



## CRÍTICA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SEU PAPEL NA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL NA VISÃO DE JURGEN HABERMAS

*José Jurandir Pereira Junior<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente artigo consiste em atentar para alguns aportes críticos que Jurgen Habermas suscita em torno da legitimidade da Jurisdição Constitucional e o seu papel na Democracia Procedimental. Para tanto, o trabalho objetiva descrever como o Tribunal Constitucional age com certo paternalismo, inibindo uma atuação mais democrática dos cidadãos, e como a democracia procedimental pensa a atuação do Poder Judiciário. Assim, o trabalho tentará mostrar que o Poder Judiciário deve considerar a instância de autoridade do direito, que devido ao seu mais puro aspecto democrático, não pode ser analisado como objeto de interesses e decisões discricionárias.

**Palavras-chave:** Direito. Democracia. Legitimidade.

*“Envergonhe-se de morrer até que você tenha alcançado uma vitória para Humanidade”*

(Habermas)

### INTRODUÇÃO

Para compreendermos a maneira como este trabalho foi concebido e a sua inten-

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia Metafísica e Ética pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar. Graduado em Ciência da Religião pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

ção, é necessário antes atentarmos que não se trata de uma introdução geral à obra de Jürgen Habermas, devido a esse empreendimento ser evidentemente delicado, haja vista a riqueza e a variedade dos pensamentos filosóficos desse autor. Tentaremos, portanto, explorar parte de seus escritos em relação a um assunto que recai na filosofia do direito, destacando a crítica da jurisdição constitucional acompanhada da proposta da democracia procedimental na visão de Habermas.

Para tanto, faz-se crucial destacar, de início, que na teoria de Habermas é possível o entendimento sobre a diferenciação entre uma comunidade jurídica localizada no espaço e no tempo, que protege a integridade de seus membros com base em uma autonomia pública; e o universo moral, que não possui fronteiras sociais ou históricas, abrangendo todas as pessoas naturais, em toda sua complexidade histórica e vital.

Dessa maneira, a proteção moral refere-se à integridade de sujeitos completamente individuados com base na sua autonomia privada. Para Habermas, o direito garante aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, na medida em que o sistema de direitos assegura tanto a autonomia pública como a privada.

O filósofo expressa que o direito, com sua dupla face, volta-se tanto para uma perspectiva interna do sistema, isso quer dizer, em relação as instituições criadas pelo Estado moderno (por exemplo: poder judiciário, legislativo e executivo). Nessas instituições destacam-se os recursos formais em relação ao seu sistema de direito, jurisprudência, bem como ao aparato jurisdicional criado para lidar com as demandas jurídicas.

Como também, o direito se volta para uma perspectiva externa em relação ao que Habermas chama de mundo da vida (sociedade, a cultura e os indivíduos). Esse direito é criado pelos cidadãos, autores e destinatários da norma. Diante da compreensão habermasiana desse assunto, faz-se necessário compreender que a validade jurídica deve ser distinguida da validade considerada socialmente e legitimamente aceita.

Por isso, é bom que fique claro que o mundo da vida e o sistema têm o direito como estabilizador da tensão existente entre a positividade e legitimidade, seja internamente perante as instituições, ou externamente diante da esfera pública. No tocante a esse entendimento, Habermas (2012, p. 166) considera que “o sistema de direitos, ao assegurar tanto a autonomia pública como a privada, operacionaliza a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito”. Esse direito teve na sua essência processos racionais de legislação que primam por uma aplicação jurídica que respeite o assentimento racional dos atingidos.

Dessa maneira, a positividade e a legitimidade dentro das relações institucionais, ou por meio do Poder Legislativo, ou pelo Poder Judiciário, devem considerar a instância da autoridade do direito, que devido ao seu mais puro aspecto democrático, não pode ser analisado como objeto de interesses e decisões discricionárias.

Em relação ao Tribunal Constitucional, Habermas (2012, p. 343) explica que se deve ter cautela com argumentos suscitados em relação ao controle de constitucionalidade, já que “diante do legislador político, o tribunal constitucional não pode se arrogar no papel de crítico

da ideologia”, pois assim não poderia pretender lugar neutro fora do processo político. No que diz respeito aos trabalhos e funções desenvolvidos entre o Tribunal Constitucional e o legislador democrático, há uma divisão principalmente na avaliação do processo legislativo e na questão da racionalidade que a Constituição atribui a esse processo.

Esse assunto ganha contornos consideráveis no pensamento de Habermas, haja vista ter dedicado um capítulo da obra *Direito e Democracia entre facticidade e validade* (1992) ao estudo do papel e a legitimidade da Jurisdição Constitucional. Consideraremos essa obra, levando em conta o aspecto do Tribunal Constitucional que, ao proteger o procedimento democrático da legislação, deve interpretar a Constituição sem exorbitar suas funções em relação ao âmbito da legislação.

No entanto, para problematizar o assunto, no desenvolvimento deste trabalho serão trazidos aportes teóricos, como a teoria de Ronald Dworkin, que em contraponto a Habermas, é um dos precursores do ativismo judicial, bem como serão trazidos pontos interessantes e divergentes sobre os princípios constitucionais em relação aos valores.

Assim, ao final, este trabalho tentará mostrar que o Tribunal Constitucional deve considerar a instância de autoridade do direito, dedicando-se à compreensão procedimental da Constituição e se limitando a proteger um processo de criação democrática do direito, tido como a pedra de toque de legitimação da sociedade.

## **2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS VALORES COMO FUNDAMENTO CRÍTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.**

Sobre a jurisdição constitucional, existe um mau entendimento a respeito da distinção entre princípios constitucionais e valores. Neste assunto, destacam-se as decisões dos tribunais constitucionais. Para tanto, em relação à racionalidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional e sua aplicação, estão as discussões políticas e os dilemas que envolvem os princípios jurídicos e os direitos fundamentais.

Assim sendo, em relação aos princípios constitucionais, tornam-se cada vez mais expressivos os discursos axiológicos no tocante aos direitos fundamentais, sobretudo enfatizando o valor da moral. Para se ter uma ideia, na jurisprudência da Suprema Corte da Alemanha já se pacificou entendimento de que a dignidade da pessoa humana é uma espécie de meta-valor que orienta a interpretação dos demais direitos fundamentais. De acordo com esse entendimento, as jurisprudências comumente alegam de forma argumentativa e retórica que não dá para negar a existência de sensibilidade numa relação jurídica, pois o objeto em evidência será sempre um ser humano complexo.

Entretanto, exige-se cuidado nesse entendimento jurisprudencial, pois, apesar da discussão moral no ordenamento jurídico, não se pode haver afronta ao sistema de direito. Isso se dá sob a pena de que, sem o respeito ao princípio do direito e ao princípio da democracia, uma

insegurança jurídica poderá ser trazida devido aos vários tipos de decisões, as quais, mediante argumentos morais, justificam a discricionariedade e decisionismo dos juízes.

Sobre essas interpretações discricionárias do ordenamento jurídico, Habermas (2012) alerta que, ao se arrogar no entendimento sobre determinado caso, em que pese uma escolha valorativa, o julgador poderá decidir conforme o entendimento moral da questão e não do direito, sob o pretexto de muitas vezes estar julgando com base em princípios<sup>2</sup>.

Todavia, não se pode ter confusões entre as esferas da moral e do direito, sob a pena de se estabelecer uma irracionalidade do sistema no todo<sup>3</sup>. Isso quer dizer que não é permitido exacerbar nem para um tecnicismo absoluto, nem para uma superposição acerca dos valores de forma completa. Ou seja, a moral e o direito devem se complementar, e isso, para Habermas, se dá por meio de uma fundamentação política do exercício democrático.

Desse modo, faz-se necessário compreender que a racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada por leis, que estão sustentadas num ordenamento jurídico coerente fundado no princípio da democracia. A esse respeito, a crítica de Habermas (2012) volta-se também contra algumas compreensões que se formam no Tribunal Constitucional, que equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens.

Nessa direção, ele explica que, a exemplo dos Estados Unidos, o papel do Tribunal Constitucional precisa consistir em proteger o procedimento democrático da legislação; trata-se da renovação de uma compreensão republicana, portanto não instrumental, do processo político em seu todo. Isso porque Habermas (2012, p. 314), em relação à República Federal da Alemanha, refere-se à crítica de “uma doutrina da ‘ordem de valores’, desenvolvida pelo próprio tribunal, portanto à uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve consequências problemáticas para a decisão de importantes precedentes”.

É oportuno enfatizar que, para o Tribunal Constitucional Federal alemão, a Constituição não constitui tanto um sistema de regras estruturado por princípios, mas uma “ordem concreta de valores”. Nesse sentido, Habermas (2012) esclarece que as críticas justificadas à jurisprudência de valores se dirigem contra as graves consequências que afetam o ordenamento jurídico de um Estado de direito. Todavia, não se trata do problema resultante do sistema legal, e sim, em primeiro lugar, de consequências de uma autointerpretação falsa, advinda da compreensão segundo a qual direitos podem ser assimilados a valores.

Esse entendimento habermasiano aponta para o esclarecimento de que a “doutrina da

1. 2 Para Ingerbog Maus (2000, p. 187), quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.
2. Sob este aspecto, Lênio Luiz Streck (2009, p. 343-344) explica que resolver os casos difíceis pelo poder discricionário ou de recurso às questões de justiça, que, ao fim, são questões morais, geram problemas devido à forma de ver as questões nos ditames da filosofia da consciência, ou seja, na relação sujeito-objeto, pois para ele, “ainda não conseguimos fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Por causa disso, não se percebe nas decisões judiciais que confundem princípios com valores, uma coerência na sua utilização e nos seus fundamentos”.

ordem de valores” traz o sentido variável de uma apreciação de bens, que podem ser relativizados no âmbito de formas de vida ou de uma cultura. Isso nos leva a entender que decisões valorativas, que sejam mais graves no sentido de trazer comoção pública ou preferências de ordem superior, podem ser influenciadas pelo que seja bom para a sociedade, ou seja, sobre o que é bom para quem decide naquele momento.

Habermas (2012) esclarece ainda que, ao conduzir-se pela ideia da realização de valores materiais, o Tribunal Constitucional pode transformar-se numa instância autoritária, pois, no caso de uma colisão de direitos fundamentais, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos. Isso faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. Nessa perspectiva, a validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal, com base em um coerente sistema de direito.

O intuito desses esclarecimentos, para Habermas (2012, p. 321), está no receio do perigo da “transformação de direitos individuais em bens e valores, tendo em vista que estes passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir primazia em cada caso singular, aonde cada valor é tão particular como qualquer outro”. Nesse sentido, os direitos fundamentais individuais correm o risco de ser preteridos por decisões muito abstratas, abertas e carregadas de ideologias que, com argumentos considerados morais, possam descartá-los.

Ao contrário dos valores, os princípios, bem como os direitos fundamentais, são considerados por Habermas (2012, p.316) “normas válidas que obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas”. Isso se dá por que elas surgem com uma pretensão de validade binária, de forma que só podemos tomar posição dizendo sim ou não.

Com esse entendimento, o filósofo supracitado tenta resguardar a prática deliberativa dos sujeitos que deve ser protegida das interpretações discricionárias do ordenamento jurídico. Ou seja, uma carta política da nação como a Constituição deve ser interpretada para resguardar construtivamente o âmbito da divisão de poderes em um Estado democrático de direito. Entretanto, não é necessário que a justiça lance mão de competências legisladoras ou de outras práticas que extrapolem suas prerrogativas, entre as quais, faz parte a de ser tutora do processo democrático.

Nesse cenário, uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica afrontaria a coerência sistêmica do ordenamento jurídico, pois trazem decisões que pelas suas discricionariedades, podem colocar em risco a segurança jurídica. Isso contrariaria a lógica do sistema de direitos, tendo em vista que as decisões dos juízes serão pontuais, não existindo nelas um caráter formal e universal, requisito essencial em um Estado de Direito.

Destarte, para Habermas (2012, p. 316), os valores “determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor”. De acordo com os interesses particulares, os valores podem ser alterados, como em algumas culturas, que com base em suas

crenças, tendem a considerar as mulheres inferiores, relegando a autonomia delas as escolhas dos homens, objetificando-as.

Desta maneira, torna-se perigoso confundir valores com normas, já que as normas tem um aspecto de direito fundamental. O filósofo (2012, p.318) compreende que “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”.

Esse mascaramento teleológico do direito em valores pode ser visto quando direitos são considerados de acordo com as preferências de determinados grupos dominantes na sociedade, algo circunstancial e local; diferentemente das normas, que devem sua validade a um teste de universalização. É o que poderá ser visto adiante, deixando mais clara essa diferenciação entre princípios e valores neste pensamento deontológico de Habermas.

### **3 ESCLARECIMENTOS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE A MORAL, OS PRINCÍPIOS E O VALORES NA VISÃO DE HABERMAS E RONALD DWORKIN**

A discussão sobre a moral, princípios e valores propicia várias abordagens críticas que norteiam a compreensão democrática e constitucional. A esse respeito, Habermas (2012, p.297) afirma que a teoria de Ronald Dworkin serve como fio condutor “para analisarmos o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional”. Dworkin também ressalta a discussão sobre a importância da leitura moral no ordenamento jurídico, como podemos observar na seguinte explicação trazida por Habermas (2012, p.253):

A teoria dworkiniana dos direitos apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da idéia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação - e das condições de equidade da formação do compromisso.

Como pode ser visto acima, essa premissa da leitura moral não causa nenhuma surpresa para a teoria discursiva de Habermas, que fique bem claro, esses argumentos morais adentram no direito através do “processo democrático da legislação”. Desse modo, assim como Dworkin, Habermas também fundamenta sua teoria sobre os vestígios da “razão prática” na Constituição.

Nesse ponto, deve-se frisar a relevância da moral na jurisprudência e no direito, entendendo que as decisões judiciais, assim como as leis, são criaturas da história e da moral. Isso significa dizer que uma interpretação reconstrutiva do direito só será bem-sucedida se a

história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, conseguir estar sedimentada de alguma maneira nos fragmentos da razão prática. Ademais, podem ser vistos os vestígios dessa razão nos princípios constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais em algumas Constituições.

Assim sendo, os princípios constitucionais garantem a fundamentação do sistema racional coerente do direito, pelo motivo de eles não serem causais como os valores. Os princípios podem ser considerados como fundamento formal normativo dos demais direitos; na prática, são como uma espécie de simplificação da legislação pelo enunciado moral que existe neles.

Habermas (2012) afirma que, para fugir dos equívocos sobre o que sejam princípios jurídicos e os valores, precisamos enfrentar com Dworkin a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente. Sobre esse assunto, Dutra (2005, p. 83) alega que “a teoria de Dworkin é importante para Habermas porque propõe uma justificativa externa do direito, abrindo-o para normas morais, as quais entram nele, tecnicamente, como princípios”.

Dessarte, sobre a distinção entre regras e princípios, há de se destacar a teoria de Dworkin e a relevância que Habermas aponta nela. Dworkin procurou esclarecer algumas questões do positivismo sobre a existência e diferença da natureza “lógica” entre “regras” e “princípios”<sup>4</sup>. Para ele (2002, p. 42), uma das diferenças é que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm a dimensão do peso ou importância”.

Além do mais, Dworkin (2002, p. 36) denomina “princípio como um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Isso ele menciona em relação à leitura moral da Constituição e do direito no tocante aos princípios. Mediante esse pensamento, vale a pena ressaltar que, para esse filósofo, o Poder Judiciário não poder assumir uma postura passiva diante da sociedade, devendo participar como autoridade para compreender e interpretar os princípios, ou como ele mesmo nos diz (2006, p. 2-3):

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo Sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No Sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Por isso, os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público.

Segundo Dworkin (2006), os tribunais, ao decidirem sobre as questões de princípios, provocam um entendimento mais profundo nas questões complexas perante a sociedade, mais

4 3 Esse debate sobre a distinção entre princípios e regras teve sua primeira publicação por Dworkin a partir de um ensaio no ano de 1967 com o título *The Model of Rules*.

do que aquele entendimento que a política por si só teria facultado, é o que se pode perceber quando ele (2006, p. 47) afirma que:

Em certas circunstâncias os cidadãos podem ser mais capazes de exercer as responsabilidades morais da cidadania quando as decisões finais saem do âmbito da política comum e ficam a cargo dos tribunais, cujas decisões supostamente dependem de princípios e não do peso dos números nem do equilíbrio da balança política.

Sobre essa discussão e a importância que Dworkin atribui aos tribunais, Richard Belamy (2007, p. 96-97) considera que Dworkin:

Sugere que os republicanos cívicos esquecem que as decisões da Suprema Corte também pode desencadear uma discussão pública generalizada no interior dos meios de comunicação, salas de aula e em torno de mesas de jantar, porque ela está focada em questão de princípio, em vez de negociações políticas.

Dessa forma, segundo Dworkin, não só as Casas Legislativas podem trazer uma discussão pública, que se contemple na esfera pública, mas também a Suprema Corte, por estar focada em questões de princípios.

Foi relevante mencionar parte do pensamento de Dworkin, devido à necessidade de apresentar uma reflexão em relação à leitura moral da Constituição. Todavia, quanto ao poder de interpretação dado aos juízes, surgem diversos questionamentos sobre até que ponto eles podem impor suas convicções morais ao grande público.

É justamente diante desses apontamentos que se torna possível distinguir a diferença que há entre as propostas de Habermas e Dworkin, quanto ao Poder Judiciário. Destarte, Dworkin (2006) foca no judiciário e em princípios que podem não estar positivados, mas que fazem parte da história política-jurídica de uma comunidade.

Nesse sentido, diz em seu argumento mais geral (2006, p. 112) que “as considerações de equidade são importantes porque indicam a existência de princípios importantes, utilizados largamente na prática judicial, mas não contemplados diretamente na legislação codificada”.

Esta razão manifestada nos princípios passa a ser escrita no acervo das decisões dos juízes, na qual fica constatada a existência de conteúdo moral em algumas demandas existentes da sociedade. Ou seja, nesse caso, os juízes acompanham a manifestação destes conteúdos transcrevendo, na jurisprudência, o que a razão prática apresentou como conteúdo moral advindo da sociedade

Ainda de acordo com Dworkin (2006, p. 15), “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”. Nessa perspectiva, em outra de suas obras (DWORKIN, 2002), refere-se às regras jurídicas que, com um conteúdo moral, incorporaram o direito por terem sido parte da história costumeira da sociedade; pois quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos, foram tratadas como já pertencentes ao direito. E isto porque

representavam a prática costumeira da comunidade. Seu ponto de vista (DWORKIN, 2002, p. 73) pode ser entendido da seguinte maneira:

Afirmo que é plausível a tese de que existe algum teste para o direito, comumente aceito, se considerarmos apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis ou são apresentadas em negrito nos manuais de direito. Mas os juristas e os juizes, ao debaterem e decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominei de princípios jurídicos, como, por exemplo, o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos.

Assim sendo, a defesa de Dworkin é compatível com um ativismo judicial. Ao contrário do que Habermas pensa, esse modo monológico da sua teoria tem o único modelo verdadeiramente relevante, que é o juiz Hércules.

Habermas (2012), por seu turno, rejeita os argumentos de Dworkin, que pressupõe um juiz cuja capacidade intelectual possa ser medida com as forças físicas de um Hércules, um juiz nos moldes de julgar de maneira monológica. Em outras palavras, esse juiz julga conforme os ditames da filosofia da consciência<sup>5</sup> que tinha como fundamento um sujeito de uma “razão solitária” que interagia com o mundo.

Por causa disso, torna-se incompatível com a democracia procedimental de Habermas, que se apoia na filosofia da linguagem, trazendo ênfase numa razão comunicativa; portanto, tendo a participação dos cidadãos como relevante nas demandas políticas e Constitucionais. Nesse sentido, em contraponto à teoria procedimentalista, a teoria de Dworkin pode ser entendida como substancialista, que define a democracia pelo conteúdo dos direitos contidos na Constituição. Sobre essa perspectiva, Lênio Luiz Streck (2009, p. 43) traz o seguinte esclarecimento:

Embora classificável como defensor de uma posição liberal-cotratualista, Dworkin se aproxima, em alguns pontos, dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição. O modelo substancialista 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 [...]. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao “Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.

Assim sendo, Streck (2009) esclarece que o judiciário, na tese substancialista, posiciona-se como intérprete, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios. Nesse modelo prevalece o decisionismo dos juizes, na medida em que o direito vigente não é suficiente para

<sup>5</sup> 4 É bom destacar a explicação de Habermas (2012, p. 263), na qual “Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O juiz Hércules dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria”.

a determinação precisa de um estado de coisas. Desta forma, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio, aonde às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade o direito.

Contudo, por outro lado, no modelo procedimental de Habermas, o Tribunal Constitucional assume, no melhor dos casos, o papel de tutor no processo democrático. Nesse caso, pode o judiciário, no máximo em casos difíceis, discutir no espaço público, numa espécie de fórum ampliado de não *experts*, ou seja, discutir o direito com a sociedade.

Ademais, Habermas (2012, p. 276) expressa que “Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo”. Entretanto, Habermas lança mão da compreensão democrática da legitimidade do direito para pode libertar Hércules da solidão e de uma construção teórica empreendida monologicamente.

Para esse filósofo (2012, p. 278), em vez de o direito ficar à mercê dos seus aplicadores, seria muito mais democrático para sociedade se apoiar em uma teoria do direito que garantisse o “ideal político de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”. Dessa forma, resguardar-se que o direito e a moral não venham a ficar como objeto de interesses e decisões discricionárias.

Reiterando, para Habermas (2012), a leitura moral da Constituição e do direito em relação aos princípios não se dá apenas por meio do Poder Judiciário, representado pela personalidade de um juiz. É como se os tribunais, ao decidirem sobre as questões de princípios, provocassem um entendimento mais profundo nas questões complexa da sociedade, mais do que o debate político na esfera pública.

Por esse motivo, em contrapartida, a teoria de Habermas busca a compreensão da complementação entre o direito e a moral, trazida, de certo modo, pela formação política da vontade do legislador e a comunicação política da esfera pública. No tocante a esse assunto, temos a seguinte explicação, na qual Habermas (2012, p. 256) expressa que:

Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões.

A explicação trazida acima tem uma premissa que não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, que parte da ideia de que argumentos morais entram no direito por meio do processo democrático da legislação. Ou seja, a moral entra no direito através de um processo deliberativo, passando esse direito a transforma-se, tecnicamente, em princípios.

Oportuno registrar que, a respeito dos argumentos morais entrarem no ordenamento jurídico como princípios, Habermas (2011, p.203) assevera que:

O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais.

Como pode ser observada, a teoria de Habermas traz uma complementação entre o direito e a moral, ficando mais explícito neste ponto, quando no início do trabalho foi mencionado que, para o filósofo, não se podem ter confusões entre as esferas da moral e do direito, sob a pena de se estabelecer uma irracionalidade do sistema no todo. Ou seja, a moral e o direito devem se complementar, por meio de uma fundamentação política do exercício da democracia.

Habermas esclarece que isso acontece com base em uma razão, que se dá no próprio exercício da linguagem, em uma sociabilidade reflexiva e formada por relações intersubjetivas, que foram fomentadas em um debate público. Na sua teoria discursiva da moral, o entendimento sobre as pretensões de validade, com base em discursos práticos, permite uma moral pública que passa a ser fonte de legitimidade e aproximação do direito em relação à moral.

Assim, na proposta teórica de Habermas, está pressuposto que a razão comunicativa, com o seu viés interativo, pretende amenizar o pensamento meramente técnico e discricionário em que o direito é concebido. Para isso, torna-se necessário reduzir a tensão existente entre o direito e a moral por meio de uma fundamentação política do exercício da democracia.

Dessa forma, o direito, também com a sua dupla face, realiza uma mediação entre o princípio da moral, que cria os direitos fundamentais, portanto, direitos universais, e o princípio da democracia, consagrado pela soberania do povo.

Importante mencionar aqui o princípio da democracia, que garante formalmente que haja na lei o direito garantido da manifestação popular, como por exemplo, plebiscitos, referendos, leis de iniciativa popular e etc. Dessa forma, recai para o princípio da democracia a incumbência de amarrar o procedimento de normatização trazido legitimamente pelo direito.

Assim, o princípio da democracia assegura, de acordo com a comunidade jurídica, direitos políticos que garantem a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação. Não tendo o objetivo de exaurir todo assunto, a seguir serão expostos alguns apontamentos sobre a democracia procedimental habermasiana em relação ao Tribunal Constitucional, que ao proteger o procedimento democrático da legislação deve interpretar a Constituição sem exorbitar suas funções.

#### **4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO À DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL.**

Neste momento, torna-se possível entender melhor sobre a democracia procedimental de Habermas, bem como o papel da Jurisdição Constitucional em um Estado Democrático. Lubenow (2010, p. 234) explica que a democracia procedimental expressada por Habermas pode ser entendida como “um processo de institucionalização da formação racional da opinião e da vontade, através do caráter procedimental, que garante formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade”.

Mediante o entendimento trazido até aqui, de acordo com Habermas (2012), uma jurisprudência constitucional pode até ser ofensiva, desde que, em determinados casos, proponha-se à imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Ou seja, que exista um limite da atuação do poder Judiciário em relação ao processo democrático. Ressaltando a relevância deste processo democrático, Habermas (2012, p. 297) traz a seguinte explicação:

A prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.

Para melhor compreensão sobre o limite da atuação do poder judiciário, Habermas cita a teórica Ingeborg Maus<sup>6</sup> que, de igual pensamento, receia que a justiça intervenha em competências legislativas mesmo sem ter legitimidade democrática. Nesses termos, além de solapar o aspecto democrático do direito, a justiça pode arrogar-se como protetora da democracia no sentido paterno da sociedade.

No ensaio intitulado *O Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã (2000)*, a pensadora examina a tradição da jurisprudência alemã e atenta para esse detalhe da paternidade, considerada por ela inibidora da prática democrática dos cidadãos. Maus (2000, p. 183) traz a seguinte explicação que nos ajudará a entender melhor este assunto, senão vejamos:

Examina-se a tradição da jurisprudência constitucional alemã a fim de demonstrar que por trás de generosas ideais de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.

A autora, de maneira cética, questiona se a justiça em sua atual formatação, além de substituta do imperador, não passa a ser o próprio monarca substituído devido ao sentido paternal que lhe foi delegado. Além do mais, a “proteção paternal do poder do Estado” não deve exercer o domínio em uma sociedade, que auto se intitula democrática, antes, este poder

6 5. Ingeborg Maus é professora titular de ciência política da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt am Main, e este é o seu primeiro trabalho traduzido para a língua portuguesa (MAUS, 2000, p.183-202).

do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos. Maus (2000, p. 189) traz outro esclarecimento que merece transcrição:

O sujeito autônomo da filosofia iluminista deve ser liberado tanto do infantilismo relativo às questões de tomada de consciência como da orientação paternalista no processo político de decisão. Esse sujeito relaciona-se conceitualmente em face dos mandamentos da moral convencional como instância autônoma do “controle da legalidade”, assim como atende ao chamado de autonomização legislativa do processo político de criação normativa.

Mediante o que foi apresentado em linhas pretéritas, Habermas também desconsidera esse paternalismo exercido pelo judiciário, tendo em vista o seu posicionamento acerca de uma democracia mais radical. Para tanto, como dito antes (2012, p. 346), analisa que “é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva, em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”. Nesses moldes, essa jurisprudência poderá ser até exigida normativamente. Ademais, o papel e a relevância do Tribunal Constitucional podem ser suscitados como uma espécie de guardião da democracia deliberativa, ou como Habermas (2012, p. 340) nos diz:

A compreensão republicana da política lembra o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam a legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social.

Desse modo, a autodeterminação deliberativa poderá ser gerada a partir da formação da opinião nos círculos informais da comunicação política, que são localizados no mundo da vida. Por sua vez, esse mundo da vida compreende a cultura e a sociedade nos seus mais variáveis espaços de participação política, envolvendo uma multiplicidade de participantes.

Dessa maneira, Habermas (2012) aponta que o Tribunal, no melhor dos entendimentos ao seu respeito, deve assumir o lugar-tenente republicano das liberdades positivas, resguardando o genuíno aspecto democrático que foi realizado perante a discussão normativa. Essa perspectiva passa a ser a mais aceitável em uma democracia, no intuito de que o Tribunal Constitucional não assuma o papel paternalista condenado, como visto antes por Maus (2000). Pelo contrário, Habermas propõe uma fundamentação política do exercício da democracia entre os participantes do Estado democrático.

Sobre uma fundamentação política do exercício democrático, pode-se considerar que Habermas abre espaço para uma educação política a ser discutida, nos meandros dos problemas instituídos nas democracias.

Nesse sentido, Habermas (2012, p. 347) esclarece que “sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada da cidadania que se transformou na comunidade dos intérpretes da constituição, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor”. Nessa perspectiva, quando nas decisões incidirem questões de natureza política, o direito vigente fica na possibilidade de ser reconstruído pelos cidadãos e não pela jurisdição.

Em outras palavras, uma autêntica formação democrática da Constituição tem de ser reconstruída pelo povo e não pelo juiz. Habermas (2012) deixa claro que a lei é uma norma geral que obteve validade por meio do assentimento da representação popular, que foi caracterizado por um procedimento de discussão na esfera pública, unindo dois momentos: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática de interpretação do ordenamento jurídico, bem como da Constituição, deve proceder construtivamente no âmbito da divisão de poderes do Estado democrático de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras ou de outras práticas que extrapolem suas prerrogativas. Para Habermas, faz parte de a jurisdição constitucional ser tutora do processo democrático. Assim, em específico, o Tribunal Constitucional deve se direcionar à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito.

Nesse íterim, paira sobre ele a responsabilidade de vigiar a manutenção da Constituição, prestando atenção nos procedimentos e normas organizacionais, os quais dependem da eficácia legítima do processo democrático.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional tem de tomar precauções para permanecer intactos os canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, pois é por meio desses canais que uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza. É justamente nesses termos que se configura uma perspectiva de uma democracia procedimental.

Do contrário, uma jurisdição constitucional com base na doutrina de valores estaria escolhendo o sentido teleológico das normas e dos princípios constitucionais. Prevalecendo nesse entendimento o poder discricionário dos juízes, o que seria uma ameaça ao princípio da democracia.

Para Habermas, essa forma de entendimento da jurisdição colocar em risco o direito, que teve seu surgimento nas discussões e debates da esfera pública. Assim, a filosofia política de Habermas, expressa que o processo democrático deve ser respeitado pelas instituições, cabendo ao Tribunal Constitucional, preservar a instância de autoridade do direito, considerado a pedra de toque de legitimação da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism**: A republican defence of the constitutionality of democracy. Cambridge: University Press, 2007.

DUTRA, Delamar José Volpato. Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas. *In* DUTRA, Delamar Volpato. PINZANI, Alessandro (orgs.). **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 80-94.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade, VOL. I**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade, VOL. II**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia Deliberativa: Modelo teórico e discursos críticos em Habermas. **Revista Kriterion**, Belo Horizonte, n. 121, jun./2010. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/kr/v51n121/12.pdf> >. Acesso em: 04 fev. 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, Nov. 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>> . Acesso em 23 jun. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

## **REVIEW ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND ITS ROLE IN PROCEDURAL DEMOCRACY FROM JURGEN HABERMAS PERSPECTIVE.**

### **ABSTRACT**

This article brings attention to some criticism that Jurgen Habermas raised about the legitimacy of the Constitutional Jurisdiction and its role in procedural democracy. Thus, the study aims to describe how the Constitutional Court acts with some certain paternalism, inhibiting a more democratic attitude from the citizens, and how the procedural democracy considers the role of the judiciary. Therefore, this article

tries to show that the judiciary should consider the law authority, which due to its purest democratic aspect, cannot be regarded as an object of interest and discretionary decisions.

**Keywords:** Law. Democracy. Legitimacy.