

VISÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (CONSTITUCIONAL) NA ATUALIDADE: POR UMA REVISÃO CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS RESTRITIVOS DA DISCUSSÃO NO ÂMBITO JURÍDICO LOCAL

Moacir Camargo Baggio¹

1. JUSTIFICATIVAS PRELIMINARES DA SUMÁRIA REVISÃO CRÍTICA.



presente revisão crítica não tem a mínima pretensão de completude. Nem ao menos a síntese das visões dos expoentes das correntes doutrinárias que se digladiam na temática anunciada pelo título deste escrito é almejada aqui.

Em verdade, o que se pretende é apenas demonstrar, de modo bastante sumário e inicial, que certas visões contemporâneas sobre a legitimidade democrática da prestação jurisdicional constitucional² (ao menos daquelas que normalmente tran-

¹ Doutorando em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI/RS -Brasil. Pós-graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS -Brasil. Juiz Federal da 4ª Região, no Rio Grande do Sul, Brasil.

² Nesse ponto se faz desde logo o esclarecimento de que se utiliza aqui a expressão “prestação jurisdicional constitucional” em um sentido bastante largo, já que, a rigor, como refere ADALBERTO NARCISO HOMMERDING, “o juiz sempre faz jurisdição constitucional, pois é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.” (in *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2007, p.147). Nesse sentido passa a restar explicitado também o significado da ressalva feita por parênteses no título do

sitam nos meios acadêmico-jurídicos locais) padecem de relativas insuficiências e de algumas inadequações, mormente quando de sua consideração e aplicação no âmbito da realidade brasileira atual³. E, de resto, quem sabe, para além disso ensaiar uma manifestação embrionária por uma revisão dos pressupostos filosóficos e políticos restritivos⁴ que animam tal dis-

texto. A questão da legitimidade democrática da prestação jurisdicional costuma ser abordada pela doutrina neste contexto supostamente especificado, mas, em verdade, ao se tratar de um problema que parece estar circunscrito somente às mais altas esferas de indagação da atividade judicante, se está a tratar de um problema que, ao menos no Brasil, no extremo, diz respeito, direta ou indiretamente, a toda e qualquer expressão do poder-dever de jurisdicionar.

³ Traz LUIZ GUILHERME MARIONINI uma perfeita síntese de como esta complexa questão é vista de forma reducionista quando de seu tratamento mais corriqueiro pela dogmática jurídica, particularmente a nacional: “*O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo [o que, segundo o explicitado na mesma citação, adiante, lhes inculiria uma ‘deficiência de legitimidade de origem’], embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal.*” (*Teoria Geral do Processo* (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp.431-2 – destaquei). E, apesar do trabalho do preparado processualista não ser invocado aqui como exemplo de trato reducionista da matéria em si mesmo, não deixa de ser por demais sintomático que, para poder tratar de um modo algo mais aprofundado do tema em seu manual de processo, tenha que partir exatamente desta generalização que reflete o senso comum hoje imperante sobre o tema para que possa se fazer entender e iniciar o seu discurso crítico.

⁴ Discussão assentada em pressupostos restritivos, vale a pena esclarecer, também porque sempre esta posta aí, antes de qualquer coisa, a discussão dos *limites* para uma ação (apenas) formalmente válida do Poder Judiciário e no âmbito da democracia meramente *representativa*; pouco, quase nunca, um questionamento sobre a possibilidade desta ação instrumentalizar *novas formas de participação direta* do cidadão no poder (cf. a respeito, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Processo e Ideologia*, pp. 317 e ss., quando sustenta a possibilidade da jurisdição contemporânea como instrumento de fundamental viabilização de uma nova e diferenciada democracia participativa, que auxilie na pulverização do poder para os demandantes (cidadãos)); muito menos ainda, se apresenta a questão da admissão da atuação

cussão no âmbito jurídico local⁵.

Para tanto, inicia-se por considerar que, muito embora seja importante e útil deter a noção de que há embates entre correntes acadêmicas⁶ que julgam as necessidades de atuação ju-

judicial em sociedade na busca do justo do caso concreto, v.g., como elemento relevante para a construção da legitimidade desta atividade estatal no âmbito desta discussão (ou seja, a discussão sobre outros elementos (marcadamente de cunho ético-político) caracterizadores da legitimidade jurisdicional e, pois, sobre sua *essência* na contemporaneidade), já que, nesta ótica juricista-reducionista, se parte sempre do pressuposto limitante da deficiência de *delegação* do poder soberano do povo aos juízes como exclusivo ponto atrator dos interesses neste tema.

⁵ Revisão mais ampla esta que este autor tentou envidar na dissertação de conclusão de mestrado intitulada *Jurisdição contemporânea e espaços de convivência democrática: para a construção de uma legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade*, a ser oportunamente publicada.

⁶Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.28, nota nº 20, que apresenta extenso rol de estudiosos do tema, nacionais e estrangeiros, buscando dar enquadramento a suas pesquisas sobre o tema numa dessas duas linhas, nota esta que, apesar da extensão, por muito esclarecedora e útil, como ponto de apoio inicial para a pesquisa, permite-se aqui transcrever: “Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconhecem no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a *corrente procedimentalista*, capitaneada por autores como Jürgen HABERMAS, Antoine GARAPON (*‘Le gardien de Promesses’*, Paris, Odile Jacob, 1996) e John Hart ELY (*‘Democracy and Distrust. A Theory of judicial review.’* Cambridge, Mass, 1980), apresenta *consideráveis divergências* (consultar, v.g., STARCK, Christian. *‘La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité.’* In : *Legitimidade e legitimização da justiça constitucional*. Coimbra. Coimbra Editores, 1995, p. 59 e segs.) com a *corrente substancialista*, sustentada por autores como CAPPELLETTI, ACKERMAN, L.H. TRIBE, M.J, PERRY (desse autor, ver *‘The Constitution the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Polymaking by the Judiciary’*. Yale University Press, New Haven and London, 1982), H. H. WELINGTON (v.g., *‘Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication’*. *The Yale Law Journal*, vol. 83, nº2, dezembro de 1973), em alguma medida por DWORKIN, pelo menos na leitura que dele faz Robert ALEXY, e no Brasil por juristas como PAULO BONAVIDES (*A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993); INGO SARLET (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004); (...) CLÉMERSON CLÈVE (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995); (...) LUIS ROBERTO BARROSO (*O direito constitucional e a efetividade das normas*. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996); (...) JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS (*Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996) [dentre outros tantos citados na nota] (...). Em *defesa da tese procedimentalista*, ver

risdicional interventiva na sociedade contemporânea mais ou menos necessárias, ou mais ou menos legítimas – o que, no Brasil, tem-se colocado em termos de uma divergência entre posturas “procedimentalistas”⁷ e posturas “substancialistas”⁸ -,

(...) MARCELO CATTONI (*Direito processual Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2001; Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, nº 4, Madrid, 2001); ROGÉRIO GESTA LEAL (op.cit.); ÁLVARO SOUZA CRUZ (op.cit.); ANTÔNIO MAIA (*Considerações acerca do papel civilizatório do direito*-prefácio; *A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas*. In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005); GISELE CITTADINO (*Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999) (...), entre outros.” (destaques para nomes de autores apostos).

⁷ Cf. STRECK, que conceitua as *posturas procedimentalistas* a partir da discussão do problema em Habermas, da seguinte forma: “(...) Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas, sim, em uma ‘nação de cidadãos’. Crítica a assim denominada ‘jurisprudência de valores’ adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados, que justifica o modelo hermenêutico proposto pelos comunitários (ou substancialistas) parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É por isso que no Estado Democrático de Direito os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Habermas propõe, pois, ‘que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito.’ O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução.” (STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 159-160.).

⁸ Cf. STRECK, que conceitua as *posturas substancialistas* da seguinte forma: “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um verdadeiro intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios seleti-

já é tempo de superar as restrições sugeridas até mesmo pela apresentação simplesmente polarizada deste debate.

Assim, ir além deste ponto, embora não signifique ignorar estas relevantes classificações que esquematicamente agrupam compreensões distintas sobre os limites legítimos da atividade jurisdicional, implica tornar forçoso encontrar uma abordagem que seja, senão original, no mínimo, menos óbvia para o trato desta matéria. Uma abordagem que transcenda a mera discussão sobre limites da atividade judicial e se dirija à indagação sobre a essência dos macroconceitos⁹ previamente envolvidos nesta problemática. Tudo numa atitude, aliás, que inclusive compense a admitida deficiência de extensão da revisão pretendida numa investigação do fôlego da presente.

Pois bem. Parece que este efeito pode ser conseguido aqui se, ao invés de simplesmente se optar por arrolar teorias sobre os limites da prestação jurisdicional em Estados Democráticos e de Direito, elaborando sínteses descontextualizadas do conteúdo de tais posicionamentos e agrupando-os sob determinadas posições esquemáticas, as diversas posições acadêmicas sobre a legitimidade democrática da prestação jurisdic-

onados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. O modelo substancialista – que em parte aqui subscrevo, ressalvando sempre o problema do ‘fundamento’ da Constituição, que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, preferindo entendê-la como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o ‘constitucionalismo-dirigente’ que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional), ‘passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que tange à jurisdição constitucional.’” (STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...*, op.cit., p. 163.).

⁹ No sentido dado a este termo pela concepção de EDGARD MORIN a respeito da necessidade hodierna de macroconceitos para se compreender a complexidade do real (cf. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2007, pp.72-3.

cional (constitucional¹⁰) forem abordadas a partir da *concepção de democracia, em sentido amplo*, que indiretamente revelem ao indicarem a visão que têm sobre a paradigmática *relação democracia-constitucionalismo*.

Com efeito. Se houver interpretação restritiva da noção de democracia incrustada na posição teórica examinada, deverá tal concepção limitada deste parâmetro de aferição da legitimidade da prestação jurisdicional já ser de pronto revelada pelo exame desta relação proposta por tal teoria entre o exercício do poder soberano do povo, expresso no princípio majoritário (democracia, num sentido mais restrito), e o exercício e manutenção de direitos e garantias constitucionais (que resguardam um princípio contramajoritário, ínsito ao constitucionalismo).

E assim, na medida em que estes exames forem revelando a compreensão nuclear da concepção democrática que as teses sobre legitimidade trazem ínsitas em seu bojo, segundo um juízo elaborado a partir da consideração da própria Constituição a que submetida originalmente a dita teoria, se estará realizando a finalidade proposta de não só se persistir na demonstração de como este debate não é ordinariamente feito, mas de introduzir a discussão crítica dos pressupostos da legitimidade jurisdicional, de forma dirigida ao questionamento de essências nesta temática.

Ademais, um tal exame imporá uma recontextualização da discussão, sob o ponto de vista também do local de onde se está fazendo o discurso ou para quem ele é feito. Isso por que o questionar sobre a relação democracia-constitucionalismo, para fins de desvelar a concepção de democracia agasalhada impli-

¹⁰ Não custa reforçar: “Todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difusos e concentrado de constitucionalidade.” (FREITAS, JUAREZ. “O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional”. In.: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). São Paulo: Malheiros, 2001. pp.226-248; citação à p. 246).

citamente pela tese analisada, implicará que necessariamente se refira esta relação a uma determinada Constituição. Uma vez que é segundo a natureza da Constituição de cada país e conteúdo das disposições lá inscritas que se pode aferir o significado desta relação e, pois, da própria noção prevalente de democracia, em sua essência, será imprescindível voltar a se considerar de onde e para onde é feito o discurso teórico.

Tudo isso impõe, ao final, a formulação de uma indagação central, e que servirá de fio condutor à revisão aqui proposta. Trata-se de, em síntese, se questionar sobre *que concepção de democracia*, no que tange à *sua relação com o constitucionalismo*, consagra a *Constituição* que dá suporte à análise da questão da legitimidade da prestação jurisdicional que seja objeto de consideração. Ou, por outra, que concepção de democracia, no que diz respeito à relação da democracia (no sentido de exercício da soberania popular) com a garantia e realização de direitos fundamentais postos constitucionalmente, enseja a *Constituição* a que deverá se reportar o intérprete da legitimidade da prestação jurisdicional que está sendo objeto de consideração.

E tais questionamentos podem ser expandidos em suas ricas variantes, a fim de bem e melhor se responder sobre a questão da restrição do debate de legitimidade da prestação jurisdicional na democracia, verificada neste estudo. Para cada visão contemporânea proposta sobre o tema se pode indagar, por exemplo: a relação democracia-constitucionalismo, ou democracia-direitos e garantias constitucionais, se estabelece de forma equilibrada, nesta tese sob exame, ou a interpretação das disposições da Constituição em questão impõe a prevalência de um dos termos desta equação quando de situações de divergência ou atrito entre a vontade das maiorias eventuais, formadas pelos representantes do povo, e a manutenção ou o exercício de determinadas garantias ou disposições constitucionais? Qual dos termos é tido aqui por prevalente? E mais ainda: a própria

natureza destes atritos, como é concebida? A relação de tensão é de alguma forma entendida como deletéria à realização da democracia que se põe em causa, como uma espécie de mal a ser evitado, ou mesmo apenas necessário em alguma mínima medida, ou, pelo contrário e num outro extremo, tal relação é vista como uma dimensão natural e complementar da própria democracia, em certa medida, até mesmo desejável?

Propõe-se, portanto, nesse passo, para viabilizar o tratamento desta revisão nestes termos, que a discussão seja encaminhada mais especificamente para a questão do perscrutar o significado da democracia quando em contato com o papel da prestação jurisdicional constitucional na contemporaneidade, o que, afinal, permitirá melhor abordar a temática da legitimidade democrática desta atividade nas sociedades atuais, tudo por meio do exame da posição inicial do constitucionalista norte-americano BRUCE ACKERMAN, a respeito do que ele chama de “democracia dualista”.

Isso introduzirá a discussão do tema da legitimidade democrática, nos termos em que ela se dá atualmente, começando por teóricos estadunidenses, o que permitirá, por sua vez, ultrapassar de forma qualificada esta barreira geográfico-cultural, expandindo posteriormente o exame para a discussão da temática no âmbito europeu (mais particularmente no da Alemanha – com rápidas incursões pelas posições de outros juristas daquele continente sobre o tema). Por fim, permitirá um rápido exame da matéria na visão de alguns teóricos de países periféricos, particularmente, do Brasil, até que seja possível retornar-se a estas afirmações preliminares e sobre elas realizar um juízo crítico diferenciado, qualificado à luz das posturas doutrinárias bosquejadas. Tudo para que já se adiante também, assim, uma possibilidade de busca por posição, no tocante à questão da legitimidade da jurisdição e de seu papel na atualidade, que seja mais compatível com as necessidades da contemporaneidade e dos democracias dos países periféricos.

2. BOSQUEJO SOBRE O DEBATE ESTADUNIDENSE A PARTIR DAS VISÕES DE BRUCE ACKERMAN SOBRE A MATÉRIA.

Eis, pois, a “ideia básica”¹¹ de BRUCE ACKERMAN¹² acerca do que denomina de “*modelo de democracia dualista*” (a partir da explanação do que significa uma Constituição também dita “dualista”), modelo este que considera ser o “mais adequado para captar o espírito distinto da Constituição dos Estados Unidos”¹³:

Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. *A primeira delas é a decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo.*

As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos, comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com

¹¹ No original de ACKERMAN, veja-se o capítulo 1, intitulado *Dualist Democracy* (pp.3 e ss.), que abrange precisamente o tópico *The Basic Idea* (pp.6-7). Além destes, consultar *Monistic Democracy* (pp.7-10); *Rights Foundationalists* (pp.10-16); *Historicism* (pp.16-32) (*We the people: foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993).

¹² Quanto a um possível enquadramento deste autor americano no contexto da discussão entre correntes ditas procedimentalistas e substancialistas acerca do papel da prestação jurisdicional (constitucional) contemporânea nos Estados democráticos e de direito, conferir o que assevera LENIO LUIS STRECK, em seu *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, parecendo pretender incluí-lo numa posição quase intermediária neste embate de correntes: “É difícil acomodar o pensamento de Ackerman no interior dos eixos temáticos aqui propostos.(....)De certo modo, concordo com a tese de Rosenkarantz (.....) as teses de Ackerman, mormente (....) em ‘We the people’, *estão mais distantes do que próximas das posturas procedimentalistas....*” (pp. 177-8, nota 43. Destaquei). De qualquer modo, é bom destacar que em *Verdade e Consenso*, STRECK arrola ACKERMAN dentre os chamados autores substancialistas.

¹³ Cf. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.6.

seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar sua iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para a criação da lei. *É somente dessa forma que um movimento político obtém legitimidade plena, reconhecida pela constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo.*

*As decisões tomadas pelo governo ocorrem diariamente; entretanto, mediante determinadas condições. De forma relevante, os representantes do governo devem prestar contas regularmente nas votações. Além disso, incentivos devem lhes ser dados para que tenham uma visão ampla do interesse público, sem a influência indevida de grupos com interesses paralelos. Mesmo quando esse sistema de 'criação regular da lei' opera com sucesso, a Constituição dualista impede que políticos eleitos abusem de sua autoridade. Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores. Se, ainda assim, eles pleitearem essa forma mais elevada de legitimidade democrática, deverão seguir o rumo especial e oneroso de obstáculos permitido pela Constituição dualista para fins de criação da lei. Apenas por meio do sucesso da mobilização de cidadãos comprometidos e na conquista do seu apoio incessante em resposta aos seus opositores, somente assim, podem os governantes ter a autoridade para declarar que o povo mudou de opinião e dar ao governo uma nova direção.*¹⁴

Isso significa o seguinte, em termos de atuação jurisdicional constitucional: o *judicial review*¹⁵ é acolhido, sem restri-

¹⁴ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano*...., op.cit., pp.7-8 -destaquei.

¹⁵ Para uma conceituação inicial de *judicial review*, consulte-se GIFIS, H. Steven. *Law Dictionary*. 3rd.ed. New York: Barron's, 1991, p.259, donde se extrai: "JUDICIAL REVIEW the review by a court of law of some act, or failure to act, by a government official or entity, or by some other legally appointed person or organized body; the review of the decision of a trial court by an appellate court. *In a constitutional law context*, judicial review express the concept first articulated in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) that it is 'the province and the duty of the judicial department to say what the law is'. Id. At 177-178. Under this

ções mais profundas ou uma compreensão negativa acerca de sua natureza e papel na democracia, nos casos em que os políticos eleitos “abusem de sua autoridade”. Ainda que a regra da maioria seja acolhida como elemento essencial e caracterizador da democracia americana (e não se possa falar aqui de um conceito de “democracia constitucional”, como faz Dworkin), ela não tem de ser vista como um símbolo quase sagrado da democracia, ordinariamente infenso ao exame da constitucionalidade, que só de forma absolutamente excepcional pode sofrer intervenção judicial para a correção de suas desconformidades constitucionais (como sustentam teorias como a defendida por Ely). Enfim, não se presume a natureza “antidemocrática”, *a priori*, do controle judicial, como fazem outras correntes americanas, segundo o que se verá adiante.

Pelo contrário. A posição “dualista”, ainda que dentro do entendimento que possui de que a Constituição americana privilegia a vontade popular como característica da democracia acolhida no âmbito daquela cultura e daquele país, busca um maior equilíbrio na relação “democracia-constitucionalismo”, a ponto de acolher naturalmente a eventual necessidade de os direitos (constitucionais) se sobrepujarem “às conclusões na política democrática regular”¹⁶, em caso de excessos das maiorias.

No entanto, isso deverá ser feito sem se olvidar de que, ao final, na relação entre democracia-constitucionalismo, ainda pende a balança em direção à vontade popular, o que se revela principalmente¹⁷ no fato de que, segundo ACKERMAN, em momentos extraordinários, de excitação política constitucional

doctrine the U.S. Supreme Court and the highest courts of every state have assumed the power and the responsibility of the acts of the legislative and executive branches of their respective jurisdictions.”

¹⁶ Id., *ibid.*, pp.15,16 e 17 – *vide* nota adiante com citação completa.

¹⁷ E também no fato de que aí se distingue Ackerman de Dworkin e de teorias similares, ao mencionar expressamente, como se verá adiante, que o *judicial review* poderá ser feito sem o auxílio de “princípios não-democráticos”, como aqueles invocados pelo que ele, Ackerman, denominada como teorias fundamentalistas de direito.

diferenciada em que o povo sai da “normalidade de seu privatismo de cidadão” (em que, por exemplo, emendas constitucionais são criadas), já não mais terá cabimento se falar de qualquer possibilidade de revisão judicial constitucional¹⁸.

Mas é preciso contextualizar tal posição, no âmbito do debate acadêmico norte-americano sobre o ponto, para que seja possível melhor apreciar seu valor. Assim, para compreender exatamente o seu alcance, é necessário prosseguir na classificação que o próprio Ackerman apresenta acerca dos grupos de acadêmicos que investigam e divergem, nos Estados Unidos, sobre a questão do significado da democracia e das possibilidades de atuação da prestação jurisdicional constitucional legítima, justamente frente aos limites estatuídos pelos contornos

¹⁸ O significado de tudo isso em termos de atuação jurisdicional, no que diz respeito ao tema em exame, tenta ser explicitado pelas seguintes colocações de HABERMAS: “Num contexto análogo, *Bruce Ackerman* reage a essa tensão externa entre facticidade e validade, introduzindo a *Supreme Court* como mediadora entre o ideal e a realidade. Ele propõe que interpretemos o vaivém das inovações políticas, seguindo o modelo kuhniiano do desenvolvimento da ciência. Do mesmo modo que os fazeres ‘normais’ da ciência só são interrompidos raramente por ‘revoluções’ que permitem introduzir novos paradigmas, assim também o andar normal do empreendimento político automatizado burocraticamente: ele corresponde à descrição liberal de uma luta pelo poder, conduzida estrategicamente e dirigida pelo interesse próprio. *Somente quando a história se torna quente, ou seja, em ‘momentos de excitação política constitucional’, ‘o povo’ sai da normalidade de seu privatismo de cidadão, apropria-se da política que lhe é burocraticamente estranha e cria provisoriamente – como na era do New Deal – uma base de legitimação não prevista para inovações que apontam para o futuro. Esse modo vitalista de interpretar a autodeterminação democrática coloca a vontade popular, durante muito tempo latente, numa oposição à legislação institucionalizada dos representantes por ele eleitos. Durante esses intervalos, os juízes do Tribunal Constitucional Federal, no papel de guardiães de uma prática de autodeterminação atualmente silenciada e congelada nas rotinas do negócio parlamentar, devem assumir vicariamente os direitos de autodeterminação do povo: ‘The Court at last appears not as the representative of the People’s declared will but as representation and trace of the People’s absent self-government’[citando-se ACKERMAN, B. ‘The Starts Lectures: Discovering the Constitution’, in *Yale Law Review*, 93, 1984, 1013-1072. Cf. tb. Id. *We the People*. Cambridge, Mass., 1991.]” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol.I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 343-4.).*

de uma tal concepção prévia de democracia.

O autor americano em questão distingue, então, duas escolas de relevo neste debate, ambas divergindo da concepção dualista de democracia e Constituição por ele referida, em razão de distintos motivos: a escola dos “democratas monistas” e a daqueles que denomina como “fundamentalistas de Direito” – salientando-se, a título de proporcionar já desde o início um maior significado à tal divisão, segundo o ordinariamente conhecido em nosso meio acadêmico, que posto dentre os integrantes da primeira escola encontra-se o “procedimentalista” John Ely, sendo que no outro extremo deste espectro, no segundo grupo de pensadores, está o “substancialista” Ronald Dworkin.

No que se refere aos acadêmicos norte-americanos que seriam integrantes da primeira escola e que conceberia um modelo de democracia denominada por ele de “democracia monista”, bem como no tocante à essência de tal concepção, expõe ACKERMAN

No que diz respeito à escola moderna, os democratas monistas representam o mais alto escalão: WOODROW WILSON¹⁹, JAMES THAYER²⁰, CHARLES BEARD²¹, OLIVER WENDELL HOLMES²², ROBERT JACKSON²³, ALEXANDER BICKEL²⁴ e JOHN ELY²⁵. Esses entre muitos outros pensadores e práticos distintos, fizeram do monismo uma teoria dominante entre os constitucionalistas de renome no correr do último século. Em decorrência de todas essas

¹⁹ Obras de referência mencionadas na própria citação: WOODROW, Wilson, *Congressional Government* (1885); Woodrow Wilson, *Constitutional Government in the United States* (1907).

²⁰ JAMES THAYER, “*The Origin and Scope of me American Doctrine of Constitutional Law*”, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893).

²¹ CHARLES BEARD, *An Economic Interpretation fo the Constitution of the United States* (1913).

²² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 74 (1905) (HOLMES, J., divergências).

²³ ROBERT JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy* (1941); *Railway Express Co. V. New York*, 336 U.S. 106, 111 (Jackson, J.).

²⁴ ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (1962).

²⁵ JOHN ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

opiniões, surgem as complexidades. No entanto, *na sua essência, o monismo é muito simples: a democracia monista garante aos vencedores das últimas eleições a autoridade para a criação de leis no plenário – desde que, como requisito básico, as eleições tenham sido conduzidas segundo regras justas e livres, e desde que os vencedores não venham a impedir próximos turnos eleitorais desafiadores.*

Em outras palavras, essa idéia nos leva a uma conclusão institucional crítica: *no período entre eleições, todas as verificações institucionais sobre os vitoriosos elegíveis são presumidamente antidemocráticas.* Para os monistas de elite, essa seria somente uma presunção. Talvez, algumas restrições constitucionais possam evitar que os vitoriosos anulem uma eleição futura; ou talvez outras possam ser justificadas, considerando a forma como as eleições são ineficientes em cumprir os ideais da justiça eleitoral. Enquanto essas exceções podem ter grande importância prática, os monistas não deixam de ofuscar o aspecto principal: quando a Suprema Corte, ou qualquer outra, invalida uma norma, esse fato cria um “obstáculo contra-majoritário”, que deve ser superado antes que um bom democrata se demonstre satisfeito com legislação tão perfeita.

Nessa teoria, a onipresença reguladora é uma versão idealizada da prática parlamentar britânica.

(...)

No que diz respeito aos monistas, o sistema britânico é capaz de captar a essência da democracia. O único problema dos Estados Unidos, em questão, é a incapacidade de seguir o modelo transatlântico. Ao invés de conceder o poder monopolizado a uma única e popularmente eleita Casa de Representantes, os estadunidenses toleram grande insubordinação de ramificações cuja conexão eleitoral é suspeita ou inexistente. Enquanto o Senado dispõe de uma parcela de participação, o principal objeto é a Suprema Corte. Quem deu a nove velhos juristas a autoridade de contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos?²⁶

E, no tocante à visão de tais componentes da escola dita monista acerca do *judicial review*, ou seja, das possibilidades

²⁶ ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp.09-10 – destaquei.

da jurisdição constitucional numa democracia assim concebida, esclarece que, embora existentes, tal como concebidas por alguns de seus mais relevantes integrantes, a partir da variação decorrente de suas posturas políticas ou ideológicas, são bastante restritas, já por princípio

Há respostas monistas para essa questão [referindo-se a indagação acerca de quem teria dado autoridade a Suprema Corte para contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos] – que *tentam reconciliar a revisão judicial com as premissas fundamentais da democracia monista*. Assim, conservadores constitucionais como ALEXANDER BICKEL²⁷, políticos de centro como JOHN ELY²⁸ e progressistas como RICHARD PARKER²⁹ propuseram papéis para a Suprema Corte com a finalidade de operar premissas monistas.

(...)

[Contudo] Digamos que esses [os monistas] são hostis aos direitos, pelo menos por meio da visão dos fundamentalistas.

A bem da verdade, somente quando a Suprema Corte começa a invalidar leis em nome dos direitos fundamentais, os monistas começam a se preocupar com o ‘obstáculo majoritário’, que requer revisão judicial presumivelmente ilegítima.

[e prosseguindo em nota] Não que os monistas necessariamente se oponham a todos os exercícios de revisão judicial. Como sugeri, a escola tem sido bastante ingênua ao justificar a tutela judicial de um ou de outro direito como instrumento para o funcionamento democrático do regime. *Vide* autores citados....³⁰

Para demonstrar, de forma exemplar e direta esta postura, pode-se tomar as considerações lançadas por um dos expoentes

²⁷ Obras de referência mencionadas na própria citação: *Vide* ALEXANDER BICKEL, supracitado n.6; Alexander Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* (1970).

²⁸ JOHN ELY. Supracitado n.7.

²⁹ RICHARD PARKER, “*The Past of Constitutional Theory-And Its Future*”, 42 Ohio St. L.223 (1981).

³⁰ ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp.10-11 e 14 – destaquei.

desta postura, JOHN HART ELY, já na abertura de sua clássica obra, *“Democracy and Distrust: a theory of judicial review”*³¹, ao abordar a contenda acerca desta matéria, no âmbito estadunidense, entre correntes denominadas de “interpretativistas” e “não-interpretativistas”³². Diz ELY que há dificuldades em conciliar a questão do *judicial review* com uma teoria que acolha a forma de governo da democracia representativa,

³¹ ELY, JOHN HART. *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980.

³² ELY, *Democracy and distrust...op.cit.*, p. 1 (onde o autor menciona que “*Today we are likely to call the contending sides ‘interpretivism’ and ‘noninterpretivism’...*”, ao tempo que esclarece em nota que “*‘activism’ and ‘self-restraint’ are categories that cut across interpretativism and noninterpretativism, virtually at rights angles.*”) e ss., no capítulo “*The Allure of Interpretativism*”. DWORKIN critica essa forma de distinção no seu “O Império do Direito”, mencionando expressamente a obra e o trecho de ELY, utilizados aqui, bem como escritos de M.PERRY, R.BORK e THOMAS GREY, nos seguintes termos: “A erudição acadêmica explorou uma distinção diferente que divide os juízes em dois campos: o interpretativismo e não interpretativismo. Esses rótulos são também extremamente enganosos. Sugerem uma distinção entre os juízes que acreditam que as decisões constitucionais devam basear-se somente, ou principalmente, na interpretação da própria Constituição, e outros para os quais deveríamos fundamentá-las em bases extraconstitucionais. Esta é uma forma acadêmica do grosseiro equívoco popular de que alguns juízes obedecem à Constituição e outros a desconsiderem. É um erro que ignora o caráter filosófico do Direito como interpretação. Qualquer juiz consciencioso, em qualquer destes campos opostos, é um adepto da interpretação em seu sentido mais amplo: cada um tenta impor a melhor interpretação a nossas estrutura e prática constitucionais, para poder vê-las em sua melhor perspectiva. Divergem sobre qual seja a melhor interpretação, mas é um erro analítico, uma infecção localizada deixada pelo aguilhão semântico, confundir isso com uma divergência quanto a se o julgamento da constitucionalidade deve ser interpretativo. *Os grandes debates sobre o método constitucional são debates dentro da interpretação, não a respeito de sua importância.* Se um juiz acha que as intenções dos fundadores da Constituição são muito mais relevantes do que um outro acredita que são, isso é resultado de uma divergência interpretativa mais fundamental. O primeiro acha que a equidade ou a integridade exige que qualquer interpretação bem fundada corresponda ao estado de espírito dos fundadores; o último não concorda. Ainda assim, é bastante fácil corrigir a distinção acadêmica do modo que segue. *Podemos utilizar o termo ‘historicista’ para nos referir ao que ela chama de interpretativista.* Um historicista, dizemos agora, *decidiu-se por um tipo de prestação jurisdicional em matéria constitucional que limita as interpretações aceitáveis da Constituição aos princípios que exprimem as intenções históricas dos fundadores.*”(O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.431-2.-destaquei.).

como ocorre nos Estados Unidos, quando se considera que “most of the important policy decisions are made by our elected representatives (or by people accountable to them)”, enquanto “judges, at least federal judges (...), are not elected or reelected”³³.

(...) Thus the central function, and it is at the same time *the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like*. That may be desirable or it may not, depending on the principles on the basis of which it is done. (...)

This, in América, is a charge that matters. *We have as a society from the beginning, and now almost instinctively, accepted the notion that a representative democracy must be our form of government*. The very process of adopting Constitution was designed to be, and in some respects it was, more democratic than any that had preceded it. The Declaration of Independence had not been ratified at all, and the Articles of Confederation had been ratified by the various states legislatures. The Constitution, however, was submitted for ratification to ‘the people themselves’, actually to ‘popular ratifying conventions’ elected in each state. (...)

The document itself, providing for congressional elections and prescribing a republican form of government for the states, expresses its clear commitment to a system of representative democracy at both the federal and state levels. Indeed, and this surely is remarkable, no other form of government was given more than passing consideration. *A passage from Federalist 39 – and remember, ‘The Federalist’ was propaganda, designed to assure ratification –, testifies eloquently to the day’s assumed necessities of effective argument: (...)* it is ‘essential to such government that it be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion or a favored class of it...’. Federalist 57 elaborates:

‘Who are to be the electors of the federal representatives? Not the rich, more than the poor; not the learned, more than the ignorant; not the haughty heirs of distinguished

³³ ELY. *Democracy and Distrust...Op.cit.*, p.4.

names, more than the humble sons of obscurity and unpropitious fortune.

The electors are to be the great body of people of the United States. They are to be the same who exercise the right in every State of electing the corresponding branch of the legislature of the State’.

It is also instructive that once the Constitution was ratified virtually everyone in America accepted it immediately as the document controlling his destiny. Why should that be? Those who had opposed ratification certainly hadn’t agreed to such an arrangement. It’s quite remarkable if you kind about it, and the explanation has to be that *they too accepted the legitimacy of the majority’s verdict*.³⁴

Como se vê, confirma-se pela exposição de ELY que a corrente “monista” realmente acolhe uma posição que concebe a relação democracia-constitucionalismo em termos negativos ou pouco otimistas, considerando o *judicial review* como não mais do que uma espécie de “mal muito eventualmente necessário”, e, por isso mesmo, algo a ser restrito apenas a alguns casos muito particulares e extremos³⁵. Tudo isso revela, ao fim,

³⁴ ELY. *Democracy and Distrust...* Op.cit., pp.4-6 – destaquei..

³⁵ Na verdade, HABERMAS, dá indicações mais precisas sobre a posição de ELY, propriamente dita: “A concepção cética de J.H.ELY procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética geral. *Ely parte da ideia de que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais.* No seu entender a substância da constituição não reside em regulamentos materiais e sim formais (...). *Se a ‘Supreme Court’ tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, ‘em primeira linha’, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático.* O 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: *‘unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about’* [citando-se, ELY, *Democracy and Distrust...*, p.117].” (*Direito e Democracia...*, op.cit., p.326 -destaquei). “Por isso” – prossegue HABERMAS –“, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no

que aqui se dá agasalho a uma concepção bastante estreita de democracia, concepção esta que procura se ater ao máximo ao princípio majoritário, precisamente por acreditar que a Constituição estadunidense, já historicamente, definiu que a democracia acolhida pelos norte-americanos deve ser e é aquela exclusivamente comprometida com os dogmas ideais de uma *democracia puramente representativa*.

Então, há divergência entre dualistas e monistas porque “na confrontação com o monismo, o principal objetivo dos dualistas é romper o elo rígido que os monistas construíram entre duas idéias distintas: ‘democracia’, de um lado e ‘soberania parlamentar’”, de outro. E prossegue, Ackerman, asseverando que “tanto quanto os monistas os dualistas também são democratas”, já que eles “acreditam que o povo constitui a autoridade maior nos Estados Unidos”. A discordância entre as duas visões acadêmicas residiria apenas quanto ao “modo normalmente utilizado pelos políticos eleitos para legislar em nome do povo”³⁶ – já que os dualistas, como melhor será visto adiante, “dão espaço (...) para que os ‘direitos triunfem’³⁷ [em

níveis das corporações parlamentares...Ely imprime um rumo procedimental inesperto à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. (...) *Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar o ‘judicial self-restraint’.* Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. (...) *O ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma ‘compreensão paternalista’ do controle jurisdicional de constitucionalidade, a qual se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria.*” (Op.cit., pp.328-329 - destaquei).

³⁶ ELY. *Democracy and Distrust*...Op.cit., p. 13.

³⁷ Não é por outro motivo, aliás, que HABERMAS, defensor de tese severamente procedimentalista, acerca do papel dos Tribunais nestas questões, sustenta crítica a ACKERMAN nesse ponto em particular, ao afirmar que sua tese permite o retorno, ao final, a um paternalismo judicial que é repellido por ELY: “Como lugar-tenente republicano das liberdades positivas que os próprios cidadãos, enquanto portadores ‘nomeados’ dessas liberdades, não podem exercer, o tribunal constitucional termina reassumindo um papel paternalista, que Ely condena através de sua compreensão paternalista da constituição [o que é sugerido quando ACKERMAN afirma que, afora aqueles momentos em que “a história se torna quente, ou seja, em ‘momentos

havendo necessidade] sem violar o compromisso rígido do monista com a primazia da democracia”.³⁸

Já no que se refere ao segundo grupo de intelectuais, denominados por ACKERMAN de “Fundamentalistas de Direito”, a divergência com os dualistas é outra e se encontra posta nos termos do que segue, o que nos dizeres daquele autor encaminha a noção acerca da essência caracterizadora daquela corrente teórica, bem como a identificação de alguns de seus expoentes acadêmicos norte-americanos

Em oposição [às posições de primazia da democracia entendida como soberania popular, compartilhadas por monistas e dualistas], *a primazia da soberania popular é desafiada* por uma segunda teoria moderna. *Enquanto nenhum desses teóricos* [ditos fundamentalistas de direito] *nega completamente um espaço para os princípios democráticos* [ou seja, os fundamentalistas também seriam democratas, a seu modo], *seus anseios populistas são limitados por compromissos e direitos fundamentais*. Não é de se admirar que os adeptos dessa teoria divirjam no que diz respeito à identificação dos direitos considerados fundamentais. Conservadores como RICHARD EPSTEIN³⁹ dão ênfase ao papel fundamental do direito de propriedade; liberais como RONALD DWORKIN⁴⁰ valorizam o direito ao respeito e à atenção igualitária; coleti-

de uma excitação política constitucional”, quando o povo sai de seu “privatismo de cidadão” e decide autonomamente novos rumos, sem poder ser questionado pelo judiciário, devem os juízes do Tribunal Constitucional se prestarem a servir de guardiões dos direitos de autodeterminação do povo, frente às “rotinas do negócio parlamentar”].” (*Direito e democracia...*, op.cit., p.344).

³⁸ ACKERMAN, *Nós, o povo soberando...*, op.cit., pp. 15-6. Aliás, como depois melhor esclarece ACKERMAN, “...diferentemente do monista, ele [o dualista] não terá problemas em apoiar a idéia de que os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular”, como resultado de sua crença no fato de que “...a Corte deve apreciar a causa da democracia, quando essa preserva os direitos constitucionais contra a corrosão pelas elites politicamente ascendentes que mobilizam o povo, para apoiar a rejeição de princípios anteriores à criação da lei.” (Id., ibid., p.16).

³⁹ Obras de referência mencionadas na própria citação: RICHARD EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985).

⁴⁰ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, ch.5 91978); Ronald Dworkin, *Law's Empire*, caps. 10-11 (1986).

vistas como OWEN FISS⁴¹, apontam para os grupos menos favorecidos. Essas diferenças transparentes não nos devem cegar perante a idéia que os une. Quaisquer que sejam os direitos, somos unânimes em concordar que a constituição estadunidense, se encontra voltada, essencialmente e primordialmente para a proteção destes. Na verdade, a simples questão de possuímos direitos é ligada ao fato de fazermos uso das decisões tomadas pelas instituições democráticas, que devem legislar visando ao bem-estar coletivo. Para melhor visualizar esse traço comum, achei conveniente agrupar esses pensadores e denominá-los de ‘fundamentalistas de direitos.’⁴²

Por sua vez, o modo de os ditos “fundamentalistas de direitos” encararem o *judicial review* é afetado por esta visão particular da democracia e, pois, é bastante distinto daquele concebido pelos monistas, caracterizando-se, essencialmente pela maneira como encaram a possibilidade de que a Suprema Corte invalide leis, superando o chamado “obstáculo majoritário”, em nome de direitos fundamentais – quer dizer, quando uma legislação, ainda que democrática, encaminhe-se a “ratificar ações opressoras”. Segundo ACKERMAN, “quando ocorrem tais violações, o fundamentalista demanda a intervenção judicial apesar de negligenciar o princípio democrático.” Nesse contexto, então, os ditos “fundamentalistas de direitos” entenderiam que “os direitos se sobrepõem à democracia, desde que, obviamente, sejam direitos legítimos.”⁴³

Mas a explicitação das aproximações e distanciamentos entre as correntes monistas e fundamentalistas, feita por Ackerman, merece ser levada a termo em uma maior extensão e de forma mais minudente nesse ponto. Isso por que uma tal espécie de análise pode auxiliar na revelação do real significado destas distinções, em suas nuances e sutilezas, de um modo que por vezes passa despercebido das abordagens que se cen-

⁴¹ OWEN FISS, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5. Phil. & Pub. Aff. 107 (1976).

⁴² ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp.13-4 – destaquei.

⁴³ Id., *ibid.*, p.14 e 15- destaquei.

tram exclusivamente nas classificações gerais entre correntes procedimentalistas e substancialistas sobre a prestação jurisdicional num ambiente democrático – desconsiderando, inclusive, as especificidades e diferenças desta discussão quando tratada nos Estados Unidos ou na Europa, como melhor se verá adiante.

Assim, oportuno verificar o que o próprio RONALD DWORKIN, como um dos maiores expoentes da corrente dita por Ackerman como “Fundamentalista de direitos”, assevera acerca das possibilidades do *judicial review* frente (e mesmo em oposição) ao princípio da maioria

*Qualquer interpretação competente da Constituição como um todo*⁴⁴ deve, portanto, reconhecer, ao contrário das duas afirmações dos passivistas, *que alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as maiorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer.* A Constituição insiste em que a equidade, entendida do modo como o passivista deve entendê-la, *deve render-se a certos direitos fundamentais.*

(....)

*A equidade exige deferência para com as características estáveis e abstratas da cultura política nacional, isto é, não aos pontos de vistas de uma maioria política local ou passageira apenas por haverem triunfado em uma ocasião política específica.*⁴⁵

O princípio da maioria, pode, pois, conforme antes já havia sido afirmado, ser amplamente suplantado à vista de determinadas violações relevantes a direitos fundamentais constitucionalmente postos.

No entanto, esse forte pendor da relação democracia-constitucionalismo em direção ao último termo, encontrado na

⁴⁴ Acerca da “exigência de integridade constitucional” na interpretação da Constituição, cf. os esclarecimentos introdutórios de DWORKIN em *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.15-17.

⁴⁵ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.450 e 451. - destaquei.

visão de Dworkin sobre o tema, não pode ser confundido com um desprezo pela democracia em seu sentido mais restrito (de acolhimento da soberania popular para a condução política), ou com a autorização da pura e simples substituição dos juízos populares pelos juízos de uma “elite” judicial.

Isso por que, mesmo aí, há marcados limites para a atuação judicial revisional e eles nem de longe implicam a abertura da tese de Dworkin a ativismos arbitrários. Pelo contrário. Basta ver que aquele autor tece críticas tanto ao que denomina de “passivismo” quanto ao chamado “ativismo” judicial (no sentido de expressão de discricionarismo). Em verdade, DWOR-KIN apresenta o “direito como integridade” como via complexa alternativa a estes extremos, eis que é “sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, a uma conceção de equidade como convém a uma Constituição”

Podemos resumir. O passivismo⁴⁶ parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando

⁴⁶ É próprio DWOR-KIN quem esclarece sobre o alcance da expressão “passivismo” (*O Império do Direito*, op.cit., pp.441 e ss.): “É preciso distinguir o historicismo de uma teoria ainda mais influente da prática constitucional que chamarei de ‘passivismo’. Seus partidários distinguem entre o que chamam de abordagem ‘ativa’ e ‘passiva’ da Constituição. Os juízes ‘passivos’, dizem eles, mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os ‘ativos’ declaram essas decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que é tirania. Eis aqui uma afirmação e uma defesa representativas da doutrina passivista: ‘As grandes cláusulas constitucionais que nossos irmãos ativos invocam para anular o que foi feito pelo Congresso, pelo presidente ou pela legislação de algum estado são apresentadas em uma linguagem muito genérica e abstrata. Todos terão uma opinião diferente sobre o que querem dizer. Seu sentido também não pode ser determinado, do modo como pensam os historicistas, mediante uma consulta às intenções concretas dos fundadores, pois estes freqüentemente não tinham intenções pertinentes, e não temos um modo confiável de descobrir quais eram suas intenções. Em tais circunstâncias, a teoria democrática insiste em que as próprias pessoas devem decidir se a Constituição proscreve a segregação, assegura a liberdade de aborto ou proíbe a pena de morte. Isso significa atribuir ao Estado e aos legislativos nacionais a última palavra sobre estas questões. As pessoas só podem contrariar a Suprema Corte mediante o processo complicado e improvável de emenda constitucional, o que de qualquer modo exige muito mais do que uma maioria simples. Podem modificar o legislativo da eleição seguinte.’”

tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura⁴⁷, seus fundamentos intelectuais tornam-se inva-

⁴⁷ Sobre o ponto, esclarece DWORKIN (*O Império do Direito...*, op.cit., pp.443 e ss.): “Mas essa afirmação do passivismo mistura problemas diferentes, e nosso exame deve começar pela distinção entre eles. A afirmação [destacada na citação anterior do corpo do texto] parece dirigir-se a *três questões diferentes ao mesmo tempo. A primeira, é a questão da aprovação. Quem deve fazer a Constituição? O direito fundamental deve ser escolhido por juízes que não foram eleitos, mas nomeados por toda a vida, ou, de algum modo mais democrático, por legisladores eleitos pelo povo perante o qual se torna responsável? A segunda questão é de competência. Que instituição, no sistema político norte-americano, tem autoridade para decidir o que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? A terceira é a questão jurídica. O que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige?* Alguns passivistas pensam estar respondendo à segunda questão; a maioria age como se estivesse respondendo à primeira. Mas a terceira, a jurídica, é aquela à qual se deve dirigir se pretendem que a sua teoria tenha alguma importância prática.” E na tentativa de então desemaranhar estas questões, prossegue DWORKIN: “O caso ‘*Marbury vs. Madison*’ decidiu a segunda [a questão da competência], a questão da competência, pelo menos para o futuro previsível: a *Suprema Corte, queira ou não, deve decidir por si mesma se a Constituição proíbe que os estados criminalizem o aborto em certas circunstâncias*. O passivismo afirma que a Corte deve exercer esse poder ao adotar como sua a resposta do legislativo, mas esse conselho só se sustenta se decorrer da resposta à terceira questão, à jurídica. Se a resposta certa a essa questão afirmar que a Constituição realmente proíbe que os estados criminalizem o aborto, então submeter-se à opinião contrária de uma legislatura significaria ‘emendar’ a Constituição exatamente da maneira que o passivismo considera estarrecedora. A primeira questão, a da aprovação, depende da terceira, a jurídica, exatamente do mesmo modo. Os passivistas denunciam a criação judicial de normas de nível constitucional; afirmam que a democracia significa que o povo deve criar o direito fundamental. Mas a relevância dessa atraente proposta pressupõe, uma vez mais, uma resposta à terceira questão, a jurídica. Se a Constituição, devidamente interpretada, não proíbe a pena de morte, então certamente um juiz que declarasse ser inconstitucional que os estados executem criminosos estaria mudando a Constituição. Mas se a Constituição, devidamente interpretada, de fato proíbe a pena de morte, um juiz que se ‘recusasse’ a anular leis estaduais que estabelecessem as penas de morte estaria mudando a Constituição por decreto, usurpando autoridade em desafio ao princípio constitucional.

A questão de direito [terceira], em outras palavras, é inevitável. Devemos entender o passivismo para declarar que, juridicamente, as cláusulas abstratas da Constituição não concedem aos cidadãos ‘nenhum’ direito, a não ser os direitos concretos que, indiscutivelmente, decorrem somente da linguagem destas cláusulas. De outro modo, toda sua indignação sobre a usurpação judicial, todo o seu fervor pela democracia serão irrelevantes à prática jurídica, uma profusão de pistas falsas.” (Op.cit., p.443-4 – destaquei.). E é precisamente por isso que ele não se sustenta, na visão de DWORKIN.

riavelmente mais frágeis. Deve ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria idéia de direitos constitucionais, é a virtude essencial mais importante. *Se rejeitarmos essas idéias nada atraentes, rejeitaremos também o passivismo.* Isso significa que devemos aceitar a teoria contrária, a teoria bicho-papão que os passivistas chamam de “ativismo”?

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por ‘fiat’, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa (...). Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: *o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de cada juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo*⁴⁸,

⁴⁸ Importante referir a conclusão de DWORKIN, após argumentar contra o historicismo e o passivismo, a respeito deste exame feito sobre o estado da teoria constitucional acadêmica nos Estados Unidos, ao tempo da elaboração da obra *O Império do*

*não cede espaço algum à tirania.*⁴⁹

Mas o que é mais significativo nesse ponto é que, ao fim e ao cabo, Dworkin, a partir de uma interpretação do direito como integridade⁵⁰, estribando-se na valorização da idéia de

Direito: “O passivismo e o historicismo não podem oferecer uma boa interpretação. Podemos aprender com seu fracasso: *devemos desconfiar de qualquer estratégia interpretativa apriorística*, fixada numa orientação estreita e formada pela justaposição de idéias, para decidir o que é uma constituição.” (Op.cit..., p.453 – destaquei). E, adiantando-se algo que será visto com mais fôlego adiante, e que merece reflexão a partir da advertência de Dworkin: o que tem vingado, contemporaneamente, em nosso meio jurídico nacional, senão uma forte intenção e prática voltada às estratégias interpretativas apriorísticas?

⁴⁹ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.451 e 452. - destaquei.

⁵⁰ Cf., para uma *discussão geral da integridade no direito*, *Law's Empire*, ou *O Império do Direito*, op.cit, mormente nos capítulos VI (“Integridade”, pp.213 e ss.) e VII (“Integridade no Direito”, pp. 271 e ss.). Cf. ainda, sobre o mesmo assunto, o tópico “A integridade da lei”, em *O Direito da Liberdade...*, op.cit., pp.129 e ss.; e particularmente sobre a “*exigência de integridade constitucional*” na interpretação, cf. os seguintes esclarecimentos introdutórios: “...a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de ‘integridade’ constitucional... Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com as outras (Em outro texto, eu disse que *os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história* [vide *Law's Empire*, p.228, cf. nota n.7 do original].) Mesmo um juiz que acredite que a igualdade econômica é uma exigência da justiça abstrata não pode, em seu trabalho de interpretação, concluir que o dispositivo da igualdade de proteção significa que a igualdade de riqueza ou de propriedade coletiva dos meios de produção são exigências da Constituição, pois essa interpretação simplesmente não se harmoniza com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição. *O juiz também não pode, sem fugir à plausibilidade, pensar que a estrutura constitucional deixa a seus cuidados mais do que certos direitos políticos básicos e estruturais*. O juiz pode até ser de opinião de que uma sociedade verdadeiramente comprometida com a igualdade de consideração forneceria recursos especiais aos deficientes, ou garantiria a todos um acesso seguro a parques recreativos, ou ainda proporcionaria tratamentos médicos heróicos ou experimentais, por mais caros

princípios⁵¹ e num norte fundamental de dever de igual consideração entre as pessoas que deva acompanhar sempre o agir político⁵², revela que pensa a democracia (ou a relação demo-

e incertos que fossem, para qualquer pessoa cuja vida tivesse a mínima possibilidade de ser salva. Mas o juiz violaria a integridade constitucional se tratasse essas determinações como elementos do direito constitucional. *Os juízes devem se submeter à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor concepção, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história norte-americana.* Não lhes pede que sigam os ditames da própria consciência ou das tradições da própria classe ou do partido, caso esses ditames ou tradições não se enquadrem nesse conjunto histórico. *É claro que os juízes podem abusar de seu poder – podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la.* Mas o fato é que os generais, os presidentes e sacerdotes também podem abusar de seu poder. *A leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso. Saliento as restrições da história e da integridade por que elas demonstram o quanto é exagerada a queixa comum de que a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para impor a todos nós suas próprias convicções morais.*” (DWORKIN, R. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.15-17- destaquei).

⁵¹ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, capítulos 1-5, particularmente aqueles denominados “o modelo de regras I” e “o modelo de regras II”, destacando-se, ainda, o tópico “Regras, princípios e políticas”, pp.35 e ss., para algumas definições e distinções importantes (particularmente, entre regras e princípios, pp.37 e ss., e entre “políticas” e princípios (p.36).

⁵² Cf. DWORKIN, *O Direito da Liberdade...op.cit.*, p. 26: “*O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito.*” (destaquei). Sobre a relevância da noção de “direito ao igual respeito” na visão de Dworkin, cf. a análise que faz do tema à luz da teoria de RAWLS, em *Levando os Direitos a Sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2002), no capítulo “A justiça e os direitos”, particularmente às pp.279 e ss., onde destaca que o direito ao igual respeito, na teoria de Rawls, nem chega a ser um direito que emerge do contrato, mas é, antes disso, um “direito fundamental” que deve ser pressuposto, como “uma condição para a admissão à posição original” naquela teoria (p.279). Daí concluir ali que “podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito” (p.280) e que “*o pressuposto mais básico de Rawls não é o de que os homens tenham direito a determinadas liberdades que Locke ou Mill consideravam importantes, mas que eles têm direito ao igual respeito e consideração pelo projeto das instituições políticas*” (p.281-destaquei). A relevância dessa ideia ainda se mani-

cracia-constitucionalismo) de forma muito diversa daquela proposta por Ely.

A sua concepção do instituto é mais larga, já por princípio, do que aquela idealizada pelos defensores da democracia representativa extremada, em termos de um quase absoluto governo da maioria⁵³. Ela transcende o formalismo da democracia meramente representativa e se coloca numa dimensão que não exclui a regra majoritária, mas que vai bem mais além do que simplesmente tolerar a (excepcional) existência de um princípio contramajoritário (representado pelo relevo dado ao constitucionalismo na sua relação com a ideia de democracia em sentido mais estrito) na democracia.

Com efeito. Trata-se de uma compreensão de democracia que busca, precisamente a partir de uma *composição com o constitucionalismo* (com o princípio contramajoritário inerente ao *judicial review*), uma dimensão mais *substancial* (e não procedimental) daquela categoria política fundamental, agora compreendida de forma mais aberta e larga.

O que DWORKIN apresenta e defende, então, é uma *concepção constitucional de democracia*, em oposição a uma *concepção majoritária de democracia*⁵⁴ (como é a de ELY), segundo o que se extrai da seguinte passagem

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se

festará nas considerações a respeito da legitimidade política, segundo a visão de DWORKIN, onde a melhor defesa desta legitimidade vai ser encontrada “no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes”, o que engloba também essa necessidade de igual consideração, afim de que se possa conceber a existência de verdadeiras obrigações associativas, no campo político (Cf. *O Império dos Direitos*, pp. 237 e ss., especialmente pp.242-3, e pp.249 e ss., especialmente 249 e 257).

⁵³ DWORKIN denomina a sua concepção de democracia de “*concepção constitucional de democracia*” e não teme em afirmar expressamente: “*Vou defender agora uma explicação – que chamo de concepção constitucional de democracia, que efetivamente rejeita a premissa majoritária.*” (*O Direito da Liberdade...op.cit.*, p. 26 – destaquei).

⁵⁴ Cf. DWORKIN, *O Direito da Liberdade...op.cit.*, p. 29.

estabeleceu em definitivo. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias. As pessoas discordam acerca de quais técnicas de representação..., qual periodicidade eleitoral...e quais outros arranjos institucionais constituem a melhor versão possível da democracia. Porém, *por detrás destes conhecidos debates sobre a estrutura da democracia, existe, na minha opinião, uma disputa filosófica acerca do 'valor' ou 'objetivo' fundamental da democracia; e uma determinada questão abstrata é crucial para essa disputa, embora isso nem sempre seja reconhecido. Devemos aceitar ou rejeitar a premissa majoritária?*

A premissa majoritária é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos deles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e tempo suficiente para refletir

(...)

Se rejeitarmos a premissa majoritária, precisaremos de uma explicação diferente, e melhor, do valor e da finalidade da democracia. Vou defender agora uma explicação que chamo de *concepção constitucional da democracia* – *que efetivamente rejeita a premissa majoritária*. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. *O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito*. É certo que essa explicação alternativa exige uma estrutura de Estado muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. *Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da*

*maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia, e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral.*⁵⁵

E conclui DWORKIN

Em suma, a *concepção constitucional da democracia* assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições ‘democráticas’ – de igualdade de ‘status’ para todos os cidadãos. *Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.*⁵⁶

Há de se dizer, de resto, que a par de isso acarretar uma relativização mais ampla do princípio majoritário – o que, na visão de Ackerman, nos termos do historicamente posto na Constituição americana, seria questionável -, ou mesmo um deslocamento do eixo de compreensão da função e valor de tal princípio na democracia, acarreta ainda a necessidade de recurso aos clássicos da filosofia política para o fim de encontrar o suporte necessário a suas ideias. E essa aparente substituição da sabedoria popular da maioria, por uma orientação a partir dos pensadores da política, também enseja críticas, no âmbito do debate americano. Diz ACKERMAN, a respeito deste relevante ponto⁵⁷

Enquanto os monistas mencionam uma série de americanos, desde Wilson e Thayer até Frankfurter e Bickel, os fundamentalistas valorizam os escritores filosóficos, posteri-

⁵⁵ Cf. DWORKIN, *O Direito da Liberdade...*op.cit., pp.24 e 26. - destaquei.

⁵⁶ Cf. DWORKIN, *O Direito da Liberdade....*,op.cit., p.27. - destaquei.

⁵⁷ Cf. ACKERMAN, *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional....*op.cit., pp. 14-15 – destaquei.

ormente removidos no tempo e no espaço – tendo KANT (por meio de RAWLS) e LOCKE (por meio de NOZICK), atualmente representado as mais importantes fontes de inspiração.

(....)

Entretanto, há um problema nesse contexto. Na verdade, é a ansiedade com relação à definição arbitrária de direitos que induz dos pensadores fundamentalistas a recorrer a grandes filósofos como Kant e Locke, em um esforço de interpretar a Constituição. Se cabe aos juízes evitar a arbitrariedade na definição de direitos fundamentais, não deveriam eles tirar vantagens das mais profundas reflexões sobre o assunto, disponíveis na tradição ocidental?

Para o monista, esse enfoque dado aos grandes livros é, portanto, outro sintoma do desvio antidemocrático dos fundamentalistas. Quaisquer que sejam os méritos dos filosóficos do discurso fundamentalista, este é invariavelmente esotérico, ligado a autores e doutrinas que a maioria das pessoas com grau universitário astuciosamente evitaram em sua vida acadêmica. Esse discurso exaltado sobre Kant e Locke apenas ressalta o elitismo notório que anula as questões fundamentais do processo democrático [alega o monista].

Essas objeções raramente convencem o fundamentalista. Elas simplesmente surgem para gerar mais ansiedade sobre a facilidade com a qual a democracia monista pode ser banida pela irracionalidade demagógica. E assim, o debate continua, com os dois lados discutindo entre si: a democracia contra os direitos e os direitos contra a democracia, sem que se mude a opinião de ambos.

Veja-se, nesse passo, o quão mais profundas são as divergências entre tais correntes, do que se poderia supor a partir de uma análise mais superficial de sua mera qualificação como tendentes a um procedimentalismo ou a um substancialismo jurisdicional. Anote-se, ainda, o quanto mais complexa (e rica) parece apresentar-se esta questão toda à luz do exame dos pressupostos da discussão acerca do *judicial review*, ou seja, à luz do exame das concepções de cada corrente acerca de democracia, à partir da compreensão do que a Constituição americana consagra a esse respeito.

De qualquer sorte, é interessante destacar ainda, a esta al-

tura, que este debate já permite definir a existência de um papel certo e relevante do Judiciário na democracia contemporânea, mesmo no âmbito das mais restritivas correntes americanas acerca dos limites da legitimidade da prestação jurisdicional, que não pode ser mais ignorado ou minorado.

Ainda que se restrinja a democracia à sua dimensão representativa, ainda que se acolha a posição da regra majoritária como quase absoluta, não se pode razoavelmente deixar de considerar a necessidade de uma intervenção judicial relevante em situações mais extremas, eis que até mesmo os ditos monistas americanos acolhem a possibilidade do *judicial review* em determinadas situações. Especialmente em situações de se garantir um papel contramajoritário essencial à jurisdição constitucional, como no caso das violações de direitos de minorias, há a compreensão de que deva haver alguma forma de intervenção judicial para a garantia da democracia, no âmbito do que prevê a Constituição americana.

Nesse sentido é a postura do próprio JOHN HART ELY. Senão veja-se o que consta a respeito do ponto em seu clássico “*Democracy and distrust*”, ao se admitir a necessidade de certos mecanismos para o combate de sobreposições indevidas da maioria sobre a minoria, apesar de todas as advertências de que isso deve se dar de forma contida e de que “rule in accord with the consent of a majority of those governed is the core of the American governmental system”⁵⁸, seja já no primeiro capítulo da obra, seja, de forma mais completa no seu capítulo 6, intitulado “Facilitating the representation of minorities”⁵⁹.

O ponto nodal deste tema, entretanto, é indagar, então: o argumento que justifica uma maior ou menor restrição da atuação jurisdicional, e, pois, que dá suporte aos entendimentos mais ou menos limitados acerca da legitimidade da prestação

⁵⁸ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano*...., op.cit., ao longo das pp. 6,7 e 8 – citação extraída da p.7.

⁵⁹ Id., *ibid.*, pp.135 e ss.

jurisdicional, no âmbito já restrito desta discussão, é extraído de onde, de que compreensão da democracia? E de que Constituição ou interpretação da Constituição se extrai, por sua vez, essa noção de democracia?

É aí que se revela a origem da restrição das correntes monistas ao *judicial review*, por exemplo. Os ditos monistas concebem a intervenção judicial sempre como um mal, ainda que eventualmente necessário, por que partem sempre do pressuposto de que o dito “obstáculo majoritário” torna a revisão judicial presumivelmente ilegítima, até prova em contrário⁶⁰. A sua compreensão restritiva de democracia, e a sua interpretação de que é a democracia representativa que está resguardada e prevista pela Constituição norte-americana – e não outra qualquer –, é que autorizam esse ponto de vista.

Já os fundamentalistas não encontram razão para dar um tão amplo respeito ao princípio majoritário da democracia. Sua visão a respeito desta temática é precisamente oposta a esta sobrevalorização do princípio majoritário, como se viu. Isso porque, para eles, segundo Ackerman, a Constituição e a proteção aos direitos se encontram em primeiro lugar, à frente das possibilidades derivadas da política democrática regular⁶¹. Ou por outra: o *judicial review* não é concebido como uma espécie de mal necessário, que deva ser tão absolutamente restrito quanto concebem os monistas, que o tem por aceitável apenas para situações extremas de assecuração um papel mínimo de balanço contramajoritário cabível ao judiciário. Ele pode e deve ser tomado como instrumento de mais larga proteção aos direitos fundamentais postos na Constituição⁶² e, de certo mo-

⁶⁰ Id., *ibid.*, p.14.

⁶¹ Id., *ibid.*, pp. 16 e 17. Diz ACKERMAN que para os fundamentalistas “...os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular” (p.16) e que “a Constituição [para eles] encontra-se em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões.” (p.17).

⁶² Direitos estes tidos por DWORKIN como *trunfos contra a maioria*, como bem refere o constitucionalista português REIS NOVAIS, que menciona que a ideia

do, à própria democracia concebida de uma forma algo mais ampla do que aquela exposta pela simples consideração da regra da maioria como elemento central (e quase único) de caracterização desta forma de governo.

É, pois, uma concepção de *democracia constitucional*, em oposição a uma concepção majoritária de democracia, que garante uma legitimidade da prestação jurisdicional constitucional mais larga, para se utilizar aqui a visão de Dworkin sobre o tema⁶³. E, aliás, é precisamente neste contexto, inclusive, que se apresenta a célebre abertura aos princípios – já mencionada

originária de Dworkin é que “ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes.” Aliás, a proposta de REIS NOVAIS para compreender esta noção é a seguinte, conforme deflui do que expõe ao tratar os “direitos como trunfos contra a maioria”, especificando o “sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático” (Capítulo I), em sua obra *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria* (Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.17): “Propomo-nos fazer aqui uma reflexão sobre as relações complexas entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, recorrendo basicamente à ideia originária de DWORKIN segundo a qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes. Aplicada ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que o outro ‘jogador’ é o Estado, já que primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, à final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição –dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre Estado de Direito e democracia”.

⁶³ Diz DWORKIN: “Temos de examinar o que está por detrás da democracia a fim de considerar à luz dessas virtudes e valores mais profundos, *qual concepção de democracia – a concepção majoritária, baseada na premissa majoritária, ou a concepção constitucional que a rejeita – é a mais sólida.*” (*O direito da liberdade...*, op.cit., p.29 – destaquei.).

antes -, como possibilidade ampliativa de uma tal atuação judicial em casos em que se verifique a necessidade de intervenção judicial nestes moldes – embora, desde logo se adiante, a própria distinção feita por Dworkin entre princípios e “policies”⁶⁴ já bem demonstre que mesmo este autor, no âmbito da Constituição e realidade americana, entende limitada esta possibilidade de intervenção judicial democraticamente legítima, na orientação da vida em sociedade e particularmente na realização de políticas públicas, com se verá.

Ora, bem postas estas questões, passa a ser possível a melhor compreensão da própria posição de BRUCE ACKERMAN⁶⁵ acerca da democracia estadunidense e das possibilidades do *judicial review* naquele contexto, por comparação. E isso se dá a partir da resposta que aquele autor engendra à seguinte indagação que formula na sua obra ora em foco: “Como a introdução do dualismo modifica a forma desse campo controverso que nos parece familiar? – referindo-se ao debate continuado entre as duas correntes de pensamento já examinadas, onde se estabelecem as polarizações do tipo “a democracia contra os direitos e os direitos contra a democracia”⁶⁶. Diz ACKERMAN que, nesse ponto, o dualismo oferece

(...) uma estrutura que permite a ambos os lados acomodar, para não dizer todos, mas alguns de seus interesses. O primeiro recurso mediador é o sistema de mão-dupla da criação da lei. Ele dá espaço à visão fundamentalista para que os ‘direitos triunfem’ sem violar o compromisso rígido monista com a primazia da democracia. (...) Como verificamos, o dualista acredita que a Corte deve apreciar a causa da democracia, quando essa preserva os direitos constitucionais contra a corrosão pelas elites politicamente ascendentes que mobilizam o povo, para apoiar a rejeição de princípios anteriores à criação da lei. Assim, diferentemente do monis-

⁶⁴ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério...*, op.cit., p.36.

⁶⁵ Que tenta, assumidamente, uma relativa conciliação entre as posições divergentes, como se verá em seguida.

⁶⁶ Cf. ACKERMAN, *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional...*op.cit., p. 15.

*ta, ele não terá problemas em apoiar a idéia de que os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular. Ele poderá fazê-lo, entretanto, sem o auxílio de princípios não-democráticos proferidos pelos fundamentalistas de direitos. Desta forma, o dualista oferece uma reconciliação mais efetiva da democracia e dos direitos daqueles que encontram propriedade nos dois pólos do debate.*⁶⁷

Mas como precisar melhor em que exatamente, afinal, o dualismo seria distinto do “fundamentalismo de direitos”, então, e, mais do que isso, no que supostamente seria “melhor”, já que sua posição parece mais se aproximar de uma preocupação que se distância, sob certa perspectiva, dos limites mais puramente procedimentalistas da prestação jurisdicional constitucional – para utilizar-se aqui uma terminologia mais próxima da discussão brasileira - que parecem caracterizar a posição monista?

A resposta de Ackerman é corajosa e surpreendente: *quanto à distinção*, encontra-se fundamentalmente no fato de que, apesar de a posição dualista se preocupar com a assecuração de direitos constitucionalmente postos, *sua prioridade é a preocupação, antes de tudo, com a realização da vontade popular, apesar de todas as consequências extremas e deletérias* que é possível derivar desta firme posição de prevalência soberana desta vontade *acaso levada às últimas consequências* (v.g., no caso da prevalência das emendas constitucionais e impossibilidade de sua revisão judicial, como se verá adiante) – ao passo que os fundamentalistas, como adiantado, invertem essa prioridade: a preocupação daqueles seria antes com a garantia dos direitos fundamentais, do que com a soberania popular⁶⁸.

⁶⁷ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., pp.15,16 e 17- destaquei..

⁶⁸ Diz ACKERMAN: “Essa reconciliação [referindo-se ao trecho já transcrito no corpo do texto] evidentemente, não será suficiente para todos os adeptos das outras teorias conflitantes. O problema para o fundamentalista compromissado, sem dúvida, é o da superficialidade das fundamentações construídas pelos dualistas para a proteção de direitos. Admite o fundamentalista que o dualista aclamará a tutela de

Já quanto ao motivo para se preferir a posição da corrente dualista à dos fundamentalistas, assume Ackerman lisamente que ele deriva pura e simplesmente do fato de que, na ótica daquela corrente, *a Constituição dos Estados Unidos da América é que determina esta prioridade*. Vale dizer: *não há posição essencialista quanto ao ponto; a postura dualista não é essencialmente “melhor” ou mais aceitável de um ponto de vista da realização da democracia* (até porque justamente ao contrário, isso depende do conceito de democracia que se deva ter, segundo o que se procura defender neste estudo). A dita inversão de prioridade só é, então, “melhor”, no sentido de mais *adequada* ao estudo proposto por Ackerman, *porque, no entendimento daquele estudioso, é possível concluir que a Constituição estadunidense é estabelecida sobre bases dualistas, e não fundamentalistas*⁶⁹.

E é uma tal posição corajosa por que, como se adiantou, acaso levada às últimas consequências, coloca uma tal tese ante situações extremamente complicadas, como revela o próprio ACKERMAN, nos exemplos hipotéticos vertidos às páginas 17 e 18 de sua obra ora em foco

Um caso hipotético: suponhamos que o renascimento religioso, atualmente predominante no mundo islâmico, pudesse constituir a primeira onda de um grande despertar que envolvesse o Ocidente cristão. Uma rejeição generalizada

direitos se uma garantia for assegurada na criação da lei no grau superior. Mas essa é uma hipótese bastante imprevisível. E se o povo não adotar a legítimo Instituto legal? Deve a Constituição ser interpretada de modo a permitir a perpetração injusta da lei?

São as diferentes respostas a essa questão que *continuam a distinguir os dualistas dos fundamentalistas compromissados*.

Para os dualistas, a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei. Nesse sentido, a Constituição dualista é, antes de tudo, democrática, e posteriormente, asseguradora de direitos. O fundamentalista compromissado reverte essa prioridade: a Constituição encontra-se, em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões.” (Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional...op.cit., p. 17- destaquei).

⁶⁹ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., p.17.

contra o materialismo pagão mobilizando políticas de massa e que resultasse finalmente em um projeto de alteração parcial da Primeira Emenda Constitucional. Com o renascer do novo milênio, a Emenda XXVII seria proclamada por todo o território nacional com a seguinte redação:

‘O cristianismo é a religião nacional do povo estadunidense e os cultos públicos a outros deuses, de qualquer natureza, são proibidos nos termos desta Emenda.’

Este dispositivo constitucional proporcionaria uma transformação essencial na nossa herança jurídica constitucional, na mesma proporção, embora de um modo diferente, das conquistas realizadas pelos Republicanos da Reconstrução e pelos Democratas do ‘New Deal’ em gerações passadas. *No entanto, tal emenda desrespeitaria profundamente o próprio compromisso com a liberdade de consciência. Não obstante, se tivesse eu o infortúnio de ser um membro da Suprema Corte (servindo como mediador), não teria qualquer dúvida quanto à minha responsabilidade. Embora eu tivesse a convicção de que tal emenda de natureza religiosa estivesse inteiramente equivocada, deveria interpretá-la como parte integrante da Constituição estadunidense: somente se algum opositor do novo milênio oferecesse um projeto para convencer o Supremo do contrário, somente assim, deveria discutir o assunto com outros membros da Corte para rejeitar o pedido, ou demitir-me do meu cargo, e associar-me a uma campanha para convencer o povo estadunidense a mudar de idéia.*

No entanto, eu não seguiria o curso sugerido pelos fundamentalistas, ou seja, manifestar formalmente a minha opinião divergente negando a validade da alteração da Primeira Emenda. Além do mais, duvido que a maioria dos adversários americanos discorde dessa afirmação⁷⁰, mesmo en-

⁷⁰ Cita-se a seguinte passagem relevante, a respeito do ponto, no original (Op. cit., p.18, nota nº20): “O recente movimento contra a proposta ‘flag-burning amendment’ do Presidente Bush ilustra essa visão. *Nenhum opositor de renome sugeriu que a Primeira Emenda não pudesse ser validamente revisada*, embora a iniciativa de Bush atingisse o âmago da preocupação da Emenda com a livre expressão política. *Em vez disso, os opositores confiaram no bom senso do povo dos Estados Unidos e o persuadiram com sucesso a rejeitar essa agressão ao legado nacionalista de liberdade.*”

*tre aqueles que aderem ao fundamentalismo retórico.*⁷¹

Conclui Ackerman, então, que não importa que se chegue a este tipo de consequência⁷² extremamente indesejável, no caso de uma tal deletéria emenda constitucional: *no âmbito do previsto na Constituição dos Estados Unidos*⁷³, seria absurdo⁷⁴ pretender revisar uma tal decisão adotada democraticamente (precisamente num daqueles momentos de excepcional manifestação da vontade do povo para o fim de alterar a própria Constituição), por meio do *judicial review*, ante a *prioridade consagrada por ela à vontade popular*. “Nos Estados Unidos”, prossegue ACKERMAN, “*diferentemente do que ocorre na Alemanha, é o povo a fonte dos direitos; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer*”.⁷⁵

⁷¹ Id., *ibid.*, pp.17-18 - destaquei.

⁷² Embora Ackerman, mesmo aceitando estas sérias e negativas conseqüências do modelo americano de democracia e de constituição, quando levadas ao extremo, não deixe de lamentar que assim deva ser, nos seguintes termos: “*Falando como cidadão, não me alegra essa descoberta*. Eu, particularmente, acredito ser uma boa idéia impedir a revisão da Declaração de Direitos contra grupos majoritários americanos no futuro, envolvidos em algum paroxismo neonazista. *Todavia, de certo modo, o exposto apenas reforça o meu ponto de vista, que é o de esclarecer o espírito da Constituição como ela é, não como ela poderia ou não ser*. A menos que um movimento político tenha sucesso em estabelecer uma Declaração de Direitos moderna, o dualismo permanece como o melhor representante dos anseios da sociedade estadunidense, em comparação com qualquer outra interpretação fundamentalista. A constituição coloca a democracia em primeiro plano; contudo, não de maneira simplista, como supõem os monistas.” (Op.cit., p.20- destaquei).

⁷³ Interessante, nesse passo, o esclarecimento de ACKERMAN, em *Transformação do Direito Constitucional: Nós, o povo soberano*. (Belo Horizonte: Del Rey, 2009), no prefácio a esta edição brasileira de *We the people: transformations*, tentando chamar a atenção para a realidade específica americana: “O constitucionalismo nos Estados Unidos não se caracterizou por ser um movimento que, conforme estabelecido pela versão simplista, ‘jogou pelas regras’. Ele envolve um processo bem mais criativo de adaptações institucionais e teóricas em decorrência da prática de soberania popular das últimas gerações. *É somente ao manter a Constituição vinculada às práticas de autodeterminação populares que o governo norte-americano conseguiu manter a sua reivindicação de legitimidade no curso dos dois últimos séculos.*” (Op.cit., p.xxviii – destaquei).

⁷⁴ A expressão utilizada por Ackerman é exatamente esta. Cf. ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., p.19, linha 9.

⁷⁵ Id., *Ibid.*, p.20 – destaquei.

O que mais importa ressaltar nesse passo, contudo, para bem dimensionar como o contexto estadunidense se afasta neste ponto das possibilidades postas por Constituições ditas por ele como “fundamentalistas de direitos”, tal qual seria a da Alemanha, atualmente (e, *sob este ponto de vista*⁷⁶, *certamente a Constituição Federal brasileira de 1988*, considerada nestes termos, segundo parece possível concluir aqui). Segundo o próprio Ackerman, *seria absolutamente possível e admissível (mesmo um dever) a atuação da jurisdição constitucional da Corte Constitucional alemã no contexto do exemplo hipotético antes referido*.

Eis o excerto onde resta expressa tal postura

Esse desacordo jurídico não seria absurdo em outros países, mais notadamente na Alemanha moderna. Na Alemanha pós-nazista, *a nova Constituição da Alemanha Ocidental explicitamente declarou que uma extensa lista de direitos humanos fundamentais não poderiam ser constitucionalmente revisados, não obstante o número de alemães que a pudesse rejeitar. Diante desse ato consciente de preservação, seria absolutamente correto que a Corte Constitucional alemã emitisse um parecer, embora absurdo no contexto estadunidense, que derrubase uma emenda violando abertamente a liberdade de consciência. Mediante esta constituição fundamentalista, os juízes estariam dentro do seu direito de resistir: se a maioria política dominante insistisse na rejeição, seriam obrigados a substituir toda a constituição por uma outra, nova, perante a sua determinação de destruir os direitos fundamentais*.

Contudo, o exposto, simplesmente, deixa claro o quanto a América dualista se encontra distante, atualmente, da Alemanha fundamentalista. Até certo ponto, os Estados Uni-

⁷⁶ Como se verá em nota posterior, em que pese esta similaridade básica fundamental entre as constituições alemã e brasileira quanto a estes pontos específicos, que as distingue da americana, Streck parece entender não ser possível levar esta aproximação até o fim. Ou melhor, por mais específico: aquele autor parece divergir quanto à natureza dos vetores diretivos que se encontram fixados em cada uma destas constituições (na CF/88, exclusivamente princípios fixariam tais diretivas, dotando-a de caráter *exclusivamente deontológico*, sem espaço para uma dimensão axiológica – ao contrário do que se fixa, ou pelo menos se interpreta, para a constituição alemã, no que diz respeito a valores).

dos já são experientes quando se trata de manter contato com a teimosia alemã, dela obtendo resultado bastante negativos. Os fundadores tinham perfeito conhecimento da resistência em 1787, mas não se utilizaram desse recurso para servir à causa da liberdade dos homens. Eles empregaram esse aparato para solidificar o comércio de escravos, proibindo expressamente o povo estadunidense de criar emendas para impedir essa prática até o ano de 1808. Esse relato histórico pressupõe a inconsistência da interpretação fundamentalista mediante as premissas existentes no sistema estadunidense de legislar. *Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre na Alemanha, é o povo a fonte de direitos; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer.*⁷⁷

Tudo isso, a par de pôr fim a este brevíssimo esboço acerca das correntes acerca do papel e dos limites de legitimidade democrática da jurisdição constitucional no âmbito da realidade norte-americana, orientado pela visão de Ackerman⁷⁸, *leva a uma primeira conclusão fundamental sobre o ponto: a pura e simples transposição de conclusões procedimentalistas da academia americana, ou mesmo de certos limites mais rígidos a um exercício jurisdicional substancialista, no âmbito de um regime democrático, desconsideraria essa diferença fundamental apontada pelo próprio autor estadunidense. Ou seja: desconsideraria as peculiaridades da Constituição e das concepções norte-americanas de democracia.*

Ou ainda por outra, de forma mais ampla: só se pode de-

⁷⁷ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., pp.19-21 – destaquei.

⁷⁸ Sobre o ponto, diz ACKERMAN, ao final do capítulo 1, de *We the people: foundations*. (op.cit., pp.32-33), no tópico de conclusão: “...each of the rivals does illuminate some important aspects of the American Constitution. *The monist* is right to insist that our government is, first and foremost, based on democratic principles; *the foundationalist* is right to emphasize its protection of fundamental rights against normal political change; *the Burkean* is right to point out the historically rooted character of our constitutional tradition; and *the partisans of Hartz and Pocock* are right to see that America is distinctive in its embrace of special sort of liberalism and republicanism. *But it is only dualism that incorporates all these insights into a larger whole* – a whole that invites deepening reflection upon the distinctive strengths and weaknesses of the American Constitution, as it has come down to us over two centuries of debate and decision.” (Op.cit., pp.32-33-destaquei).

bater acerca da questão da legitimidade democrática da prestação jurisdicional constitucional – e, mais ainda, sobre os limites desta atividade, para que se mantenha nos lindes do que autorizado pela democracia - a partir da realização de uma revisão dos pressupostos mais basilares deste debate. Ou seja, a partir de uma indagação crítica acerca *de qual Constituição*⁷⁹ se está a tratar *e de qual é a concepção de democracia derivável do que se encontra previsto e autorizado pelo documento político em consideração*. Dito, ainda de outro modo: não é possível que se prossiga, como hoje, nos debates sobre os limites da legitimidade da prestação jurisdicional sem que se passe a questionar criticamente antes de tudo, no que consiste a democracia, nos termos do autorizado pela Constituição que dá os contornos políticos do Estado onde insiro um tal debate. Não é possível que se procure a definição de tais limites, *sem que antes haja um renovado exame crítico da essência dos conteúdos que lhe dão nome e corpo*.

Esta a revelação mais importante, supostamente óbvia, mas, entretanto, tantas vezes omitida e olvidada neste debate, que o exame das teses deste diferenciado constitucionalista norte-americano, neste momento e nos termos do ora apresentado, nos faz – de profundas e invulgares consequências para a discussão e reflexão proposta neste estudo, como se adianta.

Agora, sim, com a clareza desta nova percepção acerca da temática da legitimidade democrática da prestação jurisdicional constitucional, haurida do debate estadunidense envidado nos termos antes examinados, é que parece possível avançar para outras paragens, sem riscos do lugar comum e da ordinária

⁷⁹ Cf. STRECK, nesse sentido: “...não é possível falar, hoje de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado nacional e de sua inserção num cenário internacional. Do mesmo modo, não há ‘um constitucionalismo’, mas, sim, vários constitucionalismos. Ou seja, (...) é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional.” (Verdade e Consenso..., op.cit., p.16 – destaquei).

perda de direção no trato deste assunto.

3. BOSQUEJO SOBRE O DEBATE NA ALEMANHA (A PARTIR DE VISÕES DE HABERMAS SOBRE A MATÉRIA) E EUROPA. DIFERENÇAS PARA COM O DEBATE ESTADUNIDENSE⁸⁰. REFLEXOS PARA O BRASIL E PAÍ-

⁸⁰ Aliás, sobre a questão das diferenças de pressupostos mais remotos ou profundos acerca dos quais partem os debates nos distintos sistemas de direito ou ordenamentos, oportuno ressaltar o que aponta GUSTAVO ZAGREBELSKY ao se referir ao tema dos “límites do controle de constitucionalidade das leis” (*El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp.64-5): “Se da aquí una *situación paradójica: en Europa* – donde el proceso constitucional está construido sobre la doble exigencia de tomar en consideración no sólo los derechos, sino también el poder legislativo – no existe una cláusula de exención frente a la jurisdicción constitucional como la que, según la jurisprudencia norteamericana referente a las ‘justicability doctrines’, protege las ‘political questions’. Esto es así porque, en Europa, la jurisdicción constitucional nace propiamente como equilibrio entre ‘iura’ y ‘leges’ y, por tanto, no cabría concebir leyes que no entrasen en este equilibrio. Las leyes que pretendieran situarse al margen, en nombre de una incondicionada ‘razón de Estado’, no serían nada distinto a la superveniencia de un absolutismo legislativo del tipo de aquel característico del Estado de derecho legislativo del siglo XIX. Por ello, *las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes nunca pueden ser ajenas al control de constitucionalidad*. Pueden ser infundadas cuando la ley respecta la Constitución o cuando falta la norma constitucional de referencia (es decir, los casos de opciones legislativas constitucionalmente indiferentes). *En cambio, en Estados Unidos*, donde no se reserva al legislador ningún tratamiento específico en el control de las leyes, *opera el principio de separación de poderes, lo que permite impedir exorbitancias ‘políticas’ de los Tribunales, incluyendo el Tribunal supremo, en las cuestiones ‘inherently non justiciable’*. Esto no podría suceder en Europa, porque los Tribunales constitucionales son considerados generalmente al margen, o por encima, de la separación de poderes.

Pese las diferencias de principio entre los distintos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, ha habido – como se sabe – importantes pasos de aproximación. El Tribunal supremo de Estados Unidos es ahora el juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y, de otra parte, la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de la justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadounidense. Por otro lado, el propio sistema francés ha experimentado una espectacular evolución, todavía en curso, hacia una concepción ‘ordinaria’ de la justicia constitucional. *Ahora bien, las diferencias persisten y – como se ha tratado de mostrar – están vinculadas a la diferente relación entre ley y derechos originariamente instituida por la Constitución.*” (desta-

SES PERIFÉRICOS.

Partindo-se das últimas considerações, tem-se que quando a própria Constituição elege uma posição “fundamentalista” em termos de direitos – para se utilizar aqui a expressão de Ackerman, ainda que algo inadequada noutros contextos que não o especificamente americano- , não pareceria mais possível ignorar a impositividade de se considerar essa determinação na apreciação do que signifique a própria democracia frente a um tal ordenamento. Por consequência, também não seria adequado ignorar um papel mais destacado à jurisdição constitucional neste contexto, vez que a regra da maioria seria colocada, então, em uma posição absolutamente distinta daquela que encontra assento comum na (interpretação da) Constituição americana.

As últimas e fundamentais constatações remeteriam, então, para uma rápida discussão acerca do tema na Alemanha e no Brasil, além de breves e eventuais referências ao que sucede no âmbito desta discussão em alguns outros países europeus, a partir destas premissas. Estariam elas a indicar, assim, que a relação mais adequada entre democracia e constitucionalismo, nestes países, a partir do que posto em suas Constituições, determinaria um pendor para o último termo referido. A concepção de democracia nestes países, mais compatível com suas Cartas Políticas, seria a de uma *democracia constitucional*, nos termos do sustentado por Dworkin para o debate estadunidense, a serem extraídas todas as consequências das conclusões postas no tópico anterior, bem como levadas a seu extremo.

Ora, ainda que estas impressões assim precariamente adiantadas devam ser, em boa medida, confirmadas no curso da exposição deste tópico, um contraponto a tal postura, permitido pelo declarado (e severo) procedimentalismo de um acadêmico do calibre de JÜRGEN HABERMAS, não permitiria agasalhá-

la açodadamente como conclusão definitiva e bastante para encerrar a discussão sobre o tema nestes termos.

A questão se coloca, pois, da seguinte forma, para início de seu tratamento no tópico: se é tão óbvio e incontestável o impositivo acolhimento de uma democracia dita constitucional (que possui contornos bastante distintos, ou termos bem mais largos do que uma democracia puramente representativa ou baseada em concepções majoritárias) por uma Constituição que assegure um amplo rol de garantias e direitos fundamentais, inclusive não-passíveis de alteração por emendas constitucionais, como compreender que precisamente na Alemanha (e, do mesmo modo, no Brasil) surja tão qualificada resistência a uma postura judicial substancialista, em termos de jurisdição constitucional? Ignorando-se a resistência meramente dogmática, de menor aprofundamento crítico quanto a tais temas, já algo superada a esta altura, como compreender a recusa a posições que entendam ser (democraticamente) legítimo (e mesmo imprescindível) um agir judicial mais amplo na concretização do posto na Constituição, em termos de encaminhamento de uma convivência em sociedade mais conforme a tais balizas?

Para dar resposta a tais indagações, parece ser profícuo examinar o ponto justamente a partir das posturas e críticas de Habermas, no contexto alemão, acerca desta temática.

E a primeira observação que parece ser importante fazer, para estabelecer certas distinções mais sutis, é que a postura crítica de Habermas ao substancialismo (e nisso, a uma democracia constitucionalista de corte dworkiano) certamente não está presa à defesa de uma concepção de democracia meramente representativa (do naipe defendido por extremistas da corrente monista americana⁸¹), no sentido de uma filosofia mais puramente liberal⁸², ou mesmo estritamente assentada sobre

⁸¹ Malgrado a declarada simpatia pela postura procedimentalista de J.H.ELY, Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I..., op.cit., v.g., p.325.

⁸² Aqui, não no habitual sentido norte-americano no termo.

intocáveis dogmas deste naipe⁸³. Suas teorias acerca da ação comunicativa e de uma conseqüente democracia deliberativa não permitiriam que assim se concluísse validamente⁸⁴.

E de resto, é o próprio HABERMAS que bem analisa o paradigma liberal do Direito, bem como os problemas e deficiências surgidas com o superveniente paradigma do Direito fornecido pelo Estado Social, para concluir que mesmo estas deficiências atuais não constituem razão suficiente para a simples restauração daquele antigo marco liberal – no que até mesmo um crítico mais contundente como BÖCKENFÖRD concorda⁸⁵.

Senão, considere-se a análise de Habermas acerca destes pontos. Diz ele que no modelo liberal de sociedade “tarefas e objetivos do Estado continuavam entregues à política...”⁸⁶. Esclarece, ainda, que a compreensão dos direitos fundamentais como direito de defesa, referidos ao Estado, da compreensão liberal, onde eles se fundamentam apenas pretensões dos cidadãos contra o Estado, que se omite em relação a eles (com um conseqüente claro condicionamento da jurisdição), o legislador criou uma situação jurídica fácil de compreender (pois ele podia limitar-se a garantir a ordem pública, prevenir abusos da liberdade na economia, etc). Quer dizer, segundo HABERMAS

No Modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: *A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo*

⁸³ Apesar da destacada relevância dada ao dogma da separação dos poderes, como garantidor da democracia, aparentemente como proteção à dita arbitrariedade da jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional alemão.

⁸⁴ Cf. a respeito, v.g., HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

⁸⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...op.cit., p.325.

⁸⁶ Id., *ibid.*, pp.304-5.

*passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro e a administração controla problemas que surgem na atualidade. Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes. Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente.*⁸⁷

Logo, completa ele,

*Quando se parte desse modelo, a ordem jurídica materializada do Estado social – a qual não consiste apenas, e em primeira linha, em programas condicionais claramente delineados, pois inclui objetivos políticos e uma fundamentação em princípios – pode aparecer como um abalo, ou melhor, como uma corrupção da arquitetônica constitucional.*⁸⁸

[Assim]: 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 morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins. As normas de princípio, 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.” (...)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 dos cidadãos.⁸⁹

Nesse passo, passam a ser pôr as questões da dificuldade

⁸⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*, op.cit.,Id., p.305- destaquei.

⁸⁸ Id., ibid., pp.305-306-destaquei.

⁸⁹ Id.,ibid., p.306- destaques apostos.

de legitimidade democrática do Tribunal Constitucional⁹⁰, como se verá adiante. Todavia, independentemente disso e retornando ao ponto destacado antes, que interessa mais diretamente aqui, a verdade é que conforme assevera HABERMAS, nem mesmo isso justifica o puro e simples retorno ao paradigma liberal do Direito

(...) O paradigma liberal do direito representara uma solução eficiente para esse problema: nas circunstâncias históricas atuais, reconhecidas pelo próprio Böckenförde, ele exige uma resposta diferente.⁹¹ (...)

É certo que o paradigma do direito fornecido pelo Estado social não consegue mais convencer plenamente. Mesmo assim, as dificuldades desse novo paradigma, que Böckenförde analisa com grande acuidade, não constituem razão suficiente para a restauração do antigo.⁹²

O problema que se põe, portanto, diz respeito, segundo a

⁹⁰HABERMAS cita, no ponto, BÖCKENFÖRDE, E.W., *Grundrechte als Grundsatznormen*, in: BÖCKENFÖRDE (1991),189ss.: “À luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. A primeira é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito a da concretização criadora do direito....Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no mood da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta 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.” (*Direito e Democracia*, I...,op.cit, p.309 - destaquei). Ainda segundo Habermas, “Böckenforde está convencido de que os princípios do Estado de direito podem ser combinados com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, que os tem na conta de liberdades subjetivas de ação de pessoas jurídicas privadas frente ao Estado, válidas imediatamente; caso contrário, a separação funcional da justiça em relação à legislação e, com isso a substância democrática do Estado de direito, não pode ser mantida: ‘Quem deseja manter a função do parlamento escolhido pelo povo, determinante para a formação do direito e evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado na jurisdição constitucional, tem que aceitar também que os direitos fundamentais – reclamáveis judicialmente – são ‘apenas’ liberdades subjetivas e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito.’” (Op.cit., p.310).

⁹¹ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia* I..., op.cit., p.311- destaquei.

⁹² Id., ibid., p.312- destaquei.

visão de Habermas, à qualidade e às consequências desta resposta, no âmbito de um *Estado que ainda queira preservar a autonomia decisória dos cidadãos como fundamento de sua democracia*, e não transferí-la arbitrariamente a quem quer que seja (inclusive ao Judiciário). Quer dizer, *se há necessidade de uma alteração de paradigma, no sentido de uma abertura do Direito a princípios*⁹³, e, pois, de uma consequente ampliação da jurisdição constitucional, do papel dos próprios Tribunais, com uma “agudização da problemática da indeterminação do direito”⁹⁴, não está dado que “o recurso inevitável a tais normas de fundo” necessariamente abra “ao Tribunal Constitucional a porta para uma criação de direito inspirado politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão dos poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático.”⁹⁵

Destarte, mesmo que se tenha por correto o apontamento inicial de Ackerman, no sentido de que no ambiente de Constituições como a da Alemanha (ou do Brasil, segundo-se aponta-se aqui), a concepção de democracia reclamada é a de uma democracia mais substancial, ou, nos dizeres de Dworkin, *uma concepção constitucional* de democracia, não se pode descurar de considerar que Habermas apresenta uma fundamental ques-

⁹³ Habermas coloca assim a questão: “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim um contexto de máximas interpretações *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a “conceitos-chaves” duvidosos. De fato, toda a ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sunstein qualifica como ‘normas de fundo’. *Toda interpretação de princípios ultrapassa uma interpretação de texto de lei, necessitando de uma justificação externa...*” (*Direito e Democracia...*, op.cit., pp. 313-4 - destaquei). E prossegue: “Tal consideração não esclarece *se o recurso inevitável e tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirado politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático.*” (op.cit., p.314-destaquei).

⁹⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...op.cit., p.303.

⁹⁵ Id., *ibid.*, p.314.

tão nesse passo para que se discuta a questão da legitimidade da prestação jurisdicional constitucional, qual seja: até que passo a forma de se realizar esta democracia constitucional não anula o outro elemento integrante da equação democracia-constitucionalismo? Ou por outra, até que ponto uma compreensão por demais elástica do que permita um paradigma do Direito que recepcione os princípios pode acabar por facilitar ou promover a substituição indevida da discussão política, que deve ser reservada à esfera legislativa, por uma intervenção judicial arbitrária e baseada apenas em *preferências* da elite julgadora?

Na verdade, Habermas coloca, nesse ponto, a questão da crítica às decisões do Tribunal Constitucional Federal baseadas numa “jurisprudência de valores”, que abriria a porta a uma discricionariedade judicial invasiva da esfera que deveria ser reservada, mais do que ao legislativo, à discussão cidadã das questões políticas que no âmbito daquele Poder, por princípio, deveriam ser intermediadas. E assim o faz, não necessariamente em razão do vigente apelo aos princípios⁹⁶, e a uma certa

⁹⁶ Aliás, é próprio Habermas que refere: “Críticos cuidadosos como Böckenförde, Denninger e Maus, decifraram, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, uma dogmática implícita dos direitos fundamentais, a qual faz jus ao fato de que o sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada, que se reproduz espontaneamente através das decisões particulares autônomas privadas, devendo, ao invés disso, ser concretizado através das realizações de um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infra-estruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e compensa. *Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados*, o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo, mas também o poder social de organizações superiores. *Além do mais, o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo, como defesa contra ataques, uma vez que fundamenta também pretensões e garantias positivas*. Por isso, as decisões do Tribunal Constitucional Federal qualificam os direitos fundamentais como princípios de uma ordem jurídica geral, cujo conteúdo normativo estrutura o sistema de regras em seu todo.” (Op.cit. pp. 306-7-destaquei). Habermas então afirma que está fora de dúvida que existe aí uma mudança na conceitualização dos direitos fundamentais, que se reflete na jurisprudência constitucional, “...uma mudança na ordem jurídica que garantem a liberdade e a legalidade da intervenção, que sustentam os direitos de defesa e transportam inexplicavelmente o conteúdo dos

indeterminação do Direito daí decorrente, mas precisamente à vista de sua utilização excessiva ou inadequada. Ou mais precisamente: em razão da (na sua ótica, indevida) *transformação de princípios em valores*⁹⁷, como mandamentos de otimização, operada naquela Corte, a partir de determinadas correntes doutrinárias, que permitiria o discurso da “ponderação de valores”, e, com ele, a dita transformação daquele Tribunal numa “instância autoritária”⁹⁸. Daí, ao menos em parte⁹⁹, a razão de derivar, ao final, para uma rejeição global a uma jurisdição constitucional de qualquer forma substancial.

Toda esta problemática é assim apresentada por aquele autor

As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodo-

direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, enérgicas e formadoras de estruturas. A essa mudança correspondem, sob o ponto de vista metodológicos, ‘conceitos-chave do direito constitucional’ (Denninger), tais como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos, através dos direitos fundamentais de terceiros, a proteção dos direitos fundamentais através de organizações e procedimentos, etc. Em caso de colisão, eles servem para relacionar diferentes normas, tendo em vista a ‘uniformidade da constituição’....” (op.cit., pp.307-8 – destaquei).E prossegue: “(...) É possível compreender, em parte esses conceitos-chave, nascidos da própria prática de decisão, como princípios procedimentais, nos quais as operações da interpretação construtiva do caso singular, exigida por Dworkin, se refletem, tendo como referência a totalidade de uma ordem jurídica reconstruída racionalmente.”(p.308- destaquei). E apesar dos detalhes severos de sua crítica, Denninger chega a uma “avaliação global positiva”. Contudo, já, no subitem seguinte do mesmo ponto [3], diz Habermas que “mesmo partindo de um diagnóstico semelhante, Böckenförde chega a um juízo totalmente diferente sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. (...) Ele é de opinião que a passagem do Estado Parlamentar legislativo para o Estado de jurisdição constitucional será incontornável, caso não se consiga restaurar uma compreensão liberal do direito..”(Op.cit, p.309).

⁹⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*,op.cit, p.315.

⁹⁸ Id., *ibid.*, p.321.

⁹⁹ Certamente a sua crença nas possibilidades da discussão cidadã, com comunicação e deliberação efetiva na esfera legislativa, constituindo-se noutra pilar para rejeitar a temerária solução da abertura indiscriminada ao judiciário da possibilidade de juízos meramente valorativos travestidos de jurídicos.

lógicas. Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma “doutrina de ordem de valores”, desenvolvida pelo próprio tribunal, portanto a uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve conseqüências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos. A crítica justificada à jurisprudência de valores dirige-se, muitas vezes de forma brusca, contra as graves conseqüências que resultam do Estado de direito, sem esclarecer que se trata apenas de uma auto-impressão falsa. Com isso, ela perde de vista a alternativa de uma compreensão correta da interpretação construtiva, segundo a qual, direitos não podem ser assimilados a valores.¹⁰⁰

E prossegue HABERMAS

Para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas ‘uma ordem concreta de valores’ (semelhante à de Max Scheler ou de Nicolai Hartmann). Böckenförde, concordando com o teor de fundamentações importantes de juízos do Tribunal Constitucional Federal, também interpreta princípios como valores¹⁰¹: ‘normas fundamentais objetivas’ devem apoiar-se em ‘decisões valorativas’. Seguindo I. Maus, ele adere à proposta de R. ALEXY, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da ‘ponderação de valores’, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraída da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpreta-

¹⁰⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*, op.cit., pp.314-5 - destaquei.

¹⁰¹ Após citar este trecho, HABERMAS afirma que Böckenförde “...toma a auto-compreensão metodológica do Tribunal Constitucional Federal ao pé da letra e a crítica, servindo-se da tese de Carl Schmitt sobre a ‘tirania dos valores’, sem perceber que o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores.” (Op.cit, p.316-destaquei).

*ção ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos (...).*¹⁰²

A partir daí, HABERMAS apresenta uma ampla fundamentação para a distinção entre princípios e valores¹⁰³, bem como uma demonstração de que a orientação do agir concreto não pode ser a mesma segundo se dirija por uma ou outra, já que a partir de normas é possível decidir o que deve ser feito, enquanto valores permitem apenas descobrir que comportamento seria recomendável.

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras *normas* podem ser justificadas, possuem um sentido *deontológico*, ao passo que os *valores* têm um sentido *teleológico*. *Normas* válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que *valores* devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os *valores*, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que *determinados bens* são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições normativas pode ser *maior ou menor*. A validade deontológica de *normas* tem sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de *VALORES* tem o sentido *RELATIVO* de uma *apreciação de BENS*, ado-

¹⁰² Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I..., op.cit., p.315 - destaquei.

¹⁰³ HABERMAS distingue, de forma objetiva, princípios e valores assim: “Portanto, *normas e valores distinguem-se*, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, *elas não podem ser aplicados da mesma maneira*.”(Op.cit.,p. 317- destaquei).

tada ou exercitada *no âmbito de formas de vida ou de uma cultura*: decisões valorativas mais graves ou preferenciais de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.¹⁰⁴

E, sobre a diferença de ações exigidas em relação a uma norma ou a um valor, prossegue

Posso orientar o meu agir concreto por normas ou por valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: ‘o que eu devo fazer numa situação dada?’ não se coloca da mesma maneira em ambos os casos, nem se obtém a mesma resposta. À luz das *normas*, é possível *decidir* o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte dos *valores*, é possível saber qual comportamento é *recomendável*. O problema da aplicação exige, naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso das *normas*, ‘*correto*’ é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a *ação* é igualmente *boa para todos*; ao passo que, numa constelação de *valores*, típica de uma cultura ou forma de vida, é ‘*correto*’ o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é *bom para nós*. *Quando se trata de princípios do direito ou de bens jurídicos, essa diferença é freqüentemente desconsiderada*, porque o direito positivado vale somente para uma determinada área jurídica e para um correspondente círculo de destinatários. *No entanto*, sem prejuízo dessa limitação fática da esfera de validade, *quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens* [digo eu, considerando a finalidade a ser alcançada com eles] *otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa*.¹⁰⁵

É a partir dessas reflexões que HABERMAS adverte que “os que pretendem diluir a Constituição numa ordem concreta

¹⁰⁴ Cf. *Direito e Democracia*, I..., op.cit., pp.316-7- destaquei.

¹⁰⁵ Op.cit., pp.317-8-destaquei.

de valores desconhecem seu caráter jurídico específico.” Isso porque “enquanto *normas do direito*, os *direitos fundamentais*, como também as regras morais, são formados segundo o modelo das normas de *ação obrigatória* – e não segundo o modelo de *bens atraentes*.”¹⁰⁶

Isso, por sua vez, leva à crítica de que, na verdade, as teorias acerca de bens¹⁰⁷, quando são postas de forma demasiado abstrata se prestam apenas a passar uma falsa impressão de que eles detêm um caráter deontológico, quando na verdade o seu verdadeiro caráter é teleológico, ligado a valores. E como a escolha ligada a valores não poderia ser concretizada de forma racional, eis que orientada por preferências, acaba-se sempre procedendo aí de forma arbitrária, ainda que mascarada por argumentações que pretendam dar ares de racionalidade a tais escolhas. Daí a candente crítica de HABERMAS a esta juris-

¹⁰⁶ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.318.

¹⁰⁷ Diz ainda HABERMAS que: “Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *somente* perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos – como é o caso das *versões clássicas da ética dos bens*. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores *transformando-os em entidades que existem em si mesmas*.” [*no entanto, adverte Habermas*] “sob condições do pensamento *pós-metafísico*, no entanto, elas *não são mais defensáveis*.” (*Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.319). “Em teorias contemporâneas desse tipo [que são versões da clássica da ética dos bens] os *pretensos bens universais* assumem uma forma *a tal ponto abstrata*, que é possível reconhecer facilmente nelas *princípios deontológicos* [ao contrário do que seria de se esperar para teorias de bens, digo eu], tais como dignidade humana, solidariedade, auto-realização e autonomia [*cita-se aqui TAYLOR, Ch. ‘Sources of the Self’*. Cambridge, Mass. 1989; cf. Minha crítica in: HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a/M, 1991, 176-185.]. *A transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significa um mascaramento teleológico* de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação. Por essa razão, teoria de valores *pós-metafísicos* levam em consideração a particularidade dos valores, bem como a flexibilização das hierarquias a serem estabelecidas entre os valores e a validade meramente *local* de configurações de valores. Na visão dessas teorias, *os valores surgem de tradições e orientações axiológicas culturais consuetudinárias* ou – quando desejam sublinhar o caráter subjetivo e consciente da escolha de valores – de decisões existenciais sobre metapreferências e ‘*higer order volitions*’.” (Op.cit., pp.318-319).

prudência de valores¹⁰⁸, ou seja, a uma busca de concretização judicial de valores que potencialmente conduz ao autoritarismo e à arbitrariedade judicial, por permitir o incremento de perigosos juízos irracionais travestidos de juízos justificados racionalmente.

Tal 'jurisprudência de valores' levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente.

(...)

Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o

¹⁰⁸ Cf. MAUS, Ingeborg, *O Direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 294: “Uma teoria que, em muitos aspectos, supera a concepção de DWORKIN, foi desenvolvida por ROBERT ALEXY. Sua teoria, especialmente elaborada, *coloca-se aqui como exemplo para a teoria constitucional dominante na República Federal da Alemanha e também pode valer como uma expressão precisa da práxis real do Tribunal Constitucional deste país*. De certa forma, *a seguinte crítica se relaciona, também, à judicatura constitucional alemã*. Uma delimitação adicional do Direito consiste, em Alexy, em relação a Dworkin, em que *um conceito mais ampliado de princípio é inserido*. Dworkin ainda tinha entendido princípios como garantias de direitos individuais e diferenciados de ‘policies’, que se relacionam a bens coletivos e que caem no âmbito de competência do legislativo. Nele também se encontra a indicação de que, sob certas condições, até princípios deveriam recuar em favor de ‘policies’ [cita-se: Dworkin (como nota 3), p.82 seg.92.]. Alexy vai além da jurisdição constitucional –de toda forma dominante na Alemanha-, ao entender, de início, direitos individuais e bens coletivos como objetos, de igual valor, de princípios [cita-se: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/M. 1985, p.99. Sobre a crítica desse aspecto, vide a recensão de SCHOLDERER, Frank em: *Kritische Justiz* 20 (1987), p.115 seg. (118). Pode ser entendida como uma crítica antecipada a Alexy: PREUSS, Ulrich K. *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*. Frankfurt/ M.1979, p.180.]. *Através dessa ampliação do conceito de princípio, é estendido ainda mais o limite do que seria direito constitucional vigente, enquanto, simultaneamente, as garantias constitucionais de direito individuais se submetem a maiores delimitações.*” (destaquei).

que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela *compreensão deontológica de normas e princípios de direito*.¹⁰⁹

E prossegue, em seguida:

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denninger: ‘Valores só podem ser relativizados através de valores; porém *o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceitualização lógica*. Isso leva Dworkin a entender direitos como ‘trunfos’ a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos.¹¹⁰

Por fim, confirmando o já exposto:

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários. Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo de juízos irracionais¹¹¹,

¹⁰⁹ HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., pp.320-1 – destaquei.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p.321.

¹¹¹ Diz HABERMAS: “ (...) Uma Jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida em um determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. E certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento esta sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso *uma única solução correta*. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte de nossos desejos, sob circunstâncias dadas. *Aquilo que é melhor para cada um de nós não coincide eo ipso com aquilo que é igualmente bom para todos.*” (*Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.323 - destaquei).

porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (...)¹¹²

É nesse ponto, e nesses termos, que se apresenta para a investigação de HABERMAS o problema central da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, como ele próprio refere expressamente na mesma obra sob análise: “No tocante ao *problema da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, esta consideração metodológica traz conseqüências práticas e críticas* em relação a uma autocompreensão falsa e suas conseqüências, não para a possibilidade de uma decisão racional de recursos constitucionais em geral.(...).”¹¹³

Com efeito, segundo aquele autor

“(...) A partir do momento em que uma norma não permite mais tal aplicação coerente, portanto, conforme à constituição, coloca-se a questão do controle abstrato de normas, a ser empreendido basicamente na perspectiva do legislador. (...) Então é preciso perguntar se a delegação parlamentar aos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetônica da constituição e na lógica da divisão de poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional”.¹¹⁴

Nesse momento, por força de tudo o que se expôs antes é que Habermas vai deixar clara a sua posição procedimentalista, acerca dos limites da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade.

Sucedede que se reconhece que não é possível mais retornar ao paradigma liberal do Direito, bem como necessário dar estofa ao compromisso com o Estado Social, entende que isso não pode ser feito à custa de impedir a auto-organização da comunidade jurídica e, portanto, a própria realização da democracia, no sentido deliberativo. Assim, não seria a concepção de uma

¹¹² Id., *ibid.*, p.321.

¹¹³ Id., *ibid.*, p. 323- destaquei.

¹¹⁴ HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*, op.cit., p.325.

atuação jurisdicional, que retirasse de uma ordem jurídica global prevista “a priori”, o direcionamento ou a imposição de uma forma de vida à sociedade, que permitira suplantar as mazelas da contemporaneidade¹¹⁵, garantindo, ainda assim, a existência de espaço democrático suficiente para a concretização de uma autonomia cidadã.

A utilização do Tribunal Constitucional para orientar assim a vida em sociedade, extraindo direcionamento substancial da vida social a partir do arbitramento entre valores postos constitucionalmente, sufocaria a esfera pública onde a comunicação e a deliberação deveriam se dar. Seria invadido e suprimido o espaço do legislativo, onde a democracia deliberativa haveria de se concretizar, numa substituição ilegítima do cidadão pelo juiz¹¹⁶.

Isso é o que parece sustentar HABERMAS ao defender, por consequência, que só restaria, assim, limitar o papel do Judiciário, no que concerne à sua legitimidade para a jurisdição

¹¹⁵ A respeito do ponto, para maior esclarecimento da compreensão que se tem aqui acerca desta realidade, conferir, v.g., BAGGIO, Moacir Camargo. *Notas introdutórias ao problema da jurisdição nos contemporâneos conflitos da diferença (sociedade contemporânea, Constituição e fraternidade realizada como princípios da tolerância e da solidariedade)*. In: Paulo Afonso Brum Vaz; Jairo Gilberto Schäfer (Org.). Curso Modular de Direito Constitucional. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. – p.433-470. Também assim BAGGIO, Moacir Camargo. *Da tolerância (Direito, diferença e conflito sob o signo da tolerância: por uma prestação jurisdicional constitucional comprometida com a fraternidade)*. São Paulo: Editora LTr, 2010 (ao menos em sua introdução e capítulo inicial).

¹¹⁶ A essência desta postura procedimentalista está posta também noutro autor europeu de penetração no âmbito nacional, ANTOINE GARAPON, como parece bem revelar o seguinte excerto da conclusão de sua obra “*O Guardador de promessas: Justiça e democracia*” (Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p.283.): “A justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica, histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável por ninguém. A justiça não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar uma nova cultura política. (...) A salvação virá da nossa capacidade de favorecer a transparência dos procedimentos, de encontrar a certeza da norma e de estimular a responsabilidade dos agentes.” (destaquei).

constitucional, a *investigar e assegurar as condições processuais da gênese democrática das leis*

(...) E se – *impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado Social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia de auto-organização da comunidade jurídica*, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma ‘ordem’ que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. *De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como um ordem jurídica global e concreta, destinada a impor ‘a priori’ uma determinada forma de vida sobre a sociedade.* Ao contrário, 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 dos poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada dos cidadãos.*¹¹⁷

Quer dizer, segundo Habermas não se pode, à custa de tentar manter o Estado Social, quebrar a idéia de um Estado *democrático* de direito, nos termos em que compreendido por ele (que assegure as condições de autonomia privada dos cidadãos). Por isso, resta achar uma função para o Tribunal Constitucional que se limite à verificação das *condições processuais da gênese democrática das leis* – numa compreensão procedimentalista também da constituição, que evite a cristalização de valores em seu quadro -, e que impeça, já pela raiz, que o Judiciário se substitua indevidamente na eleição de valores preferenciais para nortear a vida em sociedade, em detrimento da

¹¹⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I..., op.cit., pp.325-6.

vontade autônoma dos cidadãos.

Com isso, embora admita que o esquema clássico de separação dos poderes não seria mais suficiente para a contemporaneidade, HABERMAS entende assegurada uma legitimidade da prestação jurisdicional constitucional que não ultrapasse os limites do que a democracia deliberativa imporia

O esquema clássico da separação e interdependência dos poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais (...) não pode limitar-se a proteger cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais (...). Por isso o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente *No contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição*¹¹⁸.

Ora, a apresentação dos problemas mais viscerais, inerentes à jurisprudência de valores, e da necessidade de se preservar o espaço devido para a autonomia privada dos cidadãos, quando da prestação jurisdicional constitucional, permitindo que a democracia se dê mediante as deliberações cabíveis, no âmbito da vida em sociedade e do legislativo, são questões relevantíssimas, que não podem ser ignoradas quando de um aprofundamento crítico do tema em questão.

A verdade é que sob o pretexto de garantir direitos e garantias constitucionais frente aos eventuais excessos da maioria, ou mesmo de se acatar a realidade de que determinadas Constituições (como a brasileira e a alemã) são compromissárias e consagram direitos fundamentais não tangenciáveis pela vontade de maiorias eventuais, não se pode abrir espaço ao puro arbítrio judicial. Uma pretendida democracia *constitucional* que se estabelecesse sobre bases tais, onde tudo fosse dado

¹¹⁸ Cf. *Direito e Democracia, I...*, op.cit., p.326- destaquei..

ao Judiciário a pretexto de sobreposição do absoluta do constitucionalismo sobre os princípios majoritários inerentes à democracia, não pareceria digna de ostentar este nome, porque permitiria, em verdade, o arbítrio de uma elite, travestido de decisões racionais, em detrimento da livre manifestação de vontade dos cidadãos para a condução de suas vidas¹¹⁹.

Contudo, a grande indagação que resta nesse ponto é a seguinte: serão os eventuais excessos de uma jurisprudência de valores, praticados na Alemanha (ou eventualmente no Brasil), suficientes para justificar uma tão radical postura procedimentalista, como a de HABERMAS, *mesmo quando, independente de qualquer coisa, a Constituição, de fato, fixa determinados nortes principiológicos para a construção da convivência, além de estatuir claramente direitos fundamentais intocáveis pela maioria?* Mais ainda: será a busca por garantia extrema de uma esfera de autonomia cidadã, para o fim de realização de uma democracia deliberativa, justificativa suficiente para também dar respaldo a um tal procedimentalismo, mormente em países periféricos como o Brasil?

É nesse ponto, então, que severas dificuldades parecem surgir para que se tenha a posição procedimentalista de Habermas acolhida, principalmente para o contexto do Brasil, bem como de outros países com Constituições similares e realidades democráticas periféricas análogas.

Em primeiro lugar, ainda que seja extremamente difícil tentar dar resposta aos argumentos relativos à *substituição de princípios por valores*¹²⁰, nada impõe que a jurisprudência de

¹¹⁹ Diz DIETER GRIMM que “...a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política. Aí reside um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça.” (*Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.16).

¹²⁰ Embora ALEXY encete, ainda que indiretamente, uma resposta a tal ponto de vista em seu *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.) ao tratar longamente da questão no item “La teoría de los principios y la teoría de los valores” (Op.cit., pp.138 e ss.) e concluir, no subitem, “La diferencia entre principios y valores” (op.cit., p.147), o seguinte:

valores agasalhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha deva ser o modo pelo qual os princípios e direitos fundamentais sejam interpretados e realizados – ao menos no Brasil. *Não há uma vinculação necessária*¹²¹ entre esta linha de compreensão ou de *tratamento de princípios como valores*¹²² e

“(…)La diferencia entre principios y valores se reduce así a um ponto. Lo que en el modelo de los valores es ‘prima facie’ lo mejor es, en el modelo de los principios, ‘prima facie’ debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. *En el derecho, de lo que se trata es de qué es debido.* Esto habla a favor del modelo de los principios. *Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar de lo modelo de los principios. Pero,* en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que *el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones.* Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios.” Assim, embora ALEXY, reconheça a diferença entre princípios (possuidores de caráter *deontológico*, ou seja, de aptidão a dizer o que deve ser) e valores (possuidores de caráter *axiológico*, de aptidão para dizer o que é melhor), bem como destaque a preferência por um modelo de princípios, deixa claro que o principal motivo para esta escolha é o fato de que este modelo permite um espaço menor para “falsas interpretações”, sem contudo extrair daí uma inviabilidade da utilização da noção de valores no âmbito do jurídico. Pelo contrário. O que aparentemente defende é que não existe dificuldade essencial alguma para sua utilização neste âmbito, ao contrário do sustentado por Habermas.

¹²¹ É o que parece também defender Streck, em *Verdade e Consenso...*, op.cit., particularmente, pp. 175 e ss.

¹²² Aliás, é o próprio HABERMAS que afirma que a distinção entre princípios e valores, sob certas circunstâncias poderia ser até mesmo desconsiderada, o que também deve ser objeto de análise, antes de se partir para a alternativa radical do procedimentalismo. Senão verifique-se o seguinte excerto de *Direito e Democracia*, I: “Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *somente* perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos – como é o caso das versões clássicas da ética dos bens. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores transformando-os em entidades que existem em si mesmas...” [apesar de advertir Habermas, em seguida, que “sob condições do pensamento pós-metafísico, no entanto, elas não são mais defensáveis.”] (op.cit., p.319).

De qualquer forma, STRECK procura apresentar uma via de solução ao problema apresentado por HABERMAS. Segundo Streck, em verdade, *os princípios instituci-*

a realização de uma democracia haurida de uma concepção constitucional, nos termos do que defendido por Ronald Dworkin. O próprio Habermas, aliás, dá conta, como visto em transcrições anteriores, de que “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos e Alexy os consi-

onalizariam a moral “compreendida como ideal de ‘vida boa’ da sociedade”. Por isso afirma também que a moral deixa de ser autônoma-corretiva do Direito (ou seja, não se presta a corrigir o Direito a partir de uma posição exterior a ele, o que acabaria sempre envolvendo a necessidade de que algo que não teria força de dever ser (a moral) se transmutasse em algo com força impositiva, somente segundo a preferência subjetiva do aplicador, como diz aquele autor ser admitido pela teoria da argumentação em Alexy) para “se tornar [a moral] co-originária do Direito” (ou seja, para passar a nascer com o Direito, no passo em que inscrustrada em seu interior a partir de sua inserção nos princípios, o que, por sua vez, passa a lhe dar força de ‘dever ser’, ao mesmo tempo em que passa a tornar o Direito autônomo em relação a juízos morais externos). Nesse sentido é que assevera em *Verdade e Consenso* (op.cit., p.176): “Além do texto constitucional que representou – e representa – um ‘plus’ normativo (e qualitativo, em face da legitimidade que se torna condição de possibilidade) em relação às ‘etapas’ anteriores do direito (e do Estado), é nos princípios que se institucionalizou a moral compreendida como o ‘ideal de vida boa’ da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser ‘inimigo’, para ser ‘amigo dos direitos fundamentais’). (...) Por isso, o avanço representado por esse novo paradigma: a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito. Direito e moral são co-originários porque o direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não prescinde (mais) da moral. A moral não é (mais) instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação da moral já está co-originariamente referida ‘ao direito gerado democraticamente’ e juridicamente institucionalizado. Expulsa pelo positivismo, ela retorna – agora como uma necessidade –, não mais como corretiva, autônoma ou complementar ao direito, e, sim, traduzindo as insuficiências do direito, que o positivismo pretendia fossem dar ‘conta do mundo’ a partir do ‘mundo das regras’.”(destaquei). Não é por outro motivo, então, que se afirma, ainda, em nota àquelas passagens, que “a moral, nesse sentido, é normativa; a ética é que é axiológica (veja-se como essa questão afetará a teoria da argumentação jurídica, na questão dos valores a serem ‘sopesados’)” (Op.cit. p. 176, nota nº 18-destaquei). E talvez possa sobrevir a crítica de nisso haver excesso, mas se reconhece aí a tentativa do autor de dar resposta ao sério problema levantado por Habermas (além do argumento, que parece estar subjacente, de que, então, a CF/88, sob este aspecto ensejaria uma situação diversa daquela vivida na Alemanha, já que naquela constituição (a brasileira) não haveria que se falar em fixação de valores, mas de princípios), tudo na forma de um embate radicalizado pela eliminação de qualquer margem de discricionariedade quando da aplicação do Direito, mormente para que sejam evitados decisionismos (ativismos) judiciais.

dera bens otimizáveis, não estão se referindo à mesma coisa”.¹²³

Logo, se Habermas entende que há excessos no que tange à jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão¹²⁴, o que parece, sob certo aspecto, correto¹²⁵, ou

¹²³ *Direito e Democracia*, I..., op.cit., p.318.

¹²⁴ “Habermas não admite discricionariedades, apostando, inclusive, na possibilidade de se obter uma única resposta correta. Nisso a hermenêutica e a teoria do discurso concordam totalmente (assim como a teoria Dworkiana).” E aqui, depois de adiantar as semelhanças, STRECK prossegue para destacar outra e fundamental distinção da linha hermenêutica com a teoria do discurso desenvolvida por Habermas, a ser melhor referida em momento posterior: “Ocorre que a total desconfiância de Habermas para com o sujeito (do *‘fundamentum inconcussum’*) é resolvida em outro plano, isto é, *ele substitui a razão prática* – onde reside o sujeito solipsista – *pela razão comunicativa* (que é uma razão de caráter prescritivo e que se dá *a posteriori*; a razão comunicativa está para além do sujeito, pois). (...) corrige o problema...como, por ex., Antonio Negri efetua esta correção com a busca de uma nova subjetividade social ou coletiva. Mas ao substituir a razão prática pela razão comunicativa, Habermas não enfrenta o problema fundamental do solipsismo, como faz a hermenêutica, que, a partir do círculo hermenêutico, fere de morte o paradigma representacional. Heidegger e Gadamer superam ‘esse sujeito’ do fundamento, do esquema sujeito-objeto. Por isso Habermas afirma: ‘substituo a razão prática’; ou seja, não a supera e nem a fere de morte. Assim, Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas (no sentido da hermenêutica filosófica...); *prefere apostar na construção de um discurso (de fundamentação prévio) que pretende ‘imunizado’ da (antidemocrática) razão prática carregada e contaminada pela subjetividade do sujeito* de si do pensamento pensante (daí a aguda crítica a tradição e os problemas decorrentes de uma comunicação distorcida que dela possa adivir).” (STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.48-9 – destaques apostos).

¹²⁵ Concordando com o ponto, consulte-se STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.143, nota 29, quando refere: “Despiciendo frisar que não defendo e nunca defendi a aplicação ou ‘represtinação’ da jurisprudência de valores no Brasil. Ao contrário. A jurisprudência dos valores se inscreve nos quadros do paradigma da subjetividade, em que os valores superam o próprio texto, que seria a ponta de uma iceberg, estando os valores submersos, prontos para serem descobertos pelo intérprete. Nesse sentido, permito-me remeter o leitor para o meu *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, em especial, a 6ª edição (...) ...estou me referindo a jurisprudência de valores porque, por vezes, tenho sido acusado de incentivar o seu uso no Brasil, como se eu estivesse, ao lutar por uma jurisdição constitucional mais efetiva, defendendo um ‘ativismo judicial’ utilizando, para tanto, ‘a jurisprudência de valores’ (sic). *Ora, uma coisa é defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição.*” (destaquei).

mesmo, se ele conclui que há problemas com certas colocações de Alexy¹²⁶ ou com posturas que remetem à ponderação de valores¹²⁷, isso não autoriza, por si só, concluir que a (radical) posição procedimentalista acerca da prestação jurisdicional seja a única saída viável e sustentável jurídica (e politicamente) para se garantir a sua legitimidade democrática¹²⁸.

¹²⁶ STRECK critica a teoria da argumentação de Alexy, no ponto, ao referir que “...procura criar regras e hierarquias para resolver conflitos entre princípios.” Contudo, segundo aquele autor: “Ora, os princípios não colidem no ar, questão aliás muito bem denunciada por KLAUS GÜNTHER, para citar apenas um dos mais importantes defensores, hoje, da teoria da argumentação jurídica.” (*Verdade e Consenso*..., op.cit., p.126). E, mais adiante, referindo-se diretamente ao problema da ponderação, sustenta existir um “problema representado pela inviabilidade de confrontação/colisão de princípios”. Em verdade, segundo Streck, “*Não há hierarquia – abstrata, universal – entre princípios*. Por isso o perigo representado por sopesamentos (*ponderações*) – e a teoria habermasiana tem isso bem claro -, que, no fundo, terminam por servir de álibi teórico para sustentar decisões tomadas de forma antecipada [leia-se, discricionariamente] (portanto, anti-hermenêuticas). *Somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição)*. O problema talvez esteja na diferença entre o que seja uma situação concreta para a hermenêutica e para a teoria do discurso habermasiana.” (op.cit., p.128 -destaquei). Streck afirma, ainda, que “*hermeneuticamente não haverá essa colisão*, uma vez que *a reconstrução integrativa, o modo prático de ser no mundo e a consciência dos efeitos da história* é que apontarão para a resposta, que pode até ser – dependendo do caso concreto – a mesma da teoria da argumentação (mas também pode dar azo ...à outra resposta, sem que se altere a ‘validade’ de qualquer das duas normas.)” (op.cit., p.75, nota 25 - destaquei). Contudo, mais importante do que a crítica posta por este autor, que será objeto de melhor análise oportunamente, é, nesse momento, identificar aqui um afastamento de Habermas (com Günther) de Alexy, e uma postura crítica a teoria de Alexy que, nesse ponto, é comum à hermenêutica de Streck. Como se vê, Streck esclarece que, embora Habermas (com sua teoria discursiva), ao aderir a proposições de Klaus Günther nesse ponto (‘princípio da adequabilidade’ –cf., op.cit., p.73), tanto quanto Alexy, sustentem teorias da argumentação -distanciando-se, assim, de posturas hermenêuticas-, há uma clara divergência, que já emergiu em citações anteriores e se repete aqui, entre estas duas posturas ligadas a teorias da argumentação, como doravante deverá progressivamente restar mais claro. Aliás, para cf. divergências manifestas, cf. STRECK, op.cit., pp. 74-76, nota 25; também p.154 (para posições de Alexy vs. Habermas, especialmente para a questão da ponderação).

¹²⁷ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I..., op.cit., p.315.

¹²⁸ Na verdade, é nesse ponto que se pode ter a tese de Habermas, levada a extremos, não como uma impositiva saída para a compatibilização entre democracia e constitucionalismo, mas, sob certo aspecto e apesar de seu evidente valor, complexidade e

Aliás, uma posição que tal teria de suplantar a realidade brasileira posta em sentido diverso, de uma Constituição vigente que efetiva e substancialmente, não só institui direitos e garantias fundamentais intocáveis até mesmo pela vontade de maiorias qualificadas¹²⁹, como define, inclusive, “fundamentos e fins” da própria sociedade brasileira, não se reduzindo a um mero “instrumento de governo”, como forma regulativa de processos ou enunciativa de competências. Nesse sentido, citando EROS GRAU, afirma STRECK

A resposta pode estar com EROS GRAU¹³⁰, ao lembrar que a Constituição do Brasil não é um mero ‘instrumento de governo’, enunciador de competências e regulador de processos, mas, *além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade*. Não compreende tão-somente um ‘estatuto jurídico do político’, *mas um ‘plano global normativo’ da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro*. Daí ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. *Os fundamentos e fins definidos em seus artigos 1 e 3 são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.*¹³¹

sofistificação, como outra forma de reação ao pós-positivismo em função dos riscos de seus eventuais excessos, nos termos da classificação proposta alhures. A dar respaldo, de certa forma, ao exposto, veja-se o que afirma STRECK (*Verdade e Consenso...* op.cit., p.90): “...frente ao risco representado por um excesso de materialização do direito ocorrido a partir do segundo pós-guerra, que poderia levar a arbitrariedades interpretativas, face ao conteúdo interventivo, compromissário e dirigente dos textos constitucionais, e ainda levando em conta o problema do inexorável deslocamento da esfera de tensão do legislativo (e do executivo) em direção à justiça constitucional, *Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas, optando por uma racionalidade procedimental* (veja-se, a propósito, a sua quase aversão ao controle de constitucionalidade). E essa racionalidade está sustentada em discursos de fundamentação prévios, que ‘dispensam’ substancialidades, suspeitas de estarem contaminadas pela razão prática (para ele, eivada de solipsismo).” (destaquei).

¹²⁹ Cf. art. 60, (...) §4º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde dispõe-se que os direitos e garantias individuais postos na Constituição estão sob abrigo até mesmo de Emendas Constitucionais, no que se denomina de “cláusula pétrea”.

¹³⁰ Cita-se: “Cf. GRAU, Eros Roberto. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto N.M. Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.”.

¹³¹ Cf. *Verdade e Consenso...* op.cit., p.115 (destaques apostos).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante disso tudo, talvez seja possível afirmar, à guisa de conclusão precária (e limitada) sobre o tema no âmbito da realidade brasileira, que o que se impõe como necessário não é uma postura procedimentalista¹³², no que diz respeito a uma prestação jurisdicional contemporânea que se pretenda democraticamente legítima, mas, isto sim, conceber uma forma de realização de uma *democracia constitucional* - na medida em que é o que prevê a Constituição brasileira -, a partir da interpretação da Constituição e da atuação jurisdicional, que não permita o acolhimento de arbitrariedades discricionárias sob as vestes de decisões racionais¹³³.

¹³² Aliás, nesse passo, há uma outra crítica possível, a de que mesmo o procedimento exige, ao fim, uma teoria dos defeitos substantivos, como mencionado por LAURENCE TRIBE, na citação de STRECK: "...chamo à colação a crítica de Laurence Tribe aos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para as quais a Constituição somente garante o acesso ao mecanismo de participação democrática no sistema. *Nesse sentido, afirma que o procedimento deve complementar-se com uma teoria dos direitos substantivos.* Com efeito, TRIBE parte do caráter tenazmente substantivo ('*stubbornly substantive character*') da maioria dos mandatos constitucionais mais importantes: a primeira emenda, a décimo terceira (abolição da escravidão) ou a cláusula do devido processo legal são bons exemplos disso. Por outro lado, também são substantivos o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação. *Certamente, diz TRIBE, decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos direitos plenamente substantiva. Assim, o direito ao devido processo tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de 'quem vota' ou a regra 'um homem, um voto' possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecer apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.* [cita-se Cf. TRIBE, L.H. *American Constitutional Law*. The Foundation Press, Meneola, 1978, p.896.]” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.31. -destaquei).

¹³³ Diz STRECK: "...Se existe algo que une substancialistas como eu e procedimentalistas como – e cito por todos – MARCELO CATONI (...) é a defesa da democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político essencial da Constituição. (...)o debate não deve criar falsas questões e demonizações de teorias (...). ...apesar das divergências teóricas, ninguém pode, por exemplo, apoiar-se no procedimentalismo

Este parece ser o real problema atual, neste ponto específico examinado neste escrito, e sob este aspecto, tanto as ponderações mais específicas de Dworkin sobre interpretação¹³⁴, como as lições de GADAMER acerca da hermenêutica filosófica¹³⁵, parecem deter o potencial de orientar uma prestação jurisdicional e de uma leitura da Constituição que sejam substanciais¹³⁶, sem que se tornem necessariamente invasivas da

ou no substancialismo para justificar posturas 'self-restraining' do Supremo Tribunal Federal para negar direitos fundamentais. E tampouco para incentivar decisionismos e arbitrariedades (cuja origem está na discricionariedade positivista, da qual a hermenêutica e a teoria discursiva são inimigos fígados)." Ou seja: o inimigo comum é o excesso (ao menos aquele claramente evidenciado em seus extremos mais claros, na medida em que existe precisamente uma zona gris acerca do que seja auto-restrição devida ou decisionismo judicial em situações mais distantes destes extremos), principalmente o posto no decisionismo judicial, mas também aquele da absoluta inação solapadora da Constituição, nos termos em que posta no Brasil de hoje.

¹³⁴ Cf. a respeito, por exemplo, o capítulo II, intitulado "Conceitos de Interpretação", de *O Império do Direito*, de R. DWORKIN (op.cit., pp. 55 e ss.). E apesar de diferenças, verifique-se uma certa conexão entre os autores citados, quando o próprio Dworkin recorre, por vezes, à GADAMER, nesse campo: "Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas". (op.cit., p.75).

¹³⁵ Cf., pelo menos, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9ª ed. Petrópolis/RJ : Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2008; GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3ªed..Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. – especialmente na conferência nº4 ("O problema hermenêutica e a ética de Aristóteles", para fins de verificação do problema de compreender e encontrar numa situação concreta o que é justo (função da decisão ética), cf. pp.47 e ss.) e na conferência de nº5 ("Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica", que lança luzes sobre várias noções fundamentais da hermenêutica filosófica, tais como, v.g., as da compreensão, aplicação, círculo hermenêutico etc – cf. pp.57 e ss.); GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido.[?]: Herder Editorial, 2003. – especialmente no capítulo 4 ("El horizonte de una hermenêutica de la vigilancia histórica", pp.129 e ss.);GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 1999 – especialmente nos capítulos intitulados "Heidegger: hermenêutica como auto-esclarecimento da interpretação existencial", pp.157-177, e "A hermenêutica universal de Gadamer", pp.179-205.

¹³⁶ Anote-se que STRECK identifica, apesar de algumas reconhecidas diferenças, aproximação entre teorias de tais destacados pensadores (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.368, nota 4), nos seguintes termos: "...entendo que há uma série de apro-

esfera de competência do legislativo ou das liberdades cidadãs para a construção da convivência em sociedade¹³⁷.

Aliás, nesse sentido, parece que o Judiciário, a partir daí pode mesmo chegar a fazer um papel contrário ao de ser agente viabilizador de uma suposta e indevida atividade invasiva das autonomias individuais abertas a um devido concerto democrático. Sob determinadas condições e em determinados contextos, uma atuação minimamente garantidora destas manifestações de autonomia popular e de intervenção cidadã no poder, e, pois, nos rumos da condução política da vida social, poderá e deverá mesmo ser propiciada pelo próprio Judiciário¹³⁸.

Isso remete ao segundo ponto: não é por que a ideia de democracia deliberativa, a partir da garantia dos espaços de

ximações e pontos comuns *entre a teoria interpretativa-integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer*. Seu caráter não-epistemológico, a não cisão entre interpretação e aplicação (caráter unitário do compreender), a incorporação da reflexão moral como elemento necessário da decisão judicial (o aspecto normativo incorpora a reflexão moral, perceptível em Gadamer na relação entre o geral e o particular), o rechaço de ambos à arbitrariedade interpretativa, a incompatibilidade com as teorias da argumentação, por serem procedurais e a superação do esquema sujeito-objeto, entre outras questões. De modo que, embora as observações se relacionem à hermenêutica filosófica, também podem ser válidas para a teoria interpretativa dworkiana, pelos pontos em comum entre ambas e pelas incompatibilidades com as teorias realistas, analíticas e discursivo-procedurais.” (destaquei).

¹³⁷ A respeito do ponto, cf., ainda, TRIBE, Laurence e DORF, Michael, em seu *Hermenêutica Constitucional* (Belo Horizonte: Del Rey, 2007), particularmente no item 1.2. “Lendo a Constituição ou escrevendo uma nova” (pp.11 e ss.), e, ainda mais especificamente, ao final deste item (pp.18-9).

¹³⁸ Assevera JORGE MIRANDA, a respeito, o seguinte: “A vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias traduz-se: a) positivamente, na sua interpretação, integração e aplicação de modo a conferir-lhe a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico; b) Negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que os não respeitem (...), com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade material mais exigentes.” (MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp.283-4). E ainda, no ponto intitulado “A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais”: “Por definição, os direitos fundamentais têm de receber em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais.” (op.cit., p.232).

comunicação e de deliberação pública seja sedutora e realmente superior ao tratamento da democracia meramente representativa, em termos liberais estritos, que de hora para outra se torne factível, mormente no contexto de sociedades contemporâneas e democracias periféricas. E aqui surge um outro ponto relevante a ser considerado: o da necessidade de contextualização da tese procedimentalista habermasiana.

A crítica não é original, mas parece válida (dentre outros, consultem-se STRECK¹³⁹ e FRANÇOIS OST¹⁴⁰). Diz respeito

¹³⁹ STRECK alinha razões comumente encontradas para esta crítica, ressaltando (em desfavor da aplicabilidade da tese de Habermas no Brasil) que faltariam justamente emancipação social e autonomia individual suficientes no Brasil para que se pudesse cogitar da viabilidade desta proposta no presente. Eis a transcrição do excerto respectivo: “Fica evidente em Habermas – e não há como dele discordar neste ponto- que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais *nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais já estão resolvidos*. Sua teoria parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do ‘Welfare State’ foi realizada, e, com isso, *‘pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos’*. Em Habermas fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos. Também aqui, *‘várias críticas podem ser dirigidas a Habermas’*, como a de que as condições ideais requeridas para as deliberações práticas parecem constituir o cenário próprio de uma utopia [cita-se Luzia M.S. Cabral Pinto, a partir de Bubner e Ost (*Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora 1994).]. Daí, indispensável indagação: *como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido?* Mais: *como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes forma o mundo da vida?* Por tais razões, Ackerman indaga: *pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo?* ‘Minha resposta é não’, vai dizer Ackerman: se você está de acordo, este primeiro fundamento lhe permite preparar um caminho conceitual para considerar até onde os juízes deveriam estar facultados constitucionalmente para intervir também nestas questões. Por conseguinte, a concessão de uma faculdade semelhante pode ver-se limitada por toda a sorte de considerações predicais. Porém, o que interessa aqui, acentua o professor norte-americano, são os princípios básicos: *ao habilitar os juizes para insistir em um ‘piso democrático’ na avaliação de medidas de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes, não se está advogando a ‘morte do político’, e, sim, a sua reorganização e extensão, que deve abarcar desde um interesse pelo centro de decisões até a*

proteção da vida política que se experimenta na periferia [cita-se Cf. ACKERMAN, Bruce. *La política del dialogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp.148 e 149.].” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.102-104 – destaquei).

Sob este ponto de vista, interessante observar que no presente estudo, apesar de tudo isso, sequer se cogita de questionar a validade e a importância fundamental da ampla democracia representativa instaurada no Brasil [em termos da amplitude do direito a voto e da extensão das condições materiais para que um continente todo ao menos vote por ocasiões de eleições que se dão periódica e regularmente há anos]; tampouco se imagina uma posição elitista, donde derive uma espécie de necessidade de tutela do povo “inculto” pelas “elites intelectuais”, para que se alcance condições para uma futura democracia deliberativa viável, onde a participação ‘livre e consciente’, aí sim, seja uma possibilidade – aliás, as elites já demonstraram aonde podem levar o país por meio de sua atuação baseada no patrimonialismo [“tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado”- cf. WOLKMER, A.C.*História do Direito no Brasil*, op.cit., pp.35 e ss.], no conservadorismo [“atitude...envolvendo procedimentos, estratégias e práticas...” que permeiam a evolução da ordem social, “...engendrada no contexto de uma historicidade assentada na tradição, experiência, hierarquia, centralização, formalidade legal, propriedade patrimonial e diferenciação social” – Id., p.36] e num “liberalismo” muito peculiar ao Brasil, onde a burocracia a serviço da manutenção da desigualdade social sempre imperou [escreve Raymundo Faoro, ‘não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados...’- id., p.35]. Jamais será o caso de se esperar um crescimento tutelado do povo para só depois se permitir seu acesso ao voto, ainda que o risco de políticas populistas se incremente num ambiente como o descrito antes, mas sim, de viabilizar e incitar a sua evolução em termos de autonomia individual e de emancipação social já *durante a prática da democracia representativa* (inclusive por meio da ampliação da concepção de democracia para que se atinja uma equilibrada democracia constitucional). Ora, isso não impede, senão antes justifica, uma atuação do Judiciário no sentido de contribuir, não só para a garantia da manutenção e da concretização dos direitos fundamentais assentados na Constituição, bem como de até mesmo abrir uma nova via de participação direta no poder (pulverizada) por meio do acolhimento de uma também nova concepção de prestação jurisdicional, entendida agora também como modo de realização pontual dos direitos de *cidadãos*-demandantes já quando da ocorrência de conflitos em sociedade, traduzidos em demandas, sempre à luz dos nortes constitucionais instituídos.

¹⁴⁰ FRANÇOIS OST é citado por Streck, no que tange a uma crítica sobre a não-correspondência das teses habermasianas com as condições da realidade, realizada nos seguintes termos: “Já para François Ost, ‘no plano sociológico, que não se vê senão as condições da discussão racional imaginada por Habermas (...) – poder-se-ia invocar Rawls e a ‘situação originária do véu da ignorância’ –, *são precisamente condições ideais que não correspondem às condições reais* (...). Mas se o consenso é problemático no plano de sua utilização prática (sociológica), é porque ele levanta interrogações radicais, de ordem filosófica. A suspeita que ele suscita inevitavelmente é a de reavivar, sob cores restauradas, o velho fantasma metafísico do Espírito

à realidade de que em circunstâncias desfavoráveis para o estabelecimento da democracia deliberativa pensada por aquela tese, como ocorre em países periféricos com particulares marcas de *subcidadania* e *sobrecidadania*, nos termos do que magistralmente exposto por MARCELO NEVES¹⁴¹, a não inter-

Absoluto que se recupera na História. Metalinguagem universal, chave de todo os jogos de saber e poder, *o consenso supõe confirmada a narrativa da emancipação universal dos seres humanos, livres e racionais*’ (grifei).”(Verdade e Consenso..., op.cit., p.103, nota 12 – destaquei).

¹⁴¹ MARCELO NEVES trata dos mesmos relevantes problemas, no âmbito das teorias sistêmicas (ainda que mais particularmente daquela sustentada por Luhmann), quando se quer fazer a sua transposição ao campo dos países periféricos, ressaltando o contexto específico brasileiro, no item “uma breve referência ao caso brasileiro” (em luminosa passagem, diga-se) de sua obra “Entre Têmis e Leviatã...” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático e de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.): “A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento da moralidade tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania. Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não me refiro aqui às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84. Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais. No presente trabalho, *interessam especialmente as situações em que o modelo textual de Constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, mas carece amplamente de concretização*. Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente de seus congêneres na Europa Ocidental e na América do Norte. *No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, freqüente e imunemente ‘violada’ por Leviatã*. Em trabalhos anteriores, *já enfatizei o problema da alopoiese do direito na experiência brasileira*. Aponteí para o fato de que, *no Brasil, o problema não reside primordialmente na falta de suficiente adequação e abertura (cognitiva) do sistema jurídico ao seu ambiente social (heterorreferência)*. Contrariamente a essa tradição jurídico-sociológica, tenho destacado que *se trata de insuficiente fechamento (normativo) por força das injunções de fatores sociais diversos*. Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico ‘ter/não-ter’ e de particularismos relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político. Mas cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença ‘ilícito/lícito’ como seu segundo código, também sofre graves

limitações no concernente à autopoiese: *é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social no Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto na Constituição.* Nessa oportunidade, pretendemos considerar alguns aspectos particulares que se relacionam com a questão da alopoiese política e de direito na experiência brasileira, *mas que exigem um tratamento além do paradigma sistêmico, pois envolvem o problema da insuficiente construção de uma esfera pública pluralista.*” (NEVES, op.cit., pp. 244-245). E prossegue aquele autor, esclarecendo o ponto: *“Há uma forte tendência a desprezitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais.* Isso está associado à *persistência de privilégios e ‘exclusões’ que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.* (...) Com esse problema relaciona-se a *fragilidade dos procedimentos constitucionais de legitimação das decisões políticas e da produção normativo-jurídica.* No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma *tendência à ‘privatização’ do Estado.* (...) *Não se trata de um problema estritamente antropológico-cultural do Brasil. Ele é indissociável do próprio tipo de relações sociais em que se encontra envolvido o Estado na modernidade periférica em geral, ultrapassando os limites de ‘antropologias nacionais’ e correspondentes singularidades culturais.* *Nessa perspectiva, cabe considerar as relações de subintegração e sobreintegração no sistema jurídico.* *Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização das relações de subintegração e de sobreintegração.* Definida a inclusão como ‘acesso’ e ‘dependência’ aos sistemas sociais, falta, nesse caso, uma das dimensões do conceito.

(....)

Do lado dos subintegrados, *generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas.* Portanto, os *‘subcidadãos’ não estão interiramente incluídos.* Embora *lhes falem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas.* Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos da liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: *aqueles que pertencem às camadas sociais ‘marginalizadas’ são integrados no sistema jurídico, em regra, como devedores, indicidados, denunciados, réus, condenados, etc., não como detentores de direitos, credores ou autores.*

(....)

A subintegração é inseparável da sobreintegração. *Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvol-*

venção substancial do Judiciário é que garante que o espaço público seja ocupado por elementos estranhos e impeditivos da realização de uma democracia de caráter mais substancial. E nesse espaço (negativamente) vazio, proliferariam, inclusive, as articulações do poder privado sem controle, pouco preocupadas com a viabilização da democracia sob qualquer forma¹⁴², mas interessadas na realização de seus interesses, quando não uma atuação do poder apenas orientada por critérios funcionalistas de busca de eficácia tecno-produtiva¹⁴³.

vem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental; usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas de seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como um horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo 'exclusão', não apenas o subintegrado estaria 'excluído', mas também o sobreintegrado estaria 'acima' do direito, aquele, 'abaixo'.

*(....) Eventualmente, o subcidadão pode ser um sobreintegrado, ofendendo, com expectativas seguras de impunidade, os direitos dos outros. E, vice-versa, o sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente como subintegrado, especialmente quando sofre a ofensa impune de agentes estatais. (....) No entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito.” (NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*...., op.cit., pp. 248-251 – Destaquei). Como, pois, ignorar essa realidade e aceitar irrestritamente as teses procedimentalistas habermasianas no ponto, em contextos como estes descritos para os países periféricos da contemporaneidade, por mais teoricamente sofisticadas (sedutoras) e mesmo meritórias que sejam?*

¹⁴² “O problema, pois – e a advertência é de BERCOVICI, fulcrado em PEDRO DE VEGA GARCIA - , é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, a um simples procedimento de escolhas de governantes.” (STRECK, *Verdade e Consenso*...., op.cit., p.34 - destaquei).

¹⁴³ Em ligação direta do presente tópico com o exposto no anterior, veja-se como é precisamente neste espaço proporcionado pela restrição excessiva à atuação judicial (viabilizado também pela postura de aplicação de teorias procedimentalistas, mormente em seus extremos, em países periféricos) que proliferam também as teses jurídicas ou teorizações acerca da aplicação do direito que, em verdade, se rendem à modernidade funcionalista e aos valores e resultantes da contemporaneidade, ele-

Aliás, veja-se, nesse ponto, que até mesmo as limitações postas por Dworkin à intervenção judicial, quando distingue a figura das “policies”, daquela outra dos princípios, poderiam

gendo-os, implícita (danosa e perigosamente), como critério legitimador da ação política e jurídica atual. Basta pensar numa certa “análise econômica do direito” que muito freqüentemente é levada a termo no Brasil para supostamente dar solução legítima a complexos conflitos e problemas sociais trazidos ao Judiciário (que em verdade não se preende de forma alguma a critérios de preservação da democracia ou de observância da Constituição), tais como aqueles do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado à força de decisões judiciais: “...representando aquilo que se pode denominar de ‘análise econômica do direito’ (que ingressa fortemente em nosso meio), Carlos Ari SUNDFELD faz contundente crítica aos juízes que proferem decisões que obrigam o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos de saúde. (...): ‘o juiz olha o caso e se sente muito tentado a resolver a situação, porque parece que aquilo está no seu alcance e não tem efeito negativo. Só que, evidentemente, quando se soma o dinheiro necessário para isso, acaba se desviando recursos que o Estado investiria em outra coisa. *Os juízes são espécies de vítimas do mundo simplório em que vivem.* É o mundo da ação individual, da ação proposta como um conflito binário isolado. E ele acaba sendo um administrador de Justiça no sentido mais tradicional”. “*Resta saber*” – prossegue STRECK, de forma percuciente- “*se uma análise econômica desse jaez encontra algum respaldo em um texto compromissório-principiológico como o da Constituição do Brasil. Não é difícil perceber na tese de Sundfeld um enfraquecimento da força normativa da Constituição, mormente naquilo que se pode denominar de ‘resgate das promessas incumpridas da modernidade’.* Daí que *a crítica de Sundfeld afasta-se do paradigma neoconstitucionalista, transformando-se num discurso ideológico, que fragiliza os direitos fundamentais-sociais.*” (STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.160-161-destaquei). E daí por que, acrescentamos, ela representa uma outra forma de reação (indevida) ao pós-positivismo, por simploriamente não contextualizar a discussão da legitimidade da prestação jurisdicional e do novo papel imposto a ela na contemporaneidade, justamente como elemento de contraposição a um ideário supressor de garantias constitucionais mínimas que, no final, garantem também um mínimo de preservação de um tempo, de um espaço e de uma razão verdadeiramente humanas, mesmo nas urgências e pressões da modernidade presente. Por fim, é também em razão das dificuldades procedimentalistas em combater este tipo de postura e de realidade atual e específica da periferia (veja-se que, como STRECK observa na obra referida, pp.155-160, que defensores de teses procedimentalistas, habermasianas, tendem a inclusive terem de se contradizer para resolver com alguma justiça tais situações extremas típicas da contemporaneidade desigual dos países periféricos), que a postura solicitada e imposta neste contexto e diante da CF/88 parece ser a de um substancialismo cuidadoso, por não-discricionário, e garantidor da progressiva construção de uma democracia constitucionalista, voltada para a evolução no sentido de uma democracia efetivamente mais participativa.

ser questionadas neste contexto particular das democracias periféricas¹⁴⁴, a ponto de permitir discussão no que tange a extensão destas limitações em alguma medida.

Dessa forma, ao tempo em que se mostra mesmo necessário considerar criticamente a questão dos excessos da jurisprudência de valores e das correntes que lhe dariam suporte, bem como os eventuais riscos de posições deste naipe para a supressão de espaços de agir democrático autônomo dos cidadãos, chega-se à outra relevante conclusão, no sentido de que não é mais possível ignorar a realidade local contemporânea exposta alhures, impositiva de um agir comprometido precisamente com a criação e manutenção de espaços públicos para esta finalidade.

Logo, ao menos em tais contextos peculiares, como o do Brasil, nada obstante se reconhecer o grande mérito e valor das observações feitas por Habermas, seria o caso de se reconhecer a impositividade de uma *concepção constitucional* de democracia, instituída pela Constituição, *a ser garantida por uma postura jurisdicional substancialista*¹⁴⁵, que encontrasse um seu lugar, talvez, *a partir e além* das teorias de Dworkin sobre o tema, mas aquém de excessos perpetrados no âmbito da discussão alemã, como já referido.

Até por que, segundo assevera STRECK, não só é plenamente sustentável a tese da “absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo”, mas, mais do

¹⁴⁴ Vide, a respeito, PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p.281; também assim, ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p.111. E, em sentido contrário, a crítica de MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política*, p.294.

¹⁴⁵ Nos termos do que exposto por STRECK, ao sustentar que: “Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição [citando PAULO BONAVIDES e a obra *A Constituição Aberta* (Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp.9e 10)], porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contedúístico que une política e direito.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.25).

que isso, “a Constituição, nesta quadra da história, a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, passa a ser – sob determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício democrático*, naquilo que a tradição (no sentido que Gadamer atribui a esta expressão¹⁴⁶) nos legou.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ Para a importância do diferenciado sentido de tradição em GADAMER, demonstrando, inclusive, que esta noção não está comprometida com qualquer conservadorismo, veja-se o seguinte excerto da introdução da obra “O problema da consciência histórica” (op.cit., pp.12, 13 e 14): “Embora eu tenha contornado a intenção filosófica de Heidegger, quer dizer, a retomada do ‘problema do ser’, torna-se não obstante claro que *somente uma viva tematização da existência humana enquanto ‘ser-no-mundo’ revela as implicações plenas do ‘Verstehen’, como possibilidade e estrutura da existência*. As ciências humanas adquirem assim uma valência ‘ontológica’ que não poderia permanecer sem conseqüências para sua autocompreensão metodológica. Se o ‘Verstehen’ é o aspecto fundamental do ‘in-der-Welt-sein’ humano, então *as ciências humanas se encontram mais próximas da autocompreensão humana do que as ciências naturais*. A objetividade destas últimas não é mais um ideal inequívoco e obrigatório.

As ciências humanas contribuem para a compreensão que o homem tem de si mesmo, embora não se igualem às ciências naturais em termos de exatidão e objetividade, e se elas assim o fazem é porque possuem, por sua vez, o seu fundamento nessa mesma compreensão.

Algo essencialmente novo aqui se evidencia: o papel positivo da determinação pela tradição (‘Traditionsbestimmtheit’), que o conhecimento histórico e a epistemologia das ciências humanas compartilham com a natureza fundamental da existência humana. É verdade que *os preconceitos* que nos dominam freqüentemente comprometem no nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. *Mas sem uma prévia compreensão de si, que nesse sentido é um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido. Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos. O que implica, entretanto, que o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode enriquecer essa tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribui para a descoberta de nossa própria identidade. A historiografia das diferentes nações constitui uma ampla prova disso.*” Por tudo isso, ainda segundo GADAMER, “*constitui sério contra-senso assumir que a ênfase no fator essencial da tradição (presente em toda a compreensão) implique uma aceitação acrítica da tradição ou um conservadorismo social ou político*”. “*Ora, o confronto com nossa tradição histórica é sempre, em verdade, um desafio crítico que a tradição nos lança. E esse confronto não tem lugar no ofício do filólogo ou do historiador, nem nas instituições culturais burguesas, que pretendem a todo custo generalizar o saber histórico. Toda experiência é um confronto desta natureza.*” (destaquei).

Afinal, a Constituição não obstrui a democracia, questão que já estava bem clara nas críticas de James Madison a Thomas Jefferson. (...)

Na realidade – e a tradição que engendrou o constitucionalismo nas suas diversas fases aponta para este desiderato – a democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros, como acentua Holmes. A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites¹⁴⁸ que ela mesma

¹⁴⁷ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.20-21.

¹⁴⁸ Aqui estas considerações não ignoram dificuldades como as apontadas por J.J.CANOTILHO (in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 130 e ss., no item “Dos direitos até às políticas, das políticas até aos direitos”), nos seguintes termos: “A consagração acomplada de ‘direitos sociais’ e de ‘políticas públicas’ sociais – como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador. (...) Assim, por exemplo, consagra-se um direito à saúde e uma política de realização da saúde com base num serviço nacional de saúde universal e gratuito; reconhece-se o direito ao ensino mediante uma política de democratização baseada na gratuidade progressiva dos vários graus de ensino; proclama-se o direito social com base num serviço nacional e unificado de segurança social. (...) Terá aqui, pois, pleno cabimento a crítica de que um direito social, econômico e cultural não se concretiza, ou, pelo menos, não se realiza ‘só’ através de uma ‘política constitucional’, que outra coisa não é senão uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das ‘contingências’ de várias esferas da sociedade. De forma sugestiva, poderemos dizer que, no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, ‘a política faz os políticos, mas são as políticas que acabam por fazer a política’”. (...) A ideia de ‘uma’ política social constitucionalizada pressupõe, ainda, um Estado soberano, quando já não existe mais Estado soberano. O Exercício em comum da soberania, por força dos tratados comuns (CE, Mercosul, NAFTA), implica que, de forma crescente, caiba às instâncias supranacionais, e não aos Estados, a decisão sobre a ‘intolerância das situações’. Acresce que, nesse contexto, o supranacionalismo decisório parece impor um permanente ‘spill over’, ou seja, uma lógica expansiva de integração de sectores, primordialmente referida a áreas comunitárias económicas. A satisfatória execução de ‘políticas’ num determinado sector de actividade já integrado exige a integração de outros sectores inicialmente não previstos.”Entretanto, ainda assim, é só um não se abandonar aos critérios exclusivamente funcionalistas, técnico-formais, contemporaneamente vigentes para uma suposta

– a Constituição – estabeleceu para o futuro.¹⁴⁹

Essas considerações devem cumprir, então, o objetivo precário e preliminar proposto ao início, de que a presente breve revisão crítica das posições acadêmicas acerca dos limites da prestação jurisdicional constitucional¹⁵⁰ sirva ao propósito de contribuir no desvelar das restrições atualmente ainda existentes quando da abordagem da legitimidade da atividade jurisdicional contemporânea - e, de forma concomitante, se preste também para iniciar a consideração crítica de categorias normalmente apenas pressupostas nesta discussão, a serem mais bem desenvolvidas em estudos outros, de maior fôlego e envergadura.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. *Transformação do Direito Constitucional: Nós, o povo soberano*. Trad. Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

legitimação da ação em sociedade, política ou jurídica, que garantirá um mínimo de referência, preservação e efetivação de diretivas mínima de convivência constitucionalmente –e, pois, de fato, substancialmente – estabelecidas em tais países (como é particularmente necessário no caso do ainda periférico Brasil.

¹⁴⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.21.

¹⁵⁰ Ao menos das que parecem ser as mais notórias atualmente em nosso meio acadêmico.

- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Livraria dos Advogados Editora Ltda., 2002.
- BAGGIO, Moacir Camargo. *Da tolerância (Direito, diferença e conflito sob o signo da tolerância: por uma prestação jurisdicional constitucional comprometida com a fraternidade)*. São Paulo: Editora LTr, 2010.
- BAGGIO, Moacir Camargo. *Notas introdutórias ao problema da jurisdição nos contemporâneos conflitos da diferença (sociedade contemporânea, Constituição e fraternidade realizada como princípios da tolerância e da solidariedade)*. In: Paulo Afonso Brum Vaz; Jairo Gilberto Schäfer (Org.). Curso Modular de Direito Constitucional. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. – p.433-470.
- BAGGIO, Moacir Camargo. *O pensamento complexo e uma hermenêutica restauradora do sentido: alternativas para uma convivência possível?* In: Revista da AJUFERGS – Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, v.06, 2009 – pp.229-268.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: “Estudos Avançados”, 18 (51), 2004. pp.127-150. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf> >. Acesso em: 08/02/2010.
- CANOTILHO, J. J. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. In: “Estudos Avançados”, 18 (51), 2004. pp.151-159. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf> >. Acesso em: 08/02/2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELY, JOHN HART. *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREITAS, JUAREZ. “O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional”. In.: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.).São Paulo: Malheiros, 2001. pp.226-248.
- GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histo-*

- rica*. Traducción de Agustín Domingo Mortalla. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000. 116 p.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. Vol. I. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: A virada hermenêutica*. Vol. II. 2ªed. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Hermenêutica e a filosofia prática*. Vol. III. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: A posição da filosofia na sociedade*. Vol.IV. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Encontros filosóficos*. Vol. V. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vol.I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9ª ed. Petrópolis/RJ : Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: complementos e índices*. Vol.II. Trad. Enio Paulo Giachini. 2ª ed. Petrópolis/RJ : Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2002.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARAPON, Antoine e Papapoulos, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura jurídica francesa e*

- Common Law: uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- GIFIS, H. Steven. *Law Dictionary*. 3rd. ed. New York: Barron's, 1991
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer: uma biografia*. Trad. Angela Ackermann Pilári, Roberto Bernet e Eva Martín-Mora. 2ª ed. Barcelona: Herder Editorial, 2000.
- GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3.ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Riveira C. Santiago de Chile: Editorial universitária, 1998.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2007.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas-FUMEC, 2008.
- LEFORT, Claude. *La incertidumbre democrática: ensayos sobre lo político*. Barcelona: Antropos Editorial, 2004.
- MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: Teoria da democracia*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed. Coimbra Editora, 1996.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático e de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de.; BAGGIO, Moacir Camargo; *Jurisdição: da litigiosidade à medição In: Constitucionalismo.it* (Revista eletrônica), Fascicolo 2/2009 (*Sulla Teoria Costituzionale*). Roma/Itália ([http:// www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=323](http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=323)).
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1989.
- ONFRAY, François. *A política do rebelde: tratado de resistência e insubmissão*. Trad. de Mauro Pinheiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

- OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Elcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005.
- PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura do ser e tempo de Martin Heidegger*. Trad. De Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*. Trad. Ana Aguiar Contrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- RICOEUR, Paul. *Leituras 1: em torno do político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações: Ensaio de Hermenêutica*. Trad. M. F. Sá Correia. Porto-Portugal: RÉ-S-Editora [1988?].
- RICOEUR, Paul. *O Justo: a justiça como regra moral e como instituição*. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- RICOEUR, Paul. *O Justo: justiça e verdade e outros estudos*. Vol. 2. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- RICOEUR, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº30. ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Texto disponível em < de <http://www.anpocs.org.br>>. Acesso em: 23/07/2008.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Verdade e significado”.

- In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lenio Luiz (organizadores). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e doutorado (anuário 2004). Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2005. p.265-281.
- STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ªed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre:, 2004.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Edições Loyola, 2005.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michel. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amaríllis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TRINDADE, Helgio. “Reforma Política: os desafios da democracia social”. In: BENEVIDES, Maria V.; VANNUCHI, P.; KERCHE, F. (org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. pp. 57-82.
- WOLKMER, Antônio C. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed.

Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derecho, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.