

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: AS DIVERGÊNCIAS ENTRE DWORKIN E HABERMAS

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND DEMOCRACY: THE DIFFERENCES BETWEEN DWORKIN AND HABERMAS

Cristina Foroni Consani*
José Orlando Ribeiro Rosário**

RESUMO: Este artigo apresenta e contrapõe duas concepções distintas de jurisdição constitucional, a saber, o modelo substancialista de Ronald Dworkin e o modelo procedimentalista de Jürgen Habermas. O objetivo do texto é mostrar que existe uma forte conexão entre as concepções de democracia às quais os autores se vinculam e seus modelos de jurisdição constitucional. Desse modo, o problema aqui enfrentado é aquele da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Levanta-se aqui a hipótese de que há uma estreita relação entre modelos democráticos e modelos de fundamentação da legitimidade da jurisdição constitucional. Para tanto, a metodologia adotada será a da pesquisa bibliográfica com análise de textos.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Democracia. Dworkin. Habermas.

ABSTRACT: This article presents and contrasts two distinct conceptions of constitutional jurisdiction, namely the substantialist model of Ronald Dworkin and the proceduralist model of Jürgen Habermas. The purpose of this paper is to show that there is a strong connection between the conceptions of democracy to which the authors are linked and their models of constitutional jurisdiction. Therefore, the problem faced here is the one of democratic legitimacy of constitutional jurisdiction. The hypothesis raised here is that there is a close relation between democratic models and models of justification of constitutional jurisdiction's legitimacy. Therefore, the methodology adopted will be that of the bibliographic research with analysis of texts.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Democracy. Dworkin. Habermas.

* Pós-doutoranda em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) - PNPd/CAPES. Doutora em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora colaboradora voluntária vinculada ao Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO) da UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

** Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO). Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO; 2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROPOSTA SUBSTANCIALISTA; 3 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROPOSTA PROCEDIMENTALISTA; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional, desde o final do século XX, tornou-se um dos temas centrais dos estudos de várias áreas do conhecimento. O tema tem recebido a atenção de juristas e também de filósofos e de cientistas políticos, os quais investigam a partir de metodologias distintas elementos como as modalidades de controle de constitucionalidade dos atos normativos e os instrumentos processuais existentes para viabilizar tal controle, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e os impactos do aumento do exercício de controle de constitucionalidade sobre o equilíbrio entre os poderes do Estado.

O problema enfrentado neste artigo é aquele da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A hipótese central é que, no campo teórico, há uma estreita relação entre o modelos democráticos e modelos de fundamentação da legitimidade da jurisdição constitucional, ou seja, a aposta em um determinado projeto democrático acaba por influenciar o modo como uma determinada teoria delinea e justifica um modelo de jurisdição constitucional. Neste artigo tem-se como objetivo abordar a discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional a partir de posições distintas, a saber: o modelo substancialista de Ronald Dworkin e o modelo procedimentalista de Jürgen Habermas. Sustentar-se-á que o modelo de jurisdição constitucional defendido pelos autores tem uma relação estreita com a concepção de democracia à qual eles se vinculam.

Isso será feito em três momentos, os quais consistem nos objetivos específicos deste trabalho: na primeira seção, a partir da teoria de Ronald Dworkin, será apresentada a concepção substancialista de democracia e de jurisdição constitucional; na segunda seção, a partir das teses Habermas, será apresentada a concepção procedimentalista de democracia e de jurisdição constitucional; na terceira seção, os modelos serão cotejados e serão apresentadas algumas limitações de ambas as

propostas. Para tanto, a metodologia adotada será a da pesquisa bibliográfica com análise de textos.

2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROPOSTA SUBSTANCIALISTA

A proposta substancialista parte do pressuposto de que a democracia assume certos valores morais, em especial que cada cidadão merece igual consideração e respeito como possuidores de direitos autônomos. Assim, uma constituição é necessária para assegurar que até mesmo leis feitas democraticamente irão aderir a estes valores morais. A visão substancialista está amplamente focada no papel e justificação de uma Declaração de Direitos (ou dispositivos constitucionais que protegem os direitos individuais) sustentada pelo controle de constitucionalidade das leis.

Um dos principais defensores desta tese é o jusfilósofo Ronald Dworkin. Ao analisar a relação entre constituição e democracia Dworkin é um dos autores que sustenta não haver nenhum conflito entre ambos os ideais. Ele defende esta posição com base em dois principais argumentos, a saber: primeiro, ele adota uma concepção de democracia distinta da democracia majoritária, o que o permite defender, em segundo lugar, que a constituição e os direitos fundamentais por ela incorporados são passíveis de interpretação por meio de uma leitura moral, a qual pode ser realizada tanto pelo povo e seus representantes quanto pelo poder judiciário, embora ele considere o último o fórum mais adequado para a interpretação constitucional (DWORKIN, 2006b, p. 18).

A conciliação entre os ideais do constitucionalismo (direitos) e democracia (autogoverno do povo) é feita por meio da tentativa de compatibilização entre os dois conceitos clássicos de liberdade definidos por Berlin (2002, p. 226-272): a liberdade negativa e a liberdade positiva. A ligação entre ambos os conceitos é feita pelo princípio da responsabilidade. Dworkin (2006a) considera que a dignidade humana possui dois princípios políticos: a) *o valor intrínseco da vida humana*, segundo o qual toda vida humana tem uma espécie de valor objetivo; b) *a responsabilidade pessoal*, de acordo com o qual cada pessoa é responsável pela realização do sucesso de sua própria vida (princípio que suporta os direitos liberais tradicionais – liberdade de expressão, consciência, atividade política, religião, etc.). É a este segundo princípio, o

da responsabilidade pessoal, que ele se refere para fazer a conexão entre os conceitos negativo e positivo de liberdade (DWORKIN, 2006a, p. 09-10).

Segundo ele, a responsabilidade é “compatível com o governo por outros somente quando certas condições são encontradas” (DWORKIN, 2011, p. 365). Essas condições são, em primeiro lugar, que todos devem poder participar de forma correta das decisões coletivas que compõem seu governo; e, em segundo lugar, que todos devem ser deixados livres da decisão coletiva em questões que sua responsabilidade pessoal demanda que eles decidam por si mesmos. Essas condições possuem equivalentes no conceito de liberdade.

Por um lado, uma teoria da liberdade negativa descreve quais escolhas devem ser isentas das decisões coletivas a fim de preservar a responsabilidade pessoal. Assim, a independência dos cidadãos com relação ao governo quanto à questão de escolhas éticas é um elemento essencial quando se trata da concepção negativa de liberdade. Note-se que quando Dworkin refere-se a julgamentos éticos ele está se reportando ao âmbito privado¹.

Por outro lado, embora o princípio da responsabilidade requiera independência do governo em relação a julgamentos éticos, é perfeitamente compatível com este princípio que uma comunidade política tome decisões coletivas sobre questões de justiça e de moralidade, as quais pertencem ao âmbito político. É neste ponto que os dois conceitos de liberdade se relacionam: os cidadãos não podem ficar livres do controle coercitivo quando se trata de questões de justiça e de moralidade, mas segundo o princípio da responsabilidade eles devem exercer um papel nas decisões coletivas. Uma teoria da liberdade positiva deve estipular o que significa para as pessoas participarem da política de modo correto, oferecendo uma concepção de autogoverno (DWORKIN, 2011, p. 265-279).

Para compatibilizar os dois conceitos de liberdade Dworkin rejeita a concepção majoritária de democracia e faz uso de uma concepção à qual ele chama de coparticipativa (*partnership*). Segundo o autor, a concepção majoritária de democracia

1 Dworkin estabelece uma distinção entre moralidade política, ética e moralidade pessoal. A moralidade política estuda o que todos os indivíduos juntos devem aos outros quando agem em nome de uma pessoa coletiva artificial (uma associação, um Estado, por exemplo); a ética estuda como as pessoas gerenciam suas responsabilidades para viver bem; a moralidade pessoal estuda o que cada um como indivíduo deve aos outros. (DWORKIN, 2011, p. 327-328).

defende que o povo governa a si mesmo quando o maior número de pessoas possui o poder político fundamental. Neste sentido, as leis e as diretrizes políticas de uma determinada comunidade seriam aquelas preferidas pelo maior número de pessoas. O problema desta concepção, segundo ele, é que ela define a democracia apenas procedimentalmente, deixando desprotegidos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (DWORKIN, 2011, p. 383-384).

A concepção coparticipativa de democracia, por outro lado, sustenta que o autogoverno não é simplesmente o governo pela maioria do povo exercendo sua autoridade sobre todos, mas o governo pelo povo como um todo agindo como associados (*partners*). O povo somente pode ser entendido como uma comunidade (*partnership*) se aceitar que precisa agir com igual respeito e consideração por todos os outros associados. A concepção coparticipativa admite que uma maioria política tenha autoridade moral para decidir sobre questões controversas, mas somente se as instituições por meio das quais ela governa forem suficientemente legítimas. A legitimidade neste caso é definida pelo respeito e segurança oferecidos pelas instituições governamentais à dignidade humana e aos seus princípios acima mencionados (DWORKIN, 2011, p. 322).

De acordo com uma concepção comunitária, para saber se a democracia prevalece em um país deve ser perguntado o que suas leis dizem e não quem, como e quando estas leis são feitas. As leis básicas devem prevenir o uso opressivo do poder do Estado, assim como discriminações legais arbitrárias, devem respeitar a liberdade de pensamento, de expressão, de associação e devem, ainda, assegurar a independência moral e intelectual de cada cidadão. Desse modo, Dworkin (2006b, p. 32-33) entende que o conflito entre direitos individuais e autogoverno do povo não ocorre, pois a liberdade depende da relação entre o governo e todo o conjunto de cidadãos considerados em sua coletividade e não do governo e cada indivíduo. Por isso, a liberdade positiva é aquela que vigora quando o povo controla aqueles que governam, e não o contrário; e é esta liberdade que se afirma quando se impede que a maioria faça valer a sua vontade.

O ideal de autogoverno do povo deve respeitar aquilo que o autor chama de *condições democráticas*, que são as seguintes: a) *condições estruturais* - aquelas que “determinam o caráter que uma comunidade como um todo precisa ter para ser considerada uma verdadeira comunidade política” (DWORKIN, 2006b, p. 37),

isto é, condições históricas como o estabelecimento de fronteiras territoriais, cultura, língua, valores, e b) *condições de relação* – as quais “determinam como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política verdadeira para que possa ser um membro moral dessa comunidade” (DWORKIN, 2006b, p. 37-38), isto é, igual participação nas decisões coletivas, interesse na decisão e independência em relação à mesma decisão. Observadas tais condições, ele entende que a liberdade positiva não é de modo algum sacrificada quando a premissa majoritária é rejeitada em favor de uma concepção coparticipativa de democracia.

A partir da definição da democracia como uma concepção coparticipativa, segundo a qual o respeito e a preservação de direitos e liberdades individuais são colocados como um limite ao autogoverno popular, Dworkin sustenta que a melhor forma de interpretar a constituição é por meio de uma leitura moral. Ele parte do pressuposto que em um ordenamento jurídico não existem apenas regras claras, mas também princípios que podem ser demasiadamente abstratos (DWORKIN, 2006b, p. 2). Tal abstração abre espaço para que essas normas, no momento da aplicação, sejam interpretadas. A interpretação, entretanto, deve se dar com base numa leitura moral da Constituição, realizada de forma construtiva e restringida tanto pela história quanto pelo ideal político da integridade. Por um lado, o recurso à história faz com que o intérprete busque entender o que os autores da Constituição quiserem dizer.² Por outro lado, o ideal político da integridade é compreendido como um princípio por meio do qual é possível cobrar do Estado e das instituições políticas e jurídicas uma ação coerente pautada em normas e princípios (DWORKIN, 2003, p. 200).

2 O autor chama a atenção para o uso que a interpretação constitucional por meio de uma leitura moral faz da história, que é bastante distinto da interpretação originalista. Segundo ele, a leitura moral insiste que a constituição significa o que seus autores quiseram dizer, ao passo que uma leitura originalista insiste que a constituição significa o que seus autores queriam que sua linguagem fizesse, assim, os direitos fundamentais não devem ser interpretados como princípios morais abstratos, mas como referências aos pressupostos e expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios. Como exemplo ele cita a interpretação que foi dada ao princípio da igualdade de status contido na Décima Quarta Emenda no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a segregação racial nas escolas foi considerada inconstitucional. Segundo ele, essa interpretação realizou uma leitura moral de um princípio constitucional. Uma leitura originalista ratificaria a segregação sob o fundamento de que os autores do dispositivo de igual proteção não acreditavam que a segregação escolar era uma negação da igualdade de status (DWORKIN, 2006b, p. 19-20).

Dessa forma, não há nada necessariamente antidemocrático em permitir que um país seja governado, em parte, por juízes interpretando as leis básicas, pois o objetivo da democracia, no nível da lei básica, não é somente proclamar como leis os princípios de direitos abstratos, mas também conseguir que sua interpretação reflita o direito, ou a melhor concepção do regime democrático. O coeficiente democrático de uma constituição deve, dentro dessa proposta, ser analisado a partir de seu conteúdo e não do procedimento utilizado para criar o conteúdo.

Dworkin aposta que um judiciário independente é capaz, pela justa construção e efetivação da lei constitucional, de cumprir seguramente certas condições racionais para a identificação do indivíduo com sua agência legislativa ou com sua comunidade política. Contudo, pode-se questionar se deixar as decisões políticas mais fundamentais de um Estado nas mãos de uma elite de profissionais do direito, não escolhidos diretamente pelo povo, não causa o enfraquecimento da noção de comunidade e de autogoverno popular. Ou ainda, se a discussão pública de questões de justiça e de moralidade não ganharia em qualidade e em mobilização dos cidadãos em geral se fossem deliberadas pelo legislativo ao invés de pelo judiciário.

Dworkin (2006b, p. 53) responde a essas questões ressaltando as desvantagens da deliberação pelo legislativo representativo em comparação com aquela realizada pelas cortes constitucionais. Segundo ele, “os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito” e, assim sendo, “o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares”. Ele considera ainda que “mesmo quando o legislativo produz um debate esclarecedor, o processo majoritário estimula a adoção de soluções de meio-termo que põem em segundo plano importantes questões de princípio” (DWORKIN, 2006b, p. 47).³

A interpretação constitucional das normas, ao contrário, é considerada pelo autor um modo superior de deliberação republicana (DWORKIN, 2006b, p. 47).

3 Dworkin tem sido criticado por reforçar seus argumentos em prol da legitimidade democrática do poder judiciário com elementos empíricos relacionados aos problemas da democracia representativa, haja vista que, segundo a crítica, ou a discussão realiza-se no âmbito normativo e deixa-se de lado os problemas enfrentados pelas instituições, sejam elas o poder legislativo ou o judiciário, ou realiza-se no âmbito empírico-descritivo e então devem ser apontados os problemas relacionados ao funcionamento de ambas as instituições. Nesse sentido, ver: Waldron (1993, p. 45).

Dworkin não acredita que deixar ao judiciário as decisões a respeito de questões de justiça e de moralidade causa o afastamento do povo do processo deliberativo. Analisando o exemplo de seu país, ele afirma que a nomeação dos juízes da Suprema Corte é um evento muito divulgado e com grandes consequências políticas tanto para o presidente que faz a nomeação quanto para os senadores que devem votar sobre tal decisão. Segundo ele, a partir do momento em que uma cadeira fica vaga os senadores começam a ser pressionados por seus constituintes e grupos de interesses, os quais interferem em sua decisão sobre a nomeação. Ele sustenta que o povo americano tem mais influencia sobre quem se tornará um juiz da Suprema Corte do que sobre a eleição de um senador por um pequeno estado ou sobre a nomeação de oficiais cujas decisões podem causar graves danos à toda a população, como é o caso do presidente da Reserva Federal dos Estados Unidos.⁴ Ademais, ele considera que os casos julgados pela Suprema Corte provocam uma discussão pública generalizada a respeito da moralidade política (DWORKIN, 2006b, p. 47).

Em suma, Dworkin (2006b) nega que haja tensão entre os ideais da constituição e aqueles da democracia e afirma que os direitos e liberdades fundamentais são condição *sine qua non* para a autodeterminação popular. Em outras palavras, ele reconhece que o conteúdo (substância) da constituição é um limite democraticamente eleito para a soberania popular manifestada por meio de decisões majoritárias. Portanto, entende não haver nenhum conflito entre eles.

3 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROPOSTA PROCEDIMENTALISTA

As teorias procedimentalistas questionam a defesa feita por autores como Dworkin de que os direitos e liberdades fundamentais devem ser retirados da deliberação democrática. Para o procedimentalismo, desde que os procedimentos para a tomada de decisões democráticas estejam abertos para todos os cidadãos e para todos os pontos de vista e, ainda, desde que as minorias estejam devidamente

4 Aqui ele se refere a Alan Greenspan, que foi presidente da Reserva Federal dos Estados Unidos de 1987 a 2006 e que tem sido apontado como um dos responsáveis pela crise financeira de 2008 (DWORKIN, 2011, 396-397).

representadas, não há nada de antidemocrático em permitir que se decida por meio dos procedimentos democráticos questões controversas sobre direitos.

Uma das teorias mais proeminentes no âmbito da defesa de uma jurisdição constitucional procedimentalista é a de John Hart Ely. Em um livro de 1980, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Ely critica o que chama de tese dos “valores fundamentais” de acordo com a qual as cortes constitucionais têm poderes para invalidar a legislação que infringe os princípios-chave consagrados na constituição. Ely propõe um enfoque alternativo: segundo ele o que as cortes constitucionais deveriam realmente fazer é assegurar que o processo político, que é o mecanismo por meio do qual esses valores são propriamente identificados, pesados e acomodados, esteja aberto para todos os pontos de vista de forma igual (ELY, 1997, p. 98).

A teoria de Ely, contudo, não apresenta uma concepção de democracia distinta da democracia representativa liberal. Ele assume o processo político como um “mercado político” no qual atores privados, movidos pelo auto-interesse e atuando estrategicamente, competem entre si pela capacidade de influenciar os representantes (legisladores e administradores) a fim de obter os resultados desejados ou de negociá-los em termos vantajosos. Entendido desse modo, o processo político pouco tem a oferecer para reforçar a democracia representativa, seja porque, como ressaltou Dworkin, não propicia nenhum tipo de integração comunitária mais profunda, seja porque não proporciona os meios para uma formação racional da opinião e da vontade política, como mostrará Habermas.

Habermas figura entre os teóricos que admitem que as cortes inevitavelmente empregam julgamentos substantivos ao trabalharem nos processos, mas sustentam que elas também evitam impor sua própria visão substantiva do que a política deveria ser. Em *Faktizität und Geltung* (1992)⁵, Habermas aborda a relação entre direito e democracia e elabora um modelo procedimental do direito e da política enfrentando questões tais como a fundamentação legítima do direito a partir de sua gênese no processo democrático e a relação entre os poderes do Estado, o que o leva a entrar na discussão a respeito da legitimidade das cortes constitucionais para exercer o

5 Texto traduzido para o português sob o título *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. (HABERMAS, 1997).

controle de constitucionalidade. Retoma-se dessa obra apenas dois pontos que são relevantes o tema aqui abordado, a saber, a reconstrução do direito, reconciliando a autonomia privada com a autonomia pública por meio da teoria do discurso e o papel atribuído ao tribunal constitucional.

Segundo Habermas, a legitimidade do direito em uma época pós-metafísica só pode ser alcançada se o direito for produzido por meio de um procedimento democrático que tanto abrigue a soberania popular quanto preserve os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, o direito legítimo só pode advir de um consenso não coercitivo e racional entre indivíduos autônomos. Ao analisar textos da filosofia moderna e contemporânea, Habermas considera insatisfatórias as respostas ofertadas para o problema da tensão entre autonomia pública (soberania popular) e autonomia privada (direitos e liberdades fundamentais) (HABERMAS, 1997, I, p. 128-139). Um modo de solucionar esta tensão é a aplicação do *Princípio do Discurso* ao processo jurídico de criação de normas. De acordo com esse princípio “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 142)⁶ O *Princípio do Discurso*, cujo conteúdo é normativo, fundamenta-se “nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente”, ou seja, Habermas parte do pressuposto de que “questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 143-144). Esse princípio aplica-se a dois campos: a moral e ao direito.

O *Princípio do Discurso* é aplicado ao direito por meio do *Princípio da Democracia*, segundo o qual “somente podem pretender validade legítima as leis

6 O autor traz definições dos termos empregados na formulação desse princípio: “O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.”

jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 145) Este princípio tem duas finalidades: criar o sistema de direitos e estabelecer a “*linguagem* que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros do direito iguais e livres” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 146). Habermas sustenta sua tese de que a autonomia privada e a autonomia pública são cooriginárias a partir do entrelaçamento entre os princípios do discurso e da democracia com a forma jurídica. Segundo ele, a gênese lógica dos direitos ocorre da seguinte maneira:

[...] começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 158).

Os direitos imprescindíveis para que os cidadãos participem do processo democrático em igualdade de condições devem estar contidos, de modo abstrato, no sistema de direitos. Em primeiro lugar, assegura-se a autonomia privada a partir de três categorias de direitos, a saber: a) direitos a iguais liberdades subjetivas de ação; b) direitos que garantam o *status* de um membro igual e autônomo da comunidade jurídica; c) direitos que afirmem a possibilidade de postulação judicial.⁷ Em segundo lugar, assegura-se a autonomia pública conferindo-se (d) direitos de igual participação em processos de formação da opinião e da vontade e de criação do direito

7 Habermas adverte o leitor que os direitos constantes dessas três primeiras categorias ainda não podem ser entendidos como direitos liberais que protegem os cidadãos contra o Estado, haja vista eles serem colocados em um momento anterior à organização jurídica de um poder estatal. Eles regulam apenas as relações entre civis livremente associados e estabelecem direitos e obrigações recíprocas. Habermas (1997, v. 1, p. 159).

legítimo. Por fim, os direitos de autonomia privada e pública implicam (e) “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento” (HABERMAS, 1997, v.1, p. 159-160), em condições iguais dos direitos elencados acima.

Uma vez que esses direitos são elencados de forma abstrata, seu conteúdo será estabelecido pelo processo democrático. Habermas detalha o modo como os cidadãos participarão desse processo de criação do direito legítimo ao delinear o seu modelo normativo de democracia, denominado *política deliberativa*, que é estruturado como uma proposta intermediária entre o modelo liberal e o republicano, ambos refutados, em parte, pelo autor.

O modelo liberal é apresentado como um processo político por meio do qual a formação democrática da opinião e da vontade manifesta-se apenas por meio de eleições gerais, cujo propósito é a legitimação do poder político. Assim, a soberania popular manifesta-se apenas durante as eleições e posteriormente concentra-se nas competências jurídico-constitucionais (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 24). A crítica que Habermas faz ao modelo liberal é que ele restringe demasiadamente a participação e influencia dos cidadãos no processo político, pois, por um lado, ao adotar uma “compreensão de política centrada no Estado, pode prescindir da ideia aparentemente pouco realista de uma cidadania eficaz em termos de coletividade.” Mas, por outro lado, a cidadania “não se orienta pelo *input* da formação política racional da vontade, e sim pelo *output* de uma avaliação bem-sucedida das realizações da atividade do Estado” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 20) Esse é o aspecto que faz Habermas recusar a perspectiva liberal da democracia.

Já o modelo republicano, segundo a análise habermasiana, remonta a antiguidade grega e vincula-se a um ideal de participação política em sentido forte. Assim, na esteira das teorias de Aristóteles e Rousseau, a vertente republicana requer um processo de formação da opinião e da vontade no qual sujeitos privados possam manifestar sua vontade através de deliberações (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 19). O povo é o titular da soberania e não se deve deixar representar. A efetivação dessa proposta pressupõe cidadãos capazes de agir coletivamente. As barreiras entre Estado e sociedade se dispersam, uma vez que o governo “é parte de uma comunidade política que a si mesma se administra, não a ponta de um poder do Estado, separado dos demais: é mais uma comissão do que um órgão do Estado.” (HABERMAS,

1997, v. 2, p. 23). No entanto, Habermas avalia que a proposta republicana exige dos cidadãos uma participação demasiadamente intensa, que acaba tornando-se inviável para as atuais sociedades complexas.

Diante das limitações acima apontadas, Habermas apresenta uma terceira via entre o modelo liberal e o republicano, o qual incorpora elementos de ambas as teorias, com o objetivo de criar um “procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 19). A proposta de Habermas de um modelo procedimental de democracia pressupõe uma rede de processos comunicativos tanto dentro quanto fora do complexo parlamentar. A opinião pública é formada por meio de discussões racionais orientadas ao entendimento e também por meio de eleições democráticas, reguladas por procedimentos que garantem a validade e legitimidade do processo democrático, alcançando, deste modo, o patamar de decisões políticas em forma de lei, as quais, por sua vez, asseguram a conversão do poder comunicativo em poder administrativo através do direito.

Habermas afasta-se do modelo liberal ao propor um procedimento capaz de interagir com os pressupostos comunicacionais advindos da sociedade. Por outro lado, distancia-se também do modelo republicano ao propor um procedimento que se aplica somente ao processo de elaboração das leis, não o estendendo a todas as instituições do Estado. Como o próprio autor explica:

Se a política deliberativa assumisse os contornos de uma estrutura capaz de abranger a totalidade social, o esperado modo discursivo de socialização do *sistema jurídico* teria que se alargar, assumindo a forma de uma auto-organização da *sociedade*, e penetrar na sua complexidade (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 28-29).

O modelo de política deliberativa delineado por Habermas estabelece condições que o procedimento ideal de tomada de decisão e deliberação tem que respeitar, sendo estas desenvolvidas de forma dual ou bidimensional. O caráter dual da política deliberativa reside na conceituação de *espera pública*, que é dividida pelo autor em *esfera pública parlamentar* e *esfera pública geral*. Assim, as deliberações ocorrem dentro de uma esfera pública parlamentar, mas têm como pauta temas oriundos de uma esfera pública geral, “da qual é titular o público de cidadãos em geral”

(HABERMAS, 1997, v. 2, p. 32). A esfera pública geral é caracterizada por sua “estrutura anárquica”, que mesmo estando sujeita aos efeitos da repressão e exclusão do poder social distribuído desigualmente e a distorções que podem surgir nos processos comunicativos, ainda assim tem a vantagem de ser um meio de comunicação livre de limitações e eficaz para captar novas necessidades e problemas, colocando-os sob perspectiva, para que possam ser posteriormente inseridos na agenda parlamentar (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 33). Os temas advindos da esfera pública geral serão, então, dentro da esfera pública parlamentar, transformados em leis através de deliberações e, desta forma, atingem o poder administrativo aplicado à sociedade⁸.

A política deliberativa habermasiana é, deste modo, o meio pelo qual a concepção procedimental (que visa assegurar concomitantemente a autonomia pública e privada) se realiza, e dá origem ao direito legítimo por meio de procedimentos democráticos. É assim que, como ressalta Michelman, Habermas promove uma segunda “guinada procedimental” na teoria constitucional, preenchendo as lacunas deixadas por teorias como a de Ely quanto aos aspectos problemáticos da democracia representativa liberal (MICHELMAN, 2000, p. 64).

O próprio Habermas havia considerado que a “*compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 326, grifo original) por conceder lugar privilegiado ao princípio da soberania popular por meio da proteção especial conferida aos direitos de participação e formação democrática da vontade. Contudo, ele entende que faltava ao procedimentalismo uma teoria da democracia capaz de conciliar a autonomia pública e privada dos cidadãos. Esse problema Habermas pressupõe ter resolvido com sua teoria procedimental da democracia e do direito.

Contudo, resta saber como Habermas enfrenta uma das questões mais delicadas para a filosofia constitucional contemporânea, a saber, a do papel atribuído ao tribunal constitucional nas sociedades democráticas. Segundo o filósofo alemão, essa questão precisa ser analisada dentro da divisão de poderes entre as instituições

8 O objetivo da exposição do modelo procedimental habermasiano aqui é unicamente descritivo, ou seja, não se pretende, neste artigo, realizar uma avaliação mais detalhada desta proposta. Uma análise crítica pode ser encontrada em: Consani (2016a, p. 83-97) e Consani (2016b, p. 16-38).

do Estado. Ele enfatiza que sob a ótica da teoria do discurso cada uma das funções, executiva, legislativa e judicial, é diferenciada segundo as formas de comunicação e argumentos que lhes competem. Assim sendo, as leis criadas por meio de um procedimento democrático legítimo (função legislativa) fundam “uma proteção do direito garantido por tribunais independentes” (função judicial) e “*subtraem* da administração implementadora” (função executiva) o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 238, grifo original).

Nesse sentido, o autor ressalta que quando se trata da fundamentação de normas, apenas “o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos.” Os tribunais não podem “dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais”, mas com certeza farão uso desses argumentos na aplicação do discurso jurídico a casos concretos, haja vista terem que manter a coerência do sistema jurídico em seu todo. Quanto à função executiva, Habermas considera que, diferentemente de legisladores e juízes, não cabe ao administrador construir nem reconstruir argumentos normativos, pois “as normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 239).

As atribuições do tribunal constitucional, então, são delineadas dentro desse esquema institucional. Nas palavras do autor:

A constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 326).

Habermas é categórico ao afirmar que compete aos legisladores, por meio do processo democrático, fazer uso de argumentos normativos para a fundamentação de leis, ou seja, cabe ao processo deliberativo realizado na esfera pública formal atribuir conteúdo normativo ao direito. O papel do tribunal é proteger os procedimentos por meio dos quais o direito legítimo é formado. Nesse aspecto, Habermas parece buscar um modelo de jurisdição constitucional que seja ao mesmo tempo atuante na proteção de direitos sem se imiscuir demasiadamente na política:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer onexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 347, grifo original).

A proposta de Habermas e sua tentativa de conciliar direitos individuais e soberania popular, permite pensar a Constituição de modo procedimental, como uma estrutura política que contém princípios normativos gerais que, por um lado, sustentam as condições do jogo democrático e, por outro lado, insistem que se determinadas categorias de direitos não forem respeitadas, não pode nem mesmo haver espaço para a democracia e a formação livre da opinião e da vontade.

Desse modo, o conteúdo impingido ao processo democrático é perfeitamente aceitável, haja vista que, como o próprio Habermas acentua, esse conteúdo é bastante abstrato e vai ganhando concretude à medida que vai recebendo contribuições dos cidadãos por meio da participação política nos processos de discussão, deliberação e decisão nas esferas públicas informal e parlamentar. Portanto, a Constituição é

concebida como uma estrutura política na qual um de seus elementos, os direitos, são criados, interpretados e protegidos por meio do próprio processo político. Nesse sentido, o modelo de democracia procedimental de Habermas confere à soberania popular, em grande medida, amplo poder para proteção e interpretação dos direitos e o poder legislativo, como representante da soberania popular, é o único autorizado a apresentar argumentos normativos para fundamentação das normas.

Dentro do arranjo institucional habermasiano, tanto o poder judiciário quanto o executivo possuem funções bastante restritas. O judiciário limita-se a proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O executivo é um mero administrador, que deve estar atado à persecução de fins coletivos. Logo, a instituição com maior autonomia é o legislativo, que deve atuar segundo as orientações advindas da esfera pública informal. O controle do poder político se realiza tanto por meio do clássico mecanismo da separação dos poderes, e também, em certa medida, pelos cidadãos que podem influenciar a formação da vontade parlamentar.

4 CONCLUSÃO

Neste artigo foram apresentadas teorias que discorrem sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, relacionando um determinado modelo de jurisdição com seu respectivo modelo de democracia.

Na proposta substancialista a democracia é definida não apenas pelos procedimentos de participação e organização política, mas também por um conjunto de direitos básicos ou fundamentais. Tal definição da democracia permite conferir ao poder judiciário a função primordial de proteger tais direitos caso ameaçados ou violados pelo processo político. À luz das práticas democráticas, o problema dessa proposta é que o debate político acaba por ser colocado sob o jugo de um tribunal constitucional.

A proposta procedimentalista tenta superar esse problema deixando que divergências a respeito de valores substantivos sejam interpretadas, avaliadas e pesadas pela representação popular no poder legislativo, deixando ao tribunal constitucional a atribuição de fiscalizar e assegurar o processo democrático.

O modelo habermasiano de democracia procedimental busca conciliar a proteção aos direitos (autonomia privada) com as práticas democráticas (autonomia pública). Dentro dessa proposta, é bastante coerente o papel atribuído pelo autor ao tribunal constitucional, qual seja, o de guardião de um processo democrático que abre espaço para a participação popular.

O problema dessa proposta parece ser a ausência de canais formais que liguem a formação da opinião e da vontade na esfera pública informal à esfera pública parlamentar. O filósofo alemão deixa claro que delineou seu modelo de política deliberativa especificamente para a formação do direito legítimo. Ele não quer que esse sistema se expanda para outros setores do governo sob pena de aproximar seu próprio modelo do republicano, o qual ele considera inadequado exatamente por exigir dos cidadãos um envolvimento constante com todas as atividades do governo, o que inviabilizaria, em seu entendimento, o exercício da cidadania nas sociedades contemporâneas. Assim, o cidadão pode ter participação na criação do direito, mas não deve envolver-se com nenhuma tarefa de governo.

Contudo, ao não criar canais formais de ligação entre a esfera pública informal e a esfera pública parlamentar, Habermas acaba deixando os indivíduos à mercê da vontade parlamentar. Ou seja, ainda que as diretrizes estabelecidas pelo *Princípio do Discurso* e pelo *Princípio da Democracia* sejam observadas na esfera pública parlamentar, não há nada que assegure que as reivindicações oriundas da esfera pública informal serão inseridas na agenda parlamentar⁹. Nesse sentido, a própria criação do direito legítimo pode ficar comprometida, assim como a tentativa de conciliação entre autonomia privada e pública.

REFERÊNCIAS

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism**: a republican defense of the constitutionality of democracy. New York: Cambridge University Press, 2007.

9 Nesse sentido é a crítica de Bellamy a Habermas (BELLAMY, 2007, p. 128/129).

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. **Dois Pontos**, v. 13, n. 2, p. 83-97, 2016a.

_____. Considerações críticas sobre o substancialismo e o procedimentalismo e sua relação com a democracia no contexto da filosofia política contemporânea. **Dissertatio**, v. 44, p. 16-38, 2016b.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?**. New Jersey: Princeton University Press, 2006a.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge/Massachussets: Harvard University Press, 2011.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional**. Traductora Madaglena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, v. 1 e 2:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Sievechler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MICHELMAN, Frank. Human Rights and the Limits of Constitutional Theory. **Ratio Juris**, v.13, n. 1, p. 63-76, 2000.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993.

Correspondência | Correspondence:

Cristina Foroni Consani

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO), Av. Sen. Salgado Filho, 3000, Lagoa Nova, CEP 59.078-970. Natal, RN, Brasil.

Fone: (84) 99800-1519.

Email: crisforoni@yahoo.com.br

Recebido: 27/08/2016.

Aprovado: 28/07/2017.

Nota referencial:

CONSANI, Cristina Foroni; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Jurisdição constitucional e democracia: as divergências entre Dworkin e Habermas.

Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 19, n. 2, p. 59-78, maio/ago. 2017. Quadrimestral.