízes é a mesma que a de tomar decisões erradas pelos legisladores. Por isso a argumentação de ilegitimidade do Judiciário não deve prosperar. A leitura moral ensina como certas causas devem ser lidas, como certas questões devem ser perguntadas e respondidas, e o que essas cláusulas significam e requerem. Dworkin observa que políticos também cedem às pressões de pessoas, do governo e, portanto, este, o Legislador não é o meio mais seguro de defesa dos direitos das minorias.

Outro ponto destoante dos pensamentos de Habermas e de Ely é o fato de Dworkin considerar o Judiciário como o legítimo guardião da Constituição. Para ele, quem defende melhor a democracia é o Judiciário, pelo fato de discutir princípios de magnitude política, avaliando premissas majoritárias de democracia. Para ele, os legisladores também são guardiões de princípios, no entanto suas defesas não são efetivas para outros princípios – somente para a defesa dos princípios de liberdade e de igualdade.

Eu não quero dizer, é claro, que apenas juízes devem discutir os problemas de princípios políticos elevados. Legisladores são guardiões de princípios também, e isso inclui princípios constitucionais. O argumento dessa seção objetiva apenas mostrar por que o ideal de comunidade não suporta a premissa majoritária, ou enfraquece a leitura moral, nada mais efetivamente do que a liberdade e a igualdade, os dois membros seniores da brigada revolucionária. Nós devemos estabelecer a premissa majoritária que deve ser deixada de lado e com

ela o conceito majoritário de democracia. Isso não é uma concepção defensiva do que é a verdadeira democracia, e esta não é a concepção americana (DWORKIN, 1996, p. 31).

Em sua argumentação, ele enfatiza que a interpretação constitucional é sensível às convicções políticas. A política constitucional e sua interpretação são corrompidas pela pretensão de que juízes devem utilizar estratégias neutras para a sua interpretação. Em sua visão, somente após certo período é que poderemos observar os efeitos das interpretações dos juízes moderados, dos conservadores, dos liberais e dos radicais. Apesar de muitos juízes mascararem o fato de que não, há opinião pessoal em suas decisões, ela existe e sempre irá gerar essa influência. Escondê-la trará como consequência, um descrédito ao Judiciário e de sua interpretação legal. Dworkin apresenta como problema o fato de as decisões atuais serem escondidas da legitimação por inspeções públicas e da confrontação de valores pelo debate público, mas esse problema é superado pela leitura moral. Ela traz um verdadeiro argumento aos juízes e a sua interpretação da lei e da Constituição, o que permite ao público aderir a eles (DWORKIN, 1996, p. 37) A leitura habermasiana da Constituição, no entanto, entende que o consenso de Dworkin se dá apenas por adesão, conforme será explanado no item subsequente.

Ao avaliar os pontos positivos de Dworkin, o autor Zurn, atenta para o aspecto da inadequação do interpretivismo. Uma decisão judicial tomada em questões abstratas, deve ser apoiada em conteúdo moral. Mesmo que os juízes comparem casos antigos para essa nova decisão, muitas vezes ela é insuficiente e deve ser preenchida com princípios morais.

Entretanto, o autor Perry, Michael J. afirma que os direitos deontológicos de uma interpretação moral não são capazes de guiar os juízes a decidir como formular os princípios morais abstratos que guiarão a sua interpretação (ZURN, 2002, p. 497).

Dworkin argumenta que uma concepção comunitária de autodeterminação coletiva é um direito, que caracteriza a democracia, e que qualquer regime democrático deve encontrar condições para checar uma legitimidade substantiva que emerge da decisão coletiva. Cada membro deve ser tratado como um membro moral e legitimado pelas decisões coletivas. Isso significa que cada cidadão deve ter a oportunidade de influenciar outro, em cujas decisões não há discriminações morais arbitrárias.

Mas o Legislativo falha em suas interpretações, porque seus debates não são de alta qualidade e não respeitam princípios morais, visto que são facilmente influenciados por outras bancadas. Zurn aponta que “A solução institucional é confiar a um guardião da democracia condições para um isolamento de “fórum de princípios” e cujos juízes podem desenhar suas competências legais por integrar todas as relevantes considerações e precisões de uma decisão legítima” (2002, p. 502).

As dificuldades enfrentadas por Dworkin estão na análise de um debate público. Um debate judicial é diferente de um debate público, no entanto, clama para a competência do Judiciário, por sua linguagem técnica, para melhorar o debate público. No entanto, apenas um Judiciário independente, tem uma competência especial e baseada em política moral e não apenas em integridade e consistência legal. “É realmente verdade que apenas juízes possuem a competência de detectar e interpretar os princípios morais básicos, que sublinham as condições estabelecidas em nossos arranjos políticos e essa competência deveria ser permitida, não apenas para os termos básicos, mas também para decidir os problemas de períodos significativos” (ZURN, 2002, p. 503).

De outro lado, um Judiciário independente, comprometido com a filosofia moral na elaboração de suas decisões está fortemente vinculado com a soberania popular. Por não ser influenciado por blocos políticos com interesses diversos, o Judiciário busca na vontade popular a forma de agir. Os cidadãos, ao formarem uma associação política, podem entender-se como autores e sujeitos da lei e, portanto, são livres. Entretanto, algo importante se perdeu quando a soberania popular não estende sua decisão, preocupando-se com a condição sobre a qual coletivamente age-se, como comunidade política. Então parece perverso jogar os cidadãos em um debate sobre as essencialidades constitucionais. O que se perdeu nas deliberações envolvendo a soberania pelo povo, foi o respeito por cada indivíduo pessoal, outro problema que se verificou foi o dos desacordos com os cidadãos não apenas sobre valores e políticas, mas também como determinar um princípio específico e fundamental, desse modo, quando surgem princípios e direitos em jogo, é permitido um certo paternalismo ao Judiciário, devido a sua capacidade técnica e assim, melhor representar os anseios do povo.

Mas para Dworkin “nessa divisão de trabalho, uma competência moral dos cidadãos não pode e não deve estender a uma decisão política, concernente a condições sobre as quais eles regularão suas vidas em

conjunto. Mesmo que Dworkin queira preferir reter o selo da democracia apenas para aqueles regimes que substancialmente garantem os direitos naturais de igual respeito e preocupação para os cidadãos” (ZURN, 2002, p. 505). Não pode-se esquecer que de outro lado, os indivíduos são agentes morais autônomos, e tirá-los do debate requer dizer que os juízes são mais capazes.

3 A LEGITIMIDADE PARA EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM HABERMAS.

Habermas ao analisar o controle de constitucionalidade utiliza a teoria discursiva da legitimidade do direito¹⁵, elegendo o poder que protege a formação discursiva do Direito, como o mais apto para exercer o controle de constitucionalidade. A verificação da legitimidade do poder vigente está relacionada com o estudo da teoria do direito, que, auxilia na resolução do problema. Habermas apesar de adotar o Legislativo como originário garantidor da Constituição Federal, defende que o Tribunal Constitucional também pode sê-lo, nos casos que veremos abaixo, mas ambos devem observar a teoria do discurso e exercer o controle de constitucionalidade, de forma com que os sujeitos adquiram uma posição livre e igual na atribuição recíproca desses direitos. Os sujeitos da teoria do discurso se apercebem que seus direitos de defesa, contra as arbitrariedades de um Estado, são derivados da opinião dos legisladores que elaboraram as normas e nem sempre geram uma atribuição livre e igual de direitos.

O termo discurso tornou-se importante no vocabulário técnico de Habermas quando desenvolveu a Teoria da Ação Comunicativa e a Pragmática Universal nos anos de 1970. Um contraste básico pode ser feito entre a ação comunicativa e o discurso. A comunicação é a atividade diária através da qual as pessoas falam umas com as outras, trocam informações e estabelecem e sustentam relacionamentos sociais. [...] No discurso o que é tomado por certeza ou normativamente certo, na comunicação, a certeza é tratada como problemática e qualquer pessoa está livre para contribuir com a discussão para a resolução dessa problemática. [...] O discurso irá terminar idealmente na renovação do consenso entre aqueles que tomam parte na conversação. No entanto, este ideal pode ser problemático. Pode não haver evidências para o convencimento e talvez, alguns compromissos sejam necessários. De outro lado, mesmo

¹⁵A teoria discursiva do direito é construída por Habermas, quando este pretende aplicar a teoria da racionalidade comunicativa ao direito. Ao aplicar o princípio da democracia, tenta resolver o problema da legitimidade do direito a partir da própria legalidade (DUTRA, Delamar, 2005, p. 189). O conceito de racionalidade comunicativa pode ser melhor estudado na obra Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas.

que o processo do discurso pareça ter se resolvido racionalmente e livremente, e todos que desejam falar se expressem e cheguem a um consenso, a conclusão permanece provisória. [...] No futuro uma nova informação pode surgir para mudar um velho consenso, novas ideias podem surgir para testar a coerência da conclusão. Então um novo processo discursivo deve surgir. [...] Para Habermas a importância do discurso assenta-se no fato que ele providencia uma racional e justificável forma de mudar crenças problemáticas (EDGAR, 2006, p. 42-45).

Os direitos que surgem somente do Legislativo sem observação discursiva de todos os membros e aqui incluem sujeitos com discursos racionais, a serem atingidos por essas decisões normativas, apenas estabelecem relações simétricas de reconhecimento, este é o caráter derivado. Ao haver a incorporação desses direitos pela sociedade, geralmente feita pelo Estado, pela sua atribuição recíproca, é que se verifica a sua aplicação de forma igual a todos, ratificando a aceitação do discurso adotado pelos legisladores.

A teoria do discurso faz-nos descobrir o caráter derivativo dos direitos de defesa referidos ao Estado: somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmitam também à relação que os parceiros do direito, inicialmente socializados de modo horizontal, mantém com o Executivo do Estado. Direitos que brotam do acordo politicamente autônomo de membros do direito livremente associados têm apenas o sentido intersubjetivo de um estabelecimento de relações simétricas de reconhecimento recíproco. Na medida em que os indivíduos se atribuem reciprocamente esses direitos, adquirem a posição de sujeitos do direito ao mesmo tempo livres e iguais (HABERMAS, 2003, p. 311).

Habermas utiliza o conceito de R. Sustain (HABERMAS, 2003, p. 313) de um “novo consenso”, para confirmar que a sua teoria do discurso auxilia os sujeitos a decidirem e a gozarem dos direitos por ele estabelecidos e protegidos constitucionalmente. Habermas defende como primeira opção que o controle abstrato de normas seja exercido pelo legislador através de um auto-controle mediante revisão de seus atos. Nos casos em que o legislador não mantém o conteúdo normativo

dos princípios constitucionais e quando redefine questões éticas e morais negociando seus conteúdos, foge da habilidade de manter a racionalidade do direito, e é nesse momento que o Tribunal Constitucional está legitimado a exercer o controle de constitucionalidade, para manter a racionalidade do direito na elaboração das normas. O problema da legitimidade do exercício do controle de constitucionalidade se encontra no desvio de finalidade do poder Legislativo, pois como já dizia Carl Schmitt, e outros autores, um importante papel da câmara é defender, como representante do povo, seus interesses contra o arbítrio do governo.

Também a representação nacional, é decidir, a câmara eleita por sufrágio, aparece em determinadas situações constitucionais como protetora da Constituição, ao menos dos direitos do povo, frente ao governo, em particular em forma de uma Comissão de vigilância, eleita pela representação do tribunal para defender os direitos de representação do povo frente ao governo (SCHMITT, 1993, p. 39).

Para Habermas, o Tribunal Constitucional teria legitimidade, quando a racionalidade da elaboração das leis¹⁶ pelo Legislativo, se perde. O exercício do controle de constitucionalidade “depende da racionalidade de um processo de legislação, que sob condição da divisão dos poderes não se encontra a disposição dos órgãos da aplicação do direito,” (HABERMAS, 2003, p. 297) ou seja, do Judiciário. Desta forma, a análise da racionalidade da legislação, está relacionada à

¹⁶A preocupação conceitual de Habermas com a lei, justifica-se porque ela é capaz de organizar estruturas sociais complexas, como a econômica e a administrativa (EDGAR, 2006, p.79). Mas há o problema da legitimidade da lei. O que a torna legítima? O que a torna boa e aceitável? O conteúdo preciso da lei pode ser irrelevante. O que deve influenciar é sua consistência e aplicabilidade. E isto leva ao que é chamado de filosofia do direito positivista. A legitimidade do sistema legal é entendido primariamente em termos de sua consistência interna. [...] Contra o positivismo, compete a tradição do direito natural, que está baseado em uma série de valores morais.[...] Esta aproximação da lei, então embaralha a questão da legitimidade e a leva para longe da posição positivista de legalidade, o que Habermas chama de legitimidade apropriada. Um direito natural sugere que, ao examinar a questão da legitimidade, não é suficiente perguntar se a lei é aceitável para aqueles que são sujeitos à ela. Pessoas reais podem confundir quais são os seus reais interesses, eles podem simplesmente aceitar a tradição legal sem refletir sobre elas, ou elas podem ser enganadas por ideologias da sociedade. Embora a legitimidade não signifique a não aceitação da lei, mas mais a possibilidade de racionalmente justificá-la (EDGAR, 2006, p. 80-81).

legitimidade do direito vigente, da decisão ligada ao direito e a lei e a racionalidade da jurisdição (HABERMAS, 2003, p. 297). O problema da racionalidade da jurisdição consiste em satisfazer os critérios da segurança do direito e de sua aceitabilidade (HABERMAS, 2003, p. 297). Quem aplica o direito é o Judiciário, o que erroneamente poderia levar a descartar o Tribunal Constitucional da função de exercer o controle de constitucionalidade. Nesta análise, a função do Tribunal Constitucional é outra, diferente do poder Judiciário comum, que apenas aplica o direito. Nesta interpretação Habermas se aproxima de Kelsen. Para Habermas o Tribunal Constitucional possui como característica a interpretação da lei elaborada pelo Legislativo, verificando se este segue princípios constitucionais e se mantém uma racionalidade do ordenamento jurídico, além de conferir se os procedimentos constitucionais foram seguidos. Desta forma o Tribunal Constitucional possui três esferas de competência funcionais.

- a) Dirimir as disputas entre os órgãos.
- b) Exercer o controle de constitucionalidade de normas jurídicas.
- c) Julgar os recursos constitucionais

Apesar de o Tribunal Constitucional exercer função diferente do poder Judiciário comum, contra as suas decisões sobre o controle de constitucionalidade e a produção da jurisdição constitucional ainda pesa o problema de se interferir na esfera de outros poderes, mas não se foi analisado pela teoria discursiva de legitimação do direito. A lógica da divisão de poderes fundamentada numa teoria da argumentação sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, pelo poder legitimado, de modo idêntico ao da justiça e que seja revestida com a competência do autocontrole de sua própria atividade. Para Habermas quando há o controle de constitucionalidade abstrato pelo Judiciário, o Tribunal Constitucional funciona no sentido da uniformização do direito. Como órgão máximo, assume tarefas de reflexão e auto-controle e também declara a importância de leis (HABERMAS, 2003, p. 299). Ao avaliar a hipótese de o Tribunal Constitucional poder assumir a função de controle de constitucionalidade reavaliando as decisões do Legislativo em sua racionalidade discursiva da legitimidade do direito, o mesmo não se pode falar do exercício inverso pelo legislador. Para Habermas o legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito utilizam-se dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação racional de uma lei

(HABERMAS, 2003, p. 297). Também há o descarte por Habermas da possibilidade do Executivo poder controlar as decisões do Tribunal Constitucional, pois há uma incapacidade técnica, pelo fato de “o Executivo não poder dispor das bases normativas da legislação e da justiça”(HABERMAS, 2003, p. 301), somente do controle e auto-controle administrativo (HABERMAS, 2003, p. 299). Neste posicionamento Habermas diz ser incompatível em uma teoria discursiva de legitimação do direito, onde há abertura de várias vozes partidárias para interesses da pluralidade, o controle do Tribunal Constitucional pelo Executivo, como na visão de Carl Schmitt. Primeiro porque para o direito ser legitimado deve passar pela teoria discursiva, que não prescinde da legitimidade, o que inexistente no Estado totalitário de Schmitt, pois o Executivo mantém a unidade de posicionamentos e segundo, como já mencionado, pela incompatibilidade técnica de não saber analisar argumentos normativos de uma fundamentação racional da lei. Mas há o problema do paternalismo do Tribunal Constitucional estar agindo, quando quem deveria agir seria o povo, pois ele quem delegou ao Legislativo o poder de elaborar as leis. E quando o legislador agir em desconformidade, o povo deveria tomar para si seu direito de elaborar leis. Sobre o paternalismo do Tribunal Constitucional, Carl Schmitt, já alertava que a sua atuação seria uma usurpação do poder do povo. Para este autor, num sistema de legitimidade democrático, deixar que o Tribunal Constitucional decida sobre o controle de constitucionalidade significa “ceder a decisões dos valores fundamentais de todo o ordenamento constitucional e do regime político por ele estabelecido” (SCHMITT, 1993, p. 17). A sua crítica seria endereçada aos poucos magistrados que compõem o Tribunal Constitucional e que representaria interesses não contemplados pela população, apenas uma parcela dela, a elite. Nesse sentido:

O que a maioria dos seus juízes considera justo, bem poderia estar em contradição com o que considera justo a maioria da população e o próprio parlamento que aprovou a lei. É evidente que a Constituição não pode fazer dependente cada lei votada no parlamento da discricionariedade de um colégio cuja composição jurídica é mais ou menos arbitrária mediante o emprego de termos equívocos como a justiça e outros similares (SCHMITT, 1993, p. 22).

Mas como afirmado anteriormente, para Habermas o Judiciário possui capacidade técnica e é o guardião da racionalidade discursiva do direito, por este motivo, não está sendo paternalista, quando se demonstra como um poder com coercibilidade em suas decisões e quando representa o povo, para que este possa ser ouvido.

3.1 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO JUDICIÁRIO E A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE ELY NA VISÃO HABERMASIANA

No controle abstrato de normas, no momento em que uma norma não permite mais uma aplicação coerente, coloca-se a questão do seu controle abstrato, na perspectiva do legislador. Nesse sentido, o papel do legislador é interpretar e configurar o sistema dos direitos à medida que persegue suas políticas e o do tribunal, analisar os argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, para que haja uma decisão coerente do caso particular com os princípios vigentes. Mas o contrário não pode ser realizado, ou seja, o legislador não pode dispor desses argumentos para a interpretação do tribunal. Portanto, parece haver um critério lógico argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.

Para Habermas:

o fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da Justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas (HABERMAS, 2003, p. 324).

A não concorrência dos poderes pode ser evitada pelo procedimentalismo, nas teorias de Ely e Habermas, posto que, baseadas

em uma compreensão democrática¹⁷, a função do tribunal constitucional é a de proteger os sistemas do direito, que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Para manter o Estado democrático de direito, a Constituição não pode ser entendida somente como uma ordem substantiva que regula Estado e cidadão; também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta destinada a impor uma determinada forma de vida sobre a sociedade. A função da constituição “é determinar procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de auto-determinação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa, mais corretas, por serem equitativas)” (HABERMAS, 2003, p. 326). A concepção procedimentalista da Constituição, que se caracteriza por dar um enfoque democrático ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição, retirando o enfoque ético-republicano proposto para Michelman, baseia-se no fato de que o tribunal constitucional deve examinar as normas controvertidas, principalmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático (HABERMAS, 2003, p. 326). Por meio de sua concepção procedimentalista, Ely procura retirar da jurisprudência princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral, uma vez que sua crença é a de que a Constituição americana regula problemas de organização e procedimento e não distinção e interpretação de valores.

Desta forma:

Se a Supreme Court tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais das quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O

¹⁷Para Andrew Edgard democracia é literalmente uma sociedade governada por pessoas. Na prática, é raro ver o que é considerada como democracia direta, onde os cidadãos têm uma voz ativa nas decisões políticas. Muitas democracias hoje são representativas, as pessoas são representadas por governos eleitos por senadores ou membros do parlamento que toma decisões por seus interesses. Habermas em sua carreira tem se preocupado com o trabalho de governos democráticos e a contabilidade e responsabilidade do governo para com as pessoas. Suas considerações são expressas em alguns de seus trabalhos recentes como a Estrutural Transformação da Esfera pública. Ele tornou explícito o problema da organização democrática do governo dar complexidade e pluralismo as sociedades capitalistas tardias. Ele articula o problema em termos da distinção entre demos e ethnos. Como membro do demos, pessoas estão juntas na sociedade como cidadãos. Demos está preocupado com a existência das pessoas como seres políticos. Em contraste, ethnos refere a uma identidade como membro de uma sociedade cultural, religiosa ou ética particular. Numa sociedade multicultural os dois devem estar separados (EDGAR, 2006, p. 38-39).

tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza. (HABERMAS, 2003, p. 327)

Neste aspecto, os direitos de comunhão e participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. Quando leis discriminam minorias, há uma ofensa ao princípio do tratamento igual, e não somente do ponto de vista do conteúdo, quando há essa desigualdade é porque o processo político foi deformado nas condições procedimentais democráticas. Assim para Ely, o desrespeito ao procedimento se dá pelas limitações concretas do pluralismo das várias minorias. Em sua compreensão procedimentalista da constituição, Ely também se posiciona opostamente à teoria de interpretação construtiva de Dworkin, posto que este utiliza a interpretação constitucional com base em jurisprudência de valores, e interpretação dirigida por princípios. No entanto, sua teoria não está isenta de críticas. Habermas e Dworkin apresentam algumas falhas no procedimentalismo puro de Ely.

Para Habermas:

O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido de igual respeito por todos: [...] Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade, não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos. Tampouco se pode deduzir daí que tenham desaparecido outros argumentos para um enfoque cético em relação ao tribunal (HABERMAS, 2003, p. 328-329).

A crítica endereçada a Ely pelo próprio Dworkin é que, em alguns conceitos, o Supremo Tribunal tem que realizar uma interpretação substantiva, e dá o exemplo do conceito de democracia, que não é um conceito político preciso. Em algum momento, o Supremo Tribunal tem que decidir qual é a melhor concepção de democracia que pretende utilizar. Dworkin (2001, p. 85) entende que a teoria de Ely está distorcida. “Se o Tribunal não pode fazer os julgamentos sobre o processo que Ely recomenda, sem fazer os julgamentos sobre substância que ele condena, então sua teoria está distorcida e seus próprios argumentos”.

3.2 O CONSENSO E O PROCEDIMENTALISMO HABERMASIANO

Na discussão sobre a jurisprudência constitucional e a análise de valores, Habermas distancia-se de Dworkin e a sua teoria substancialista e aproxima-se com ressalvas da teoria procedimental de Ely. A crítica ao substancialismo centra-se, na questão “norma versus valores”. Para Habermas o problema não está relacionado aos valores e sim, as conseqüências de uma interpretação falsa deles, pois não se deve esquecer que o cerne da questão corresponde aos direitos não serem assimilados a valores.

Nesta questão, esclarece que a Construção de valores do Tribunal da Alemanha foi diferente da construção de valores dos Estados Unidos, e que o problema não está relacionado aos valores, nem as conseqüências que resultam do Estado de direito, mas a uma interpretação falsa deles. Nos Estados Unidos, o sistema de regras é construído através de princípios, mas na Alemanha, através de valores (HABERMAS, 2003, p. 314).

A sua aproximação aos posicionamentos de Ely consistem na observância dos procedimentos e das normas organizacionais, que “preservam a eficácia legitimativa do processo democrático”, o chamado procedimentalismo. Segundo esse autor, o controle de constitucionalidade é o meio mais eficaz para assegurar o processo democrático da gênese da lei. O procedimentalismo Habermasiano

centra-se no modo de validade do direito que aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através da argumentação. (HABERMAS, 2003, p. 247) O procedimentalismo :

só é autônomo na medida em que processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política. E não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia (HABERMAS, 2003, p. 247).

O seu distanciamento de Dworkin e sua interpretação valorativa recaem numa nova redefinição do papel da jurisprudência constitucional com a imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Habermas fundamenta a sua decisão no seguinte sentido:

No lugar da moral, que atribui a precedência deontológica ao correto frente ao que é bom, Dworkin deseja colocar uma ética liberal suficientemente formal, que seja compatível com o provável dissenso sobre as orientações vitais preferidas, mantendo, porém, um razoável grau de substancialidade para formar um complexo motivacional para princípios liberais abstratos (Habermas, 2003, p. 91).

O projeto de Dworkin põe a descoberto o dilema do qual se enreda necessariamente qualquer ética que pretende validade universal no contexto do pensamento pós-metafísico.

Na medida em que ela profere enunciados substanciais, suas premissas ficam presas ao contexto de surgimento de determinadas interpretações do mundo, ou até de auto-interpretações pessoais; tão logo ela se formaliza, sua substância passa a residir apenas na explicação do procedimento dos discursos éticos de auto-entendimento (Habermas, 2003, p. 91).

No entanto a realidade social é de uma formação política da vontade perdida que deve ser resgatada e só o poderá sê-lo através do discurso ético. Habermas esclarece que nas teorias normativas, estão implícitas as regras de comunicação, extraídas da convivência social de determinada época, portanto as regras são reconstruídas em seu significado, sua verdade e crenças. A ética ao se reconstruir numa norma também é modificada. Para Habermas a ética é o direito de dizer o que estou dizendo e fazer o que estou fazendo (EDGAR, 2006, p. 44).

Edgar ao fazer a síntese do conceito Habermasiano do discurso ético, afirma que o mais importante é o processo da decisão do que o conteúdo e nesse processo há a defesa dos discursos pessoais. Portanto:

O discurso ético emerge da possibilidade de ter que defender a legitimidade que um dos membros profere. [...] Em sua forma integral, torna-se uma arma poderosa para identificar o que está errado com o debate moral atual. Habermas caracteriza isto como mínimo ético. A tarefa de encontrar uma solução continua com as pessoas que serão afetadas pela solução e terão que viver com isso. O discurso ético assegura o processo através do qual, a solução é alcançada, embora haja um deve ser, ele é justo. Trata-se mais de processo, isto é sobre o processo de decisão moral, não do produto (2006, p. 44).

Por isso que o discurso ético atual apela mais para a observação de regras e princípios do que para a reconstrução de uma competência moral. Os princípios que Habermas elegeu para compor o discurso ético foram: O princípio da universalização (U) e o princípio do discurso (D).

O princípio da universalização assegura que as decisões morais são válidas somente se todos aqueles que foram atingidos puderam consentir com as consequências dessa decisão. Para chegar a um consenso moral há várias formas, que não precisa necessariamente ser comunicativa. Nesse ponto há uma aproximação com a filosofia moral Kantiana, pois trata-se de um discurso solipsista, não há o diálogo com o outro, portanto o consenso não precisa ser comunicativo. Desta forma, o princípio da universalização não prescinde da comunicação, ele pode ser meramente moral, a única coisa, é que precisa do consentimento, diferente do princípio do discurso, que depende do acordo de todos os participantes.

O princípio do discurso checa se os acordos foram válidos no sentido da participação de todos. D especifica que a validade normativa é dependente dos acordos de todos os participantes, em um discurso prático. Deve-se dizer que apenas acordos que são baseados em verdades abertas e racionais contam. Para melhor estudo da natureza do discurso de forma um pouco mais precisa, observa-se que todos os discursos e atores competentes são permitidos fazerem parte dele. Todos podem questionar tudo o que é dito, pode e deve ser introduzida novas asserções, incluindo atitudes, desejos e necessidades, se elas se encaixarem no questionamento, e nenhuma pessoa que exerce o discurso deve exercer coerção sobre a outra (Edgar, 2006, p. 45).

Por ser uma teoria cognitiva, o discurso ético com seu julgamento moral pode ser justificado através do argumento, e isto o torna racional. Por esse motivo que para Habermas o discurso ético trata de processo, e não da substância quando se chega ao final.

O problema a ser encarado e que Habermas procura responder consiste na incompatibilidade do exercício político e seu poder, com o proceder ético. A resposta, apontada pelo autor, desloca o enfoque da ética para a teoria do discurso, com princípios morais de validade para todos.

A discussão anteriormente mencionada sobre o conceito de lei em Habermas, que retomamos para mostrar que “a lei poder ser mais que um mero papel restritivo sobre a formação da comunidade, ela pode ser criativa” (EDGAR, 2006, p. 82). A lei não pode ser equivalente a moral, a lei é concernente ao que uma pessoa faz como cidadã, a moral diz respeito ao ser humano de per si. Em síntese a lei não requer o mesmo rigor de justificação como a moralidade. Mas o que é mais importante é a forma com que são justificadas. Aqui retoma o discurso ético. “Com o discurso ético ele argumenta que os princípios morais são aceitos se todos que serão sujeitos a ele, se participaram do debate, então o obedecerão”(EDGAR, 2006, p. 83).

O discurso ético Habermasiano, baseia-se em dois princípios, como mencionado anteriormente, mas mais uma vez reproduzido por estar mais direcionado para a formação da lei.

Inicialmente Habermas supôs que a lei deveria ser sujeita a U e D, como os princípios morais. No entanto, se a lei aplica-se apenas para os cidadãos de um estado particular, e não aos seres humanos de per si, então ela não pode ser

aclamada universalmente. Uma lei válida deve satisfazer D e não U. A pureza de um discurso moral é comprometido por uma maior mudança pragmática no discurso legal. A Lei deve funcionar, e então, boas leis podem não ser moralmente perfeitas, mas devem ser o melhor que podem para alcançar os cidadãos. Seus valores correntes, suas preocupações e limitações na política e no sistema judicial (EDGAR, 2006, p. 84).

O problema da aplicação de questões éticas, contudo, não deslegitimam a atuação do Legislativo ao exercer o controle de constitucionalidade, pois a atuação do Judiciário também apresenta os mesmos problemas. Os pontos levantados por Habermas sobre a incompatibilidade entre a ética e a justiça pertinentes a estas não estarem voltadas a uma forma de vida destinada ao bem estar da coletividade, o que não significa dizer que as questões de justiça estão isentas de princípios morais. Para que o direito de uma comunidade jurídica seja legítimo, deve estar em sintonia com princípios morais, que pretendem validade geral. Os princípios morais do direito natural transformam-se em direito positivo nos modernos Estados Constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados, através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais. Habermas empresta o conceito de Savigny da moralidade do Direito. “a moralidade do direito consiste no fato de se atribuir à vontade individual um domínio no qual ela pode reinar independente de qualquer vontade estranha”(HABERMAS, 1993, p. 241). Pois, é preciso mostrar como é possível estabilizar no interior do próprio direito positivo, o ponto de vista moral de uma formação imparcial do juízo e da vontade (HABERMAS, 20003, p. 243). Habermas apresenta uma resposta à aplicação da ética tanto pelo legislador quanto pelo Judiciário, para a validação das normas jurídicas, que se dará pela utilização da política deliberativa, como capaz de estreitar discursos éticos com políticos e nisso consiste o seu consenso. O consenso Habermasiano auxilia na elaboração da lei constitucional, posto que os conceitos-chaves nasceram da prática de decisão, devido à reconstrução racional de uma ordem jurídica, conforme a interpretação construtiva de Dworkin. Nesse sentido verifica-se que Habermas é pluralista, e admite a interferência social na formação das leis, preservando o foco nos direitos, enquanto Dworkin fundamenta suas normas em valores princípiológicos, J. H. Ely distingue entre a compreensão deontológica dos direitos fundamentais, que se refere à

tradição e ao consenso consuetudinário. O controle de constitucionalidade habermasiano utiliza-se do procedimentalismo e da política deliberativa para alcançar resultados racionais no direito. A racionalidade na formação das leis é construída pelo legislador, que detém a autoridade originária delegada pelo povo, mas a racionalidade do direito é construída através de um consenso. Essa discussão extrai do conceito de Direito de Weber sobre a legitimidade através da legalidade. A interpretação habermasiana desse conceito, está assim exposta:

A dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e da competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição, ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido das normas legais (HABERMAS, 2003, p. 193).

Nesse sentido, Habermas apresenta o conceito de Direito de Weber, que consiste em expressar o que o “legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente”. A racionalidade própria do direito não depende da moral (HABERMAS, 2003, p. 193). A sua discordância consiste em uma racionalidade procedimental do direito com teor moral, com argumentações morais institucionalizadas com o auxílio dos meios jurídicos. A legitimidade do Tribunal Constitucional para intervir na legislação política, apela para uma autoridade derivada que é o direito de auto-determinação do povo, da qual decorre toda as autorizações de normatização. A legitimidade do poder político, não ocorre por si só, nem pelas leis por ele elaboradas, mas segundo I Maus, por duas formas de legitimação, pela observância das normas da constituição e vontade popular. Nesse ponto, verificamos sua aproximação com Habermas. A autora não coloca a vontade popular em segundo plano. Ela está acima da Constituição e sua formação deve ser anterior a ela. Portanto, adotar o procedimentalismo habermasiano, significa preservar a eficácia legitimativa do processo democrático. A forma de garanti-lo é emprestada do conceito de Ely, segundo o qual o tribunal tem de manter intacto os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através de uma comunidade jurídica e democrática que se auto-organiza. O termo procedimentalismo segundo Habermas apóia-se em teorias de justiça para promover a manutenção da democracia. O controle de constitucionalidade é o meio mais eficaz para

controlar o processo democrático na gênese da lei. Por isso há a defesa do pluralismo da formação da vontade. A ressalva de Habermas consiste em uma suposição elevada de racionalidade no discurso jurídico. Juízes são especializados em aplicação de normas, seus discursos não podem substituir os discursos políticos. Os discursos políticos são talhados para fundamentação de normas e determinação dos objetivos. Por outro lado, a racionalidade do processo político necessita de esclarecimento e exige a inclusão de todos os atingidos. Habermas explica como se dá o procedimentalismo em Michelman e Ely. O procedimentalismo se sustenta, pela desconfiança dos juristas, contra a irracionalidade do legislador, uma vez que este depende de lutas de poder e de votação emocional da maioria. Uma jurisdição criativa do tribunal justificar-se-ia a partir do seu distanciamento da política e da racionalidade dos seus discursos, de outro lado, o Tribunal Constitucional não deve somente perseguir uma vontade institucionalizada e sim enriquecida com o contexto cultural e social. Uma prática de autodeterminação deliberativa tem que possuir alguns fatores como a formação da vontade através da cooperação entre parlamentares, programada para decisões e institucionalizadas conforme o procedimentalismo, como também a formação da opinião nos círculos informais da comunicação política.

Sob condições do discurso, que obrigam cada um a assumir a perspectiva dos demais membros e até de todos os outros, é possível uma modificação racionalmente motivada das tomadas de posições iniciais. Como participantes de um tal processo de formação discursiva da opinião da vontade, os cidadãos se conscientizam de seu direito de autodeterminação (HABERMAS, 2003, p. 339).

A teoria do discurso auxilia na formação democrática para que a autodeterminação do povo permaneça ativa e não em estado de sonolência.

Para entender o que está implícito na ideia da justificação discursiva da lei, ele volta para o conceito de soberania. A soberania é uma pessoa ou um corpo que impõe a lei sobre a sociedade. A soberania é tipicamente considerada como sendo separada dos temas que compõem uma lei. Aqui chega-se ao ponto habermasiano. Uma lei somente pode ser considerada legítima se a soberania que debateu e ofereceu justificativa a lei é ao mesmo tempo sujeito a essa lei.

Qualquer sociedade justa, deve assegurar certos direitos para os seus cidadãos garantirem sua participação no processo discursivo que leva a criação de uma lei boa (EDGAR, 2006, p. 84).

Entretanto, a autodeterminação do povo, em Habermas, está congelada e nesse sentido o Tribunal Constitucional assume o papel de guardião de sua prática, essencialmente quando o Legislativo deixa de representar a pluralidade parlamentar. Qual a legitimidade de intervenção do Tribunal Constitucional no Legislativo? Qual o limite do Tribunal Constitucional nas resoluções legislativas? Sustain defende que o Tribunal Constitucional deve se ater a fiscalizar questões administrativas. Analisar a lei, para Sustain é desmascarar a retórica do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional não ocupará um lugar neutro, por isso, não pode se intitular como crítico da ideologia ou superior ao legislador. Nesse sentido, indiretamente, Sustain é contrário a uma análise substancial da constituição. O que é seguido por Habermas:

Para ele o controle deve estar adstrito mais as medidas da administração, do que ao controle substancial da formação da lei, pois eles “são desmascarados como pretexto retórico. O tribunal não pode se intitular de crítico da ideologia, por que em comparação com o legislador político, ele também não ocupará nenhum lugar neutro. Mas o seu papel, ao desenvolver a jurisprudência constitucional é o de compensar, através do desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional (HABERMAS, 2003, p. 344).

Por isso que Habermas relativiza a legitimidade do Legislador. Quando este não representa a vontade popular e não mantém a racionalidade do Direito, o Tribunal Constitucional está autorizado a representar a vontade popular, sem ser paternalista, pois o povo pode assumir a sua autodeterminação.

Geralmente quando ocorre um momento de revolução política constitucional “o povo sai da normalidade de seu privatismo cidadão, apropria-se da política e cria provisoriamente, uma base de legitimação. Nesse sentido estaria se autodeterminando. A voz do povo geralmente encontra-se silenciada e congelada nas rotinas do

negócio parlamentar e assume esporadicamente seus direitos de auto-determinação. No entanto, esses lampejos revolucionários são esporádicos, ficando ao encargo dos Juízes do Tribunal Constitucional Federal, o papel de guardiães de uma prática de autodeterminação (HABERMAS, 2003, p. 344).

Portanto, na visão Habermasiana, o Legislativo seria o poder mais apto para o exercício do controle de constitucionalidade, posto representar os vários setores da sociedade. A exceção se firma, quando este Poder perde a sua racionalidade ao elaborar as leis, momento em que, o Tribunal Constitucional, assume o papel de auto-reflexão e controle da elaboração das leis constitucionais. Ao agir de forma a defender a racionalidade discursiva do direito e ao representar as vozes das minorias do povo, o Tribunal Constitucional não está sendo paternalista, mas sim garantindo que a democracia seja exercida. Assim apresenta uma jurisprudência constitucional exercida pelo Judiciário de forma inovadora, com a imposição do procedimento democrático e forma deliberativa da formação política, com respeito à formação de vontade e vozes da sociedade, inclusive das minorias.

Enfim quando se trata de controle de constitucionalidade para Habermas, os termos que mais chamam a atenção são o discurso ético voltado para a manutenção da racionalidade do direito, por meio da inclusão de princípios morais na elaboração das leis; o consenso para a preservação da democracia através da abertura para as várias vozes da sociedade na elaboração das leis constitucionais, aspectos que a mantém eficaz e vigente, e o respeito ao procedimentalismo, com a preservação das formas legislativas dos meios de acesso democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, muito se discutiu sobre a tripartição dos poderes, ora para garantir o poder do Estado, ora para defender as garantias dos cidadãos. Com o sistema representativo, em que o povo delega ao Legislativo o processo de elaboração das leis, e com o respeito e submissão, pelos demais poderes a essas mesmas leis, inaugurou-se o Estado Democrático de Direito. Tal fato representou o respeito à vontade dos cidadãos, contrabalaneando o poder do soberano Estado e do Judiciário. Atualmente, a discussão sobre a tripartição dos poderes recai sobre a temática do controle de constitucionalidade abstrato, exercido pelo Judiciário, que reexamina as normas elaboradas pelo Legislativo e que possam estar em desconformidade com a Constituição. O originário supervisor de normas desconformes à Constituição é o Legislativo, segundo Habermas e Ely, mas quando este elabora leis destoantes da vontade geral, e prejudica uma causa maior para defender interesses de minorias por motivos de “lobby”, perde a sua função originária, de representante do povo, e passa a abusar do seu poder. É isso que permite a intervenção, primeiramente do povo, se estiver capacitado para o discurso, e na seqüência, do Judiciário, como um dos poderes para a defesa das vozes populares abafadas. Assim, o Tribunal Constitucional, ou o Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, assume o papel de autodeterminação do povo, vigiando a manutenção da Constituição Federal e os procedimentos e normas organizacionais, das quais dependem a eficácia e a legitimidade legislativa do processo democrático. Agindo nesse interesse, o poder Judiciário não fere a tripartição dos poderes; ele preserva um correto procedimento na elaboração das leis, conforme deveria ser exercido pelo Legislativo, ao mesmo tempo em que preserva também um sistema de diretos e proporciona autonomia pública e privada aos cidadãos.

Portanto, o Tribunal Constitucional ou o Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, assume o papel de autodeterminação do povo, vigiando a manutenção da Constituição Federal e os procedimentos e normas organizacionais das quais dependem a eficácia e a legitimidade legislativa do processo democrático. Em assim agindo, o poder Judiciário não fere a tripartição dos poderes. Ele preserva um correto procedimento, que deveria ser exercido pelo Legislativo, ao mesmo tempo, que preserva também um sistema de

diretos, que proporciona autonomia pública e privada aos cidadãos. Esta teoria de se utilizar um correto procedimento e a sua fiscalização pelo Tribunal Constitucional foi defendida por Ely, para que as vozes das minorias - nesse sentido, minorias legislativas, ou vozes não ouvidas, mas muitas vezes representadas por um setor significativo da sociedade - e o processo democrático consiga ser assegurado no exercício do Controle de constitucionalidade e na elaboração das leis. Apresentou-se os conceitos de Carl Schmitt e Kelsen, sobre a Legitimidade do Exercício do Controle de constitucionalidade, bem como os argumentos para a defesa do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de um órgão de Cúpula, neutro, mas com racionalidade do Poder Judiciário. Dentre os autores estudados, Carl Schmitt defende a necessidade de um guardião da Constituição sempre que a Constituição passa por crises entre a realidade jurídica e a realidade política, que dá abertura para se instalar a corrupção no Legislativo. O Executivo para Schmitt seria um poder neutro e defensor da unidade popular – e, portanto, o poder ideal para o controle de constitucionalidade. Em Kelsen, essa neutralidade para a solução de controvérsias na elaboração das leis e dos conflitos de poder adviria do Tribunal Constitucional, e nesse ponto ele é inovador, ao inaugurar uma instituição acima do Judiciário e dos demais Poderes. Para Kelsen, o conceito de Legitimidade está ligado a preservação das garantias constitucionais e ao limite dos Poderes do Estado. Há controvérsias quanto às teorias desses dois autores sobre quem é o legítimo guardião da Constituição: a teoria de Schmitt assenta-se na existência de neutralidade do Executivo em exercer o controle de constitucionalidade, conforme apontada por Kelsen; já a teoria de Kelsen observa a ausência do aspecto democrático na escolha dos juízes do Tribunal Constitucional, conforme apresentado por Schmitt.

Como alternativa a essas controvérsias, Habermas adota, mesmo em momentos de crise, o Legislativo, como originário detentor do controle de constitucionalidade, por entender que este poder é o representante do povo e que, por esse motivo, está apto a tomar decisões constitucionais em nome deste na elaboração e na reforma legislativa. No tocante ao povo ser o originário detentor das reformas das legislações constitucionais, Habermas adere à posição de Carl Schmitt, mas destoa desse posicionamento porque Schmitt não aceitar o pluralismo partidário e a diversidade política que se instaura no Legislativo, este prefere dar ao Executivo, a legitimidade do exercício do controle da constitucionalidade, já que este poder também é representante do povo.

Ao estudar Schmitt e Kelsen, Habermas aproxima-se deste na defesa da legitimidade do Tribunal Constitucional em exercer o controle de constitucionalidade, nos casos em que o Legislativo negocia conteúdos normativos que não atendem aos interesses da população, ou foge da racionalidade do direito. É nesse momento que Habermas defende a existência de um Tribunal Constitucional, alegando que não há o problema da usurpação da competência de outros poderes, quando o Tribunal uniformiza o direito, segue os princípios constitucionais e mantém a racionalidade do ordenamento jurídico. Quanto à questão de o Tribunal Constitucional ser paternalista, ao assumir o papel devido à população e coibir a autonomia de vontade do povo, Habermas afirma que tal problema não ocorre quando o Judiciário defende o interesse popular, principalmente quando o povo não tem força suficiente para se manifestar contra as decisões legislativas divergentes dos seus interesses. A solução ideal, no entanto, seria o Legislativo adquirir a habilidade de reflexão, de modo idêntico ao do Judiciário na análise da racionalidade, para tomar para si novamente a competência inerente a esse poder.

Avaliou-se que a legitimidade popular, com sua autonomia de vontade, não pode ser abandonada na interpretação das leis constitucionais. Parte-se, portanto, do pressuposto habermasiano que o poder legítimo para o exercício do controle de constitucionalidade é o legislador, e este deve manter a racionalidade do direito na elaboração das leis, que representem os valores da população. Apenas em casos excepcionais esse controle é delegado ao Judiciário. Devido a alguns conteúdos dos valores modificarem-se de tempos em tempos na sociedade, as Constituições contemporâneas são interpretadas para acompanhar as soluções de controvérsias dos direitos tutelados. Segundo Habermas a interpretação Constitucional na atualidade transporta “o aspecto subjetivo dos valores para o objetivo das normas”, portanto o Direito Constitucional é principiológico e mutável. Os valores dos princípios foram analisados pelos três autores, com base no consenso popular, mas para Habermas mais importante que avaliar valores, deve-se avaliar a racionalidade do direito. Ao posicionamento da legitimidade do legislador como original detentor do controle de constitucionalidade filia-se Ely, desenvolvendo sua teoria, que denominou interpretivismo – uma nova forma de interpretação jurisprudencial, que avalia a frase constitucional com base em linguagem e história, sem contaminações exteriores, para então, numa segunda fase, interpretá-la com base no consenso popular. Após essas

etapas deve ocorrer a observância do procedimentalismo, ou seja, a verificação de que os procedimentos Legislativos estão sendo corretamente respeitados na análise do controle de constitucionalidade e gênese das leis. Filiando-se fortemente a teoria kelseniana, a teoria de Dworkin, defende a análise dos valores das leis, reavaliando os princípios que auxiliam no controle de constitucionalidade e delegando ao Judiciário o poder legítimo a este controle, para isso Kelsen posiciona-se no entendimento que o Tribunal Constitucional defenderia as garantias constitucionais, com a nova roupagem. Dworkin, em sua defesa do Tribunal desloca as limitações do poder governamental das garantias para os princípios. Observou-se que os três autores desenvolvem teorias com enfoques diferentes sobre o consenso. O consenso de Ely deve-se realizar entre legisladores e o povo. O legislador avalia as inconsistências no pensamento popular e as vozes distoantes, para que elas sejam adequadamente representadas e então os valores extraídos desse consenso sejam incorporados às interpretações constitucionais realizadas pelo controle de constitucionalidade. Nesse sentido, há a abertura e fechamento para a democracia. Para Dworkin a interpretação constitucional mais neutra seria a realizada por juízes. Nesse ponto Ely distancia-se de Dworkin e ataca a sua ausência de legitimidade democrática quanto à escolha do Judiciário para resolver questões relativas à elaboração das leis, porque uma minoria elitizada estaria decidindo quais valores deveriam ser preservados para a racionalidade do direito. Toda teoria que Ely elabora, toda a sua construção, desfaz a ilusão dada ao Judiciário de poder mais apto ao controle de constitucionalidade. A teoria de política moral de Dworkin aprofunda a sua análise principiológica, baseada na revisão dos valores, portanto a sua democracia recai sobre a liberdade de interpreta-los. Para Dworkin, a população é quem deve decidir o que é certo ou o que é errado com relação aos valores, e incorporar suas decisões às leis. Nesse sentido, Ely e Dworkin concordam que a decisão democrática deve recair sobre pessoas capacitadas para o debate. Em sua defesa, Dworkin alega que o Judiciário, em alguns momentos possui uma leitura moral e experiência argumentativa que se apresenta mais qualificada que o senso comum da população, e alerta para o fato de que a democracia também pode ser totalitária. O consenso, para Dworkin, deve basear-se em toda a comunidade política. Como seus ensinamentos recaem sobre a política moral, para que se possa contar alguém como membro moral de um Tribunal Constituinte, essa pessoa deve participar da decisão coletiva. A verdadeira democracia dworkiana é baseada na habilidade da abstração

e tradução de valores de seus membros na tomada das decisões. A crítica de Habermas à interpretação substancialista de Dworkin centra-se na possibilidade de interpretação falsa desses valores, já que direitos não lhes podem ser assimilados. Por outro lado, Habermas filia-se ao procedimentalismo de Ely por este preservar a eficácia legitimativa do processo democrático. Na análise dos discursos de validação das legislações - tanto pelo Legislativo como pelo Judiciário -, Habermas observou que os problemas são os mesmos: a verificação de princípios morais com validade para todos, e o estreitamento de discursos éticos com os políticos. Dessa forma, a preservação da racionalidade do direito se dá pela autoridade legítima para o exercício da democracia e pelo consenso, do qual se extraem os valores. A vontade popular, para Habermas, fortalece-se através de uma comunidade jurídica e democrática que se auto-organiza, mas de forma plural. Por isso ele relativiza a legitimidade dos Poderes - pois mais importante que o órgão a supervisionar a elaboração das leis é a manutenção da racionalidade do direito.

Habermas faz a tréplica à defesa de Dworkin ter o Judiciário um discurso mais racional, (e portanto, mais legítimo), posto que por mais que essa racionalidade seja constatada, o discurso jurídico não se confunde com o discurso político. Além disso, os discursos políticos é que fundam as normas e determinam os objetivos a serem perseguidos por elas. Para a preservação da autodeterminação deliberativa, além da formação de vontade dos legisladores, deve-se buscar a vontade também nos círculos informais de deliberação política - assim, a teoria do discurso auxilia a formação democrática, mantendo ativa a autodeterminação do povo. Aqui se dá um novo ponto de convergência entre o consenso de Habermas e o de Ely. O Judiciário, quando auxilia a autonomia de vontade que estava desativa, ou não conseguia espaço, assume o papel de guardião. Nesse momento, esse poder não é paternalista, pois auxilia de modo temporário a vontade popular quando o legislador deixa de exercer a sua racionalidade. Enfim, a temática sobre o controle de constitucionalidade abstrato das leis e seu papel de preservar a legitimidade do direito se demonstra de importância fundamental, para que se assegure democraticamente a elaboração das leis, observando as vias comunicativas dos vários setores da sociedade, e não somente de pequenas vontades tirânicas que se estendem a uma totalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BERLIN, Isaiah, **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad.de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

BIGNOTTO, Newton. **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004

BOBBIO, Norberto, **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

DUTRA, Delamar José Volpato. Manual de Filosofia do Direito. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

_____. **Razão e Consenso em Habermas. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. Ed. ver. e ampl. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.

DUTRA, Yuri Frederico. **Habermas em Discussão. Anais do Colóquio Habermas realizado na UFSC**. Alessandro Pinzani, Delamar Dutra (organizadores), Florianópolis: NEFIPO, 2005. Kant e a questão dos direitos humanos na leitura Habermasiana. P. 209-215.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law, The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Oxford University Press, 1996

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípios**. [trad. Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2001

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England. ?

EDGAR, Andrew. **HABERMAS, The Key Concepts**. New York, Routledge, 2006.

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

_____. **Democracia e Direito-entre Faticidade e Validade**. Volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Democracia e Direito-entre Faticidade e Validade. Volume II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Democracia e Direito-entre Faticidade e Validade**. Volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- _____. **Democracia e Direito-entre Faticidade e Validade.** Volume II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBS, T. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Editora Nova Cultural LTDA, 1997.
- HONNETH, Axel. **The Fabric of Justice: On the Limits of Proceduralism. Gewebe der Gerechetigkeiten** palestra proferida in <http://www.philosophie.hu-berlin.de/institut/veranstaltungen/gewebe-gerechtigke>
- KELSEN, Hans. **Esencia Y valor de La Democracia.** Granada. Editorial Comares, 2002.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** [L. C. Borges: General Theory of Law and State]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MANIN, Bernard. On Legitimacy and Political Deliberation. In LILA, Mark. **New French thought,** Princeton University Press, Chichester, Reino Unido, 1994.
- MELLO, Leonel Itaussu A. **História Moderna e Contemporânea.** São Paulo: Scipione, 1986.
- MONTESQUIEU. Charles Louis de Scondat, Baron de la Brède et de, 1689-1755. **O espírito das leis.** Trad. de Fernando Henrique Cardoso e, Leoncio Martins Rodrigues. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982
- LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. Revista Sequência, nº 55, p. 233-252, dez. 2007.
- NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade,** trad. Adriano Pillatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- RAWLS, John. Uma teoria da Justiça, trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2º edição. Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, **Do contrato Social, princípios do direito político,** trad e notas de Edson Bini, editora Edipor, Bauru, São Paulo, 2000.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, **O contrato Social,** trad de Antonio de Pádua Danesi, 3ª ed. São Paulo, editora Martins Fontes, 1996
- ROUSSEAU, Jean Jacques, **O contrato Social,** trad de Antonio de Pádua Danesi, 3ª ed. São Paulo, editora Martins Fontes, 1996, 2º tiragem, 1998
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** [Trad. Manuel Sanchez Sarto: Der Hüter der Verfassung]. Madrid: TECNOS, 1998.

VILLE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers.**
Indianapolis: Liberty Fund. 1998.
ZURN, CHRISTOPHER F. **Deliberative Democracy and
Constitutional Review.** *Law And Philosophy*, v. 21, n 4-5, p. 467-542.
JULY, 2002 .(Accepted 18 June 2002)