



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

LUANA PAIXÃO DANTAS DO ROSÁRIO

**A LEGITIMIDADE DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO
NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UMA CONCEPÇÃO
ORIENTADA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Salvador
2010**

LUANA PAIXÃO DANTAS DO ROSÁRIO

**A LEGITIMIDADE DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO
NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UMA CONCEPÇÃO
ORIENTADA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Salvador
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

LUANA PAIXÃO DANTAS DO ROSÁRIO

**A LEGITIMIDADE DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO
NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UMA CONCEPÇÃO
ORIENTADA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público no curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e aprovada, em sua forma final, em ____ de _____ de 2010.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior – Orientador
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Ricardo Mauricio Freire Soares
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Walber de Moura Agra
Universidade Católica de Pernambuco

Aos meus pais e irmão, incentivo e crença de toda a vida.

A todos que crêem no Judiciário e no homem.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, pelo conhecimento compartilhado, disponibilidade amável e preciosa sensibilidade, o meu respeito e admiração.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em especial àqueles com quem tive o privilégio de aprender: Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, Paulo Pimenta, Wilson Alves, Fredie Souza Didier Junior, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Heron Gordilho e Celso Castro. Pela cátedra, poesia, filosofia, solidariedade e afeto.

Ao professor Dr. Manoel Jorge e Silva Neto, pela orientação no tirocínio docente e pelas ricas lições.

Ao professor Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, pelas sugestões valiosas.

Ao Professor D. Walber de Moura Agra, por sempre responder aos meus e-mails e perguntas.

Aos servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em especial a Jovino e Luiza, pela doação.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela interlocução, construção e troca de saberes e vivências.

Ao professor Msc. Cláudio Carvalho e à professora Valéria Dias, pelo sonho do Ensino de um Direito emancipador e justo.

Ao meu amigo André Andrade, por consertar o meu Word numa manhã de domingo.

À Ana Kelly Reis, por formatar o sumário, em uma tarde de trabalho.

Aos meus amigos Osmir Globekner, Nei Bahia, Gustavo Carneiro e Fábio Schmidt pela confiança, auxílio e paciência.

Aos meus pais e irmão, por existirem.

Ao divino, em tudo que é humano.

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum de princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, se tornarem finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito.

(Ronald Dworkin).

RESUMO

A presente dissertação foi desenvolvida na área de concentração de Direito Público, na linha de pesquisa de Cidadania e Efetividade de Direitos e versa sobre a legitimidade da função política do poder judiciário na democracia constitucional. O objetivo desta dissertação é comprovar que o exercício da Função Política do Judiciário é democraticamente legítimo. Inicialmente, o trabalho fixa a natureza política do Poder Judiciário a partir da análise da definição de política e de poder político. Aborda o desenvolvimento desta função política a partir das obrigações assumidas pelo Estado de Bem Estar Social. Analisa a função política e a criatividade da Jurisdição Constitucional. Acerca do problema da legitimidade a despeito da composição não representativa, o trabalho define legitimidade e revisa as concepções de Democracia para demonstrar que a atuação política do Poder Judiciário é legítima do ponto de vista de uma Democracia Substantiva e Constitucional. Analisa a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e situa o ativismo judicial da Suprema Corte norte americana e do Tribunal Constitucional alemão. Distingue e expõe as propostas teóricas de legitimação substancialistas e procedimentalistas. Expõe a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas acerca da legitimidade democrática do Judiciário situada na Teoria da Razão Comunicativa. Expõe a concepção habermasiana de Direito. Demonstra a complementaridade entre moral racional e direito positivo e a relação interna entre o direito e a política, neste autor. Expõe a indeterminação do Direito e as tentativas de racionalização da jurisprudência. Colaciona as críticas às teorias procedimentais de legitimação da jurisdição constitucional. Acerca das teorias substancialistas de legitimação, expõe o pensamento de Cappelletti e Ronald Dworkin. Trata da legitimidade democrática do judiciário na teoria de Ronald Dworkin e de como a atuação política do judiciário, para os substancialistas, em geral, significa a consolidação da democracia. Expõe as críticas ao pensamento de Dworkin. Aborda a relação entre a função política do poder judiciário, o Neoconstitucionalismo e a nova teoria dos princípios e como isto resulta da reaproximação entre Direito, política e moral. Afirma que a Teoria dos Princípios operou a fusão dos planos deontológico e axiológico e que isto intensifica a criatividade e a politização jurisprudencial. Ressalta a relação entre a função política do Poder Judiciário e a nova hermenêutica. Afirma que a atuação política do Poder Judiciário requer o domínio da Hermenêutica para que a concretização do conteúdo político e axiológico do Direito, vago e indeterminado, não resvale para a arbitrariedade ou para o decisionismo. Colaciona os conceitos de Alexy de democracia deliberativa, Direitos Fundamentais e representação argumentativa do cidadão, como uma interessante proposta de alinhar a análise procedimental do discurso normativo a pontos de partida substantivos. Discute propostas de densificação da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Analisa a recente jurisprudência desta Corte. Conclui que a legitimidade democrática do Poder Judiciário é predominantemente substantiva. Mas, admite que o desenvolvimento de teorias procedimentais que fixem pautas substantivas podem ser úteis, bem como o desenvolvimento da prática democrática.

Palavras-chave: legitimidade, política, politização, poder judiciário, democracia constitucional, direitos fundamentais.

ABSTRACT

This thesis was developed in the area of concentration in public law, in the research of Citizenship and Effectiveness of Rights and focuses on the legitimacy of the political role of the judiciary in constitutional democracy. The objective of this dissertation is to prove that the exercise policy of the Civil Judiciary is democratically legitimate. Initially, the dissertation establishes the political nature of the judiciary from the analysis of the policy setting and political power. Discusses the development of this policy function from the obligations assumed by the Welfare State. Examines the political role and creativity of Constitutional Jurisdiction. About the problem of legitimacy in spite of the unrepresentative composition, the dissertation defines legitimacy and reviews the concepts of democracy to demonstrate that the political activity of the judiciary is a legitimate point of view of a substantive democracy and constitutional. Examines the democratic legitimacy of constitutional jurisdiction and places the judicial activism of the Supreme Court of North American and German constitutional court. Distinguishes and sets out proposals to legitimize substantialistic theoretical and procedural. Expounds the theory of Jürgen Habermas proceduralist about the democratic legitimacy of the judiciary situated in the Theory of Communicative Reason. Exposes the Habermasian conception of law. Demonstrates the complementarity between the rational and moral law and positive relationship between domestic law and politics, in this author. Exposes the indeterminacy of law and attempts to rationalize the law. Collations criticism of theories of procedural legitimation of constitutional jurisdiction. About substantial theory of legitimation, exposes the thought of Cappelletti and Ronald Dworkin. This is the democratic legitimacy of legal theory of Ronald Dworkin and how the political actions of the judiciary, for substantialistic generally means the consolidation of democracy. Exposes the criticism of Dworkin's thought. Addresses the relationship between the political role of the judiciary, and the neoconstitutionalism new theory of the principles and how this results from the rapprochement between law, politics and morality. Affirms that the Theory of the Principles operated the merger plans and axiological ethics and that this intensifies creativity and judicial politicization. Emphasizes the relationship between the political role of the judiciary and the new hermeneutic. Affirms that the political activity of the Judiciary requires mastery of hermeneutics to the achievement of political and axiological content of the law, vague and indeterminate, did not fall into the arbitrary or the decisionism. Alexy collated the concepts of deliberative democracy, Rights and argumentative representation of the citizen, as an interesting proposal to align the procedural analysis of the legal discourse on substantive points of departure. Discusses proposals for densification of the democratic legitimacy of the Supreme Court. Concludes that the democratic legitimacy of the judiciary is predominantly substantive. But he admits that the development of theories that set procedural guidelines may be useful substantive as well as the development of democratic practice.

Keywords: legitimacy, political, politics, judiciary, constitutional democracy, fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A NATUREZA POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO	21
2.1 A Função Política do Poder Judiciário e o Estado Social de Direito	27
2.2 A Função Política do Poder Judiciário e o Estado Democrático de Direito	35
2.3 A Revisão das Teorias Democráticas	40
2.4 A Crise da Democracia Representativa	47
2.5 A Natureza Política da Jurisdição Constitucional	52
2.6 A Criatividade das Cortes Constitucionais	59
3 A LEGITIMIDADE DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	62
3.1 Definição de Legitimidade Democrática	62
3.1.2 Legitimidade de Origem e Legitimidade de Exercício	68
3.2 A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional	68
3.3 O Ativismo Judicial Norte Americano	73
3.4 O Ativismo Judicial do Tribunal Constitucional Alemão	76
3.5 Distinções Gerais entre Procedimentalistas e Substancialistas	79
3.6 A Função Política do Judiciário para os Procedimentalistas	83
3.7 A Legitimidade pelo Procedimento	87
3.7.1 A Legitimação pelos Procedimentos Assecuratórios do Regime Democrático	88
3.7.2 A Teoria de John Hart Ely: a Igualdade de Participação Política dos Cidadãos	88
3.7.3 A Teoria de Cass Sunstein: a Democracia Política	92
3.8 A Função Política do Judiciário para os substancialistas	94
3.9 Legitimidade Substantiva da Jurisdição Constitucional em Cappelletti	99

3.10 Críticas substancialistas aos procedimentalistas	103
4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS 106	
4.1. A Teoria da Razão Comunicativa e a Concepção de Direito em Habermas	106
4.2 Direitos Humanos e Soberania do Povo	112
4.3 A Relação de Complementaridade entre Moral Racional e Direito Positivo	113
4.4 A Relação Interna entre o Direito e a Política	115
4.5 Teoria da Razão Comunicativa e a “Separação” de Poderes	117
4.6 A Indeterminação do Direito e a Racionalidade da Jurisprudência	119
4.7 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional	119
4.8 Críticas às Teorias Procedimentais de Legitimação da Jurisdição Constitucional	125
5 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NA TEORIA DE RONALD DWORKIN	
5.1 A Concepção de Direito	127
5.2 O Modelo de Regras e Princípios	130
5.3 A Interpretação Construtiva e a Única Decisão Correta	131
5.4 O Juiz Hércules	132
5.5 Distinção entre Questões de Princípio e Questões de Política	133
5.6 A Concepção Comunitária de Democracia	134
5.7 O Problema da Legitimidade Democrática do Poder Coercitivo Estatal	137
5.8 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional	138
5.9 Crítica de Dworkin ao Procedimentalismo	142
5.10 Críticas a Dworkin	142

6 A FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA TEORIA DOS PRINCÍPIOS: REAPROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO, POLÍTICA E MORAL	145
6.1 A Dimensão Ético-Moral do Direito	145
6.2 Síntese da Colocação da Ética e da Moral no Direito	149
6.2.1 Do Jusnaturalismo ao Positivismo Jurídico	150
6.2.2 O pós-Positivismo: a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios	153
6.3 Teoria dos Princípios: Fusão dos Planos Deontológico e Axiológico	155
6.3.1 Dworkin: o conteúdo Moral do Direito	157
6.3.2 A pretensão de correção de Alexy: elo entre o Direito e a Moral na Teoria da Argumentação	160
6.4 O Neoconstitucionalismo: supremacia axiológica da Constituição	166
6.4.1 Direitos Fundamentais: Conteúdo da Democracia Constitucional no Neoconstitucionalismo	169
7 FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO E A NOVA HERMENÊUTICA...	170
7.1 Definição de Hermenêutica	170
7.2 A Sociedade Aberta de Intérpretes	172
7.3 Postulados da Hermenêutica Gadameriana	176
7.3.1 A Hermenêutica Gadameriana, a Ética Aristotélica e o Problema Hermenêutico	179
7.3.2 A Indeterminabilidade Prévia do Saber Ético e Hermenêutico e a Aplicação do Direito	182
7.4 Panorama da Hermenêutica Crítica de Jürgen Habermas	183
7.4.1 A pseudocomunicação em Habermas face ao primado Ontológico da Tradição Lingüística em Gadamer	186
7.4.2 O Interesse Emancipatório	188

7.5 A Ética Aristotélica na Hermenêutica Gadameriana <i>Versus</i> o Interesse Emancipatório da Hermenêutica Habermasiana: um vetor ético e emancipatório para a politização do Poder Judiciário	190
7.6. A legitimidade discursiva e a Teoria da Argumentação Jurídica	193
7.7 O Discurso Normativo por Tércio Sampaio Ferraz Júnior	194
7.8 O Constitucionalismo Discursivo de Alexy	197
7.9 Democracia Deliberativa, Direitos Fundamentais e Representação Argumentativa do Cidadão	199
8 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	204
8.1 Propostas Estruturais para a Densificação da Legitimidade Democrática do STF	206
8.2 Propostas Materiais para a Densificação da Legitimidade Democrática Do STF	208
8.3 A Abertura do Processo	210
8.4 O <i>Amicus Curiae</i>	215
8.5 A Natureza Jurídica do <i>Amicus Curiae</i>	216
8.6 As Hipóteses Legais de Participação do <i>Amicus Curiae</i>	217
8.7 <i>Amicus Curiae</i>: Legitimação e Participação Democrática no Judiciário	220
8.8 A Função Política do STF e a evolução jurisprudencial do Mandado de Injunção	222
8.9 A Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol	231
8.10 As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nºs 54 e 186	238
8.10.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	238
8.10.2 Audiência Pública na ADPF 54-8 – Abortamento de feto anencéfalo	241
8.10.3 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS: políticas de ação afirmativa (ou discriminação reversa) de acesso ao ensino superior	247

CONCLUSÃO251

1 INTRODUÇÃO

A doutrina política e jurídica, em sistemas jurídicos de diversos países, observa que a atuação do Poder Judiciário tem adentrado em conteúdos políticos, seja na Jurisdição Constitucional, no controle de políticas públicas, na guarda dos Direitos Fundamentais ou em decisões que efetivam os direitos sociais. A densificação do conteúdo político das decisões judiciais perpassa por uma transformação ampla do perfil do Estado e dos locais de atuação política, que reflete uma transformação da própria Democracia e da sociedade.

O ponto merecedor de destaque no exame do exercício da Função Política do Poder Judiciário na Democracia Constitucional é a análise da legitimidade deste Poder para esta função. Tendo em vista que sua composição, distintamente da dos outros poderes do Estado, não é representativa. Destarte, o problema a ser enfrentado por esta dissertação será legitimar o exercício da Função Política do Poder Judiciário na Democracia Constitucional, definida esta como a Democracia que se funda na supremacia constitucional.

O objetivo principal desta dissertação será comprovar que o exercício da Função Política do Judiciário lhe é inerente e inexorável, legitimamente consolida a Democracia Constitucional e é imprescindível para a realização dos Direitos Fundamentais, concretização da Constituição e dos valores nela insertos. Para, desta forma, consolidar o Judiciário como espaço público de participação política do cidadão, destinatário e autor dos Direitos Fundamentais e da própria proteção do Direito.

A hipótese principal aventada para o início da pesquisa foi que a Função Política do Poder Judiciário é inerente às Democracias Constitucionais e que o seu exercício é legítimo e essencial à realização dos fins desta Democracia, a saber, a efetivação dos Direitos Fundamentais. Coloca-se como premissa desta hipótese que a atividade do Poder Judiciário é sempre política, por definição.

As hipóteses secundárias cogitam que a Função Política do Poder Judiciário foi maximizada pelo Estado Social. Que a Teoria da Tripartição do Poder Político, revisada pela Supremacia Constitucional, não invalida a Função Política do Judiciário. Que a crise da representatividade política reforça a democraticidade da desta função. Que a necessidade de inclusão das minorias, a proteção dos Direitos

Fundamentais e a supremacia da Constituição legitimam a atuação do Judiciário em questões políticas. Que a participação do cidadão no processo judicial é exercício político de cidadania. Que a abertura do Processo à 'comunidade aberta de intérpretes' (HÄRBELE, 2002) reforça a legitimidade da Jurisdição. Que os instrumentos processuais de participação democrática em causas de transcendência social devem ser ampliados aos processos coletivos. Que a construção da Democracia Constitucional com base nos Direitos Fundamentais, necessariamente perpassa pelo Poder Judiciário.

A relevância teórica do tema exurge da necessidade de compreensão da transformação paradigmática do Direito e, conseqüentemente, da tutela jurisdicional, em tempos de pós-positivismo, neoconstitucionalismo e da nova heremenêutica, cuja delimitação teórica ainda se encontra em elaboração, o que traz conseqüências epistemológicas e metodológicas que não podem ser descuradas.

A relevância prática reside na necessidade de consolidação da teoria da politização do Judiciário em todas as instâncias políticas e de poder; sobretudo em um país de Democracia recente; a fim de que os atores do cenário político respeitem a função política do Poder Judiciário e não a considerem, lamentavelmente, como interferência indevida em assuntos de governo, concepção equivocada. Este assunto reveste-se de importância social dado o aumento de incidência de decisões judiciais de cunho político e de uma jurisdição cada vez mais criativa.

O método empregado, em sentido amplo ou epistemológico, será o proposto pela fenomenologia, que, precário e provisório, entende o tema de conhecimento como fenômeno, a ser apreendido em sua complexidade, porém não em sua totalidade. (OLIVEIRA, 2008). Neste diapasão, para não escapar à complexidade do tema, buscou-se tratar do problema da legitimidade democrática do Judiciário para questões políticas, por diversos enfoques teóricos. Não com o objetivo de colacionar doutrinas diversas ou formular uma síntese. Mas, para possibilitar um enfoque dialógico em que as diversas apreensões do fenômeno se confrontem. Focar em uma destas propostas traria uma análise reducionista, ao passo que investigar várias delas leva à impossibilidade de esgotá-las, mas respeita a complexidade da questão. Optou-se pela segunda alternativa sem a pretensão de esgotar-se o tema. A pesquisa tratou o tema não como um dado que se coloca à

consciência, mas, como um construído da intencionalidade de quem se predispõe a conhecer, no desentranhamento de uma de suas possibilidades. (OLIVEIRA, 2008).

Quanto ao método em sentido estrito, utilizar-se-á da convicção de Paul Feyerabend, de que, em ciências sociais, não é possível utilizar-se de um método único, pois, em razão da complexidade do tema em estudo, que nem mesmo está pré-orientado como objeto, mas em construção, a recomendação é de um pluralismo metodológico. (FEYERABEND, 2007). De modo que haverá inferências predominantemente dedutivas e, por vezes, dialéticas. Quanto à técnica empregada será a pesquisa bibliográfica. (FIGUEIREDO;SOUZA,2008).

No primeiro capítulo abordar-se-á a natureza política do Poder Judiciário enquanto poder do Estado. Revisar-se-á a teoria do poder político e a teoria da tripartição dos poderes. Abordar-se-á como a hipertrofia legislativa do Estado de Bem Estar Social levou a ampliação da atuação política do Poder Judiciário. Revisar-se-á a função política do Poder Judiciário em face das Teorias da Democracia. Analisar-se-á como o Estado de Bem Estar Social contribuiu para a Crise da Democracia Representativa e o impacto desta crise na jurisdição. Abordar-se-á a natureza política da Jurisdição Constitucional. Constar-se-á que a criatividade jurisdicional está presente nas Tradições de *Civil Law* e *Common Law*.

O segundo capítulo introduz o tema da legitimidade da Função Política do Poder Judiciário na Democracia Constitucional. Define legitimidade democrática. Analisa a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e situa o ativismo judicial da Suprema Corte norte americana e do Tribunal Constitucional alemão. Distingue as propostas teóricas de legitimação substancialistas e procedimentalistas. Analisa se a função política do Poder Judiciário é compatível com a Democracia para estas teorias. Dentre as teorias procedimentalistas, visita brevemente e a título introdutório, as teorias assecuratórias do regime democrático de John Hart Ely e Cass Sunstein. Colaciona a posição substancialista de Cappelletti quanto à legitimidade da Jurisdição Constitucional.

As exposições do terceiro e quarto capítulos deter-se-ão sobre a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas e a concepção substancialista de Ronald Dworkin. O objetivo é confrontar a concepção de dois dos maiores expoentes destas vertentes teóricas. O terceiro capítulo trata da legitimidade democrática do Judiciário na teoria procedimentalista de Jürgen Habermas. Expõe sua Teoria da Razão

Comunicativa e sua concepção de Direito. Demonstra a relação entre direitos humanos e soberania do povo, a relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo e a relação interna entre o direito e a política, neste autor. Situa a teoria da separação de poderes no bojo da Teoria da Razão Comunicativa. Expõe a indeterminação do Direito e a racionalidade da jurisprudência. Expõe a legitimidade da jurisdição constitucional em Habermas e colaciona as críticas às teorias procedimentais de legitimação da jurisdição constitucional.

O quarto capítulo trata da legitimidade democrática do Judiciário na teoria de Ronald Dworkin e de como a atuação política do judiciário, para os substancialistas, em geral, significa a consolidação da democracia. Ressalta que para Dworkin, esta atuação política é válida quando se trata de princípios políticos, não de diretrizes políticas. Expõe a concepção dworkiniana de Direito como integridade, o seu modelo de regras e princípios. Analisa como a interpretação construtiva leva à única decisão correta e o papel do juiz Hércules. Colaciona a distinção de Dworkin entre questões de princípio e questões de política e a sua concepção comunitária de democracia. Aborda o problema da legitimidade democrática do poder coercitivo Estatal. Demonstra como se dá a legitimidade da jurisdição constitucional em Dworkin. Expõe suas críticas ao procedimentalismo além das críticas que se faz ao próprio Dworkin.

O quinto capítulo aborda a relação entre a Função Política do poder judiciário, o Neoconstitucionalismo e a nova teoria dos princípios e como isto resulta da reaproximação entre Direito, política e moral. Realiza uma síntese da colocação da Ética e da Moral no Direito, a partir do Jusnaturalismo, perpassa o Positivismo Jurídico até alcançar o pós-Positivismo. Enfoca a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios e a supremacia axiológica da Constituição operada pelo Neoconstitucionalismo. Afirma que a Teoria dos Princípios operou a fusão dos planos deontológico e axiológico e que isto intensifica a criatividade e a politização jurisprudencial. Destaca que Dworkin fixou o conteúdo moral do Direito e que a pretensão de correção de Alexy estabelece o elo entre o Direito e a moral na Teoria da Argumentação. Esclarece que os Direitos Fundamentais são o conteúdo da Democracia Constitucional em tempos de Neoconstitucionalismo, mas que a realização pragmática deste conteúdo perpassa pelo *médium* do discurso.

O sexto capítulo aborda a relação entre a Função Política do Poder Judiciário e a nova hermenêutica. Afirma que a atuação política do Poder Judiciário requer o domínio da Hermenêutica para que a concretização do conteúdo político e axiológico do Direito, vago e indeterminado, não resvale para a arbitrariedade ou para o decisionismo. Portanto, revisa os postulados da hermenêutica gadameriana, sua relação com a ética aristotélica e o problema hermenêutico. Ressalta a indeterminabilidade prévia do saber ético e hermenêutico. Define hermenêutica e colaciona o conceito da 'sociedade aberta de intérpretes' de Peter Häberle como imprescindível à interpretação jurisprudencial.

O mesmo capítulo apresenta a hermenêutica crítica de Jürgen Habermas com destaque para a pseudocomunicação. Defende que o confronto entre a ética aristotélica na hermenêutica gadameriana com o interesse emancipatório da hermenêutica habermasiana constitui um interessante vetor ético e emancipatório para a politização do poder judiciário. Destaca a legitimidade discursiva e a teoria da argumentação jurídica por meio da análise do discurso normativo em Tércio Sampaio Ferraz Júnior e pelo constitucionalismo discursivo de Alexy. Colaciona os conceitos de Alexy de democracia deliberativa, Direitos Fundamentais e representação argumentativa do cidadão, como uma interessante proposta de alinhar a análise procedimental do discurso normativo a pontos de partida substantivos.

O sétimo capítulo, sobre a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal discute as propostas de Walber Agra para a densificação desta legitimidade e analisa, a título de exemplo concreto, o instituto do *Amicus Curiae* introduzido no ordenamento pátrio por meio da lei 9.868/99, como possibilitador da abertura do processo constitucional à sociedade aberta de intérpretes e conseqüente densificação desta legitimidade. Analisa a jurisprudência política recente desta Corte por meio das novas decisões em Mandado de Injunção, a Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, as Argüições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sobre o abortamento de feto anencéfalo e nº 186, sobre políticas de ação afirmativa (ou discriminação reversa) de acesso ao ensino superior, e suas relativas audiências públicas.

A conclusão afirma que a função política é inerente ao Poder Judiciário, que a decisão judicial ao escolher o que é conveniente, o que é devido e, em certa

medida, o que é bom, busca levar o homem à felicidade. Que os argumentos do Direito são também éticos e políticos. E que por isso, uma justificativa meramente procedimental da legitimidade do Poder Judiciário, além de vazia, no aspecto ontológico, compromete a Supremacia Constitucional. Conclui que a legitimidade democrática do Poder Judiciário é predominantemente substantiva. Mas, que, no entanto, o meio de realização deste conteúdo não pode ser um mistério acessível somente aos integrantes da *intelligentzia* jurídica. Neste sentido, o desenvolvimento de teorias procedimentais que fixem pautas substantivas pode ser útil. Como também são úteis as advertências procedimentalistas acerca da necessidade de desenvolvimento da prática democrática. Embora não reconheçam que esta prática possa acontecer no espaço do Poder Judiciário, esta dissertação defende que sim.

2 A NATUREZA POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

O Judiciário, como Poder do Estado, ente político, possui função política inerente à sua natureza. Não obstante a propalada neutralidade positivista que se queira a ele imprimir, como poder intrinsecamente político, se constitui consoante princípios axiológicos, que emanam do espaço político, do espaço público. O exercício de função política pelo Judiciário é sua função típica e constitui o meio adequado para a garantia dos princípios democráticos, na construção de uma Democracia que adquiriu o elemento teleológico de preservação e respeito aos Direitos Fundamentais. Ao exercer esta função, o Judiciário assegura o funcionamento harmônico dos Poderes do Estado no tocante às suas obrigações constitucionais.

Variadas teorias tentam explicar a origem do Estado, poder político organizado. A título de exemplo, observa-se a contradição das concepções de Aristóteles e Hobbes para explicar o fenômeno. Para Aristóteles, o Estado é uma instituição natural, necessária, decorrente da própria natureza humana, que é gregária e política. Para Hobbes, a natureza do homem não é gregária e não favorece a sociabilidade, mas, ao conflito, razão pela qual os homens constituem o Estado para lhes assegurar segurança. O fato é que o poder do governo sempre precisou de crenças ou doutrinas que o justificassem, para legitimar o comando e a obediência. Essa legitimidade que provinha da religião foi substituída pelas teorias racionalistas, que justificam o Estado como sendo de origem convencional, como produto da razão humana. (BITTAR, 2007).

Convém esclarecer que o termo política, do grego, *politiké*, advém da *polis* grega (cidade, urbe), espaço público, relacionado com *polités* (cidadão, civil), por isso, em essência, o poder político é aquele que se volta à coletividade, e que, para além do governo, abrange as escolhas do que é conveniente para o homem da *polis*. Seu significado etimológico revela a sua identidade: “A política tem a ver com a capacidade de coordenação de ação em comum com vistas à projeção de efeitos voltados para a satisfação de necessidades próprias de uma comunidade”. (BITTAR, 2007, p.12). As decisões judiciais, indubitavelmente, relacionam-se com a escolha do que é conveniente para o homem da *polis*.

Decisões jurisdicionais têm conceitualmente natureza política porque implicam na análise de elementos políticos e resultam em escolhas do que seja conveniente para o homem da *polis* Estatal, consoante as diretrizes da Carta Política Maior. A esse respeito: “As decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado, que embora disciplinada pelo Direito, é expressão do Poder Político.” (DALLARI, 2002, p. 90).

O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo Direito. A solução dos conflitos será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso sempre haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado (DALLARI, 2005, p. 96).

As decisões do Judiciário são políticas também porque versam sobre normas jurídicas. A norma jurídica, ou o dispositivo que a veicula, tem natureza política porque compõe o regramento da vida em sociedade e porque oriunda de um processo político de formulação. Às normas jurídicas, por sua vez, resultantes da interpretação e aplicação dos dispositivos normativos em determinado contexto, inexoravelmente deve se atribuir natureza política.

Deve recuperar-se o critério de que de que o Direito é uma ordenação imposta pela razão prática, não pela razão pura. A neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição está inspirado numa ideologia política, à qual serve como ferramenta jurídica do sistema. (DROMI *apud* DALLARI, 2002, p. 96).

Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, afirma que a política é a ciência dos fins para a felicidade humana. Apesar de todas as ciências possuírem uma finalidade, a política se torna plural a ponto de abranger a finalidade de todas as outras e ainda disciplinar o agir do homem como ser inserido na comunidade política. Para o estagirita, a felicidade constitui-se como maior bem da comunidade política e se traduz no agir segundo as qualidades éticas e no exercício perfeito destas. Destarte, as diversas formas de governo resultam das diferentes

participações dos homens na felicidade e das diferentes formas de buscá-la. (ARISTOTELES, 1997).

Em todas as artes e ciências o fim é um bem, e o maior dos bens e bem em mais alto grau se acha principalmente na ciência todopoderosa; esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum; todos os homens pensam, por isso, que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos. (ARISTÓTELES, 1997).

A política tem relação com os modos de organização do espaço público, objetivando o convívio social. Relaciona-se com as formas de gerenciamento da coisa pública, dos recursos a ela ligados, com as estratégias de definição de critérios para o alcance de fins comuns, com a eleição das molas propulsoras do desenvolvimento social, com a definição de ideologias predominantes na constituição da sociedade. (BITTAR, 2007, p.12). Estas definições deontológicas não se restringem aos espaços políticos clássicos legislativos ou executivos, mas, ocorrem legitimamente no espaço do Poder Judiciário.

A política, na concepção habermasiana, deve ser entendida como *locus* onde se desenvolvem as relações vitais do senso ético, uma forma de reflexão sobre os nexos deontológicos da sociedade, impondo aos cidadãos a consciência de sua dependência recíproca. (AGRA, 2005, p. 112)

Não obstante a Política vise à felicidade dos homens em comunidade, a titularidade do poder político, entretanto, fora atribuída ao divino, concepção que teve seu apogeu derradeiro na 'Teoria do Direito divino dos reis' de Jean Bodin, teórico da monarquia francesa.

"A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçado na idéia do poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o 'representante' de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade. Dizia Bodin, um de seus doutrinadores, que a sabedoria do monarca era perpétua, originária e irresponsável em face de outro poder terreno." (STRECK; MORAIS, 2006 p. 45).

Para o próprio Montesquieu, que explicitou de forma sistemática¹ a teoria da tripartição dos poderes, o povo é de todo incapaz de discernir sobre os reais problemas políticos da nação e, portanto, não deveria e nem poderia ser o titular da soberania política. (MONTESQUIEU, 2000).

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente (...). Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (...). Se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 2000, pp.148-149).

O abade de Siéyes, com base na doutrina do Contrato Social, atribuiu a titularidade do Poder Constituinte à nação e legitimou ideologicamente a ascensão do Terceiro Estado ao poder político. (SIEYÉS, 2001). Para Siéyes, a organização do poder político, que, se encontrava difuso na nação, forma o Estado.

Destarte, o Estado é verdadeira emanção do poder político, único e soberano, não obstante a sua tripartição nas funções executiva, legislativa e judiciária. Portanto, todas essas três funções, ou poderes como classicamente denominados, são intrinsecamente políticas, inclusive a Judiciária. Motivo pelo qual a doutrina² tem falado em teoria da tripartição de poderes, não mais separação, visto que o poder é uno. A teoria montesquiana da Separação de Poderes, já previa que 'somente o poder freia o poder', noção que, quando levada aos Estados Unidos da América, à época da Revolução Americana, evoluiu para a teoria do sistema de

¹ Aristóteles já havia delineado as três funções essenciais do Estado, executiva, legislativa e judiciária, porém, a divisão funcional não fez corresponder a divisão orgânica. Também John Locke, filósofo liberal inglês, cerca de um século antes de Montesquieu já tinha formulado, ainda que implicitamente, a teoria da tripartição de Poderes. (CUNHA JÚNIOR, 2007a).

² Por todos, Dirley da Cunha Júnior. (CUNHA JÚNIOR, 2007a).

‘pesos e contrapesos’ políticos mútuos, a fim de garantir a autolimitação do Poder Político.

(...) é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e de contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do Poder Judiciário, como acima se falou. (...) Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”. (...) um legislativo totalmente não controlado (...) um executivo também praticamente não controlado (...). A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um Judiciário *forte*. (...) ou seja, um sistema de *checks and balances*. (CAPPELLETTI, 1993, p.53-54).

Se a própria teoria clássica de Montesquieu, que não visava à realização de um regime democrático politicamente pluralista; já não defendia uma separação estanque entre os poderes, imagine falar-se nisso hodiernamente, depois de ter se atribuído ao Estado um rol extenso de obrigações sociais. De modo que o clássico argumento da Separação dos Poderes, contrário ao exercício da função política pelo Poder Judiciário, não subsiste a uma análise apurada.

Na verdade, a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno. Deste fenômeno, extremamente complexo e característico da profunda crise do estado e da sociedade contemporânea. (CAPPELLETTI, 1993, p.19).

Não somente o Princípio da Separação dos Poderes precisa ser fortemente questionado. Bittar nos adverte que ocorre um rearranjo de forças e critérios práticos de distribuição de poder na sociedade pós-moderna. Vive-se uma espécie de derrocada vital dos arquétipos modernos que orientaram a formação da maior parte das instituições, dos modelos sociais, dos paradigmas de ação e dos métodos de tratamento de questões de interesse coletivo. O efeito dos abalos trazidos pelos tempos pós-modernos (segundo alguns, a partir dos anos 50 e, segundo outros, a partir dos anos 70) é o de crise, em seu sentido original (*krisis*, do

grego, ruptura, quebra). Os tradicionais paradigmas do Estado de Direito, ao longo do processo de sua afirmação durante a Modernidade, fruto da cultura da Ilustração (*Aufklärung; Lumières*) em muito não se aplicam ao Estado Contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas. (BITTAR, 2007, p.26-27).

Por exemplo, a idéia da democracia representativa, como fomento à igualdade de todos e à realização da vontade geral *rousseauuniana*, perde credibilidade diante dos abusos na publicidade, no discurso e na manipulação política. A soberania, como garantia monista da atuação dos poderes estatais em territórios fixos, é relativizada quando se sabe que a internacionalização dos mercados e a interdependência econômica tornam inevitável o processo de integração. (BITTAR, 2007, p.28).

Também se abalam proposta de separação dos poderes e de apolitização do Poder Judiciário. É imperiosa a destruição do mito de uma suposta necessidade de apolitização das decisões judiciais a fim de não se violar o princípio da Separação de Poderes. Por óbvio, sendo o Poder Judiciário político, as decisões judiciais não podem ser apolíticas. Bem como não violam a Separação de Poderes, visto que esta não existe, pois é o poder político é uno.

O Poder Judiciário, moldado por uma carta constitucional que segue um modelo de opção política de Estado, tem o comprometimento com tal opção política constitucional e seus fins, ou como preconizou Aristóteles, o compromisso com o bem comum e a felicidade dos homens, objetivo maior da política. De modo que, fica evidente a relação necessária entre Direito e Política, nas palavras de Bittar: “A experiência política é vital para a experiência jurídica na medida em que aquela nutre o Direito de legitimidade”. (BITTAR, 2007, p.19).

Inspirado no modelo liberal-democrático caberia ao Judiciário, como órgão burocrático do Estado, a estreita subordinação ao princípio da legalidade, impedindo-lhe, a qualquer título, o exercício de função política, em decorrência da falta de legitimação representativa, inerente aos Poderes Legislativo e Executivo. (AGRA, 2005, p. 51). Entretanto, a própria representatividade como única fonte legitimadora das decisões políticas em uma democracia, há que ser questionada, haja vista que a ruptura dos conceitos da modernidade alcançou também ao conceito de democracia.

Hodiernamente, ultrapassado o dogma positivista de neutralidade, têm-se observado a doutrina investigar a *politização* do Poder Judiciário. O que não significa que esta doutrina queira imprimir natureza política ao Judiciário somente agora. Conceitualmente, este Poder sempre teve esta natureza. Quando fala em *politização* do Poder Judiciário a doutrina se refere ao incremento desta função observado com a expansão de decisões judiciais concretizadoras de políticas públicas em face das obrigações constitucionais do Estado Social de Direito.

Agra esclarece que a derrocada do princípio da neutralidade política do Poder Judiciário começou a ocorrer com a transformação do Estado de Direito em Estado Social de Direito, em que os direitos sociais para serem concretizados necessitam também de decisões judiciais que efetivem sua realização. (AGRA, 2005, p. 51).

2.7A Função Política do Poder Judiciário e o Estado Social de Direito

Segundo Bittar, ao longo da história, foram desenvolvidos diferentes conceitos para o Estado. Hugo Grotius o define como uma sociedade perfeita de homens livres que tem por finalidade a regulamentação do Direito e a consecução do bem-estar coletivo. Kant conceitua o Estado como uma autoridade civil de limitação externa aos homens. Locke encara o governo como troca de serviços, os súditos obedecem e são protegidos; a autoridade dirige e promove justiça; o contrato é utilitário e sua moral é o bem comum. Rousseau afirma que o Estado é convencional, resulta da vontade geral. Para Edmundo Burke, o Estado é um fato social e uma realidade histórica, não uma manifestação formal de vontades apuradas num dado momento, ele reflete a alma popular, o espírito da raça. Sua finalidade primeira seria a segurança da vida social, a regulamentação da convivência entre os homens, e em seguida, a promoção do bem estar coletivo. (BITTAR, 2007).

Cappelletti esclarece que assim como se desenvolveram para o Estado diversos conceitos, atribuiu-se a ele os mais variados papéis. Nesse sentido surgiram as explanações de Marx, dos social-democratas e dos neoliberais. Para Marx, o Estado burguês da sociedade capitalista tem o papel de garantir as relações

de produção e, conseqüentemente, a exploração de classe e manutenção das idéias dominantes e do poder. O Estado surge como reflexo dessas idéias para legitimá-las. O Conjunto de relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade sobre a qual se ergue a superestrutura jurídica e política. Os princípios de igualdade e liberdade sobre os quais está assentada a sociedade burguesa existiriam somente para garantir aos membros dessa sociedade a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade. (CAPPELLETTI, 1993).

Assim, ao proclamar que todo o membro do povo participa da soberania popular em pé de igualdade, e que todos são iguais perante a lei, o Estado suprime as desigualdades apenas no plano do discurso, para ocultar a desigualdade real. Não impede que a propriedade privada e a educação funcionem como mecanismos de produzir desigualdade entre os homens. É dada ao homem emancipação política para desviá-lo da emancipação humana. A proposta marxista para solucionar este mal é a revolução do proletariado. (CAPPELLETTI, 1993).

Cappelletti informa que a Social Democracia surge quando alguns socialistas, ao constatar que poderia ser mais viável a reformulação do capitalismo do que a revolução, resolvem participar da estrutura do capitalismo, transformando-a para atender aos seus interesses. Ou, quando, alguns capitalistas, temerosos da ameaça da revolução em face da crise do capitalismo e do seu resultado perverso, criam um novo modelo. (CAPPELLETTI, 1993).

Segundo Elias Díaz, o Estado de Direito, de matriz originariamente liberal, protegia a segurança, a liberdade e a propriedade. Pelo impulso de sindicatos e partidos social democráticos converteu-se em Estado Social e Democrático de Direito. Que, não obstante as suas distintas vertentes, continuou Estado de Direito, com as quatro características gerais que o identificam como tal: o império da lei sobre governantes e cidadãos, como expressão da vontade geral, garantida a livre participação e a representação; a divisão dos poderes; a fiscalização da administração; e a proteção dos Direitos Fundamentais. (DÍAZ, p.05-06).

Social-democratas encaram o capitalismo e a democracia como compatíveis, política que passou a ser chamada de Política do Estado de Bem Estar Social. Para seus adeptos, o Estado tem o papel de interferir nas relações econômicas para amenizar a desigualdade e promover a retomada do crescimento econômico, além de apaziguar as lutas sociais. A fim de evitar o colapso do

capitalismo, o *Welfare State* surgiu como via alternativa para solucionar os problemas pelos quais passava o capitalismo na década de 30, após a Grande Crise de 1929. “O pobre e o desempregado viram-no como uma promessa de segurança, o capitalista como uma válvula de escape para problemas sociais”. (CAPPELLETTI, 1993, p?).

Segundo Bobbio, as primeiras formas de *welfare* visavam a contrastar o avanço do socialismo por meio do estabelecimento da dependência do trabalhador ao Estado. Mas, ao mesmo tempo, deram origem a algumas políticas econômicas que modificaram irreversivelmente a face do Estado. (BOBBIO, 2008, p.403).

No campo econômico, vingava o keynesianismo, cuja preocupação era o pleno emprego. Através do emprego se gera renda e se aumenta o consumo, o que impulsiona a economia e supera a crise. O próprio Estado cria os empregos, por meio de investimentos em obras públicas ou estimula o setor privado a fazê-lo. O Estado passa a arcar com as políticas sociais e com a retomada da economia, os recursos empregados em investimentos do Estado voltariam sob forma de tributos. (CAPPELLETTI, 1993).

A crítica marxista ao *Welfare State* é que para quem surgiu para resolver os problemas da classe trabalhadora, causados pela exploração de classe, O *Welfare State* não representa nenhuma mudança estrutural básica na sociedade capitalista. Não alterou as relações econômicas e políticas de poder, não transformou o modo de produção, nem acabou com a exploração de classes. O *Welfare State* não passaria de uma acomodação fundada em transformações superficiais. Os marxistas não encaram os serviços dispensados pelo Welfare como benefícios dados à classe trabalhadora, mas sim, apenas como compensações pelos males trazidos pelo crescimento industrial. (CAPPELLETTI, 1993).

Logo após a II Guerra Mundial surgiu o neoliberalismo, uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem estar. Surge em 1944 com Friedrich Hayek cuja mensagem é: "Apesar de suas boas intenções, a social democracia conduz ao mesmo desastre que o nazismo alemão - uma servidão moderna." (ANDERSON *apud* CAPPELLETTI, 1993, p?).

Entretanto, os avisos dos neoliberais para a crise da social democracia não encontraram adeptos porque o capitalismo estava na sua idade de ouro, as

décadas de 50 e 60. Somente com a crise de 1973 os neoliberais prosperaram. Para estes, a crise se devia ao poder excessivo dos sindicatos - que corroía as bases de acumulação capitalista, reduzia as taxas necessárias de lucros e impedia os investimentos e o crescimento econômico - e aos gastos sociais do Estado que geravam déficit público. (CAPPELLETTI, 1993).

Para os neoliberais, o Estado não deveria interferir na economia como fazia no Estado de Bem Estar Social, nem assegurar pleno emprego e todas as garantias aos operários. Porque esta seria uma situação artificial, que traria conseqüências graves. Pois, o Estado para garantir o pleno emprego e as garantias do bem estar, gastava muito mais do que arrecadava. Para os neoliberais, o *Welfare State* tende a gerar mais problemas do que é capaz de resolver e se converte em um processo infundável de auto-adaptação e reformas. Seu grande problema seria a crise fiscal, pois nenhum governo poderia custear a expansão de serviços sociais de assistência além de certo limite, sem ser acarretar em inflação e/ou pelo desemprego. A crise fiscal, as reduções dos níveis necessários de lucro e da competição tornariam o *Welfare State* insustentável. (CAPPELLETTI, 1993).

O *Welfare State* parece ser mais uma fase transicional no desenvolvimento das sociedades ocidentais após a II Guerra Mundial do que uma organização sócio política estável. Ou sua promessa de igualdade e proteção para todos deve ser rejeitada abertamente, ou será cumprida ao preço de mudanças verdadeiramente revolucionárias, tanto no sistema econômico como no político. (ANDERSON, Perry *apud* CAPPELLETTI, 1993 p.?).

Para o neoliberalismo, o papel do Estado é se retirar das relações de trabalho e das prestações de serviços sociais e reprimir as manifestações sociais e sindicais para manter as taxas necessárias de lucro, a fim de assegurar o desenvolvimento econômico. O Estado Neoliberal é parco nos gastos sociais e nas intervenções econômicas para o qual a estabilidade monetária deve ser a meta. É necessária a disciplina orçamentária e se tornam imprescindíveis reformas fiscais para incentivar os agentes econômicos. O Estado deve ainda, restaurar as taxas naturais de desemprego, para que haja competição, e desestatizar, desregulamentar, desuniversalizar, tantos setores quanto puder, para conter gastos. O Neoliberalismo surgiu como via de superar a crise e foi adotada em vários países,

sobretudo na década de 80, a exemplo da Inglaterra, Alemanha, Dinamarca e Estados Unidos. (CAPPELLETTI, 1993).

Mas, todas essas medidas não restauraram as altas taxas de crescimento do capitalismo. A recuperação dos lucros aconteceu, mas não levou à recuperação dos investimentos porque as condições se tomaram mais favoráveis para o investimento em capital especulativo do que produtivo. E, apesar de todas as medidas tomadas para conter os gastos sociais, eles aumentaram muito, devido ao aumento do desemprego e do número de aposentados. Quando, em 1991, o capitalismo entra em uma nova crise, a dívida pública dos países ocidentais é alarmante, o que demonstra que o Neoliberalismo falhou em sua proposta. “O curioso, é que mesmo depois de sua crise, o modelo do Neoliberalismo não foi abandonado, vários países continuam com ele, como demonstram as privatizações realizadas ainda nesta década”. (CAPPELLETTI, 1993 p.?).

O Neoliberalismo não alcançou os seus objetivos, a via proposta por ele para se chegar ao desenvolvimento econômico não foi eficiente; o *Welfare State* mostrou-se incapaz de lidar com suas próprias crises e já não se pensa mais numa revolução marxista. O desafio é se chegar a um modelo pós-liberal que retenha do liberalismo os valores da democracia, da liberdade e da disciplina fiscal, porém que realize a tão almejada inclusão e justiça social. (CAPPELLETTI, 1993 p.?).

Segundo Bobbio, estudiosos do *Welfare State* o consideram uma quebra da separação entre sociedade (no sentido de esfera privada ou mercado) e o Estado (no sentido de esfera pública) tal como constituída na sociedade liberal. Portanto, outro eixo de críticas ao Estado de Bem Estar Social sustenta, a exemplo de Habermas, que o seu assistencialismo traz como resultado a “estatalização da sociedade”. As chances de vida não são mais determinadas pelo mercado, mas, pela política; e a vontade política não se forma mais pelo livre jogo de agregações na sociedade civil, mas pela troca de serviços por apoio político. Ademais, a disponibilidade o Estado em intervir nas relações sociais causaria sua paralisia por sobrecarga de demandas fragmentadas. (BOBBIO, 2008, p. 419).

Não obstante as tentativas políticas e econômicas de superação do modelo de bem estar, este trouxe profundas repercussões para o Direito e para a

natureza da prestação jurisdicional. Cappelletti chama atenção para o fato de que o *Welfare State* foi principalmente o resultado da atividade legislativa que passou a reclamar uma atuação jurisdicional mais ativa. A legislação do *Welfare* levou à extensão do setor público, ao exercício de generalizado controle do Estado sobre a economia, à assunção da responsabilidade do Estado em questões de emprego e na elaboração de planos de assistência social. (CAPPELLETTI, 1993, p.39).

Vianna constata que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado em uma crescente institucionalização do Direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada. Alude que o *welfare*, quando atualizou o diagnóstico weberiano sobre a tendência à racionalização e à burocratização no mundo moderno foi “a expressão de um movimento a que não faltou o carisma da utopia, originário da sociedade civil e com uma legítima pretensão universalista, dada a centralidade do tema do trabalho na organização da sociedade industrial”. (VIANNA, 1999, p. 15).

Cappelletti esclarece que, inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno, caracterizado incisivamente por Grant Gilmore, autor americano, como ‘orgia das leis’. Posteriormente, um paralelo administrativo sempre mais complexo foi criado, com o fim de integrar e dar atuação prática a tais intervenções legislativas. O *Welfare State*, na origem essencialmente um Estado legislativo, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em “Estado administrativo, na verdade em Estado burocrático, não sem o perigo de sua perversão em Estado de polícia”. (CAPPELLETTI, 1993, p.39).

O crescimento do papel do Estado levou ao crescimento da função legislativa promocional, das legislações-programa, voltadas para o futuro; que levou ao crescimento do Poder Judiciário. “O Estado social, por definição, não se pode orientar pelo tempo passado, e, sim, pelos tempos presente e futuro, assumindo a sua indefinição e indeterminação”. (VIANNA, 1999, p.20). A legislação social conduz inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão. Tipicamente, os Direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do Estado, freqüentemente prolongada no tempo. A indeterminação de que fala Cappelletti requer a constante intervenção do Poder Judiciário. (CAPPELLETTI, 1993, p.41).

É manifesto o carácter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos Direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, 1993, p.42).

Vianna elucida que a infiltração da Justiça no campo do Direito (iniciada com a recepção do Direito do Trabalho pela ordem liberal pela qual a dissociação entre as esferas do público e do privado cedeu lugar à publicização da esfera privada) necessariamente contamina o campo do Direito com o provisório, o temporário, a incerteza, levando-o a identificar o seu tempo e os seus temas com os da política. Nas palavras de Habermas, "considerações de ética social infiltram-se em regiões do Direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada". (HABERMAS *apud* VIANNA, 1999, p. 16).

A abertura do Direito ao tempo futuro, segundo Habermas, o teria feito admitir "leis experimentais de carácter temporário e leis de regulação de prognóstico inseguro (...), a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados". (HABERMAS *apud* VIANNA, 1999, p. 16).

A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da "certeza jurídica". Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio carácter da lei no Estado Social, do papel de "legislador implícito". (VIANNA *et al*, 1999, p. 16).

Vianna afirma expressamente que o constitucionalismo pós II Guerra, ao positivar com status constitucional os Direitos Fundamentais e, especificamente, os

Direitos sociais, redefine as relações entre os três poderes e inclui o Poder Judiciário no espaço da Política.

Assim, a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritários corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positividade dos Direitos Fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. (VIANNA *et al*, 1999, p.22).

Acerca dos juízes reticentes em dar eficácia aos Direitos sociais por receio de violar-se a separação dos poderes, fundado na história norte-americana a partir do *new deal* afirma Cappelletti:

(...) os magistrados desses tribunais demonstraram freqüentemente ser péssimos juízes, justamente no domínio escaldante da legislação social e da atividade administrativa atinente às tarefas de *welfare* (...). A mentalidade desses juízes estava demasiada e profundamente dominada pelas tarefas tradicionais da justiça civil e penal, para que pudesse se adaptar, com suficiente rapidez, à postura diversa, que parece necessária para a interpretação e aplicação de leis promocionais e programáticas, orientadas para o futuro. (CAPPELLETTI, 1993, pp.50 - 51).

O *Welfare State* facultou ao Judiciário o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Dessas mutações, institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça. (VIANNA *et al*, 1999, p.22).

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico "*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*", consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. (VIANNA *et al*, 1999, p.22).

Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios e do Direito material. (VIANNA *et al*, 1999, p.22-23).

O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas, que serão concretizadas pelo Poder Judiciário, as suas decisões políticas. (VIANNA *et al*, 1999, p.20).

Maciel e Koerner elucidam que as expressões judicialização da política e politização da justiça foram introduzidas por C. N. Tate e T. Vallinder em 1996. São expressões correlatas que indicam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de demandas políticas em dois contextos. O primeiro é o da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto seria constituído pela introdução ou expansão de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo. Esta dissertação abordará o primeiro contexto. Os autores advertem que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais. (MACIEL; KOERNER, 2002. p. 02).

2.8A Função Política do Poder Judiciário e o Estado Democrático de Direito

Díaz alude que o Estado Social de Direito foi alternativa dual e gradual - com firme rechaço às falsas saídas totalitárias impostas pelo comunismo burocrático e pelas ditaduras fascistas – à grave insuficiência do modelo liberal. O Estado far-se-ia intervencionista com o objetivo de atender às demandas sociais de maior participação e igualdade real. De modo que ampliou as políticas do Estado para o Bem Estar e foi um dos principais componentes do fortalecimento da legitimação e da dupla participação democrática. Entretanto, os problemas do Estado Social, que se resumiu em Estado de Bem Estar Social, sob a acusação de paternalismo e esvaziamento da cidadania ativa, exigem a formulação de alternativas para o presente e o futuro, que não a doutrina neoliberal conservadora. Para Díaz, a proposta neoliberal, primeira saída teórica para a crise do Estado Social, está equivocada e produz uma deslegitimação insuportável, inclui o desmantelamento de boa parte das políticas de bem estar e a imposição do “diminuto, mínimo, anorético e muito desigual” Estado neoliberal. (DÍAZ, p.08-13).

A proposta de Elias Díaz para solucionar as dificuldades e a indispensabilidade do Estado Social é o modelo que ele denomina Estado Democrático de Direito. Admite que sua proposta, que recupera a ênfase na sociedade civil, parte de premissas social-democráticas tendentes a realizar cada vez mais as exigências de dupla participação democrática, que para ele, caracterizam a democracia atual. (DÍAZ, p.08-14).

Díaz assevera que é preciso insistir na dupla participação democrática, na sua ótica, a melhor concepção de democracia, vinculada às melhores concepções da ética e da filosofia humanista. A dupla participação implica na participação nas decisões jurídico políticas, o que implica participação também no tecido social. Participação nos resultados econômicos e no reconhecimento de Direitos, em quatro zonas a serem consideradas: Estado, Sociedade, Economia e Direito. (DÍAZ, p.07).

O Estado Democrático de Direito, em Elias Díaz, opera a passagem de um Estado quase exclusivamente obcecado e a reboque de um impossível e indiscriminado intervencionismo em excesso e quantitativo para um Estado de intervenção qualitativa e seletiva, que se pretende sem corrupção ou desperdício. Ressalta que as instituições jurídico-políticas do Estado são importantes, frente aos simplismos liberais da direita e os reducionismos libertários da esquerda. (DÍAZ, p.14).

Além disso, o Estado deve ter atenção para o real interesse geral que inclui também os interesses legítimos dos particulares. De modo que será mais factível a superação das atuais críticas de paternalismo dirigidas ao Estado Social sem quedar-se para o conservador principio da subsidiariedade. Para tanto, defende não uma ética de autocomplacência e irresponsabilidade individual que espera tudo do Estado provedor, mas uma livre auto-exigência pessoal para uma ética do trabalho, do esforço, do mérito, da capacidade, da intervenção participativa e solidária. Para Díaz, estes valores ou princípios configuram uma ética, uma concepção de mundo, muito diferente desta outra que deriva da acumulação privada do capital e da exclusiva prática da competitividade individualista. (DÍAZ, p.14).

Tratar-se-ia, pois, de esforçar-se por construir desde aqueles valores mais democráticos de uma sociedade civil mais sólida e forte, com um tecido social mais denso, de trama melhor interpenetrada, mais ajustada onde a presença das corporações econômicas, profissionais, laborais, seja complementada e compensada com a de novos movimentos sociais, organizações plurais, não governamentais, de ação decisiva através do voluntariado social. Seu paradigma de Estado enseja a passagem do corporativismo ao cooperativismo, de uma exclusiva ética de competição (às vezes totalmente incompetente) para uma ética também de colaboração. A qualidade de vida e não tanto a qualidade de produtos consumidos e destruídos (incluído o meio ambiente) seriam objetos mais concordes com tal modelo de sociedade. (DÍAZ, p.14-15).

A marca deste paradigma que sucede ao Estado Social de Direito, seria a maior presença da sociedade civil, que agora atuaria em sua plenitude e não somente em setores privilegiados ou poderosas corporações. A proposta tenciona superar tanto as tendências unilaterais da social democracia, que confiou em excesso e quase exclusivamente nas instituições quanto os movimentos libertários sempre receosos daquelas e crentes numa sociedade civil mitificada. Díaz insiste em uma progressiva, aberta e dialética síntese, um entendimento e um novo pacto entre instituições jurídico políticas e organizações da sociedade civil. (DÍAZ, p.15).

Segundo Perez Luno, a concepção de Elias Díaz de Estado Democrático de Derecho se traduz no “el intento de organización jurídico-política y de realización socio-económica, en libertad y con igualdad, de los mejores

postulados humanistas y hasta más profundamente liberales (críticos y pluralistas) del socialismo”. (DÍAZ apud PEREZ LUNO, 2001, p.230)

No campo da economia e da produção, tem-se ampla presença do setor privado, que opera prevalentemente com o critério do livre mercado, na qual o Estado tem função seletiva qualitativa através de um plural e dinâmico setor social. No Estado Democrático de Direito, não há, de modo algum, o mero reconhecimento das leis de mercado. Há a constatação da anarquia de tais leis e de que a mobilidade de capitais no mercado transacional faz com que as economias especulativas, monetárias e financeiras sejam mais rentáveis, destruindo as economias produtivas e os setores sociais a elas associados. (DÍAZ, p.15-16).

Para Díaz, o setor público e, dentro dele, o Estado; representante dos interesses gerais em sistemas democráticos; deve reconhecer o seu essencial papel triplo: a produção (seletiva e qualitativa), a redistribuição (proporcional e progressiva) e a regulamentação/organização (flexível e revisável). Esta tripla atuação do Estado se dá a partir da dupla participação do grupo social, essencial para a identificação da Democracia, o primado do Direito e, conseqüentemente, para o Estado Democrático de Direito. (DÍAZ, p.16).

O assunto é mais complexo, reconhece Díaz, em termos de Direitos Fundamentais, para ele, “exigência ética de nos nossos dias”, em relação à busca de alternativas políticas que os confira eficácia. Para além dos direitos civis e políticos (incorporados no estado liberal) e sócio-econômicos e culturais (do *welfare state*) os novos direitos de terceira geração reclamam a presença do Estado Democrático de Direito. São os direitos de minorias étnicas, sexuais, lingüísticas, marginalizados por diversas razões, os direitos dos imigrantes, dos idosos, das crianças, das mulheres, os direitos em relação ao ambiente, das gerações futuras, a paz, o desenvolvimento econômico dos povos, das manipulações genéticas, das novas tecnologias, “uma lista nada fechada e exaustiva”. (DÍAZ, p.16).

Díaz questiona em que medida essas reivindicações, ou algumas delas, porque não são idênticas no seu alcance e significado, podem ser assumidas pelo Estado Democrático de Direito, hodiernamente ou num futuro próximo. Defende que os Direitos Humanos constituem a razão de ser do Estado de Direito, este, a institucionalização jurídica da democracia. Para ele, a efetivação dos Diretos

Humanos e sua universalização demandam que o Estado de Direito volte-se para estas exigências éticas fundamentais e se revitalize pela homogeneização crítica com a sociedade civil. Alude que o Estado de Direito requer a participação popular aberta e livre e o respeito aos Direitos Fundamentais. (DÍAZ, p. 01-04)

Ressalta que as advertências materiais, a escassez, por exemplo, impedem ou dificultam – com as inevitáveis conseqüências de frustração e deslegitimação- o completo reconhecimento de determinadas aspirações humanas ou exigências éticas como autênticos direitos subjetivos exercitáveis com plenas garantias no marco do sistema jurídico demarcado pela Constituição e pelos competentes tribunais nacionais e internacionais. (DÍAZ, p.16).

Entretanto, que devem ser levadas em consideração pelos legisladores e pela própria sociedade caso se queira construir algo com responsabilidade. Mas, adverte que o mundo não se encerra no mundo jurídico. Com os estritos direitos subjetivos, as exigências éticas assumidas no ordenamento jurídico podem servir para orientar com força, dizer com sólidas razões a futura legislação que dará lugar a novos e estritos direitos. Podem valer para interpretar de um modo ou outro os atuais reconhecidos direitos, ou para orientar coerentemente uma ou outra política social. (DÍAZ, p.16-17). Para Perez Luno:

El contexto histórico en el que se fraguan las tesis de Elias Díaz, la clara intencionalidad política que las inspiran, así como el estricto compromiso ético desde el que se avanzan, determinaron una cierta dimensión utópica (en, el mejor sentido de la expresión) del horizonte ideal de su Estado democrático de Derecho. Esto explica que su planteamiento insistiera siempre en superar las fórmulas empíricas del Estado de Derecho (liberal y social) en función de una forma más perfecta, aunque todavía inexistente (o con efímera existencia como las vías checa y chilena al socialismo democrático). Se trataba, en suma, como en todo programa teórico encaminado a suscitar una acción política, de una propuesta de «objetivos finales»; tales objetivos miraban hacia un ideal de perfección que no podían quedar satisfechos por los modelos empíricos (liberal y social) del Estado de Derecho. (PEREZ LUNO, 2001, p.231)

Portanto, o atual Estado Democrático de Direito que mantém os direitos e o valor da igualdade da social democracia, recupera a ênfase na sociedade civil

para a realização dos valores constitucionais não somente pelo Estado, mas juntamente com o Estado, em diversos *locus* de participação democrática.

2.9A Revisão das Teorias Democráticas

A ampliação da função política do Poder Judiciário, dada a necessidade de concretização de políticas públicas e de cidadania em seu foro, aliada à obrigação constitucional de resguardar os direitos e princípios fundamentais da deliberação da maioria, num contexto democrático, requer a revisão das concepções de Democracia para a compreensão da legitimidade da atuação política do Poder Judiciário.

Bobbio adverte que o problema da democracia é tão antigo quanto à reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas. De tal maneira que um exame contemporâneo em torno do conceito e do valor da Democracia não pode prescindir de uma referência, ainda que rápida, à tradição. Afirma que uma das primeiras disputas de que se tem notícia em torno das três formas de Governo é narrada por Heródoto acerca da discussão entre Otané, Megabizo e Dario sobre a futura forma de Governo da Pérsia. Enquanto Megabizo defende a aristocracia e Dario a monarquia, Otane toma a defesa do Governo popular, que segundo o antigo uso grego chama de *Isonomia*, ou igualdade das leis, ou igualdade diante da lei. (BOBBIO, 2008, p. 320).

Para Platão, das cinco formas de Governo descritas na República, aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania, só a aristocracia é boa. Distinguindo as formas boas das formas más de Governo com base no critério da legalidade e da ilegalidade, a Democracia é considerada de todas as formas legais, a mais infeliz, enquanto que entre todas as que são contra a lei, a melhor. Nas Leis, Platão considera que são a monarquia, cujo protótipo é o Estado persa, e a democracia, cujo protótipo é a cidade de Atenas, por razões opostas, más; uma pelo excesso de autoridade e outra pelo excesso de liberdade. (BOBBIO, 2008, p. 320)

A tipologia aristotélica distingue três formas puras e três formas corruptas de governo, conforme o detentor do poder governa no interesse geral ou no interesse próprio, o 'Governo da maioria ou da multidão', distinto do 'Governo de um

só ou de poucos', é chamado *politia*, enquanto o nome democracia é atribuído à forma corrupta, definida como o 'Governo de vantagem para o pobre' e contraposta ao 'Governo de vantagem para o monarca' e ao 'Governo de vantagem para os ricos' (oligarquia). Salvo poucas exceções e variações, a tripartição aristotélica foi acolhida em toda a tradição do pensamento ocidental, pelo menos até Hegel. (BOBBIO, 2008, p. 320-321).

Bobbio afirma que os juristas medievais elaboraram a teoria da soberania popular, partindo de algumas conhecidas passagens do Digesto, tiradas principalmente de Ulpiano, na qual se diz que o príncipe tem autoridade porque o povo lha deu (*utpote cum lege regia, quae de império eius laia est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*), e de Juliano, para quem, o povo cria o Direito não apenas através do voto, dando vida às leis, mas também *rebus ipsis et factis*, dando vida aos costumes. (BOBBIO, 2008, p. 321).

A primeira assertiva serviu para demonstrar que, fosse qual fosse o efetivo detentor do poder soberano, a fonte originária deste poder seria sempre o povo e abriu o caminho para a distinção entre a titularidade e o exercício do poder, que teria permitido, no decorrer da longa história do Estado democrático, salvar o princípio democrático não obstante a sua corrupção prática. A segunda assertiva permitiu verificar que, nas comunidades onde o povo transferiu para outros o poder originário de fazer as leis, sempre conservara, apesar de tudo, o poder de criar Direito através da tradição. (BOBBIO, 2008, p. 321).

Bobbio ressalta que a partir daí, a grande questão era estabelecer se esta transferência deve ser considerada uma transferência definitiva, tanto do exercício como da titularidade (uma *translatio impem*, no verdadeiro sentido) ou uma concessão temporária e revogável em princípio, com a consequência de que a titularidade do poder teria permanecido no povo e ao príncipe seria confiado apenas o exercício do poder (uma *concessio imperii* pura e simples). Entre os antigos glosadores e mais conhecidos defensores da tese da *concessio* destacou-se Azo, segundo o qual o povo jamais abdicou inteiramente de seu poder. (BOBBIO, 2008, p. 321).

Segundo Bobbio, Marsílio de Pádua afirmou o princípio de que o poder de fazer leis, em que se apóia o poder soberano, diz respeito unicamente ao povo, ou à sua parte mais poderosa (*valenior pars*), o qual atribui a outros não mais que o

poder executivo, isto é, o poder de governar no âmbito das leis. Dos dois poderes fundamentais do Estado — o legislativo e o executivo —, o primeiro enquanto pertença exclusiva do povo é o poder principal, enquanto que o segundo, que o povo delega a outros sob forma de mandato revogável, é poder derivado, e um dos pontos cardeais das teorias políticas dos escritores dos séculos XVII e XVIII. Estes são considerados os pais da Democracia moderna. Há, apesar de tudo, entre Locke e Rousseau, uma diferença essencial na maneira de conceber o poder legislativo: para Locke, este deve ser exercido por representantes, enquanto que para Rousseau deve ser assumido diretamente pelos cidadãos. (BOBBIO, 2008, p. 321). De onde remonta a força do argumento da soberania popular e a ênfase aos Poderes legislativo e executivo, em detrimento do Poder Judiciário.

Bobbio adverte que a doutrina da soberania popular não deve ser confundida com a doutrina contratualista. Seja porque a doutrina contratualista nem sempre teve êxitos democráticos (Hobbes e Kant, por exemplo, cada um a seu modo, são contratualistas, mas não democráticos), ou porque muitas teorias democráticas, sobretudo na medida em que se caminha para a Idade Contemporânea, prescindem completamente da hipótese contratualista. De modo que nem todo o contratualismo é democrático e nem todo o democratismo é contratualista. Embora seja certo que a teoria da soberania popular e a teoria do contrato social estão estreitamente ligadas. Através da teoria da soberania popular, a teoria do contratualismo entra de pleno direito na tradição do pensamento democrático moderno e torna-se um dos momentos decisivos para a fundação da teoria moderna da democracia. (BOBBIO, 2008, p. 322).

Mas é, sobretudo em Rousseau, grande teórico da Democracia Moderna, que o ideal republicano e democrático coincidem perfeitamente. No Contrato social rousseauiano confluem até se fundirem, a doutrina clássica da soberania popular, a quem compete, através da formação de uma vontade geral inalienável, indivisível e infalível, o poder de fazer as leis, e o ideal contratualista do Estado fundado sobre o consenso e sobre a participação de todos na produção das leis. (BOBBIO, 2008, p. 323).

Ao longo do século XIX a discussão em torno da Democracia se foi desenvolvendo principalmente através de um confronto com as doutrinas políticas dominantes no tempo, o liberalismo e o socialismo. Firmou-se pelos escritores

liberais Constant, Tocqueville e John Stuart Mill, a idéia de que a única forma de Democracia compatível com o Estado liberal, que reconhece e garante alguns Direitos Fundamentais, como são os direitos de liberdade, fosse a Democracia Representativa ou parlamentar, onde o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembléia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos. (BOBBIO, 2008, p. 323-324).

Nesta concepção liberal da Democracia, a participação do poder político, que sempre foi considerada o elemento caracterizador do regime democrático, é resolvida através de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o Estado absoluto. A participação é também redefinida como manifestação da liberdade particular que vai além do direito de exprimir a própria opinião, de reunir-se ou de associar-se para influir na política do país, e compreende o direito de eleger representantes para o Parlamento e de ser eleito. (BOBBIO, 2008, p. 324).

É ainda mais verdadeiro que segundo a concepção liberal do Estado não pode existir Democracia senão onde forem reconhecidos alguns Direitos Fundamentais de liberdade que tornam possível uma participação política guiada por uma determinação da vontade autônoma de cada indivíduo. (BOBBIO, 2008, p. 324).

Segundo Bobbio, em geral, a linha de desenvolvimento da Democracia nos regimes representativos pode figurar-se basicamente em duas direções: *a*) no alargamento gradual do direito do voto, que inicialmente era restrito a uma exígua parte dos cidadãos com base em critérios fundados sobre o censo, a cultura e o sexo e que depois se foi estendeu, dentro de uma evolução constante, gradual e geral, para todos os cidadãos de ambos os sexos que atingiram certo limite de idade (sufrágio universal); *b*) na multiplicação dos órgãos representativos, que num primeiro tempo se limitaram a uma das duas assembléias legislativas, e depois se estenderam, aos poucos, à outra assembléia, aos órgãos do poder local, ou, na passagem da monarquia para a república, ao chefe do Estado. (BOBBIO, 2008, p. 324).

Em qualquer destas duas direções, ao longo de todo o curso de um desenvolvimento que chega até a contemporaneidade, o processo de democratização, tal como se desenvolveu nos Estados que hoje são chamados de Democracias liberais, consiste numa transformação mais quantitativa do que qualitativa do regime representativo. Neste contexto histórico, a Democracia não se apresenta como alternativa (como seria no projeto de Rousseau rejeitado por Constant) ao regime representativo, mas é o seu complemento; não é uma reviravolta, mas uma correção. (BOBBIO, 2008, p. 324).

Bobbio alerta que também para o socialismo, nas suas diferentes versões, o ideal democrático representa um elemento integrante e necessário, mas não constitutivo. Integrante porque uma das metas que se propuseram os teóricos do socialismo foi o reforço da base popular do Estado. Necessário, porque sem este reforço não seria jamais alcançada àquela profunda transformação da sociedade que os socialistas das diversas correntes sempre tiveram como perspectiva. Por outro lado, o ideal democrático não é constitutivo do socialismo, porque a essência do socialismo sempre foi a idéia da revolução das relações econômicas e não apenas das relações políticas, da emancipação social, como disse Marx, e não apenas da emancipação política do homem. (BOBBIO, 2008, p. 324).

Para Bobbio, o que muda na doutrina socialista a respeito da doutrina liberal é o modo de entender o processo de democratização do Estado. Na teoria marxista-engelsiana, o sufrágio universal, que para o liberalismo em seu desenvolvimento histórico é o ponto de chegada do processo de democratização do Estado, constitui apenas o ponto de partida. Além do sufrágio universal, o aprofundamento do processo de democratização para as doutrinas socialistas acontece de dois modos: através da crítica da Democracia apenas representativa com a conseqüente retomada de alguns temas da Democracia direta e através da extensão da participação popular e do controle do poder dos órgãos de decisão política aos de decisão econômica, de alguns centros do aparelho estatal até à empresa, da sociedade política até à sociedade civil. Percebe-se aí que na sociedade capitalista houve um deslocamento dos centros de poder dos órgãos tradicionais do Estado para a grande empresa, e que, portanto, o controle que o cidadão está em grau de exercer através dos canais tradicionais da Democracia

política não é suficiente para impedir os abusos de poder cuja abolição é o escopo final da Democracia. (BOBBIO, 2008, p. 325).

Para os elitistas, corrente teórica que surgiu no fim do século passado contra a Democracia, a soberania popular é um ideal-limite e jamais correspondeu ou poderá corresponder a uma realidade de fato, porque em qualquer regime político é sempre uma minoria de pessoas, que Gaetano Mosca, um de seus representantes, chama de "classe política", que detém o poder efetivo. Daí não decorre que todos os regimes políticos sejam iguais, mas, que a nota distintiva não pode ser o número de governantes, mas, os vários modos com que uma classe política se forma, se reproduz, se renova, organiza e exerce o poder. (BOBBIO, 2008, p. 326).

A partir das contribuições dos elitistas, Schumpeter conclui que existe Democracia não na realização do bem comum através da vontade geral que exprime uma vontade do povo ainda não perfeitamente identificada, consoante os ditames das teorias clássicas, mas, onde há vários grupos em concorrência pela conquista do poder através de uma luta que tem por objeto o voto popular. (BOBBIO, 2008, p. 326).

A teoria política contemporânea realiza uma distinção entre Democracia Formal e Substancial. A Formal é caracterizada pelos chamados 'comportamentos universais', mediante o emprego de métodos pelos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso. A Democracia Substancial faz referência prevalentemente a certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo. Segundo a fórmula que considera a Democracia como Governo do povo para o povo, "a democracia formal é mais um Governo do povo; a substancial é mais um Governo para o povo". (BOBBIO, 2008, p. 328).

Para Bobbio, na contemporaneidade, a Democracia assume um significado essencialmente comportamental e não substancial, como um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas mais do que uma determinada ideologia. O autor traz o rol das regras de jogo, ou, como se diz, de "procedimentos universais" que regem a democracia formal: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos

pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo. (BOBBIO, 2008, p. 327).

Bobbio adverte que é necessário reconhecer que nas duas expressões "Democracia formal" e "Democracia substancial", o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para alcançá-los. (BOBBIO, 2008, p. 329).

Uma vez que na longa história da teoria democrática se entrecruzam motivos de métodos e motivos ideais, que se encontram perfeitamente fundidos na teoria de Rousseau segundo a qual o ideal igualitário que a inspira (Democracia como valor) se realiza somente na formação da vontade geral (Democracia como método), ambos os significados de Democracia são legítimos historicamente. "O único ponto sobre o qual uns e outros poderiam convir é que a Democracia perfeita — que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica,

portanto — deveria ser simultaneamente formal e substancial”. (BOBBIO, 2008, p. 329).

A adoção de uma concepção mais formalista ou substancialista da democracia implicará na aceitação de maior ou menor amplitude da função política do Poder Judiciário e da legitimidade democrática desta.

2.3 A Crise da Democracia Representativa

Uma análise cuidadosa da crise da Democracia Representativa demonstra que esta resulta da convergência de múltiplos fatores. Em parte, da hipertrofia legislativa *welfareana*, mas também, da pluralidade dos grupos de interesse e pressão de uma sociedade complexa, da força de oligopólios econômicos transnacionais e seus *lobbies*, da persuasão midiática, do individualismo e dispersão do homem pós-moderno.

O primeiro fator apontado como um dos ocasionadores da crise, a hipertrofia legislativa, decorreu, no entendimento da Cappelletti, do largo rol de atribuições e alta complexidade burocrática do *Welfare State*. O autor prossegue ao afirmar que o fenômeno de obstrução (*overload*) da função legislativa levou à conseqüente transferência desta função a outros sujeitos. (CAPPELLETTI, 1993, p.43).

(...) os parlamentos “atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas” que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade “de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação. E esses “outros” a quem a atividade foi transferida são, principalmente, “o executivo e os seus órgãos e derivados”, com toda uma série de entidades e agências, a que foram confiadas tarefas normativas e administrativas. (CAPPELLETTI, 1993, p.43).

Note-se que a transferência da função normativa a outros sujeitos abala a concepção de que o parlamento é o único representante legítimo e possível para a vontade geral *rousseauniana*. Embora a desconstrução desta crença tenha o aspecto positivo de abrir possibilidades a novos sujeitos de participação, dentre os

quais o Poder Judiciário, requer cuidado; pois, esta desconstrução tem igualmente o potencial de propiciar um maior nível de participação política ou ao ceticismo que leva à falta dela.

A falta de participação política é, Indubitavelmente, outro fator de crise da Democracia Representativa. A falta de identificação entre representantes e representados e a falta de pressão dos segundos perante os primeiros. Resta desconstruída a certeza de que participação democrática se efetiva pela representação. Freire Júnior traz à colação, lição de José Eduardo Faria: “(...) a tradicional política representativa tende a ser muito mais rito do que um efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva” (FARIA *apud* FREIRE JÚNIOR, 2005, p.32).

Neste sentido, interessante a advertência de Cappelletti para os perigos decorrentes do Estado administrativo e sua ameaça de tutela paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos. O onipresente aparelho administrativo pode converter-se em ente inacessível e não orientado para o seu serviço. Cujas conseqüências podem ser o surgimento de cidadãos dominados pelo sentimento de impotência, abandono e anonimato, incapazes de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso ao Estado, exercitando pressões sobre ele. (CAPPELLETTI, 1993, p.45). A este respeito, Cappelletti reflete sobre a citação de Koopmans:

os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governados: o povo vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje (...). tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à “legitimação” dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno (...). que pode ser encontrado em todos os países industrializados do Ocidente. (KOOPMANS *apud* CAPPELLETTI, 1993, p.45-46).

Garapon atribui o 'desenraizamento' do indivíduo moderno ao esgarçamento dos vínculos sociais, próprio ao mundo contemporâneo, e também à ação do Estado Social, quer em sua fase de auge, em razão dos seus efeitos disfuncionais para uma cidadania ativa, quer nesse seu atual momento de declínio, quando deixa de se comportar como a segura âncora social para o indivíduo isolado, que havia "aprendido a se reconhecer como clientela e portador de Direitos". (GARAPON *apud* VIANNA *et al*, 1999, p.25). Portanto, a crise da representatividade insere-se na pós-modernidade, que para muitos, traz consigo a crise da própria participação política.

Ora, o que impera num contexto pós-moderno é exatamente a multiplicação dos modos individualistas de ação, formas de comportamento que determinam o isolamento dos agentes sociais e a dissolução do corpo de objetivos que movimentam as decisões políticas. A arena política, em poucas palavras, está esvaziada. A política, com isto, perde sentido, ganhando sentido o imperativo do mercado, que, com sua lógica de satisfação de interesses pessoais e privados, toma conta dos espaços vazios anteriormente preenchidos pelo pensar e debater questões de interesse geral. (BITTAR, 2007, p.33).

Outro fator para a crise da Democracia Representativa fundada na vontade geral rousseauiana é que em uma sociedade cada vez mais complexa e compartimentalizada em grupos não mais se visualiza uma vontade geral pela qual o parlamento possa se orientar, mas, múltiplas e plurais vontades, que disputam legitimamente a prevalência no cenário político. A vontade que momentaneamente prevalece não capta a adesão das múltiplas vontades vencidas, o que agrava sentimento de não correspondência entre representantes e vários grupos de representados. A pluralidade é a nova marca da Democracia, cujo novo alicerce vem a ser a proteção das minorias e de uma pauta substantiva de Direitos Fundamentais. (CAPPELLETTI, 1993, p.44).

A vontade geral e a confiança nos parlamentos foram postas em cheque pela percepção de que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo. De modo que nota-se

surgir um sentimento de não representatividade, de falta de identificação entre representantes e representados. Cappelletti afirma que o declínio da confiança nos parlamentos constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países; e que, em certa medida, constituiria elemento característico de todo mundo ocidental. (CAPPELLETTI, 1993, p.44).

A estes fatores acrescenta-se, e relacionam-se, na sociedade complexa e de consumo, a força de oligopólios econômicos transnacionais e seus *lobbies* e a persuasão midiática. Bittar demonstra as relações da crise da democracia com o mercado econômico globalizado e as relações de produção e consumo:

o indivíduo pós-moderno não é livre, senão em imagens evocadas por *outdoors* e propagandas televisivas; ele é controlado, monitorado, determinado e inculcado, conforme os fluxos e refluxos do mercado. Sua essência está fora de si; sua essência não é auto-consciência, mas hetero-consciência (...). Se tudo se resume, na luta pela existência, a uma inserção no mercado, no mercado como determinante da condição de aceitação estética de cada um, a politicidade se resume a ser um ato de consumo perfeito, ou seja, um ato de pertinência simétrica entre vontade e capacidade de compra. Em tempos de cultura *cool*, a consciência e a visão de mundo se resumem à dimensão da imagem consumida. Este é o trampolim de uma geração para a perda de identidade quanto à *consciência de seu tempo*, e a construção de um movimento cultural que estimula o *descolamento*. O *cool* é por definição uma atitude de despreocupação, desvinculação, desligamento, o que em última medida significa *despolitização*. (BITTAR, 2007, p.36- 37).

Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata exatamente dos temas da solidão e do sentido de abandono e alienação do indivíduo atual, a sua "solidão na multidão", tornados de escaldante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o "estado social", o *État providence* ou *Welfare State*, terminou por lavar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral, com os seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite, à droga e ao terrorismo. Em estreita conexão com tudo isso, há também o problema da legitimação democrática. (CAPPELLETTI, 1993, p.45).

Bittar propõe uma re-fundação da política em alicerces distintos dos dogmas da modernidade, sobre uma ética que valorize o estar-em-comunidade, noção esfacelada ao longo das últimas décadas pela falta de uma cultura do

consenso vitimada por uma cultura de competição. “A pós-modernidade não é o fim da política, assim como não é o fim da história. Ao contrário, o que quer que atraia na promessa pós-moderna é algo que pede mais política, mais compromisso político, mais eficácia política na ação individual e comunitária”. (BITTAR, 2007, p.34). O desencanto do modelo representativo e dos paradigmas da modernidade abre possibilidades para novos cenários de atuação política, inclusive, no Poder Judiciário.

“Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares.” (AGRA, 2005, p. 116).

Diante deste panorama de possibilidades para novos cenários de atuação política, a Jurisdição Constitucional assumiu relevo. Para o Judiciário, tais desenvolvimentos comportaram conseqüências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle Judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Cappelletti aponta o dilema da justiça constitucional:

Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. a) Recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranqüilo, embora apertado, campo das funções “protetoras” e “repressivas”. A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados (sejam civis ou penais), dado tratar-se sempre de conflitos que não envolvem as novas tarefas promocionais, agudas e usualmente discricionais do “Poder político” do estado. (CAPPELLETTI, 1993, p.47).

2.4 A natureza Política da Jurisdição Constitucional

Agra adverte que a Jurisdição Constitucional não se reduz ao Controle de Constitucionalidade. Para ele, a função da jurisdição constitucional caracteriza-se ao menos por seis fatores teleológicos: controle de constitucionalidade; definição da atuação dos órgãos federais e dos Estados-membros, protegendo o funcionamento harmônico da forma federativa de Estado, quando for o caso; separação dos poderes com o devido zelo pelo funcionamento dos *checks and balances*; defesa dos direitos e garantias fundamentais; garantia e incentivo do funcionamento do regime democrático e a proteção das minorias. (AGRA, 2005, p. 33). Fatores de caráter inegavelmente político, que, se em alguns países, foram atribuídos ao Poder Judiciário, o foram devido ao crescimento dos outros poderes do Estado e da necessidade de controle fundada na guarda da supremacia constitucional.

(...) devemos reconhecer que nos países modernos o cenário do Poder Judiciário tornou-se muito mais complexo, diversificado e fragmentado do que no passado. (...) mostra-se evidente que o nosso século tem assistido ao enorme crescimento do estado. O “estado gigante” ou “*Big Government*” (...) constitui um fenômeno que, embora talvez possa também produzir receio, permanece uma realidade do nosso tempo. (CAPPELLETTI, 1993, p.52).

Acerca da Supremacia Constitucional, ou da Força Normativa da Constituição, na expressão de Konrand Hesse, a Constituição emprestará forma e modificação à realidade, converter-se-á em força ativa, desde que se faça presente na consciência geral e na consciência dos responsáveis pela ordem Constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição, que se origina na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa em detrimento de uma ordem legitimada pelos fatos. (HESSE, 1991, p.20).

Hesse aponta como pressupostos à Força Normativa da Constituição o conteúdo da Constituição em consonância com a consciência geral de seu tempo manifestado em princípios fundamentais em condições de serem desenvolvidos na realidade; a vontade de Constituição de todos os responsáveis pela ordem constitucional, de forma a ser guardada a estabilidade da Constituição em resguardo

à ordem normativa, em detrimento de interesses fáticos e pontuais; além da interpretação constitucional realizada consoante o princípio da ótima concretização da norma, pelo qual interpretação adequada é aquela que possibilita concretizar o sentido da proposição normativa. (HESSE, 1991, pp.20-23).

O autor ressalva que quanto maior for a 'Vontade de Constituição' e a convicção de sua inviolabilidade, maior será sua força normativa e sua influência na realidade política e social, e menores serão os limites impostos a ela. E ainda, que, quando os pressupostos apontados estão preenchidos, havendo conflito entre a Constituição Jurídica e a realidade, sua força normativa será assegurada e não haverá a conversão das questões jurídico-constitucionais em questões de poder. (HESSE, 1991, pp. 24-27).

Hesse revisa as tensões entre o Direito Constitucional e a Realidade Constitucional da Alemanha, para concluir, embasado na realidade, que a meta do Direito Constitucional é realizar a concretização plena da Força Normativa da Constituição de modo a lhe assegurar sua máxima eficácia. Caso contrário, o Direito Constitucional cumpriria a mera e indigna função lassalliana de justificar as relações de poder dominantes. (HESSE, 1991, p.28-30).

Para o resguardo da Supremacia Constitucional é que surge o mecanismo da Jurisdição Constitucional, talvez mais importante, do Controle de Constitucionalidade das Leis que visa assegurar a superioridade normativa da Constituição, em razão de sua supremacia. Deste modo, se apresenta também como meio de coibir os desvios de poder e de garantir os Direitos Fundamentais. Tem como pressupostos a existência de uma Constituição formal, a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a instituição de um órgão com competência para o controle. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, pp.39-40).

Quanto aos antecedentes históricos do Controle de Constitucionalidade observa-se que já na antiguidade clássica, os gregos distinguiram entre os *nómoi* e o *pséfisma*. Os *nómoi* fixavam a organização do Estado e só podiam ser alterados por procedimentos especiais, já o *pséfisma*, apresentava-se como uma lei ordinária qualquer e tinha que se conformar, formal e materialmente, com os *nómoi*. Já na Idade Média, todas as normas deviam ser inspiradas no Direito Natural, que tinha status de norma superior, sob pena de nulidade. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.24).

Registra-se um antecedente valioso na Inglaterra da primeira metade do século XXVII, em que predominou a doutrina da Superioridade do *Common Law* em face do rei e do parlamento. De modo que os juízes deviam controlar a legitimidade das leis do Parlamento negando-lhes aplicação se contrárias à *Common Law*. O que se assemelha à idéia básica do Controle de Constitucionalidade. No entanto, a idéia de Supremacia da *Common Law* e de sua garantia pelos juízes foi abandonada na Inglaterra com a Revolução Gloriosa, a partir da qual se pronunciou a 'Supremacia do Parlamento'. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.62).

O Controle de Constitucionalidade como teoria sistematizada, de contornos bem definidos e semelhança com os modelos atuais, surge com o sistema da *judicial review of legislation* desenvolvido a partir do caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana. A decisão do *justice* Marshall consagrou a Supremacia da Constituição em face de todas as normas Jurídicas e o poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. O sistema norte-americano de controle das leis e dos atos do poder público, no entanto, está limitado ao controle incidental diante do caso concreto. As questões de constitucionalidade, neste sistema, não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciais por via principal. Trata-se de um controle judicial, incidental, concreto e subjetivo. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.64).

Até o início do século XX, a maioria dos países europeus não havia adotado a Justiça Constitucional. Kelsen, a pedido do governo austríaco, ao elaborar o projeto da Constituição da Áustria, promulgada em 1920, concebeu o sistema de Jurisdição Constitucional Concentrada. Neste sistema, o controle de Constitucionalidade está confiado, exclusivamente, a um órgão Jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional. Este modelo foi adotado pela Itália, na Constituição de 1948; Alemanha, na Constituição de Bonn de 1949; no Chipre, em 1960; Turquia, 1961; Iugoslávia, 1963; Grécia, 1975; Espanha, 1978; Portugal, 1982; Bélgica, 1984. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.73).

Para Cappelletti, a não adoção do modelo do *judicial review* pelos países de tradição romano-germânica, de *civil Law*, se deve ao fato de que, não existindo nestes países o princípio do *stare decisis*, que é típico dos sistemas de *common Law*, uma mesma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, que a julgassem inconstitucional, e, inversamente, ser aplicada por outros, que a considerassem

constitucional, sem nenhum expediente que acabasse com a contradição, causando grave incerteza do direito. Outra conseqüência indesejável que seria ocasionada é a multiplicidade de demandas. Desta forma, a criação por Kelsen de um órgão que decida as questões constitucionais com a eficácia *erga omnes* afasta esses inconvenientes. (CAPPELLETTI, *apud* CUNHA JÚNIOR, 2007a, pp. 76-77).

Na visão kelseniana, o Tribunal Constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas examina tão somente o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição. Daí, não se estaria diante de uma verdadeira atividade judicial, que supõe sempre uma decisão singular a respeito de um caso controvertido, o Tribunal Constitucional seria, pois, um legislador, só que um legislador negativo. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.78).

No sistema proposto por Kelsen, a lei goza de presunção de constitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional a anula, gerando efeitos *ex nunc*, com isso, o doutrinador visava evitar o 'governo de juízes'. O sistema abstrato de análise de constitucionalidade, para Kelsen, tinha ainda a vantagem de evitar as apreciações apaixonadas e valorações de fatos e interesses, freqüentes nas decisões de casos concretos. (CUNHA JÚNIOR, 2007, p.78). O modelo de Kelsen é coerente com a sua Teoria Pura do Direito, visto que a questão do Controle de Constitucionalidade é encarada como um conflito de regras jurídicas a ser resolvido por subsunção.

Aos juízes e Tribunais era vedado o controle, de tal modo que não podiam deixar de aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, nem provocar o Tribunal Constitucional que fizesse ele próprio o controle que lhes era vedado. Entretanto, a Revisão Constitucional de 1929 possibilitou a dois órgãos integrantes da justiça ordinária a provocar a Jurisdição Constitucional, só que pela via somente incidental, ao contrário dos já legitimados políticos, que o fazem pela via principal. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.79).

Carl Schmitt foi grande opositor à criação de Kelsen. Recusava a idéia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque reconhecia a natureza política da decisão que resolve a questão de constitucionalidade. Para ele, não caberia a um Tribunal, ainda que criado especificamente para este fim e excluído da estrutura do Poder Judiciário, as questões políticas de defesa da Constituição, mas, aos órgãos políticos do Estado, especificamente, ao presidente do Reich. (SCHMITT, 1982).

Para Kelsen, entretanto, a natureza da questão de constitucionalidade é jurídica. Rebateu as críticas de Schmitt com a afirmação de que o Controle de Constitucionalidade não pode ser exercido pelo Poder Executivo ou Parlamento posto que ninguém pode ser juiz em causa própria. Para Kelsen, a doutrina de Schmitt resultava da confusão entre teoria jurídica e teoria política, além de se demonstrar ideológica. A tese de Kelsen prosperou e Tribunais Constitucionais foram criados em diversos países que passaram a adotar este modelo de Controle de Constitucionalidade. (KELSEN, 1995).

O debate travado entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição perpassou pela definição da natureza do Controle de Constitucionalidade como política ou jurídica. Para Schmitt, era política e, portanto, não cabia ao Judiciário. Para Kelsen, não era, portanto cabia. O eu significa, que, por motivos diversos, ambos entendiam que questões políticas não cabiam ao Poder Judiciário. Entretanto, o exercício da Jurisdição Constitucional tem demonstrado o oposto. É nítido que o controle de constitucionalidade, pelo sistema do *judicial review* ou concentrado kelseniano, tem natureza política, pelos motivos já aduzidos.

O esforço kelseniano de purificar o Direito da Política encontra-se doutrinariamente ultrapassado. Não existe um sistema de jurisdição constitucional plenamente político ou jurídico, pois Direito e política se interpenetram. Todavia, é válida a advertência de Pizzorusso, colacionada por Agra: “um dos grandes perigos que a ameaça é sua partidarização, passando a decidir de acordo com conveniências políticas, sem respaldo nos mandamentos constitucionais”. (PIZZORUSSO *apud* AGRA, 2005, p. 53).

Boa parte das críticas que se levantaram contra a *judicial review* são as mesmas que se levantam contra a politização do Poder Judiciário, apenas foram maximizadas pelo incremento e repercussão da Jurisdição Constitucional em questões relevantes, boa parte em razão da ampliação das funções do *Welfare State*. Consoante se extrai de Cunha Júnior, desde *Marbury x Madison* se tem invocado a lesão ao princípio da tripartição de poderes e a falta de legitimidade democrática dos juízes, que não são eleitos, para controlar e invalidar leis emanadas do legislativo. O Controle Judicial causaria o que Dieter Grimm chamou de ‘risco democrático’. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.41).

Quanto à suposta violação ao princípio da 'Tripartição de Poderes' a resposta foi magistralmente dada pelo *Chief Justice* Marshall com as considerações feitas acerca da Supremacia Constitucional e do funcionamento do sistema de freios e contrapesos políticos.

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos a nos de insistir. Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz.

(MARSHAL *apud* CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 64-65).

A França forneceu, provavelmente, o exemplo mais influente da superação deste dogma. A Revolução francesa havia proclamado o ideal da rígida separação dos poderes, em oposição à doutrina americana de *checks and balances*. Na realização de tal ideal, os tribunais Judiciários eram proibidos de interferir na atividade legislativa ou administrativa. Pouco a pouco, no entanto, um órgão da administração, o *Conseil d'État*, foi assumindo esse papel, adotando os

procedimentos e conquistando grau de independência típico de verdadeiro tribunal Judiciário. (CAPPELLETTI, 1993, p.48).

Quanto ao argumento da falta de legitimidade democrática dos juízes, este constitui o desafio maior e será abordado em tópico específico. No entanto:

a experiência constitucional de vários Estados tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar nem realizar seus valores fundamentais sem uma justiça constitucional, de modo que, guardadas as peculiaridades destes países, a justiça constitucional deve ser considerada como uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.42).

Mesmo a França, que tradicionalmente resiste à idéia de controle jurisdicional da constitucionalidade tem transformado o *Conseil Constitutionnel* num Tribunal Constitucional, ao tempo que a doutrina tem pugnado pela extensão do controle aos tribunais comuns, numa aproximação do modelo americano difuso-incidental. Mesmo na Inglaterra, se fala em criar um Tribunal Constitucional. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.43).

A idéia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da Separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cedeu espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se assenta num regime democrático e na garantia dos Direitos Fundamentais, onde a justiça Constitucional é nota essencial. Com efeito, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Poder Legislativo é um Poder Constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da Separação de Poderes foi superado pela prevalência dos Direitos Fundamentais ante o Estado. [...] de tal modo que as Constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiorias, quando estas não estão a serviço da realização dos Direitos Fundamentais ou tendem a sufocar as minorias. Nesse particular, vale o registro da 'crise' pela qual passa o sistema representativo, onde a maioria parlamentar, em regra, não corresponde à vontade popular, uma vez que a representação política não mais se presta com efetivo instrumento de representação dos interesses da população, circunstância que vem fortalecendo a descoberta de novos instrumentos de representação popular. Neste cenário de crise do sistema representativo, ainda mais agravado pela busca incessante, por outros caminhos legítimos, de pressão ao governo, torna-se cada vez mais necessário o reconhecimento da

jurisdição constitucional como remédio eficiente contra as maiorias (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.43).

2.5 A Criatividade das Cortes Constitucionais

Cappelletti informa que do ponto de vista de sua estrutura e organização, as cortes superiores tradicionais dos países de *Civil Law* – especialmente, mas não apenas, no Continente europeu – são profundamente diversas dos tribunais superiores dos países de *Common Law*. Elas não têm a estrutura unitária e compacta de um tribunal de nove juízes (como as Cortes Supremas dos Estados Unidos e do Canadá) ou de sete (como a Corte Suprema do Estado da Califórnia). (CAPPELLETTI, 1993, p.116).

Para ele, a estrutura mais diluída dos tribunais, o grande número de decisões irrelevantes, o tipo de magistrados mais anônimos e dirigidos para a rotina, a falta do *Stare decisis*, fazem com que a *auctoritas* da jurisprudência seja menor, nos países de *Civil Law* do que nos de *Common Law*. (CAPPELLETTI, 1993, p.122).

Outra diferença fundamental que seria outra causa da maior autoridade do juiz do *Common Law*, em relação ao do *Civil Law* seria a própria concepção do Direito. Nos países de *Civil Law*, tende-se a identificar o direito com a lei. Nos países de *Common Law*, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito. Em face da lacuna, o juiz daqueles países sabe que sempre há, para além da lei, o *Common Law*, ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juízes. (CAPPELLETTI, 1993, p.122).

Entretanto, apesar das diferenças entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, Cappelletti conclui que o fenômeno da criação judiciária do Direito não é de tal forma diferente, em uma e outra das duas maiores famílias jurídicas. Sua afirmação decorre da análise da jurisprudência da Suprema Corte Americana e de Cortes Constitucionais Europeias, a partir da classificação desenvolvida nos Estados Unidos da América, segundo ele, o mais criativo dos países de *common Law* em matéria de jurisdição constitucional. (CAPPELLETTI, 1993, p.127).

Para o primeiro modelo, “puramente interpretativo”, a tarefa da jurisprudência constitucional é “à aplicação de normas concretamente derivadas do

texto escrito da Constituição. Sempre teve eminentes sustentadores, embora não se possa afirmar que tenha sido o mais seguido pela *Supreme Court*. (CAPPELLETTI, 1993, p.127).

O segundo, denominado, “não interpretativo”, pelo contrário, exerce maior grau de criatividade, supera a mera linguagem da Constituição, considera a Constituição como documento vivo, invocando, por vezes, até princípios de bom governo e de justiça natural, bem como os direitos do homem, para limitar a autoridade legislativa, prescinde dos termos literais e inclusive da própria existência de Constituição escrita. (CAPPELLETTI, 1993, p.127).

Cappelletti conclui que a jurisprudência das novas cortes constitucionais (e também a da Corte de Justiça da Comunidade Européia) inclina-se para este segundo modelo, com a sua criatividade mais acentuada. Caracteriza tal jurisprudência em nível igual, senão ainda maior, do que a da Corte Suprema americana. A título de exemplo, recorda como até o *Conseil Constitutionnel* francês – talvez o menos aguerrido dos novos tribunais constitucionais da Europa – não hesitou em se arrogar o poder de controlar a conformidade da lei a “*principes généraux*” não escritos, vagamente decorrentes das *Magna Chartae* da história constitucional francesa e de uma ainda mais vaga “*tradition républicaine*”. Evoluções semelhantes, diz Cappelletti são conhecidas universalmente também na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade, especialmente no domínio dos Direitos Fundamentais. (CAPPELLETTI, 1993, p.128).

Sobre a expansão da atuação da jurisdição constitucional em âmbito internacional, Agra a atribui ao processo de democratização da América Latina, e ao papel desempenhado pelas cortes internacionais. Afirma que esse tipo de decisão constantemente se orienta pela recuperação de vetores éticos da política, como o princípio da moralidade, do interesse público, de modo a assegurar a substancialização da seara política. (AGRA, 2005, p. 96).

Ressalta que embora mais freqüente nos Estados Unidos, ocorre na Europa e também no Brasil, como no caso da obrigação de verticalização das coligações na eleição de 2002. Relembra que na Alemanha, há vários posicionamentos do Tribunal Constitucional assegurando a concretização dos Direitos Fundamentais; na Espanha, além das firmes decisões de seu Tribunal Constitucional, menciona o caso do pedido de extradição de Pinochet; na Itália, a

campanha promovida nos anos noventa contra a corrupção política e a máfia; na França, as decisões de combate aos desmandos políticos. (AGRA, 2005, p. 96).

Sobre a criatividade das Cortes Constitucionais, há que se revisitar a célebre classificação de sua função como legislador negativo, no dizer de Kelsen, para quem o Judiciário aplica o Direito e o seu espaço de atuação é o da subsunção formal, não havendo espaço criativo. Ou de sua classificação como legislador positivo, dada a ampliação de seu espaço de conformação e criação do Direito “Com o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, o judiciário passa a trabalhar com uma margem de liberdade maior, atuando não apenas como legislador negativo, mas freqüentemente como positivo para cumprir o conteúdo das normas contidas na Carta Magna, ou até mesmo, criando estruturas normativas não-existentes no ordenamento jurídico. (AGRA, 2005, p. 89).

Para Cunha Júnior (2007b), essa distinção se funda no critério equivocado de que só o Legislador criaria Direito. O Judiciário cria Direito, sim. E ao fazê-lo, não o faz atuando como legislador, mas, como Judiciário. Porque, como demonstra a Hermenêutica, interpretar e aplicar o Direito não é operação de subsunção como quis Kelsen, em sua Teoria Pura. Interpretar e aplicar o Direito implicará sempre numa ação criativa do intérprete. A norma será o resultado da interpretação após a confluência entre texto e realidade, como elucidou Müller. Portanto, o problema não está em aceitar a criatividade da interpretação jurisdicional, pois esta é inexorável à linguagem e à compreensão, como tem demonstrado a hermenêutica. O problema reside em verificar a legitimidade de um Poder não representativo para criar Direito, inclusive em questões políticas, em um regime Democrático.

3 A LEGITIMIDADE DA FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Diante da esgotabilidade dos postulados positivistas, a atuação do Poder Judiciário deixou de ser vista como uma operação silogística para, em razão da necessidade pós-guerras de proteção dos Direitos Fundamentais da deliberação da maioria e da necessidade de efetivação dos direitos prometidos pelo Estado de Bem Estar, se tornar uma atuação criativa, prospectiva e política, ainda que resista a se denominar assim. Neste contexto, surge o questionamento da legitimidade de um Poder não representativo para criar Direito, inclusive em questões políticas, em um regime Democrático. Para ultrapassar este problema há que se compreender o conceito de legitimidade diante das inúmeras concepções de Democracia.

3.1 Definição de Legitimidade Democrática

Agra esclarece que o conceito de legitimidade apresenta relação direta e inegável com o poder, trata-se mesmo de uma justificativa para sua utilização. Para David Beethan, “o poder indica prerrogativa de que um cidadão dispõe para produzir os efeitos por ele desejados no meio que o cerca e no lugar previsto para sua realização”. (BEETHAN *apud* AGRA, 2005, p. 149).

Para o Direito, expressão do Poder político que ordena a obediência, o exame da legitimidade é crucial. Os comandos normativos podem ser obedecidos por seus destinatários pelo uso da força, ou porque compreendidos como legítimos. A legitimidade é fundamento do Direito e do próprio Estado Democrático de Direito, cuja característica é a isonomia, ou igualdade diante da lei. Agra esclarece que a busca pela legitimidade significa aprimorar a justificação dos postulados normativos, com formação de níveis de consenso na sociedade. (AGRA, 2005, p. 149).

“Se o conceito de legitimidade é um conceito jurídico-formal, ou seja, considera-se o que determinado está na Lei, a legitimidade, pelo contrário, é um conceito sociológico-político, interessando-lhe valores e ideais do grupos, ou seja, legítimo é aquele poder que, mesmo à

margem da Lei, se exerce atendendo aos interesses da sociedade para a qual se destina". (DANTAS *apud* AGRA, 2005, p. 150).

Ao longo da história existiram vários substratos de legitimidade. O primado teocrático, amplamente utilizado outrora, mostra-se de difícil aceitação na sociedade secular contemporânea. A vertente positivista de legitimidade, fundada no princípio da legalidade também não se mostra mais satisfatória, haja vista a ausência de referencial ontológico que possa direcionar os seus enunciados. O recurso ao uso da força bruta não é aceitável no atual estágio de evolução das orientações éticas das sociedades pós-guerras; ademais, sua própria eficiência é contestável, visto que, na debilidade de seu uso, a eficácia do sistema jurídico tende ao acaso. (AGRA, 2005, p. 150).

Bobbio definiu legitimidade como "um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos". (BOBBIO, 2008, vol. II, p. 675).

José Eduardo Farias adverte que após a Revolução Industrial, o problema da legitimação passa a ser visto como uma questão de reconhecimento de pautas. Para tornar-se legítimo, o poder depende de uma explícita aprovação popular obtida por procedimentos formais, porém, resultado de um acordo em torno de valores delineados como modelo de uma comunidade. (FARIA *apud* AGRA, 2005).

A legitimidade positivista é um exemplo de legitimação auto-referente, obtida por intermédio de uma justificação racional, centrada em estruturas lógicas e alheias a elementos fáticos. Cada decisão judicial deve ser motivada em mandamentos normativos, que garante a legitimação das decisões.

Com o monopólio da produção de normas jurídicas, a ascensão da lei e a positivação do direito, a legitimidade faz-se legitimação, o que significa transferir a questão de fundamento para uma ação legitimadora por parte do Estado e do ordenamento em geral; a legitimidade deixa de reportar-se a conteúdos externos e o poder jurídico-político, embora de forma mais ou menos velada por uma retórica tradicional e aparentemente conteudista, pode ter pretensões a uma auto-legitimação. Esse esvaziamento de conteúdo oferece o perigo de propiciar a constituição da estrutura-cebola, na analogia de

Hannah Arendt, a estrutura característica do totalitarismo. (ADEODATO, *apud* AGRA, 2005, p. 151).

Para as teorias legitimantes da atuação dos Poderes Políticos em Estados Democráticos, talvez o princípio mais celebrado seja o da Soberania Popular, em suas várias acepções. Em síntese, o conceito da soberania popular expõe que a legitimidade do poder provém do povo. Todavia, o conceito de povo e as formas como este expressa a sua soberania, são controversas na doutrina. (AGRA, 2005, p. 153).

Canotilho afirma que apenas o princípio da soberania popular, em que todo o poder vem do povo, garantida igual participação na formação da vontade popular, fundamenta a origem do poder, no que assegura "a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político". (CANOTILHO *apud* AGRA, 2005, p. 153).

Agra esclarece que o consenso em torno da fundamentabilidade da soberania popular advém do fortalecimento do regime democrático, reconhecido como forma de organização política mais avançada, complexa e estável já desenvolvida. Neste regime, embora o processo de determinação das decisões seja difícil, uma vez realizado, sua estabilidade é mais sólida que as demais formas de organização política porque foram os próprios destinatários que criaram as normas que irão reger o funcionamento da sociedade. (AGRA, 2005, p. 155).

A concepção de soberania popular, de acordo com David Beethan, traz duas implicações para a legitimação das Constituições modernas: primeiro, que os textos constitucionais devem estruturar o processo de representação popular, mesmo que seja em monarquias hereditárias, teocráticas ou baseadas em doutrinas seculares; segundo, que tenham sido de alguma maneira aprovados, seja através de plebiscito, do Poder Constituinte, mobilização de massas, dentre outros. (AGRA, 2005, p. 156).

Peter Häberle, também defende a soberania popular. Mas, adverte que o povo não é um dado quantitativo. Ele assevera a especificidade da legitimidade da jurisdição constitucional, que se realiza mediante um processo público de mediação, através da realização dos Direitos Fundamentais. Nesse processo público, a soberania popular exerce função importante num espaço público e pluralista de

debates. A opinião pública passa a representar a soberania popular sem vinculação restrita com o processo de escolha de representantes populares e manifesta-se no cotidiano das sociedades. (AGRA, 2005, p. 156).

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do "aspecto democrático" dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o "concerto" científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente. (HÄBERLE, 1997, pp. 36-37).

Quanto à soberania popular e à legitimidade democrática que dela se extrai, Zippelius considera que o conceito de legitimidade não coincide simplesmente com a vontade da maioria. Ele ressalta a necessidade de se instituir mecanismos institucionais e processuais aptos à construção de um resultado o mais condizente possível com a formação de forte consenso popular, em um processo dialógico com a opinião pública. (AGRA, 2005, p. 153).

A fórmula clássica da legitimação democrática, oriunda do princípio da soberania popular, é a da representatividade, tanto que chega a se confundir a representação com o conceito de democracia. O que é visível em acepções de democracia que tendem a identificá-la com os procedimentos formais que assegurem a representatividade, e, deste modo, a emanção da soberania popular.

Tocqueville concorda com a relevância do princípio majoritário, que é o *standard* de produção do arcabouço normativo infraconstitucional. O que não quer dizer que sua atuação não possa ser restrita por dispositivos previamente determinados, sob pena de se criar uma tirania da maioria. (AGRA, 2005, p. 158).

Eu considero vazia e detestável esta máxima: que em matéria de governo a maioria de um povo há o direito de fazer tudo; todavia considero a vontade da maioria da população como a origem de todos os poderes. Estou talvez com contradição a mim mesmo? Existe uma lei geral que foi feita, ou pelo menos adotada, não apenas pela maioria deste ou daquele povo, mas pela maioria de todos os homens. Esta lei é a justiça. A justiça é logo o limite do direito de cada povo. (TOCQUEVILLE *apud* AGRA, 2005, p. 158).

A relação entre a soberania popular consubstanciada no princípio majoritário e a obrigação de guarda dos Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário, é de tensão. Os Direitos Fundamentais surgem como pauta substantiva que restringe o âmbito de deliberação da maioria. Entretanto, há que se recordar que os próprios Direitos Fundamentais emanam também da soberania popular constituinte. Vital Moreira bem esclarece essa circunstância:

A relação do princípio da maioria com o princípio da constitucionalidade é essencialmente ambivalente. Por um lado, o princípio da inconstitucionalidade é, obviamente, um limite do princípio da maioria, isto é da maioria legiferante ordinária; por outro lado, porém, o princípio da constitucionalidade também é ele mesmo expressão do princípio da maioria, ou seja, da maioria fundante e constituinte da comunidade política. Daí que a função da jurisdição constitucional de fazer prevalecer a Constituição contra a maioria legiferante arranca essencialmente da consideração de que a justiça constitucional visa adjudicar o conflito entre duas legitimidades, de um lado, a legitimidade prioritária da lei fundamental e, do outro lado, a legitimidade derivada do legislador ordinário. (VITAL MOREIRA, 1995, pp. 192-193).

Segundo Agra, o princípio majoritário deve se subordinar ao da soberania popular cristalizado nas normas constitucionais porque o grau de legitimidade auferido pelo Poder Constituinte é muito mais intenso do que a justificação proporcionada pelo princípio majoritário que ampara a formação das leis ordinárias, haja vista as circunstâncias cambiantes que as ensejam. (AGRA, 2005, p. 159).

O princípio da soberania popular e a regra da democracia majoritária há que ser vista com cuidado. Stuart Mill defende que a maioria não pode anular as possibilidades de diferença, já que são essas diferenças que proporcionam o progresso. Para ele, a falta de uma proteção às minorias é um dos fatores que provocam a decadência de um Estado. (AGRA, 2005, p. 159).

Ultrapassada a proposta positivista de legitimidade, centrada na legalidade, a doutrina desenvolve novas propostas teóricas. Simplificadamente, estas teorias podem ser organizadas em dois grupos: as procedimentalistas e as substancialistas. Na vertente procedimentalista, a legitimidade do Direito se extrai de procedimentos racionais, previamente estabelecidos, que prescindem de qualquer conteúdo. O procedimento regulamenta a forma em que se dará a o processo de decisão, sem a formulação de diretrizes que condicionem seu resultado. As teses procedimentalistas são também tipos de legitimação auto-referente, em que a legitimidade é obtida pelo cumprimento das etapas previstas pelo próprio sistema jurídico. São exemplos desta vertente, Weber, Luhmann e Habermas, apesar da diferença de suas teorias. Assim, Luhmann precisa seu conceito: "Pode definir-se a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância". (AGRA, 2005, p. 152).

Distintamente, a vertente substancialista fixa a legitimidade no atendimento a certos conteúdos materiais, que podem, ou não, ser externos ao sistema jurídico. Nesta linha, Ronald Dworkin defende que o substrato de legitimidade que melhor garante o cumprimento das disposições contidas no ordenamento jurídico se baseia na "comunidade moral de princípios", que transcende ao conteúdo das normas jurídicas para encontrar amparo na seara moral. A justificativa de coerção dos órgãos estatais é feita com base nas obrigações morais tomadas pelos próprios cidadãos. (AGRA, 2005, p. 152-153).

Müller posiciona-se contra a tese de que a legitimidade decorre de vetores suprapositivos e representa uma correção do Direito. Em sua teoria, os conceito de legitimidade e legalidade estão imbricados:

"Na definição mais avançada, legitimidade significa o seguinte: a ação formalmente legal de modo adicional (a) é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (os textos das normas) da Constituição (forma de Estado, objetivos do Estado, garantias dos Direitos Fundamentais, sistema de Estado de Direito); e (b) pode-se continuar discutindo abertamente e sem restrições por parte do Estado sobre a questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, mesmo se a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial – no caso em epígrafe: alteração da Constituição) já tiver sido tomada". (MÜLLER *apud* AGRA, 2005, p. 153-154).

3.1.2 Legitimidade de Origem e Legitimidade de Exercício

Agra distingue entre legitimidade de origem e de exercício. Ele se refere ao órgão de jurisdição constitucional, mas; em vista da criatividade judiciária e o conteúdo político das decisões mesmo fora da jurisdição constitucional, mas, em toda prestação jurisdicional, premissa deste trabalho; cabe estender os conceitos de legitimidade de origem e de exercício a todos os órgãos da jurisdição.

A legitimidade de origem vincula-se à forma como é composto o órgão de poder e a permanência de seus membros no cargo, no caso o órgão responsável pela jurisdição. Quanto mais plural for a sua forma de escolha, maior será a legitimidade de origem. Já a legitimidade de exercício reside no fato de que as decisões devem ser tomadas de acordo com procedimentos jurídicos fundados no texto constitucional. Neste caso, à medida que o Poder Judiciário assegura o cumprimento dos dispositivos da Carta Magna, principalmente dos Direitos Fundamentais, sedimenta-se no inconsciente dos cidadãos a simbologia de sua eficácia, aumentando seu respaldo na sociedade. Trata-se de uma legitimidade popular não-aferida pelos mecanismos tradicionais da democracia participativa, mas que nem por isso detém menos relevância, haja vista seu caráter teleológico do garantir as expectativas da população. (AGRA, 2005, p. 147).

3.2 A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional

Para Robert G. Neumann, o que caracteriza a democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis, mas, sim, o respeito aos Direitos Fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário. (NEUMANN *apud* CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 44).

Para Cunha Júnior, a legitimidade da Justiça Constitucional repousa na extraordinária capacidade que ela tem de harmonizar os valores do Estado Democrático – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos Direitos Fundamentais –, de tal sorte que não só a maioria, mas também as minorias

passam a merecer a proteção no âmbito do estado Democrático de Direito. Percebe-se no autor a adesão à legitimação substantiva, pela realização dos Direitos Fundamentais. No entanto, acrescenta que essa legitimidade também reside na consistência das decisões do Poder Judiciário, que devem ser fundamentadas e tornadas públicas. Não sem razão, já dizia Ruy Barbosa, que “a majestade dos Tribunais se assenta na estima pública”. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 44 e 48).

Visto que a concretização dos Direitos Fundamentais, a harmonização dos valores constitucionais, a supremacia da Constituição e a inserção das minorias, são obrigações do Judiciário que o legitimam substantiva e teleologicamente, porém, realizadas por meio de uma decisão que deve ser fundamentada e que é dirigida a uma comunidade que deve se identificar como destinatária e autora destes valores, a análise discursiva destas decisões é imperiosa. A Justiça Constitucional, ao fazer da Constituição o elemento de referência vinculante e obrigatório de todos os Poderes, grupos e cidadãos, é capaz de gerar consenso, ou, se não este, de inspirar respeito aos valores por ela acolhidos. Neste ponto, inúmeras teorias argumentativas têm surgido para demonstrar o viés da legitimidade discursiva das decisões judiciais. A maioria delas, a exemplo de Perelman (1998), pende para uma análise procedimentalista do discurso jurídico, ou, em sentido mais amplo, da própria democracia, a exemplo de Habermas (2003); embora algumas reconheçam que há pontos substantivos de partida, a exemplo da pretensão de correção de Alexy (2007).

Outro eixo de análise da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, inaugurado por Peter Häberle, é o da participação na interpretação desta. Cunha Júnior explica que, para esta vertente, o processo judicial que se instaura para o exercício da jurisdição constitucional torna-se um instrumento de participação política e exercício permanente da cidadania.

“O processo constitucional torna-se parte do direito de participação política democrática onde todas as potências públicas, todos os cidadão e grupos, participantes materiais do processo social, estão envolvidos de tal modo que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta de intérpretes e elemento formador dessa mesma sociedade”. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 48).

Para Häberle, a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, portanto, com a participação das potências públicas, do cidadão ativo, bem como, dos *experts* e pessoas interessadas da sociedade pluralista. A consequência de sua teoria é a abertura do processo de jurisdição constitucional à comunidade de intérpretes.

“Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da vida da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”. (HÄBERLE, 2002, p. 33)

Para ele, embora estes intérpretes não tenham legitimação representativa, isto não lhes retira a legitimidade. Embora o eixo de legitimação de Häberle seja o da participação no processo jurisdicional, para ele, esta participação, é meio de se interpretar a Constituição e realizar os Direitos Fundamentais. Diz Häberle que Democracia não se exerce somente por representação, mas, numa sociedade aberta, principalmente, pela realização dos Direitos Fundamentais e pela interpretação pluralista da Constituição. Defende a substituição do conceito de ‘democracia do povo’, fundada na soberania popular, pelo de ‘democracia do cidadão’, fundada nos Direitos Fundamentais. Destarte, o pluralismo dos Direitos Fundamentais converte-se no cerne da Constituição Democrática.

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente* afetadas. (...) Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria *de* Democracia. (HÄBERLE, 2002, p. 48-49)

Para aqueles que entendem que a função da jurisdição constitucional, e a fonte de sua legitimidade, é a guarda dos valores ou Direitos Fundamentais, a justiça constitucional tem desempenhado, para além de uma função de controle, uma formidável função legitimadora de caráter educativo e pedagógico. Para Rudolf Smend e sua teoria da integração, para quem a prática da Justiça Constitucional tem produzido um resultado historicamente positivo, eis que vem reforçando os fundamentos da Lei Maior e tem servido de peça essencial para a educação política dos cidadãos. Além de, segundo Garcia de Enterría, ser a possibilidade única e legítima de defesa dos valores supremos de uma sociedade. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 54).

Agra questiona quais seriam os limites para o exercício de decisões judiciais que contrariam o posicionamento dos agentes políticos. Aponta como limites o princípio majoritário e o da suprallegalidade constitucional – ambos construídos a partir do princípio da soberania popular, sendo que o segundo ostenta um valor mais densificado por ser oriundo do Poder Constituinte. Motivo pelo qual prevaleceria sempre que o princípio majoritário afrontasse a Constituição. (AGRA, 2005, p. 109-110).

Kelsen associava a jurisdição constitucional à democracia, enquanto regime de proteção e defesa dos direitos das minorias. Na conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, o jurista da escola de Viena apontou a importância e defendeu o papel da jurisdição constitucional num sistema democrático, notadamente na defesa das minorias:

Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático – muitas delas corretas e adequadas –, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que a amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um *quantum* qualificado para a mudança da Constituição traduz a idéia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor

a sua vontade - *pele menos em algumas questões* - à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza - de classe, de nacionalidade ou de religião - tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

Isto se aplica, sobretudo em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da maioria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social. (KELSEN *apud* CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 55-56).

Cappelletti adverte que o incremento da função do Poder Judiciário como guardião e controlador dos poderes políticos do novo Estado, não é imune aos riscos de perversão e abuso. Esclarece, entretanto, que há semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade polícial. Que, portanto, impõem o dever de vigilância da sociedade, mas não são suficientes para desautorizá-lo. (CAPPELLETTI, 1993, p.49).

Explicação precisa sobre se a judicialização da política acarreta danos à democracia nos é dada por Luiz Werneck Vianna:

"De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação dos direitos e a "substituição" de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as minorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa

ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça". (WERNECK VIANNA, Luiz *et alli*, 1999, p. 43.).

A doutrina tem visto de forma distinta a função política do Poder Judiciário. Procedimentalistas como J. Habermas e A. Garapon, temem as sombrias previsões de Tocqueville pelas quais a ampliação do Direito, visível tanto na judicialização da política e das relações sociais, quanto na positivação dos Direitos Fundamentais, teria o "efeito de desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social". (TOCQUEVILLE *apud* VIANNA *et al*, 1999, p.23).

Nas palavras de Garapon, os magistrados e os membros do Ministério Público têm se tornado 'Guardiões das promessas'. "Em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do Direito". (GARAPON *apud* VIANNA *et al*, 1999, p.23).

Tocqueville, segundo Vianna, registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente seria positiva quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o Direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária. Portanto, a efetivação judicial dos direitos sociais que não pelos meios políticos clássicos, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia. (VIANNA *et al*, 1999, p.23).

3.3 O Ativismo Judicial Norte Americano

Segundo Agra, a principal influência para a elaboração da Constituição dos Estados Unidos de 1787 foi o *republicanism* que ele conceitua como:

teoria política que se alicerça na autonomia de vontade dos cidadãos, fazendo parte de uma tradição que privilegia o indivíduo como parte intrínseca de uma coletividade, devendo ser a proteção desse direito o objetivo premente dos entes estatais. (AGRA, 2005, p.171).

Entretanto, adverte que o *republicanism* possui mais de uma vertente. Segundo ele, a concepção republicana que vigorava no período da fundação dos Estados Unidos não considerava como essência do Direito seu papel de previsibilidade, o "*rule of law*". Para essa concepção, a principal finalidade da República era garantir a autodeterminação dos cidadãos e, portanto, a legislação deveria propiciar a maior liberdade possível aos cidadãos. Para os Republicanos, a Constituição tem a função de garantir a liberdade individual e de limitar o poder político. (AGRA, 2005, p.171).

Conforme Agra, a teoria da Constituição foi fundada sobre o princípio da soberania popular. Porém, há duas concepções republicanas para este princípio. Para a concepção populista, o povo deve participar constantemente para legitimar as decisões de seus representantes, enquanto que a concepção clássica possui maior confiança nestes. Para a concepção republicana populista a atuação da Suprema Corte deve ser restrita à lei:

Se o Poder Judiciário não puder ser reduzido a uma mera máquina, como um órgão técnico com a função de aplicar o texto da lei, o poder dos juízes, poderá, de fato, segundo Jefferson, desviar-se da lógica democrática, tornando-se um poder impróprio dentro de um governo republicano. (CASALINI, *apud* AGRA, 2005, P. 173)

Já a concepção republicana clássica, defendida por John Adams, James Madison dentre outros, assevera que o povo pode ser conduzido pela paixão irracional, como a que legitimou o governo de Hitler ou o de Mussolini, guiado por uma classe política demagógica. Nessa concepção, a atuação da Jurisdição Constitucional pode divergir da vontade da maioria da população, com a missão de realizar os valores estabelecidos nos dispositivos constitucionais, que encerram a maior expressão da soberania popular. (AGRA, 2005, p. 173). Explica Brunella:

“A república é sim o governo do povo, mas o povo não tem existência se não em virtude de sua conformidade com a lei fundamental e com os princípios de justiça – povo e não mera *"moltitudine"* – existe exclusivamente quando vontade e razão convergem. Apenas nesse sentido, *rule of the people* pode coincidir com *rule of law* e contrapor-se a *rule of men*. Para manter a vontade dos governantes fiel aos princípios do governo da lei, Adams propõe um sistema de *check and balances* que é imaginado como um verdadeiro instrumento de controle da paixão, que deveria encarnar uma direção socialmente não danosa. (BRUNELLA *apud* AGRA, 2005, p. 173-174).

Para esta concepção, o papel da Suprema Corte é velar pela democracia participativa. Quando o Poder Legislativo formular uma disposição normativa que contrariar a autodeterminação dos cidadãos, com a finalidade de atender interesses de maiorias transitórias, deve a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma para preservar a democracia participativa. A concepção republicana clássica é uma das fontes do ativismo judicial, em que se tenta compensar o desnível existente entre a idéia republicana e a realidade constitucional. “A intenção do ativismo judicial, portanto, não é substituir o Poder Legislativo, mas garantir os pressupostos necessários para a realização de uma democracia participativa, e que esse poder possa seguir seus direcionamentos”. (AGRA, 2005, p. 174-175).

Na concepção republicana que prevalece na Suprema Corte norte-americana, a esfera de decisões políticas e a sociedade civil tornam-se importante instrumento de fortalecimento da cidadania. O desenvolvimento das relações sociais orienta-se sobre o princípio de igualdade, permitindo que toda a coletividade possa participar de forma ativa das decisões políticas. É uma concepção que ultrapassa a idéia de liberdade negativa, centrada em direitos que podem ser opostos às arbitrariedades estatais (conceito da primeira dimensão dos direitos fundamentais); mas um conceito de liberdade positiva, em que os cidadãos devem participar das decisões políticas de modo ativo (quarta dimensão dos direitos fundamentais). A prática dessa liberdade positiva é o que possibilita aos cidadãos formar uma comunidade política autônoma, onde todos tenham o mesmo peso nas decisões judiciais. A finalidade principal da Jurisdição Constitucional para o republicanismo clássico é garantir a realização das condições procedimentais de participação política que legitimam a formação institucional da opinião pública, baseada na autonomia dos cidadãos. (AGRA, 2005, p. 175).

O ativismo judicial foi o resultado das demandas sociais, que exigiam a criação de uma sociedade mais justa e democrática, com a extensão da igualdade política para a social, principalmente com relação às normas que apresentavam discriminação racial. (AGRA, 2005, p. 177).

3.4 O Ativismo Judicial do Tribunal Constitucional Alemão

Em 1951, diante dos horrores perpetrados pelo nacional-socialismo durante a Segunda Guerra Mundial, é criado o Tribunal Constitucional Alemão de Karlsruhe, para preservar os Direitos Fundamentais e obrigar as maiorias parlamentares a respeitarem os mandamentos constitucionais. Tal Tribunal apresenta um grande alcance em suas decisões, e configura-se como um dos tribunais europeus que mais exercem influência na sociedade, ocupando o posto de guardião dos mandamentos contidos na Constituição. (AGRA, 2005, p. 178).

Ao Tribunal Constitucional alemão, atribui-se função legislativa concorrente, proporcionando alargamento das funções da magistratura. Dentre os instrumentos normativos que amparam essa função, estão as sentenças aditivas e as de dupla pronúncia. Exemplo de maior atuação das decisões judiciais relativas à Jurisdição Constitucional ocorre quando há uma declaração de inconstitucionalidade e, em decorrência das necessidades do caso concreto, tem o tribunal a prerrogativa de regulamentar as situações transitórias.

O Tribunal alemão igualmente exerce atividade mais extensiva quando atua na competência suplementar, considerando que essa não é criada por nenhuma norma jurídica, mas advém *ex facto*, em que a omissão por parte do órgão competente de realizar uma atividade prevista pela Constituição preenche o requisito para sua atuação. Essa concepção serve como um dos alicerces para a extensão de incidência de suas decisões.

Em sua decisão de 14 de janeiro de 1981, afirmou o tribunal que o legislador que com sua inércia tenha violado sua obrigação constitucional deve ser compelido, por intermédio de uma decisão conforme a Constituição, a restaurar a supremacia da Lei Maior. Portanto, diante de uma inconstitucionalidade por omissão,

pode o legislador ser compelido, sob específicas circunstâncias, a regulamentar de novo modo determinada estrutura normativa. (AGRA, 2005, p. 179).

O Tribunal Constitucional concebe a Lei fundamental como uma estrutura normativa que possui ligação com elementos éticos e axiológicos, estabelecendo em decorrência uma ordem concreta de valores, no que realiza uma interpretação construtiva com base nos dispositivos constitucionais, principalmente de caráter principiológico. Este Tribunal densificou a força normativa dos dispositivos da Carta Magna através de reiterada jurisprudência fundamentada na hierarquização dos valores constitucionais. (AGRA, 2005, p. 179).

O Poder Legislativo é levado a respeitar a hierarquia dos valores estabelecidos pela Jurisdição Constitucional em nome da unidade do ordenamento jurídico. O vetor utilizado para essa estruturação é o princípio da razoabilidade. Brunella sustenta que a hierarquização valorativa da Constituição realizada pela jurisprudência constitucional alemã sobre a base da Lei Fundamental pode resultar em maior previsibilidade ou controlabilidade da crescente "politização" do controle de constitucionalidade. Acredita que a ausência de uma expressa hierarquização valorativa possa deixar a Jurisdição Constitucional sem parâmetros claros, o que dificultaria sua atuação na concretização dos Direitos Fundamentais e no balanceamento da relação entre os poderes estabelecidos. (AGRA, 2005, p. 179).

Bastante significativa é a decisão do Tribunal Constitucional alemão, referindo-se ao artigo 20, parágrafo 3, da *Grundgesetz* (Lei Fundamental), no qual declara de forma clara: "o Direito não se restringe apenas aos dispositivos legais. Com relação às cominações normativas que estatuem o poder legal, pode existir, em determinadas circunstâncias, um *plus* de Direito que tem a sua fonte implícita no ordenamento, surgindo de sua concepção sistêmica, não podendo ser elidida pela lei escrita. A obrigação da jurisdição é individualizar este *plus* e realizá-lo em suas decisões". (AGRA, 2005, p. 180).

Portinaro afirma, segundo Agra, que as decisões do Tribunal Constitucional alemão ao abrigar a teoria do "ordenamento objetivo de valores", baseado em princípios constitucionais, provoca dúplici tendência: de um lado, a "politização das decisões constitucionais", em que o Tribunal tem que intervir com mais freqüência na sociedade para garantir as normas programáticas da Constituição; do outro, concomitantemente, provoca "jurisdicização da política", em

que as decisões políticas e as iniciativas legislativas são condicionadas ao posicionamento do Tribunal Constitucional. (AGRA, 2005, p. 180-181).

Por causa desses posicionamentos, são contundentes as críticas contra o Tribunal Constitucional, com a alegação de que a jurisprudência de valores provoca indeterminação no conteúdo das decisões judiciais. Habermas direciona contra a jurisprudência baseada nos valores, praticada pelo Tribunal Federal alemão, uma crítica metodológica, no sentido de que ela confunde direito com valor. Ao confundir esses dois vetores, há um arrefecimento na racionalidade das decisões desse Tribunal, já que o agir concreto dos cidadãos pode se dar por valores ou por normas, e cada uma dessas opções acarreta um determinado sentido para a ação. Explica Habermas a diferença entre norma e valor:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; 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, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (AGRA, 2005, p. 181).

Para Gisele Citadino, a jurisprudência de valores alemã – que vai influenciar o constitucionalismo português e espanhol e, por esta via, o brasileiro – equipara princípios e normas constitucionais a valores e, nesse sentido, defende a idéia de que a Constituição, enquanto projeto, traduz uma identidade e história comuns, e também um compromisso com certos ideais compartilhados. (CITADINO, 2003, p.23).

No desenvolvimento de sua jurisprudência, o Tribunal Constitucional alemão têm considerado alguns "conceitos-chave" para entender a Constituição, como igualdade, adequação, tolerância, bem-comum, *standards* altamente elásticos, permitindo certa margem de discricionariedade para as decisões da jurisdição constitucional. Essa discricionariedade não significa liberdade absoluta, pois as sentenças têm que ser tomadas de forma razoável, fundamentadas com argumentos

lógicos de acordo com o percurso normativo aferido no processo. (AGRA, 2005, p. 182).

Coerente com a concepção de que a Constituição representa uma ordem objetiva de valores, o Tribunal Constitucional alemão advoga que não existe um *numerus clausus* de dimensões de tutela das prerrogativas dos cidadãos, admitindo uma "proteção dinâmica dos direitos fundamentais" consoante o contexto histórico-social. A Egrégia Corte alemã é a responsável pela aplicação e pelo desenvolvimento de um grande número de conceitos que não foram explicitamente mencionados no texto da Constituição. (AGRA, 2005, p. 183).

A crítica material adverte que essa concepção provoca uma "tirania dos juízes", em que eles passam a decidir o que é o Direito sem necessidade de amparar seus pronunciamentos em instrumentos normativos. A jurisdição constitucional passa a atuar de forma concorrente com o Poder Legislativo, sem a legitimidade necessária para evitar decisões autoritárias. (AGRA, 2005, p. 180).

Entretanto, esta crítica é impertinente, num regime democrático o bom funcionamento dos *check in balances* e, sobretudo a discussão no espaço público das decisões da suprema Corte por parte dos cidadãos não há de permitir a tirania das decisões Judiciais. Até porque, sobre elas, existe a possibilidade derradeira de Revisão Constitucional. Quanto à parte do argumento que fala em decisões não amparadas em pronunciamentos normativos, parece desconhecer a supremacia normativa da Constituição e os cânones hermenêuticos de que a norma se perfaz com a interpretação. Quanto ao argumento da falta de legitimidade dos juízes da Suprema Corte para estas decisões, este trabalho dedica-se a demonstrar exatamente o contrário. A atuação política do Judiciário é legítima, seja porque a Democracia Constitucional tem conteúdos substantivos a serem realizados por este Judiciário. Seja porque o Processo de Jurisdição Constitucional se abre à participação da Comunidade de Intérpretes. Ou porque a decisão judicial observa uma argumentação racional que leva a uma conclusão fundamentada e pública.

3.5 Distinções Gerais entre Procedimentalistas e Substancialistas

Eduardo Appio apresenta a síntese elaborada por Laurence Tribe sobre as diferenças entre procedimentalistas e substancialistas. Os procedimentalistas aceitam que, como regra geral, os juízes devem assegurar que as minorias tenham acesso efetivo à participação no jogo democrático, de modo que os juízes exerçam uma função de representação e reforço das estruturas da democracia e somente intervenham, de forma ativa, para garantir o funcionamento destas estruturas constitucionais. (APPIO, 2007, p.280).

Por estes motivos, os procedimentalistas rejeitam, por exemplo, a decisão adotada pela Suprema Corte americana no caso *Roe v. Wade* – que, em 1973, regulou, de forma minuciosa, a prática do aborto nos Estados Unidos – porque ao interpretar a cláusula do devido processo legal com viés substantivo, a Corte teria usurpado importante função política do Congresso. Para os procedimentalistas, a exemplo de Robert Dahl, existem quatro estruturas fundamentais na Constituição dos Estados Unidos: federalismo, presidencialismo, eqüidade na representação política e o *judicial review*. (APPIO, 2007, p.280).

Já para os substancialistas, o papel central dos juízes em uma democracia é o de proteger os valores constitucionalmente representados pelos Direitos Fundamentais, nem que para tanto tenham de interferir em questões tradicionalmente afetas aos ramos políticos do governo. O valor mais importante para os procedimentalistas é a democracia, enquanto que para os substancialistas, são os Direitos Fundamentais. Segundo Appio, os procedimentalistas enfatizam a importância da igualdade como garantia da democracia, ao contrário dos substancialistas que enfatizam a democracia como garantia da igualdade. (APPIO, 2007, p.280).

A corrente procedimentalista está intimamente ligada ao modelo de interpretação denominado de “estruturalista” segundo o qual o objetivo central da interpretação constitucional consiste em reforçar as estruturas democráticas contidas, de forma explícita ou não, na Constituição. Os procedimentalistas admitem intervenção judicial em busca de uma proteção substantiva, mas somente em relação aos direitos instrumentais indispensáveis para a justa participação no processo democrático como, por exemplo, no caso do direito ao voto. (APPIO, 2007, p.280-281).

Habermas concebe a justiça constitucional como a guardiã da própria democracia. São suas as seguintes palavras:

o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos das 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 de constitucionalidade. (HABERMAS *apud* CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 56)

O substancialista não enfatiza que o papel dos juízes deve ser o de preservar e fomentar os princípios democráticos, muito embora aceite que sem a observância de regras de conteúdo procedimental, como as eleições livres ou os julgamentos pelo júri, os Direitos Fundamentais estariam constantemente ameaçados. Ele objetiva o resultado e sugere a reforma das instituições políticas e de suas decisões sempre que o resultado do processo democrático se mostrar injusto. (APPIO, 2007, p.281).

Com este sentido, Ronald Dworkin critica o que chama de “passivismo” a corrente doutrinária que se formou a partir da obra de Ely, “Democracia e Desconfiança”, e que sugere que os juízes adotem deferência em favor dos demais ramos do governo e auto-contenção de suas decisões de conteúdo político. Para Ronald Dworkin, a corrente passivista deixa sem resposta as perguntas sobre o conteúdo da interpretação, optando por enfatizar, tão somente, a questão da legitimidade da Suprema Corte. (APPIO, 2007, p.281).

Para Dworkin, a “interpretação constitucional reflete uma instância moral”. A teoria da interpretação ética parte de valores substanciais contidos na própria Constituição. Assim, a extensão do exercício de direitos como, por exemplo, da liberdade e da igualdade demanda que os juízes detenham a habilidade necessária para decidir quais são os direitos constitucionais tidos como fundamentais na Constituição dos Estados Unidos e definidos estes direitos, decidam de que forma a moralidade pública condiciona a extensão de seu exercício. (APPIO, 2007, p.281).

Ambas as correntes irão defender que os juízes têm, obviamente, uma importantíssima função de proteção das minorias. O substancialismo induz a uma

interpretação que produza resultados concretos, especialmente a partir da leitura que se faz da cláusula do devido processo substantivo. Para o substancialismo os procedimentos democráticos são meramente instrumentais. Se o resultado do esquema democrático estiver colocando minorias em franca desvantagem competitiva, a resposta judicial pode ser encontrada na corrente substancialista. (APPIO, 2007, p.282).

O procedimentalismo, por sua vez, irá emprestar maior importância à cláusula da igual proteção (*equal protection*), já que a própria concepção tradicional de democracia pressupõe uma participação política em igualdade de condições. Um procedimentalista acredita que assegurando a participação de todos os cidadãos, de modo indistinto, no processo democrático, ninguém poderá alegar que os resultados na participação dos benefícios e riqueza da comunidade são injustos. Alguns procedimentalistas admitem a proteção de Direitos Fundamentais – como, por exemplo, o acesso à educação básica e à liberdade de expressão – pois garantem a participação de todos os cidadãos no debate democrático. (APPIO, 2007, p.282).

O juiz deve intervir somente quando o mercado, no nosso caso o mercado político, estiver sistematicamente funcionando mal. E esse mau funcionamento do mercado político ocorre quando os canais de participação política se fecharem, negando-se a participação às minorias. Nesse passo, à justiça constitucional cumpre o decisivo papel de garantir a participação das minorias políticas no jogo democrático e assegurar o natural fluxo e a lisura do processo democrático, como condição de efetivação e reforço dos valores substantivos da sociedade. Com isso, evita-se que o poder da maioria se tire, proscrevendo os direitos das minorias e pondo em risco o próprio funcionamento do regime democrático. (ELY *apud* CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 54).

É ponto pacífico que as minorias demandam especial proteção judicial. Para elas, o processo democrático tem-se revelado uma fugidia ilusão. A ampliação dos espaços públicos de comunicação e sua combinação com eleições regulares e livres não se apresenta como um instrumento efetivo de emancipação pessoal dos cidadãos que compõem estes grupos. (APPIO, 2007, p.282).

Appio indaga quem são as minorias ou que distinções são permitidas pela Constituição. A Suprema Corte deve responder a estas perguntas, a partir de uma análise que leve em consideração elementos estatísticos e antropológico-culturais

que permitam definir qual é a medida da igualdade. As naturais dificuldades inerentes a estas indagações devem ser superadas através de concepções filosóficas que reforcem a importância central da liberdade humana, sempre com o cuidado de resgatar os que, por sua condição peculiar, devem ser permanentemente amparados pelos demais cidadãos. (APPIO, 2007, p.282).

Appio adverte que a legitimidade de uma aguda intervenção judicial será julgada pela própria sociedade, que condenará o ativismo judicial e o devido processo substantivo, como fez durante a Era Lochner, caso os processos de representação popular tenham assegurado a efetiva proteção dos atingidos pela lei que se ataca. Para ele, a interpretação judicial tem de ser orientada de maneira a reintroduzir o equilíbrio político e não, contrariamente, reforçar as posições estratégicas dos que já se encontram devidamente representados. Uma abordagem substancialista dos Direitos Fundamentais, de forma indiscriminada, pode produzir resultados insatisfatórios, agregando novos e mais importantes prejuízos em desfavor das minorias. (APPIO, 2007, p.283).

3.6 A Função Política do Judiciário para os Procedimentalistas

Segundo Vianna, para o eixo procedimentalista de Habermas-Garapon, o predomínio, por décadas, do tema da igualdade, sob o *Welfare State*, teria erodido as instituições e os comportamentos orientados para a valorização da vida associativa, daí derivando um cidadão-cliente, dependente do Estado. A igualdade, ao reclamar mais Estado em nome de uma Justiça distributiva, não somente enredara a sociedade civil na malha burocrática, como favorecera a privatização da cidadania. A crescente e invasora presença do Direito na política seria apenas um indicador deste processo e deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa. (VIANNA *et al*, 1999, p.24).

Para Vianna, a democratização social, no andamento descrito por Marshall, teria como conseqüências perversas a perda da democracia, significando a estatalização dos movimentos sociais, a decomposição da política, a erosão da lei como expressão da soberania popular, a politização da razão jurídica e sua

contraface necessária: a judicialização da política. A invasão da política e da sociedade pelo Direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiriam com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos. (VIANNA *et al*, 1999, p.24).

Segundo Garapon, a presença total e absoluta do Direito e das instituições do Judiciário na vida social preencheria, assim, um vazio, devolvendo à sociedade um sentimento de justiça que "decênios de marxismo e [de predomínio do Estado de] bem-estar providencial tinham levado ao embotamento". Essa nova sensibilidade traduziria uma demanda moral: "a expectativa de uma instância que se pronuncie sobre o bem e o mal, e fixe a idéia de injustiça na memória coletiva [...], a procura de identificar, na vida democrática, um *Outro* que possa satisfazer as suas questões existenciais". A judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um "último refúgio de um ideal democrático desencantado". (VIANNA *et al*, 1999, p.25).

Tal processo não seria conjuntural nem de base local, mas universal e inteiramente articulado à própria dinâmica das sociedades democráticas, cuja escalada de demandas dirigidas ao Poder Judiciário não se explicaria apenas pelas facilidades introduzidas na forma de acessá-lo: "a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social". A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social. (VIANNA *et al*, 1999, p.25).

As sociedades democráticas – entendidas por Garapon, em sentido rigorosamente tocquevilleano, como aquelas que "sediam a igualdade de condições em seu coração" – conheceriam um movimento total, absoluto, universal de migração do lugar simbólico da democracia para o da Justiça: "em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender. Daí que, diante de sua decadência, as esperanças nele depositadas se

transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e, via de conseqüência, fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público". (VIANNA *et al*, 1999, p.25).

A subsunção da igualdade pelo Direito deslegitimaria a República, esvaziaria de substância o soberano, enfraquecendo a cidadania politicamente ativa, em um movimento que brotaria da própria sociedade civil, que, desanimada e inarticulada, transferiria para a lei e seus aplicadores institucionais a esperança de "uma real capacidade de transformação social". Ignoradas as mediações institucionais da vida republicana, a Justiça passa a ser percebida como o lugar de produção da transparência social e da "imediata mediação", "naturalizando" a democracia, tal como nas análises mais pessimistas de Tocqueville. Ao cidadão sucede a sua versão judiciária: o sujeito de Direitos. (VIANNA *et al*, 1999, p.26).

Da perspectiva de Garapon, o redimensionamento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas seria conseqüência da ruína do edifício institucional da modernidade, revestindo-se dos sombrios contornos de uma crise monumental do paradigma político da democracia e da sua expressão dogmática – a soberania popular –, construído a partir da Revolução Francesa. Assim, segundo ele, o Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem. (VIANNA *et al*, 1999, p.26).

A incontida expansão do Direito seria um indicador de "*malaise*" nas sociedades atuais, uma vez que, mais do que ameaçar a democracia representativa, poria em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis do soberano para uma casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação e usurpadora do papel e das funções que antes couberam às burocracias weberianas nas sociedades modernas. O Direito se poria como a última moral comum de uma sociedade que estaria dela destituída. Tocquevilleano, Garapon se recusa a aceitar

o "círculo fatal" delimitado pelas circunstâncias, que devem ser corrigidas por uma ciência política que intervenha diretamente sobre as causas da "*malaise*". (VIANNA *et al*, 1999, p.26).

Para Habermas, segundo Vianna, o risco da escalada da publicização da esfera privada, levando a uma sociedade 'crescentemente funcionalizada', estaria na conformação de um vasto Estado Administrativo a tutelar a cidadania, cenário inóspito à cultura cívica e ao espírito republicano. No qual o avanço dos valores da igualdade poderia resultar, como no velho dilema toquevilleano, em perda da liberdade. Pois, tanto os Direitos à liberdade negativa como os de participação social "podem ser concedidos de forma paternalística", uma vez que, "em princípio, o Estado de Direito e o Estado social são possíveis sem que haja democracia". (HABERMAS *apud* VIANNA *et al*, 1999, p.20).

"pois Direitos de liberdade e de participação podem significar, igualmente, a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se [este], então, às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências". (HABERMAS *apud* VIANNA *et al*, 1999, p.19).

Assim, a agenda igualitária dos movimentos sociais, ao se realizar no *Welfare State*, não somente teria produzido um déficit de igualdade, especialmente no caso dos indivíduos desvinculados de grupos sociais com poder institucionalizado de pressão sobre as agências governamentais, como teria, sobretudo, se afastado do tema da liberdade. (VIANNA *et al*, 1999, p.19-20).

A "densificação dos complexos organizatórios", típica do *Welfare State*, teria provocado a autonomização dos diferentes subsistemas sociais de intenções e interesses dos atores, cada subsistema tendendo a se fechar em torno de si mesmo, por meio de semânticas próprias. No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se autoprograma, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela. De outra parte, extrai legitimação no campo da opinião pela mediação de partidos que são, na

prática, de Estado e não de representação da sociedade civil. (VIANNA *et al*, 1999, p.20).

3.7 A Legitimidade pelo Procedimento

As propostas procedimentalistas têm o objetivo de criar um tipo de legitimidade para o Poder Judiciário, que alicerce suas decisões fora de qualquer conteúdo ontológico. Essas teorias criticam a utilização de um conteúdo substancial na tutela dos dispositivos constitucionais porque não existem princípios aceitos de modo incontestado por toda a população. Para os seus representantes, a obtenção de princípios universalizantes, diante do pluralismo social, apenas pode ser formulada com base em procedimentos que assegurem a previsibilidade na tomada das decisões. (AGRA, 2005, p. 185).

A legitimação pelo procedimento caracteriza-se como forma pós-moderna de justificação, sendo concretizada por intermédio de procedimentos disciplinados racionalmente por parâmetros previamente estipulados pelo ordenamento jurídico, com a determinação do conteúdo das decisões judiciais apartado da influência da religião, dos costumes e de conceitos abstratos como nação e povo. (AGRA, 2005, p. 185).

A aceitação é obtida não da decisão, mas de suas premissas. O conteúdo final perde sua importância diante da relevância do preenchimento das expectativas quanto ao posicionamento judicial.

As teses procedimentais de Habermas, Ely e Sunstein, afora a defendida por Luhmann, que se baseia na teoria sistêmica, admitem a existência de conteúdo substantivo apenas para assegurar a plena efetividade do regime democrático quando estiver sendo ameaçado por uma episódica maioria política. Entretanto, essa substância normativa não assume natureza absoluta, pois inexistente uma regulamentação precisa que estruture o funcionamento de uma democracia participativa.

Para Max Weber, um dos formuladores da concepção clássica do Direito, as características fundamentais do ordenamento jurídico ocidental moderno de administração da justiça são: a criação normativa de forma racional e a natureza sistêmica do Direito, o que garante ao fenômeno jurídico um crescente particularismo. (AGRA, 2005, p. 190-191).

3.7.1 A Legitimação pelos Procedimentos Assecuratórios do Regime Democrático

As teses procedimentalistas de legitimação da jurisdição constitucional pelos procedimentos assecuratórios do regime democrático, no qual se sobressaem as obras de John Hart Ely e Cass Sunstein, representam uma reação conservadora à intensa atuação da Corte Constitucional norte-americana, sob a presidência de Earl Warren e em menor intensidade sob a presidência de Burger Warren. As teorias de Ely e de Sunstein têm em comum a negação de uma legitimação substancialista da jurisdição constitucional. Para eles, a atuação da Jurisdição Constitucional deve resguardar apenas os procedimentos inexoráveis ao desenvolvimento do regime democrático. Também condenam a atuação construtivista da Suprema Corte, postulando sua inserção nos marcos do *self-restraint*. (AGRA, 2005, p.213).

3.7.2 A Teoria de John Hart Ely: a Igualdade de Participação Política dos Cidadãos

John Hart Ely fundamenta a legitimidade da Jurisdição Constitucional na igualdade de participação dos cidadãos nas decisões políticas. Afirma que a base da legitimação desta Jurisdição não está presente em conteúdos constitucionais, mesmo que sejam os Direitos Fundamentais, mas nos procedimentos assecuratórios do regime democrático. Consonante seu posicionamento, a função maior da tutela constitucional é corrigir os desvios do processo de representação popular, e não verificar se substratos materiais (*substantive merits*) contidos na Constituição estão sendo observados pelas normas infraconstitucionais. (AGRA, 2005, p.213).

Com isto, sua teoria rompe com a polarização entre as teorias originalista, que postula que o objetivo da jurisdição constitucional é buscar o sentido original das normas constitucionais e não originalista, para a qual o objetivo da jurisdição constitucional é declarar os valores constitucionais contidos no texto da Carta Magna. Segundo Ely, mesmo partindo de mandamentos constitucionais, ambas as teorias não se coadunam com os procedimentos democráticos. Em sua visão, a primeira se equivoca porque buscar a vontade dos "*foundations fathers*", em face da redação abstrata e abrangente dos dispositivos constitucionais, faz com que as gerações futuras sejam obrigadas a seguir o que fora estipulado por uma geração antecedente. O denominado "paradoxo democrático", na feliz expressão utilizada por Canotilho. Já a segunda teoria pode levar ao que Schmitt denominou tirania dos valores, que consiste em deixar à incumbência do órgão que exerce a jurisdição constitucional a prerrogativa de decidir quais os valores esculpidos na Constituição, tornando os membros do órgão que exerce essa jurisdição guardiões do conteúdo axiológico da sociedade. (AGRA, 2005, p.214).

Para Ely, o escopo da jurisdição constitucional deve ser a participação dos cidadãos nas decisões políticas, de modo a se evitar que majorias momentâneas possam cercear direitos da minoria. Discorda, portanto, da função de concretizar substratos materiais da Constituição. (AGRA, 2005, p.215). Sintetiza o mencionado assunto Oscar Vilhena Vieira:

"A Constituição americana é para Ely um documento preponderantemente procedimental, voltado a viabilizar o autogoverno de cada geração. A função dos tribunais é fortalecer a democracia, defendendo a realização do processo democrático, com a inclusão do maior número e da forma mais igualitária (politicamente) possível. Sendo os tribunais treinados para assegurar o devido processo legal – questão de procedimento – e postados fora do campo da política, estariam mais habilitados que qualquer outro órgão para realizar a fiscalização procedimental do regime político". (VILHENA *apud* AGRA, 2005, p.216).

A função dos juízes da suprema corte, sob a perspectiva do *self-restraint* e da teoria da igualdade de participação política dos cidadãos, pode ser resumida da seguinte forma: verificar se as normas infraconstitucionais contrariam os mandamentos constitucionais, observar se os representantes populares foram eleitos de

acordo com os preceitos imperantes no regime democrático e cuidar para que as normas infraconstitucionais não cerceiem a participação da minoria no processo democrático. (AGRA, 2005, p.216).

A importância da atuação da jurisdição constitucional reside na proteção dos mecanismos que proporcionam a todos os cidadãos igualdade de participação política, sendo os Direitos Fundamentais consequência desse procedimento, sem que sejam concebidos como um dado *a priori*, porque não existem direitos absolutos que gozem de consenso em toda a sociedade. Inclusive, o conteúdo das normas realizadas pelo Poder Legislativo pode revestir qualquer substância, desde que os procedimentos inerentes ao processo democrático sejam respeitados. Ely discorda da legitimação substancialista por parte da jurisdição constitucional, mesmo que seja para garantir a concretização de direitos sociais, porque com isso seria transferido grande poder aos juízes que exercem tais prerrogativas sem terem sido alçados em suas funções por meio do voto popular, e nem mesmo terem responsabilidade política por suas atividades. (AGRA, 2005, p.217).

A teoria de John Hart Ely pode ser classificada como uma tese procedimental de legitimação da jurisdição constitucional porque seu objetivo é garantir o funcionamento do regime democrático, sem a intenção de assegurar a concretização de conteúdos mínimos contidos na Carta Magna. Sua preocupação com os Direitos Fundamentais restringir-se-ia apenas quando dissessem respeito ao funcionamento do regime democrático. A preponderância dada ao princípio da democracia acarreta o direito de se autogovernar, e esse direito se projeta acima, até mesmo, dos Direitos Fundamentais. (AGRA, 2005, p.217).

A jurisdição constitucional apenas pode incidir sobre os Direitos Fundamentais que têm por base o princípio majoritário, considerados imprescindíveis para o funcionamento do regime democrático. Como os de participação política, o direito à não-discriminação, à liberdade de expressão, de associação, e todos os que sejam instrumentais a esses, porque derivam do princípio democrático e asseguram sua eficácia. Portanto, não são todos os Direitos Fundamentais que deveriam ser protegidos pela jurisdição constitucional. Os direitos sociais, por exemplo, não estariam protegidos. (AGRA, 2005, p.218).

A jurisdição constitucional tem a função de proteger as minorias apenas quando houver perigo de que elas sejam prejudicadas do processo de participação

política. Inclusive, a maioria pode decidir livremente acerca das prerrogativas dos cidadãos, mesmo que haja prejuízo aos interesses da minoria, devendo o órgão que exerce a tutela constitucional respeitar a decisão majoritária da população. (AGRA, 2005, p.218).

Consonante sua concepção, o grande perigo para as sociedades hodiernas não é a fragilidade da concretização dos Direitos Fundamentais, mas o risco do mau funcionamento do regime democrático, impedindo uma real participação dos cidadãos, principalmente das minorias, que têm maior dificuldade de se inserir nos debates políticos. Ely discorda de Dworkin, que planteia ter a jurisdição constitucional a função de proteger os princípios morais estabelecidos pela sociedade. Para ele, esses princípios devem ser assegurados por representantes eleitos pelo povo, dentro dos embates proporcionados pelo regime democrático. (AGRA, 2005, p.219).

Ele não acredita na existência de princípios morais consensuais e neutros, compartilhados por todas as classes sociais, em decorrência da fragmentação social. Como inexistente uma única moral social, a atuação da jurisdição constitucional sempre privilegiará determinados setores sociais, e seus juízes não dispõem de legitimidade para tal tarefa. Os princípios morais vigentes em uma sociedade devem ser estabelecidos pelos representantes eleitos pelo povo, que gozam de legitimidade para efetuar tais decisões. (AGRA, 2005, p.220).

Agra aponta como deficiência da teoria de Ely a falta de determinação clara de como deve ser a atuação da jurisdição constitucional com vistas a assegurar o funcionamento da democracia. Outra crítica guarda relação com a crise do sistema representativo, em que a democracia se torna cada vez mais produto de forças elitistas, como a mídia, o poderio econômico, os conglomerados internacionais, enquanto o povo desempenha cada vez menos papel relevante nas decisões políticas. Se a democracia representativa fundada no princípio majoritário, tão caro à Ely, não representa mais a vontade popular, e a jurisdição constitucional tem como função preponderante assegurar a igualdade de participação política dos cidadãos e a crise do regime democrático igualmente representa a crise da tutela da Lei Maior. (AGRA, 2005, p.220). Assim se posiciona Dworkin:

Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo. Ou se a expectativa norte-americana definisse unicamente alguma concepção particular de democracia, ou se o povo norte-americano concordasse agora com uma única concepção. Mas nada disso é verdade, como Ely reconhece. (DWORKIN, 2005, p. 82).

Para Cappelletti, existe um erro fundamental em teses que, como a de John Hart Ely, pretendem aplicar à atividade judiciária, os mesmos critérios que legitimam a atividade legislativa. A legitimação da jurisdição é diversa, depende da forma desse tipo de atividade decisional, de sua prolação por um órgão relativamente independente e imparcial e da provocação das partes. (CAPPELLETTI, 1993, p.102).

Ademais, prossegue Cappelletti, em muitos países, especialmente nos países de “Civil Law”, devido ao princípio da legalidade ou princípio do Estado de direito (*Rechtsstaatsprinzip* ou *rule of Law*), o direito se identifica freqüentemente com a lei, de modo que vontade majoritária, que está à base da legislação democrática, torna-se também, indiretamente, fundamento da legítima atividade jurisdicional. Entretanto, em certa medida, a “lei” é um mito, que deve ser interpretada e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito. (CAPPELLETTI, 1993, p.102).

3.7.3 A Teoria de Cass Sunstein: a Democracia Política

Sua teoria recoloca o papel da jurisdição constitucional nos moldes concebidos pelo princípio da separação dos poderes, vedando suas atuações extensivas, exceto em dois casos específicos: quando se trata de um direito que desempenha papel crucial no processo democrático, ou quando determinados grupos minoritários não recebam tratamento isonômico no processo político. Então, a jurisdição constitucional deve se ater ao exercício de suas funções delineadas pela

separação dos poderes, contendo seu ativismo judicial para a concretização de outros direitos. (AGRA, 2005, p.222).

Para Sunstein, os Direitos Fundamentais, de forma geral, não são o alicerce primordial para legitimar a atuação da jurisdição constitucional. Apenas podem exercer essa função as prerrogativas que garantem a livre participação dos cidadãos no regime democrático, pois são considerados dados pré-políticos e configuram-se limite à soberania popular. Para os republicanos, os demais Direitos Fundamentais, afora os ligados à participação política dos cidadãos, constituem um elemento da tradição histórica e são reconhecidos aos membros individuais da sociedade como parte de seu próprio projeto de vida e não como segmento de um dado pré-político, de conotação jusnaturalista. (AGRA, 2005, p.223.)

Para Sunstein, segundo Agra, a maior parte dos Direitos Fundamentais é caracterizada como produtos inexoráveis do processo deliberativo e para sua proteção é mais relevante a defesa do funcionamento do regime democrático, segundo os parâmetros de liberdade e participação ativa dos cidadãos, do que a proteção dos Direitos Fundamentais, por si só, através da jurisdição constitucional. Destarte, os direitos inerentes a participação política, ao mesmo tempo em que constituem precondição para o exercício da cidadania, proporcionando o engajamento de todos os cidadãos, independente de qualquer condição, são também responsáveis pela criação de outros Direitos Fundamentais a partir do *basic rights of political participation*. (AGRA, 2005, p.224).

Ao contrário de Dworkin, Sunstein não defende que a solução para os *hard cases* seja através de princípios constitucionais que guardem uma estreita relação com os princípios morais. Para ele, esses princípios podem até mesmo dificultar a solução dos casos concretos, pois como são genéricos e abstratos tendem a gerar muitas polêmicas em torno de seu conteúdo. As discussões sobre o conteúdo desses princípios provocam uma partidarização no seio da opinião pública, que deve ser resolvida nas devidas instâncias do regime democrático e não nos tribunais. (AGRA, 2005, p.225).

Considera que, quando a decisão é sobre uma questão polêmica, tolher da seara política a resolução da questão, se por um lado pacifica a controvérsia, por outro retira do espaço público de discussão a possibilidade de sua solução, no que mitiga o processo democrático. Para ele, em um regime democrático, o local mais

apropriado para o debate de temas polêmicos é a seara política e não uma Corte Constitucional ou órgão similar. (AGRA, 2005, p.226). Entretanto, esta afirmação pressupõe, erroneamente, que o espaço do Poder Judiciário não é um espaço público de discussão.

Para Agra, Sunstein incorre no mesmo erro atribuído a Ely, superdimensiona as virtudes do regime democrático, descurando-se da grave crise por que passa a participação política nas sociedades pós-modernas. Nas sociedades periféricas como a brasileira, onde a participação efetiva nas decisões do regime democrático é prerrogativa de uma elite e a maior parte da população é excluída de qualquer escolha mais importante, atrelar a atividade da jurisdição constitucional à defesa dos procedimentos democráticos significa deixar os Direitos Fundamentais, principalmente os de segunda dimensão, sem uma concretização mais efetiva. Em sociedades periféricas, em que o grande problema social é a alta desigualdade social entre seus cidadãos, tanto a teoria defendida por Ely quanto a defendida por Sunstein tendem a perpetuar o *status quo* dominante em detrimento dos reais interesses da população. (AGRA, 2005, p.228).

3.8 A Função Política do Judiciário para os substancialistas

Autores denominados substancialistas, a exemplo de Cappelletti e Dworkin, acreditam que as novas relações entre Direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do Direito, seriam, além de inevitáveis, favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. (VIANNA *et al*, 1999, p.24).

Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma *intelligentzia* especializada em declarar como Direito princípios já admitidos socialmente e como intérprete do justo na prática social. Em Dworkin, os magistrados aparecem nas sociedades contemporâneas como Hércules, empenhados em abrir caminho, por meio de decisões exemplares, à realização do justo. (VIANNA *et al*, 1999, p.24).

Contudo, se o diagnóstico sobre o papel invasivo do Direito, do Poder Judiciário e de sua *intelligentzia* nas instituições e na sociabilidade do mundo contemporâneo é comum, são bem divergentes as avaliações quanto às repercussões desse processo sobre o tema da liberdade. Esse caminho, de "confiar ao 'terceiro poder', de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela evolução do Direito", para alguns, longe de significar uma indicação ingênua de seus autores, é visto como "arriscado e aventureiro", na medida em que, embora pleno de promessas, pode importar ameaças a uma cidadania ativa. (VIANNA *et al*, 1999, p.24).

Para Ronald Dworkin, o princípio democrático demanda uma efetiva proteção judicial das minorias, a partir do direito de tratamento com igual consideração e respeito, sustentáculo das democracias. Acerca de sua concepção de democracia afirmou "que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração". E mais, "uma concepção dependente oferece um teste de saída: a democracia é, em essência, um conjunto de dispositivos para a produção de resultados do tipo certo". (DWORKIN, 2005. p. 256.) Ronald Dworkin ensina que, "segundo esta concepção, governo exercido pelo 'povo' significa governo de todo o povo, agindo como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo do autogoverno". (DWORKIN, 2005, p. 502)

Em Paulo Bonavides se encontra, talvez, a mais decidida justificação para a necessidade, por motivos pragmáticos, da judicialização da política em países retardatários, como o Brasil:

"A Constituição aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da Democracia Representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista [...]. Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, *a velha Democracia Representativa já se nos afigura em grande parte perempta*, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição [...] o instrumento da legítima vontade nacional e popular [...]. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três Poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento

dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo. (VIANNA *et al*, 1999, p.40-41).

Há necessidade de desfazer a concepção de *déficit* democrático do Poder Judiciário. A legitimidade deste emerge, em primeiro lugar, da realização jurisdicional dos Direitos Fundamentais; valores axiológicos e normativos das Democracias Constitucionais emanados do poder Constituinte, numa legitimação teleológica sob o aspecto pragmático. Ao contrário das teses procedimentalistas, para a qual a legitimação da decisão judicial advém do preenchimento de alguns requisitos procedimentais, para as teses substancialistas esta legitimidade é teleológica e decorre da concretização de valores substanciais, em suma, dos Direitos Fundamentais.

Para muitos autores, estes direitos, de importância central nos ordenamentos constitucionais, configuram-se como a principal característica das Cartas Magnas, hodiernamente. Neste sentido, Klaus Stern, segundo Agra (2005, p.246), afirma que uma verdadeira e completa Constituição não existia até o estabelecimento desses direitos como parte estruturante do Estado. A este respeito, Mirkine Guetzévitch:

As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições européias. Mesmo as dos países onde a prática governamental ou administrativa não é absolutamente democrática consagram capítulos eloqüentes à afirmação dessas liberdades. Pode-se dizer que o reconhecimento dos Direitos do Homem penetrou na opinião mundial com uma unanimidade quase desconcertante, pois, embora unânime, esse reconhecimento não é para tanto um penhor de eficácia. (GUETZÉVITCH *apud* AGRA, 2005, p.236).

Os substancialistas demonstram a ligação intrínseca entre os Direitos Fundamentais e o regime democrático, no qual os Direitos Fundamentais tendem a ser mais respeitadas, além de serem considerados como valores que amparam esse regime político. Nesse sentido, defende Müller: "Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima". (MÜLLER *apud* AGRA, 2005, p.243).

Por conta da centralidade dos Direitos Fundamentais, para vertente substancialista, as decisões judiciais proferidas pela Jurisdição Constitucional podem encerrar uma densidade maior do que a propiciada pelo princípio da soberania popular externada no princípio majoritário. Os próprios Direitos Fundamentais são expressão da soberania popular externada em seu momento mais genuíno, o do poder constituinte.

Substancialistas frisam que os Direitos Fundamentais são valores albergados pela Constituição e, que, portanto, implicam na obrigação de realização de fins teleológicos.

Os Direitos Fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição. Do ponto de vista político, isto significa uma vontade de integração material; do ponto de vista jurídico, a legitimação de uma ordem positiva estatal e jurídica. Esta ordem positiva é válida somente enquanto representar este sistema de valores que precisamente pelos Direitos Fundamentais se converte em legítimo. (SMEND, *apud* AGRA, 2005, p.236).

Na definição de Gregório Peces-Barba Martínez, fica claro que os Direitos Fundamentais são normas fundadas em um conteúdo firmemente axiológico:

Os Direitos Fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundados na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, reunindo parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social de Direito. (MARTÍNES *apud* AGRA, 2005, p.238).

Agra informa que devido à proeminência dos Direitos Fundamentais, até mesmos países que adotam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, como a Alemanha e a Espanha, admitem recursos constitucionais individuais, como o *verfassungsbeschwerde* e o Recurso de Amparo, para defender esses direitos. (AGRA, 2005, p.243).

Compreender o desenvolvimento da teoria dos Direitos Fundamentais é crucial para compreender a evolução da função e legitimidade da Jurisdição. A

passagem da concepção liberal destes direitos, inicialmente oponíveis ao Estado para preservar a liberdade dos cidadãos, para a concepção social, com o estabelecimento de obrigações positivas a serem realizadas, potencializa a atuação jurisdicional. Além de mudar a concepção subjetiva dos Direitos Fundamentais, enquanto direitos de sujeitos autônomos, para uma concepção objetiva, no sentido de uma cominação vinculante para todos os poderes. (AGRA, 2005, p.242).

Konrad Hesse defende que esses direitos vinculam também o legislador, contendo princípios que abrangem toda a ordem jurídica em sua totalidade e na aplicação do Direito. Segundo o autor alemão, quanto mais extensa a esfera de sua aplicação maior deve ser a esfera de proteção das disposições constitucionais vinculantes. (HESSE *apud* AGRA, 2005, p.242).

A discussão da Jurisdição Constitucional a partir de um conteúdo eticamente definido perpassa pela reflexão de que sociedade se espera construir em seu sentido humanístico. Manter a legitimidade democrática da atuação dos poderes estatais, inclusive o Judiciário, em um enfoque exclusivamente procedimental, diante de imperativos econômicos, pode agravar a exclusão e conduzir à indiferença.

Segundo Agra, os Direitos Fundamentais configuram-se como elementos essenciais para que “o processo de globalização seja deslocado de um enfoque mercantilista, em que prepondera a *lex mercatoria*, para um social, em que prevaleçam o homem e seus interesses”. (AGRA, 2005, p.237).

Compreender que o objetivo central dos ordenamentos constitucionais e, portanto, do Poder Judiciário, é realizar os Direitos Fundamentais importa em reconhecer que esta é uma realização teleológica de fins com conteúdos axiológicos, e, portanto, vagos. O, que, portanto, demanda uma concretização hermenêutica e política – no sentido de escolha dos meios para a realização dos fins e significa, na expressão de Krell, a fusão dos planos deontológico e axiológico. (KRELL, 2002, p.81). A aproximação entre Direito e ética nas decisões judiciais implica, necessariamente, a aproximação entre Direito e política, na mesma seara. Visto que a Política, já em Aristóteles, é uma ciência do domínio da ética. (ARISTOTELES, 1997).

Segundo Agra, no atendimento das demandas sociais pós-modernas, a jurisdição é chamada a incidir cada vez de forma mais constante na seara política,

chegando, inclusive, a desempenhar função normogenética, quando um Direito Fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional. (AGRA, 2005, p.235).

3.9 Legitimidade Substantiva da Jurisdição Constitucional em Cappelletti

Cappelletti colaciona as críticas de Lord Devlin, para quem, num sistema democrático, em que é assegurada a independência dos juízes, que não prestam contas de suas decisões ao povo ou à maioria deste, a criação jurisprudencial do direito seria um obstáculo ao livre curso do processo legislativo e conduziria ao Estado totalitário. (CAPPELLETTI, 1993, p.93).

Entretanto, para Cappelletti, existem fortes argumentos para se refutar a tese de Lord Devlin. O primeiro argumento parte da observação de que se desfez a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos clássicos poderes políticos de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram que a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada diretamente responsável perante o povo, nunca constitui perfeito paradigma de democracia representativa. A esse respeito escreveu Martin Shapiro:

o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes. (SHAPIRO *apud* CAPPELLETTI, 1993, p.94-95).

Os próprios entes públicos, com o fim de auxiliar os seus programas e os dos grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças com outros grupos, dentro e fora do governo. Nesse processo de troca, as questões que freqüentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, a

efetividade da democracia a rótulos como vontade da maioria. (CAPPELLETTI, 1993, p.95-96).

Entretanto, Cappelletti ressalta que as limitações e condicionamentos reais a que se submete o caráter democrático dos processos legislativo e executivo não justificaria abandonar inteiramente a legitimação democrática representativa por todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial. (CAPPELLETTI, 1993, p.96).

O segundo argumento defendido por Cappelletti contra a acusação de anti-democraticidade das decisões judiciais é que o próprio Judiciário não é inteiramente privado de representatividade. Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões. Essa praxe mantém seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”. O que configura uma forma de representação. (CAPPELLETTI, 1993, p.98).

O terceiro argumento, do cientista político Martin Shapiro, consiste na assertiva de que os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema. Eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*. Embora os poderes da Corte sejam políticos, seus procedimentos são Judiciários, baseiam-se no debate em contraditório entre duas partes vistas como indivíduos iguais. Dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena política. (CAPPELLETTI, 1993, p.99).

Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. Certamente, também os juízes podem se transformar em burocratas distantes, isolados do seu tempo e da sociedade, mas, quando isto ocorre, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e

corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controles recíprocos. (CAPPELLETTI, 1993, p.100).

Parte da doutrina entende anti-democráticas as decisões políticas tomadas pelo Judiciário. Tal opinião baseia-se geralmente no argumento de que, enquanto o direito de produção judiciária pode ser revogado mediante normal atividade legislativa, no nível da justiça constitucional o próprio legislativo, e, portanto, a vontade da maioria eleita, é impotente, a menos que se recorra aos difíceis e raramente empregados procedimentos de revisão constitucional. Entretanto, este argumento, se conduzido às suas lógicas conseqüências, excluiria a aceitabilidade mesma de constituições vinculantes, dado que essas não podem ser revogadas pela vontade simples da maioria. Basta observar que certamente a idéia de Constituição vinculante implica reconhecimento da existência de uma *lex superior* – superior àquela expressa pela maioria parlamentar do momento. (CAPPELLETTI, 1993, p.101).

Cappelletti entende ainda que parte da legitimidade democrática da função judiciária advém, primeiro, da regra de que a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, segundo, da garantia do contraditório. (CAPPELLETTI, 1993, p.102).

Para Cappelletti, portanto, o verdadeiro problema não é de uma abstrata legitimação, mas é, sobretudo, um problema de restrições concretas. De se fixar quais restrições adota o juiz, em sua função inevitavelmente criativa de direito e valores.

As normas de direito natural, a tradição e o consenso geral, são critérios, embora vagos, flexíveis, contraditórios e, em todo caso, incompletos e insuficientes, que podem fazer com que os valores criados pelo juiz, inevitavelmente pessoais, sejam, apesar disso, menos individuais e mais sociais, isto é, mais objetivos. Não se cuida de uma questão de impessoalidade, nunca alcançável, mas de uma questão de objetividade relativa, ou seja, de conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade. (CAPPELLETTI, 1993, p.102).

Para Cappelletti, a criatividade jurisdicional é ao mesmo tempo inevitável e legítima. O problema real e concreto é o da medida de tal criatividade, portanto de

restrições, tanto para a jurisdição em geral quanto para a justiça constitucional, de modo particular. “A legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é, ou pelo menos tem a potencialidade de ser, profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade”. (CAPPELLETTI, 1993, p.104).

Para o autor, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, cotidianamente, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. De modo que o problema se resume à igual acessibilidade ao sistema jurídico e à educação. (CAPPELLETTI, 1993, p.105-106).

Cappelletti considera a acessibilidade ao Judiciário maior do que aos órgãos de governo. Enquanto as atividades de um tribunal são provocadas por um pedido da parte e são conduzidas publicamente, o mesmo não ocorre, no legislativo, por exemplo. (CAPPELLETTI, 1993, p.106).

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas. (CAPPELLETTI, 1993, p.107).

“Através do ativismo político e da advocacia, determinadas partes podem trazer opiniões que estavam fora do debate para dentro do debate. Efetivamente, esta é a história padrão da maioria dos movimentos sociais bem sucedidos. Demandas de movimentos sociais a respeito da Constituição geralmente caminham através de um espectro de possibilidades já listadas. Em uma primeira etapa, as demandas dos movimentos sociais são largamente ignoradas pelo

público em geral e a maioria dos advogados. Em um segundo estágio, eles estão errados, mas são interessantes, no terceiro estágio eles se tornam plausíveis, mas ainda estão errados, no quarto estágio, eles se tornaram tão plausíveis quanto seus competidores, e no quinto estágio eles não só são plausíveis, mas provavelmente estão certos. Quando um movimento social verdadeiramente obteve sucesso, pelos menos algumas de suas interpretações atingiram o sexto e sétimos estágios. Eles se tornaram parte do senso comum constitucional e quem duvida deles é lembrado como reacionário.” (BALKIN, Jack. apud APPIO, 2007, p.).

Para os substancialistas, como Agra, diante da crise na teoria da soberania popular e da crescente complexidade das decisões da jurisdição constitucional, a construção de uma teoria que legitime o exercício da tutela da Carta Magna não pode se alicerçar apenas na vontade popular. A essência de sua fundamentação passa a ser feita com base na substância dos Direitos Fundamentais. (AGRA, 2005, p. 157).

Um exame apurado da legitimidade democrática do Poder Judiciário para procedimentalistas e substancialistas deve obrigatoriamente visitar as doutrinas de dois de seus maiores representantes, Junger Habermas e Ronald Dworkin, respectivamente, a partir dos próximos capítulos.

3.10 Críticas substancialistas aos procedimentalistas

Para Agra, as teses substancialistas podem fazer vinculação entre a vontade constituinte e a população porque os Direitos Fundamentais gozam de ampla aceitação na sociedade, alcançando facilmente o consenso dos cidadãos. Mesmo as teorias procedimentais baseadas na participação política da sociedade mostram-se insuficientes para sustentar a legitimação da expansão das atividades da jurisdição constitucional, na medida em que, principalmente em sociedades que não têm um lastro histórico de participação popular, como a brasileira, não conseguem sedimentar uma densidade de consenso que ampare suas decisões. (AGRA, 2005, p.230). No mesmo sentido, encontra-se a crítica formulada por Laurence Tribe:

Agora não é difícil mostrar que o tema constitucional das decisões governamentais amparadas pela teoria procedimentalista é radicalmente indeterminado e fundamentalmente incompleto. O processo de amparo das decisões governamentais baseadas no procedimento determina quase nada a menos que seus pressupostos sejam determinados e o seu conteúdo suplementado, através de uma completa teoria substantiva dos direitos e valores – o mesmo tipo de teoria procedimental que por tantos inconvenientes deve ser evitada. (TRIBE *apud* AGRA, 2005, p.230).

Salutar é a crítica feita por Lenio Streck às teses procedimentais de legitimação da jurisdição constitucional:

Em face dessas concepções, há fortes indicadores que o modelo de interpretação procedimentalista, proposto por autores como Habermas, muito embora calcado na teoria do discurso, incorre, a meu sentir, no esquecimento da diferença ontológica, ao desvincular os valores do texto constitucional de sua ação/concretização (naquilo que a Constituição tem de substantividade), terminando por separar o ser do texto constitucional do (respectivo) ente, como se o ser pudesse subsistir sem o ente, e este pudesse ser "apreendido" como ente. Portanto, o procedimentalismo, em certa medida, ao esquecer a diferença ontológica, objetiva o texto da Constituição, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do seu texto. Assim, a teoria procedimentalista atua como um método ou como uma ferramenta que está "à disposição" dos agentes sociais/jurídico/políticos, com os quais se afastam do paradigma hermenêutico. (STRECK *apud* AGRA, 2005, p.230-231).

A respeito da teoria procedimentalista de Habermas, a crítica mais forte é de que sua idéia de espaço público, como alicerce para as decisões da jurisdição constitucional, é difícil de ser concretizada no Brasil, onde grande parte da população não dispõe ainda dos direitos de segunda dimensão, configurando-se impossível pensar como uma população pode exercer plenamente sua cidadania, sem ter ao menos as menores condições de sobrevivência asseguradas. O espaço público não pode ser o *locus* para as discussões que possibilitem a participação de toda a população porque ela, em sua grande maioria, está excluída do debate político. Sem a garantia das cinco dimensões dos Direitos Fundamentais – que será acrescido de mais algumas com o decorrer do desenvolvimento das sociedades humanas –, a teoria habermasiana não pode ser aplicada, fato que dificulta sua concretização em países subdesenvolvidos. (AGRA, 2005, p.231).

Na teoria habermasiana, o conceito de espaço público é supervalorado, acarretando que uma estrutura de taxionomia sociocomunicativa, sem nenhuma especificação mais concreta que impeça sua manipulação, sobreponha-se à Lei Maior e fragilize a normatividade dos dispositivos constitucionais, esvaziando a força de garantias jurídicas que protegem o desenvolvimento das sociedades humanas. Por causa do contexto histórico brasileiro, com sua longa história de exclusão social, a necessidade de concretização dos Direitos Fundamentais contidos na Constituição assume uma necessidade imperiosa. Sem a realização desses direitos, qualquer teoria procedimental tornar-se-á inócua porque a Carta Magna deixará de representar o marco do pacto vivencial e, conseqüentemente, a população ficará relegada de uma proteção efetiva para a defesa de seus direitos. (AGRA, 2005, p.232).

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

4.1. A Teoria da Razão Comunicativa e a Concepção de Direito em Habermas

Um conceito elementar para compreender a teoria habermasiana é o seu conceito de espaço público, consequência direta da razão comunicativa. Os conceitos de democracia, de Direito e a legitimidade da jurisdição constitucional, estão intimamente ligados a estes dois conceitos. Para Habermas, em sociedades altamente complexas, como as pós-modernas, há necessidade de se estabelecer o espaço público como *lócus* onde as discussões devam ser travadas. (AGRA, 2005).

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. (...) A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contractual. (HABERMAS, 2003, p. 20.)

O Direito, em Habermas é entendido sob o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento. “Em sociedades funcionalmente diferenciadas, ele se especializa em generalizar consensualmente expectativas na dimensão temporal, social e objetiva”. (HABERMAS, 2003, p. 72.) A validade social de normas do Direito é determinada pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do Direito. Entretanto, esta facticidade não é a mesma das formas de vida consuetudinárias e tradicionais, é a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o Direito e que podem ser impostas pelo tribunal. “As normas do Direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”. (HABERMAS, 2003, p. 25).

A democracia em Habermas é discursiva, o que significa que para que as decisões sejam tomadas não é necessária a representatividade, mas é

imprescindível que todos tenham acesso ao espaço público e possam participar do debate acerca das decisões. A função da razão comunicativa de Habermas é regulamentar os mecanismos que possibilitem o funcionamento adequado desse espaço, universalizando a participação de todos. (AGRA, 2005).

Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do Direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo (...). O sistema dos Direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos Direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. (HABERMAS, 2003, p. 138).

Para Habermas, a legitimidade das regras do Direito se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa. Para serem legítimas, elas precisam emanar de um processo legislativo racional e se justificar sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. 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. (HABERMAS, 2003).

As decisões judiciais legítimas são as que estão de acordo com a fundamentação do argumento que consiga o maior assentimento da sociedade civil. De modo que se implanta uma racionalidade procedimental, que assegura que as discussões acerca do melhor argumento ocorram no espaço público, com a possibilidade de participação de todos os interessados. Este argumento deve estar imbuído de fundamentos ético-racionais, que obedeçam a um procedimento previamente determinado. (AGRA, 2005).

Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado do Direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos. (HABERMAS, 2003, p. 22.)

O princípio da igualdade comunicativa, em que cada cidadão tem a mesma oportunidade de participar do processo discursivo, possibilitando que o seu argumento que obtenha o maior grau de consenso, é pressuposto da noção de espaço público. (AGRA, 2005).

Por isso, é possível desenvolver a idéia do Estado de Direito com o auxílio de princípios segundo os quais o Direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do Direito legitimamente normatizado. (...) No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o Direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 212)

A razão comunicativa é a base do Direito para Habermas. “Sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo”. (HABERMAS, 2003, p. 132).

A racionalidade da razão comunicativa está centrada no procedimento argumentativo e assegura a sua previsibilidade. Explica Habermas:

"E 'discurso racional' é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente". (HABERMAS, 2003, p. 142.)

Agra afirma que, em Habermas, o procedimento de institucionalização da decisão judicial está aberto aos preceitos morais que, numa relação de complementaridade com o Direito, informam qual o melhor argumento e servem de fundamento à decisão judicial. Por isso, sua teoria difere das procedimentalistas

tradicionais, nas quais a legitimidade é obtida apenas pelo procedimento, destituída de qualquer tipo de conteúdo material. Em Habermas, há a exigência concomitante de positividade e de fundamentação argumentativas, baseadas em parâmetros éticos morais. (AGRA, 2005).

Argumentos em prol da legitimidade do Direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal – sob pena de dissonâncias cognitivas – bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades. (...) Os Direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o Direito moderno; e isso não é mera casualidade. (...). (HABERMAS, 2003, p. 133).

A legitimação do Direito é obtida por meio de procedimentos que se desenrolam através de uma seqüência de atos jurídicos, cuja decisão será tomada com base no argumento mais robusto, imbuída de preceitos morais. Dessa forma, a legitimação procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais. A única coerção admitida durante o procedimento judicial é a força exercida pelo melhor argumento, em uma relação de complementaridade entre o Direito e a moral. Nesse processo, há interseção de três fatores que atuam simultaneamente: o jurídico, o político e o moral. “O jurídico, que influencia o procedimento do processo de decisão; o político que estrutura o espaço público; e o moral, que oferece alicerce de fundamentação para as estruturas normativas”. (AGRA, 2005, p. 191-192).

A positividade do Direito significa que, ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares. (...) De outro lado, a positividade do Direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O Direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do Direito estabelece com a pretensão à legitimidade. (HABERMAS, 2003, p. 60.)

Para a teoria comunicativa habermasiana são importantes a política e moral. A política, um dos sistemas de ação, busca reduzir a complexidade da integração social, através da interação proporcionada pelo espaço público, com

base em argumentos racionais. A ligação entre os princípios morais e a política origina-se no fato de que esta recebe daqueles os argumentos que permitiriam estabelecer determinados consensos na sociedade. (AGRA, 2005, p. 192). Nas palavras de Habermas: “a formação coletiva da vontade refere-se à escolha e realização efetiva de fins capazes de consenso”. (HABERMAS, 2003, p. 177).

Por acordo nós queremos entender o seguinte estado de coisas: que um agir orientado por expectativas do comportamento dos outros tem uma chance empírica 'válida' de ver estas expectativas preenchidas, porque existe objetivamente uma possibilidade de que estas tratarão como 'válidas' para seu comportamento aquelas expectativas, apesar da inexistência de um acordo. Na medida em que é condicionada por tais chances de 'acordo', a essência do agir comunitário deve chamar-se 'agir por consentimento'. (HABERMAS, 2003, p. 96.)

Apenas em uma sociedade livre, onde os cidadãos possam discutir seus interesses no espaço público, por meio de argumentos racionais, os Direitos subjetivos podem ser realizados. (AGRA, 2005, p. 192-193).

Na medida em que os Direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses Direitos subjetivos não podem ser tidos *como* os de sujeitos jurídicos privados e isolados (...). É por isso que o conceito do Direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com Direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da "vontade unida e coincidente de todos" os cidadãos livres e iguais. (HABERMAS, 2003, p. 53).

Diante da liberdade de ação que permeia os Direitos subjetivos, dentro do espaço de atuação previamente estipulado pelas disposições normativas, os cidadãos comportam-se como responsáveis pela elaboração do ordenamento jurídico, em uma co-autoria concretizada pelo livre exercício de elaboração argumentativa no espaço público. Portanto, os Direitos subjetivos são responsáveis pela reciprocidade de Direitos e deveres dos cidadãos e pela co-autoria do ordenamento jurídico. (AGRA, 2005, p. 193).

É preciso explicar como atores que são livres em suas decisões se *ligam* a normas em geral, isto é, se *submetem* a normas para a realização de valores correspondentes. Os atores não sentirão a coerção tênue de pretensões normativas como violência imposta a partir de fora se se apropriarem dela como coerção moral (...). Segundo Parsons, os valores internalizados devem corresponder a valores institucionalizados. Ou seja: os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para a obediência, quando tiverem internalizado os valores incorporados nas normas. (HABERMAS, 2003, p. 95).

A teoria habermasiana requer um Estado Democrático de Direito. Pois, tem como pressuposto a existência de uma cultura de participação nas decisões políticas, pautada em fundamentos éticos que ajudem a previsibilidade das diretrizes racionais orientadoras da discussão no espaço público, pela mediação do Direito. Para Agra, outro requisito para a construção prática da teoria habermasiana é que este Estado seja também social, para atender às necessidades dos hipossuficientes existentes, de modo que eles se insiram no debate do espaço público. (AGRA, 2005).

Outro pressuposto para o desenvolvimento da teoria discursiva é a existência dos direitos inerentes à autonomia privada, pois possibilitam o debate no espaço público. Eles são entendidos como condições para o processo democrático de escolha das decisões judiciais. Princípios como a liberdade de consciência, de expressão, a vedação à censura e à licença, entre outros, são requisitos substanciais para a participação dos cidadãos no espaço público. (AGRA, 2005).

Esses direitos também funcionam como limites ao regime democrático, que não podem ser tolhidos, mesmo que legitimados pela vontade popular. Desempenham, dessa forma, dupla função, sendo ao mesmo tempo requisito e limite para a democracia. “Pois somente os Direitos políticos de participação fundamentam a colocação reflexiva do Direito de um cidadão”. (HABERMAS, 2003, pp. 108-109).

Para Agra, Habermas não pode ser entendido como adepto da escola liberal clássica, porque, em sua teoria, os Direitos fundamentais relacionados à autonomia privada, devem ser entendidos como supedâneos da liberdade política

dos cidadãos, com o escopo de aprimoramento do regime democrático. (AGRA, 2005, p. 194).

4.2 Direitos Humanos e Soberania do Povo

Habermas esclarece que as tradições políticas liberais e republicanas interpretam os Direitos Humanos como expressão de uma autodeterminação moral e a soberania do povo como expressão da auto-realização ética. Nesta perspectiva, os Direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes. (HABERMAS, 2003).

Na visão liberal, os Direitos humanos impõem-se como algo dado. Os liberais postulam o primado de Direitos Humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Na interpretação republicana, a vontade ético-política de uma coletividade que se auto-realiza reconhece apenas o que ela própria se impõe. De tal modo que os Direitos humanos só se tornam obrigatórios quando elementos de uma tradição assumida conscientemente pela comunidade política (HABERMAS, 2003).

Kant, afirma Habermas, não interpretou a ligação da soberania popular aos Direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo Direito Natural. Por isso, era preciso explicar a autonomia política a partir do nexo interno entre a soberania do povo e os Direitos humanos. (HABERMAS, 2003).

Todavia, para Habermas, a linha kantiana de fundamentação da doutrina do Direito, que passa da moral para o Direito, não valoriza o contrato da sociedade. Distintamente, Rousseau parte da Constituição da autonomia do cidadão e introduz *a fortiori* um nexo interno entre a soberania popular e os Direitos Humanos. Por isso, em Rousseau, o exercício da autonomia política não está mais sob a reserva de Direitos naturais e o conteúdo normativo dos Direitos Humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. (HABERMAS, 2003).

Segundo Habermas, o nexu interno entre soberania do povo e os Direitos Humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma das leis gerais. Através do *médium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui *per se* todos os interesses não-universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. (HABERMAS, 2003).

Para Habermas, se os discursos constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do Direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo, não em seus conteúdos morais. “O sistema dos Direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos Direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política”. (HABERMAS, 2003, p. 138).

4.3 A Relação de Complementaridade entre Moral Racional e Direito Positivo

Kant parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*. Segundo Kant, o conceito do Direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção. O princípio do Direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos. Subjaz a essa construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomênico a ordem inteligível de um "reino dos fins". (HABERMAS, 2003, p. 140).

Segundo Habermas, mesmo que não se leve em conta a metafísica kantiana, é evidente que na reduplicação do Direito em Direito Natural e Positivo perdura a herança platônica segundo a qual a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis entra no tempo histórico e no espaço social pelo *médium* do

Direito e adquire concretude enquanto comunidade de Direito. Para Habermas, essa herança não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. (HABERMAS, 2003).

Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o Direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o Direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do Direito. A moral autônoma e o Direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca. (HABERMAS, 2003, p. 141)

Para Habermas, o fato de que o Direito possa ter fundamentação moral não leva à coincidência entre princípios jurídicos e morais. O princípio da moral funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais. O princípio da democracia pressupõe a possibilidade da decisão racional de questões práticas das fundamentações a serem realizadas em discursos das quais depende a legitimidade das leis. Enquanto o princípio moral opera no nível da Constituição interna de determinada argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade. (HABERMAS, 2003).

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; 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, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (HABERMAS, 2003, p. 317).

Normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem reciprocamente como membros de uma comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis. Enquanto que normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem

como membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do Direito. (HABERMAS, 2003).

4.4 A Relação Interna entre o Direito e a Política

Para Habermas, o Direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento político e discursivo que instaura o Direito. O Poder Político não chega ao Direito a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele. O próprio Poder Político se estabelece em formas de Direito e só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de Direitos Fundamentais. Habermas ressalta que o entrelaçamento natural entre Direito e Poder Político só se torna um problema nas sociedades de transição do início da Idade Moderna. (HABERMAS, 2003).

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os Direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de Direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implantados. (HABERMAS, 2003, p. 171).

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o Direito serve para a Constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o Direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a Constituição de um código jurídico também binário. Os tribunais decidem sobre o que é Direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do Direito. (HABERMAS, 2003, p. 182).

O Direito deve ao Estado sua função de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Porém, não se esgota em normas de comportamento, pois serve à organização e à orientação do

próprio poder do Estado. Para Habermas, entre o Direito positivo e o poder político, pode introduzir-se um processo auto-estabilizador e circular. (HABERMAS, 2003).

Porém, o início dos tempos modernos revelou que a forma do Direito não é suficiente para a legitimação do exercício do poder. “O Direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte da justiça”. (HABERMAS, 2003, p. 184).

A passagem para a modernidade desfez a cosmovisão religiosa a indisponibilidade e a dignidade metafísica do Direito. Iniciou-se a busca por um substituto racional para o Direito sagrado, que se autorizava por si mesmo, capaz de recolocar a autoridade nas mãos do legislador político, entendido como um detentor do poder. Uma nova perspectiva surge com as teorias comunicativas. O conceito de autonomia política apoiado numa teoria do discurso esclarece que a produção de um Direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos, que não pertence a ninguém, isoladamente. (HABERMAS, 2003).

Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coagida. Para ela, o Poder Político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente; ele é, ao invés disso, uma força autorizadora que se manifesta na criação do Direito legítimo e na fundação de instituições. “O poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se espalham”. (ARENDR *apud* HABERMAS, 2003, p. 185-186).

O que mantém um corpo político coeso é seu respectivo potencial de poder, e as comunidades políticas sucumbem quando perdem o poder, quando ficam impotentes. O processo é em si mesmo intangível, porque o potencial de poder, ao contrário dos meios do poder – que podem ser armazenados a fim de serem empregados em caso de necessidade – só existe na medida em que é realizado... E temos um poder realizado quando palavras e feitos aparecem interligados inseparavelmente, portanto, quando as palavras não são vazias, nem as ações violentas... (ARENDR *apud* HABERMAS, 2003, p. 185-186).

Para Habermas, quanto à normatização de questões políticas e morais, os membros da comunidade jurídico-política exercitam sua autonomia no interior de um sistema de direitos carente de interpretação e de configuração. Decisões axiológicas graves resultam da autocompreensão cultural e política de uma comunidade histórica e se transformam junto com ela. Nas questões moralmente relevantes – como é o caso de questões do Direito Penal referentes ao aborto e à prescrição, ou do Direito Processual Penal referentes à proibição de certos métodos de provas, ou ainda de questões da política social referentes à organização do sistema educacional e da saúde ou à distribuição da riqueza social – é preciso submeter os discursos sobre interesses e orientações valorativas conflitantes a um teste de generalização no quadro do sistema de Direitos interpretados e configurados constitucionalmente. (HABERMAS, 2003).

Ao contrário, quando se trata de questionamentos eticamente relevantes – como é o caso de problemas ecológicos da proteção dos animais e do meio ambiente, do planejamento do trânsito e da construção de cidades, ou de problemas referentes à política de imigração, da proteção de minorias étnicas e culturais, ou, em geral, de problemas da cultura política – é preciso desenvolver discursos de auto-entendimento, que passam pelos interesses e orientações valorativas conflitante e por uma forma de vida comum que traz reflexivamente à consciência concordâncias mais profundas. (HABERMAS, 2003).

Entretanto, em sociedades complexas e até mesmo sob condições ideais, nem sempre essas duas alternativas estarão abertas, especialmente quando se constata que todas as regulamentações tocam de várias maneiras diferentes interesses, sem que se possa fundamentar um interesse universalizável ou a primazia inequívoca de um determinado valor. Nesses casos, resta a alternativa de negociações que exigem evidentemente a disposição cooperativa de partidos que agem voltados ao sucesso. Processos de negociação são adequados para situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais. (HABERMAS, 2003, p. 207).

4.5 Teoria da Razão Comunicativa e a “Separação” de Poderes

O princípio da soberania popular Interpretado Teoria da Razão Comunicativa traz três implicações. A primeira, o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente. A segunda, os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração. A terceira, o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder. (HABERMAS, 2003).

Da Teoria da Razão Comunicativa resulta também o princípio do pluralismo político e a necessidade de complementar a vontade parlamentar através da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos. (HABERMAS, 2003).

Quanto à posição das minorias no processo de deliberação política, estas só dão o seu consentimento e autorização para a maioria, se ficar assegurada a possibilidade de que ela possa vir a conquistar a maioria no futuro, na base de melhores argumentos, podendo assim modificar a decisão corrente. Ademais, em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos Direitos Fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não contrariar o sistema de Direitos que constitui esta mesma autonomia. (HABERMAS, 2003).

Quando o sistema dos Direitos explicita as condições sob as quais os cidadãos podem reunir-se numa associação de membros livres e iguais do Direito, então se reflete na cultura política de uma população o modo como ela compreende intuitivamente o sistema dos Direitos no seu contexto histórico e vital. Para se transformarem numa força impulsionadora do projeto dinâmico da realização de uma associação de livres e iguais, os princípios do Estado de Direito devem situar-se no contexto da história de uma nação de cidadãos e ligar-se aos motivos e aos modos de sentir e de pensar deles! Neste modelo de comunicação, a *relação entre parlamento e esfera pública* não se apresenta da mesma maneira que na visão clássica da democracia representativa ou plebiscitária. (HABERMAS, 2003, p. 229)

Para Habermas, a formação discursiva da opinião e da vontade não se limita aos parlamentos. Porque as circulações comunicativas nos diferentes níveis da esfera pública política, dos partidos políticos e das associações, das corporações

parlamentares e dos governos, estão articuladas, influenciando-se mutuamente. (HABERMAS, 2003).

4.6 A Indeterminação do Direito e a Racionalidade da Jurisprudência

Habermas afirma que ao interpretar a política e o Direito à luz da teoria do discurso, pretende reforçar os contornos de um terceiro paradigma do Direito, capaz de absorver os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos da modernidade: o Direito formal burguês e o Direito do Estado Social. (HABERMAS, 2003).

Para ele, o problema da racionalidade da jurisprudência consiste em saber como a aplicação do Direito pode garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção, após a derrocada da opção do Direito Natural, que subordinava o Direito vigente a padrões suprapositivos. Segundo ele, oferecem-se três alternativas: a da hermenêutica jurídica; a do realismo; a do positivismo jurídico. (HABERMAS, 2003, p. 247).

A hermenêutica resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. Na visão do realismo legal, da Escola do Direito livre e da jurisprudência de interesses, não é possível fazer uma distinção clara entre Direito e política, lançando mão de características estruturais. O Direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico. O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. (HABERMAS, 2003).

4.7 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional em Habermas

Segundo Habermas, 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, a jurisprudência, orientada por normas fundamentais, precisa

voltar-se, para problemas do presente e do futuro. O que há de requerer do Judiciário a concretização dos princípios. Habermas assim define a concretização: "Concretização é o preenchimento criativo, apenas conforme a orientação ou ao princípio, de algo determinado, que no mais continua aberto, necessitando da determinação complementadora para se transformar numa norma exequível. (HABERMAS, 2003, p. 315-316)

Porém, Habermas não deixa de colacionar advertências, como a de Böckenförde:

"À luz da eficácia jurídico-objetiva dos Direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipo lógico – 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 para a da concretização criadora do Direito... Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam Direito no modo 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". (BÖCKENFÖRDE *apud* HABERMAS, 2003, p. 309)

Certos conteúdos teleológicos entram no Direito; porém o Direito, definido através do sistema de Direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a Constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do Direito, os Direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003, p. 318).

Habermas cita Michael Perry, para quem o discurso de auto-entendimento ético-político dos cidadãos encontra sua manifestação concentrada numa Jurisprudência Constitucional orientada por valores, que se apropria hermeneuticamente do sentido originário da Constituição, na medida em que atualiza criativamente desafios históricos cambiantes, opondo-se ao sentido originário. Esta concretização de normas coloca a Jurisprudência Constitucional no

estado de uma legislação concorrente. Para Perry, os Direitos Fundamentais, deixam de ser princípios deontológicos do Direito para se tornarem bens teleológicos do Direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: "*Judicial review is a deliberately countermajoritarian institution*". (PERRY *apud* HABERMAS, 2003, p. 320).

Porém, para Habermas, ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no Direito Constitucional, o Tribunal Constitucional transforma-se numa instância autoritária. Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade 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. (HABERMAS, 2003, p. 321).

Ingeborg Maus vê a lógica da divisão de poderes na interrupção preventiva do círculo de um processo de legitimação normalmente fechado auto-referencialmente:

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

Para Habermas, o ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma compreensão paternalista do controle jurisdicional da 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. (HABERMAS, 2003, p. 329).

Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político. O interessante é que o republicanismo, ao contrário do que sua inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do autocontrole judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Na medida em que a política deliberativa é renovada através do espírito da política aristotélica, esse conceito permanece referido às virtudes do cidadão orientado pelo bem comum. (HABERMAS, 2003, p. 343).

Para Habermas, a jurisdição constitucional deve ser respaldada pelo consenso dos cidadãos construído no espaço público, com base em princípios ético-racionais que amparam o melhor argumento. As decisões judiciais não podem ser arbitrárias, mas calcadas em um procedimento previamente delineado. Seu modelo de legitimação constitucional tem como essência procedimentos que procuram resguardar o desenvolvimento do regime democrático de forma que possibilite a participação mais ampla possível dos cidadãos. (AGRA, 2005, p. 195).

A tensão entre a autodeterminação individual e o princípio da supremacia constitucional, apresentada no pensamento de Sunstein ou de Frank Michelman para a legitimação da jurisdição constitucional, é para Habermas ultrapassada quando a legitimidade do ordenamento jurídico corresponde ao consenso dos cidadãos como participantes do processo comunicativo, criando uma conexão entre o subsistema político e o Direito, que garante a autonomia privada e, ao mesmo tempo, a supremacia dos mandamentos constitucionais. (AGRA, 2005, p. 193).

Habermas estabelece a jurisdição constitucional com base em uma democracia participativa, que propicie a atuação efetiva dos cidadãos, contra a ameaça de que os tribunais constitucionais se fechem em suas decisões. Essa jurisdição deve se basear em argumentos racionais, direcionados por princípios ético-jurídicos, que permitam a inclusão de participantes no debate público, com ligações intrínsecas com a sociedade. A legitimidade da jurisdição constitucional é fundada no agir comunicativo, as decisões judiciais sofrem injunções diretas do espaço público que, por sua vez, deve garantir a mais completa participação isonômica dos cidadãos e da sociedade civil organizada.

"A teoria discursiva do Direito concebe o Estado Democrático Social de Direito como uma instituição de procedimento e de pressupostos comunicativos – socorrendo-se sobre o binário do Direito legítimo e garantindo a autonomia privada – tornando possível uma formação discursiva da opinião e da vontade. Por sua vez, esta última, transmite o exercício da autonomia política e torna possível a legitimação da estrutura jurídica". (HABERMAS, 2003, p. 518).

Em Habermas, a função da jurisdição constitucional é assegurar que haja a livre participação na formação do discurso racional. A racionalidade constitucional deve ser amparada por princípios ético-jurídicos, traduzida em argumentos que regulamentam as discussões no espaço público, garantindo assim às decisões da jurisdição constitucional certa previsibilidade. Ensina o mencionado autor:

"A racionalidade legitimante da Corte Constitucional (proveniente da Constituição) vem especificada na perspectiva da aplicação jurídica, não na perspectiva de um legislador que interpreta e desenvolve o sistema dos Direitos perseguidos no sentido da *"policy"*. A Corte utiliza-se de uma estrutura racional já confeccionada pelo legislador e legitimada na sua elaboração e a aplica em um caso singular de maneira coerente e sintonizada com os princípios jurídicos vigentes. Mas desta racionalidade, a Corte não pode dispor de forma livre para interpretar e desenvolver, em sede jurídica, o sistema dos Direitos (que estalaria uma espécie de legislação implícita)." (HABERMAS, 2003, pp. 311-312).

Nesse diapasão, uma atuação mais extensiva da jurisdição constitucional apenas auferiria legitimidade se fosse para amparar os Direitos fundamentais inerentes à autonomia privada, base de um regime democrático e o supedâneo sob o qual os demais Direitos são construídos. O ativismo judicial com relação às demais dimensões de Direitos fundamentais não seria exequível porque haveria impossibilidade de se alcançar um sólido consenso no espaço público diante da estratificação dos interesses sociais.

"A discussão sobre o Tribunal Constitucional – sobre seu atavismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de Direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional

ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o Tribunal Constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na "comunidade dos intérpretes da Constituição" –, o Tribunal Constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um estreitamento ético de discursos políticos, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista." (HABERMAS, 2003, vol. I, pp. 346-347).

A solução para a crise de legitimidade por que passa a jurisdição constitucional, a cumprir suas extensas funções, condizentes com um Estado Social que ampara os Direitos dos cidadãos, é segundo Habermas densificar a taxionomia democrática de suas decisões, por intermédio de uma concepção procedimental da Constituição, que tente buscar uma maior legitimidade das decisões da tutela constitucional por argumentos racionais construídos no espaço público. (AGRA, 2005, p. 198).

Podem-se traçar algumas simetrias entre Habermas e Häberle no sentido de que ambos têm o escopo de democratizar de forma mais incisiva as decisões da jurisdição constitucional, sendo essas expostas ao debate público, principalmente no concernente à ampliação dos intérpretes da *Lex Mater*. A diferença está em que a base da teoria habermasiana reside na racionalidade dos procedimentos que antecedem a decisão judicial, assumindo o processo judicial caráter procedimental. (AGRA, 2005, p. 198).

Habermas critica as teorias substancialistas de legitimação porque teriam um traço autoritário, na medida em que impõem a realização de valores materiais contidos na Constituição, desestimulando a participação dos cidadãos nos espaços públicos porque alçam a jurisdição constitucional como última referência. Desaprova o que denomina de "colonização do mundo da vida", processo provocado pela expansão dessa jurisdição que tolhe a autonomia privada dos cidadãos, diminuindo sua margem de atuação. (AGRA, 2005, p. 198).

O argumento mais importante utilizado por ele para explicar sua rejeição às teses substancialistas é que, na aplicação dessa essência, contida no texto constitucional, é descurado o pluralismo sociopolítico-econômico, existente nas sociedades atuais, onde há ampla fragmentação de classes, que impede o estabelecimento de substâncias que contemplem os interesses de todos os segmentos sociais. (AGRA, 2005, p. 198).

Segundo Lenio Streck, Habermas propõe que o Tribunal Constitucional deva ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, restringindo-se a preservar os procedimentos de criação democrática do Direito. A importância de Habermas para a legitimação da jurisdição constitucional está em traçar uma conexão com a vontade popular, emanada do espaço público, com base no agir comunicativo. (AGRA, 2005, p.198).

Sua teoria procedimental não é pura como a defendida por Luhmann, pois entende que os paradigmas ético-morais orientam as decisões judiciais; mas a concretização da legitimação fundamenta-se nos procedimentos auferidos pelo espaço público, que propiciam a formação de consensos. (AGRA, 2005, p.198-199).

4.8 Críticas às Teorias Procedimentais de Legitimação da Jurisdição Constitucional

Para Ferrarese, segundo Agra, o impulso na legitimação do Direito por modelos procedimentais é decorrência do processo de globalização que torna a *lex mercatoria* suprema, em detrimento dos outros poderes institucionalizados. Os modelos procedimentais de legitimação permitem que elementos diversos e de conteúdos variáveis, produzidos pela privatização do Direito, possam se desenvolver, apesar de não eliminarem o risco e a incerteza provocados pela ausência de regulamentação econômica. Dessa forma, sem a necessidade de seguir um padrão fixo de conteúdo, os modelos procedimentais podem se adaptar de forma fácil às constantes necessidades produzidas pela sociedade. (AGRA, 2005, p.228).

A principal crítica concernente à legitimação procedimental da jurisdição constitucional é ao seu distanciamento quanto ao conteúdo protegido pela Constituição. Para as doutrinas procedimentais, não existe um teor material a ser

perseguido, com uma supervalorização ou da seqüência de atos que formam o processo, ou de um processo comunicativo que encontre seu apogeu no espaço público, ou na participação efetiva dos cidadãos no regime democrático. As normas constitucionais deixam de significar um vetor preponderante para a atuação da tutela constitucional, perdendo a legitimidade baseada na densidade da soberania popular, contida no Poder Constituinte, forte instrumento para sua concretização. O conteúdo perde importância para a primazia da forma, podendo o procedimento ser preenchido por qualquer substância. Com isso, há esvaziamento da força normativa da Constituição porque a matéria que preenche a forma das normas constitucionais passa a não ter relevância. (AGRA, 2005, p.229).

5 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

5.1 A Concepção de Direito

Dworkin diz haver duas concepções sobre o que é o Estado de Direito. A concepção centrada no texto legal e a centrada nos direitos. Esta última pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva. Sustenta que os cidadãos têm direitos morais mesmo que não declarados pelo direito positivo e exige que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. O Estado de Direito dessa concepção requer uma concepção pública precisa dos direitos individuais. (DWORKIN, 2005, p.07).

Pela concepção centrada no repertório legal, os juízes devem decidir casos controversos tentando descobrir o que está realmente no texto jurídico, nunca com base em seu próprio julgamento político. Pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está no texto legal, mas uma decisão sobre o que deveria estar lá. (DWORKIN, 2005, p.07).

Um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa. (...). Mas a aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça. (DWORKIN, 2005, p.08).

Para Dworkin, a questão prática sobre se os juízes devem tomar decisões políticas em casos controversos relaciona-se com a escolha por uma destas duas concepções do Estado de Direito, não com o fato de não serem eleitos, como se aduz. Inclusive, considera sensato que os juízes não sejam eleitos porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação devem ser imunes ao controle popular. Para ele, não existem razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial. (DWORKIN, 2005, p.17).

Dworkin admite que os legisladores estejam sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes, que provêm de uma classe particular e são membros de uma profissão específica. Porém, acredita que esses argumentos não são suficientes para que os juízes não tomem decisões políticas de princípios. Porque este entendimento parte da suposição de que o público faz distinção entre as decisões políticas tomadas pelo legislativo e aquelas tomadas pelos tribunais, e mais, que o público acredita que as primeiras são legítimas e as segundas, não. O que, segundo Dworkin, não é uma suposição verdadeira. Mas, mesmo que fosse, diz ele, o senso público de ilegitimidade presumivelmente desapareceria se os juristas e outras autoridades reconhecessem que tais decisões são compatíveis com a democracia e recomendadas pela concepção de Estado centrada nos Direitos, por ele exposta. (DWORKIN, 2005, p.29).

Acrescenta que as minorias ganham em poder político com a transferência de questões políticas de princípio na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. Para ele, não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Ao contrário, pode muito bem promover esse ideal. (DWORKIN, 2005, p.32).

Segundo o autor, na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, os indivíduos têm poderes que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. “Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. (DWORKIN, 2005, p.31).

Dworkin propõe que qualquer decisão política, inclusive as jurídicas, deve tratar todos os cidadãos como iguais, isto é, como tendo direitos iguais a interesse e respeito. Por isto, aponta-se que sua obra se insere em um movimento de revalorização do pensamento de Kant na filosofia do Direito e na filosofia política:

A partir do que se convencionou chamar virada kantiana, dá-se uma reaproximação entre ética e Direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e o ressurgimento do debate sobre a teoria da

justiça fundado no imperativo categórico, que "deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como imperativo categórico jurídico". A idéia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, valor-fonte do qual decorrem Direitos Fundamentais do homem que não podem ser relativizados em prol de qualquer projeto coletivo de bem comum. (BINENBOJM *apud* AGRA, 2005, pp.251-252).

Para Dworkin, a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema fundamental de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens. (DWORKIN, 2007a, p. 285).

Afirma que o sistema constitucional institui a proteção dos direitos morais contra o governo, embora não garanta esses direitos nem estabeleça quais são eles. Tarefa que caberá ao Judiciário, que nem sempre contará com a concordância daqueles que não compartilharem de seu entendimento. Porque quando os homens discordam sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista. Porém, alguma decisão deve prevalecer, ou a anarquia se instala. (DWORKIN, 2007a, p. 286).

Duas idéias fundamentam a proteção dos direitos morais. A primeira é a idéia da dignidade humana, associada a Kant e que Dworkin explica assim: "pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto". (DWORKIN, 2007a, p. 304-305).

A segunda é a idéia da igualdade política, que pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos. Por conta destes dois fundamentos, a violação de um direito, para Dworkin, deve ser uma questão muito séria. "Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens". (DWORKIN, 2007a, p. 305).

Portanto, a instituição dos direitos, trunfos políticos dos indivíduos, representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas e "requer um ato de fé por parte das minorias, porque o alcance

de seus direitos será controverso sempre que forem direitos importantes”, e porque “os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos”. (DWORKIN, 2007a, p. 314).

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. (DWORKIN, 2007a, p. XV).

5.2 O Modelo de Regras e Princípios

Para Dworkin, as normas de Direito são de dois tipos. Normas regras e normas princípios. A diferença entre elas é de natureza lógica. Distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, o que significa que se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, depende de considerações que estão além das próprias regras. Enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Eles desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos. (DWORKIN, 2007a, p. 46).

Segundo o autor, é tautológica a proposição positivista segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar. Além disso, esta proposição não tem nenhuma relevância para explicar os princípios jurídicos. Um positivista poderia argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios; que embora alguns princípios sejam obrigatórios, eles não podem prescrever um resultado particular; ou que os princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e o seu peso são intrinsecamente controversos. (DWORKIN, 2007a, p. 58). Contudo, para Dworkin, se nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste para identificar princípios, pode-se afirmar que os princípios constituem a última instância e constituem a regra de reconhecimento do Direito. (DWORKIN, 2007a, p. 70).

5.3 A Interpretação Construtiva e a Única Decisão Correta

Para Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo. (DWORKIN, 2007b, p. 89). Requer o que ele denomina de interpretação construtiva, em suas palavras: “a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais imaginam que pertençam”. (DWORKIN, 2007b, p. 63 e 64).

Acerca da interpretação, Dworkin afirma que ela é sempre intencional, de modo que não existe interpretação científica, e que os intérpretes não escapam completamente a uma tradição interpretativa. Diz ele: “Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao intérprete e na luta contra aquelas”. (DWORKIN, 2007b, p. 75).

Dworkin frisa que os praticantes de uma prática social devem compartilhar aquilo que Wittgenstein chamou de uma “forma de vida suficientemente concreta”, o que significa que devem compreender o mundo de maneira parecida e ter interesses e convicções suficientemente semelhantes. Essa semelhança de interesses e convicções deve ser suficiente densa para permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se. (DWORKIN, 2007b, p. 77).

Nesta esteira, Dworkin ressalta que não há consenso acerca do conceito de Justiça. Portanto, a construção deste conceito deve atentar para os argumentos sobre a melhor concepção. “Suficientemente abstrata para ser incontestável entre nós e suficientemente concreta para ser eficaz”. (DWORKIN, 2007b, p. 91-92).

Neste ponto, Dworkin introduz o questionamento sobre se um ponto de vista interpretativo pode ser objetivamente melhor que outro quando o conteúdo de um inclui a afirmação de que o outro é errado. Colaciona a posição dos céticos, para quem, nos casos difíceis não pode haver uma resposta certa, mas apenas respostas diferentes, porque não pode haver respostas certas em questões de moral ou de interpretações. Para os céticos, Dworkin incorre em grave erro ao supor que uma interpretação de uma prática social possa ser certa ou errada, ou realmente melhor do que outra. Para ele, “a postura cética é tola e inútil; não acrescenta nada ao assunto em questão, e dela também nada subtrai”. (DWORKIN, 2007b, p. 106).

Dworkin afirma que embora os valores morais não possam ser provados, as práticas da interpretação e da moralidade dão a essas afirmações todo o significado de que necessitam, ou que poderiam ter. É nesse sentido que Dworkin prevê a possibilidade de se chegar a uma única resposta correta. Para ele, o que torna uma interpretação de uma prática social melhor que outra são os argumentos de princípio, a dimensão de moralidade, o princípio da igualdade enquanto obrigação de tratamento com igual consideração e respeito. (DWORKIN, 2007b, p. 103).

Para Dworkin, a justiça é uma questão de resultados, de modo que uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre justiça lhes dão o direito de ter. (DWORKIN, 2007b, p. 218).

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2007b, p. 272).

5.4 O Juiz Hércules

Acerca da crítica que acusa Hércules de basear-se em suas próprias convicções em assuntos de moralidade política. Dworkin diz que um juiz pode basear-se em sua própria crença considerando a verdade ou a solidez de sua crença. (DWORKIN, 2007, p. 193).

Sobre a crítica de que nenhum juiz de verdade tem os poderes de Hércules e é absurdo apresentá-lo aos outros como um modelo a ser seguido, Dworkin responde que Hércules mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica. (DWORKIN, 2007, p. 316).

Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de “direito natural”. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez

disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. (DWORKIN, 2007, p. 474).

Ele não é um passivista, pois rejeita a idéia rígida de que os juízes devem subordina-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. Considerará que o objetivo de algumas disposições é, ou inclui, a proteção da democracia, e que irá interpretar tais disposições nesse espírito, em vez de subordinar-se às convicções daqueles cuja legitimidade elas poderiam desafiar. Decidirá que o objetivo de outras disposições é, ou inclui, a proteção de indivíduos e de minorias contra a vontade da maioria, e que, ao decidir sobre as exigências de tais disposições, não ira ceder àquilo que os representantes da maioria consideram correto. (DWORKIN, 2007, p. 474).

Ele também não é um “ativista”. Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípios, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação. (DWORKIN, 2007, p. 474 e 475).

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia realmente quer dizer. (DWORKIN, 2007, p. 476).

5.5 Distinção entre Questões de Princípio e Questões de Política

Dworkin questiona-se se juízes devem decidir questões com fundamentos políticos. Para responder, ele estabelece a distinção entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. Conclui que os juízes devem basear os julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Eis a distinção:

Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto

econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2007a, p. 36).

Em síntese, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. (DWORKIN, 2007a, p. 141).

Segundo Agra, Dworkin diferencia dois tipos de matéria: uma sensível à escolha, denominada *choice-sensitive* ou *preference-sensitive*, e outra não-sensível à escolha, denominada *choice-insensitive* ou *preference-insensitive*. As primeiras podem ser modificadas de acordo com a vontade popular e por isso, são decididas pelos parlamentos. As segundas não o podem ser, e, por isso, são decididas pela Jurisdição Constitucional. Além de que, os juízes da Corte Constitucional, dada a sua forma de seleção e conhecimento que deles se exigem, estariam mais bem preparados para decidir acerca das questões *choice-insensitive*. (AGRA, 2005, p.255).

Da diferenciação destas questões decorre a distinção da atuação da Jurisdição Constitucional e a do Poder Legislativo. A este incumbe atuar em relação às normas que têm fundamentação em diretrizes políticas, onde os agentes sociais atuam de forma discricionária, respeitados os mandamentos constitucionais. A atuação da Jurisdição Constitucional, por sua vez, é pertinente às normas que têm fundamentação principiológica e tem a missão de assegurar que o Poder Legislativo não irá deturpar o seu conteúdo. (AGRA, 2005, p.255).

5.6 A Concepção Comunitária de Democracia

Agra esclarece que Dworkin parte do princípio rousseauiano da vontade geral para firmar uma comunidade ética formada pelos juízos valorativos dos indivíduos que obtêm maior consenso na sociedade. Sua concepção de democracia,

comunitária, somente se concretiza quando há respeito aos princípios de participação de cada cidadão, em um processo coletivo de decisão em que cada interesse particular seja considerado. (AGRA, 2005, p.257).

Segundo Agra, em Dworkin, a participação política é requisito imprescindível para a democracia e esta é essencial para concretizar os Direitos Fundamentais dos cidadãos. Os Direitos Fundamentais, por sua vez, não são alicerçados por regras jurídicas, mas através de princípios morais estabelecidos pela comunidade moral de princípios. De modo que se o posicionamento da vontade da maioria se chocar com os princípios exigidos pela moralidade política, estes devem prevalecer em detrimento daqueles. (AGRA, 2005, p.257).

Dworkin questiona como conciliar com a Democracia a possibilidade de que juízes exerçam um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles acham erradas. É certo que todos concordam em que a Constituição proíbe certas formas de legislação ao Congresso e aos legislativos estaduais. Mas nem juízes do Supremo Tribunal nem especialistas em Direito constitucional nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência, diz ele. (DWORKIN, 2005, p.41).

Dworkin afirma que a doutrina tem se guiado por duas idéias relevantes em matéria de Jurisdição Constitucional. A primeira busca a intenção constitucional, chamada de intenção "original" ou intenção dos "fundadores" da Constituição. A segunda estratégia baseia-se na nítida distinção entre matérias de substância e matérias de processo. Segundo ele, ambas as propostas terminam em fracasso, e no mesmo tipo de fracasso. (DWORKIN, 2005, p.43).

Dworkin questiona em que sentido o conceito de democracia é um conceito processual distinto de um conceito substantivo. Algumas teorias da democracia colocam questões de substância na própria descrição da democracia. A teoria de democracia celebrada nas "democracias populares", por exemplo, supõe que nenhuma sociedade é democrática se a sua distribuição de renda é muito desigual. (DWORKIN, 2005, p.83).

Outras teorias insistem em que a democracia é um processo para tomar decisões políticas, que deve ser definido independentemente de qualquer descrição das decisões efetivamente tomadas. Definem a democracia como um conjunto de processos que governam a participação dos cidadãos na política – processos sobre votar, falar, fazer petições e exercer pressão – e não incluem nenhuma restrição quanto ao que funcionários democraticamente eleitos podem fazer ou as razões que têm para fazê-lo. (DWORKIN, 2005, p.83).

O argumento utilitarista puro a favor da democracia é um argumento-resultado. Eles argumentariam que os processos democráticos são justos porque têm mais probabilidade de produzir decisões substantivas que maximizem a utilidade. (DWORKIN, 2005, p.84).

Diante da multiplicidade de concepções, o fato é que o Tribunal Constitucional precisa definir qual é para si a melhor concepção de democracia e, assim, fazer novos julgamentos políticos de algum tipo, conclui. (DWORKIN, 2005, p.84-85).

Contra as concepções procedimentalistas de democracia, Dworkin aduz que direitos de participar no processo político são igualmente valiosos para duas pessoas apenas se esses direitos tornam provável que cada um receba igual respeito e os interesses de cada um receberão igual atenção não apenas na escolha de funcionários políticos, mas nas decisões que esses funcionários tomam. (DWORKIN, 2005, p.91).

Para Dworkin, teoria procedimentalistas e utilitaristas estão erradas porque as pessoas realmente têm direitos que estão acima da maximização da utilidade irrestrita e das decisões majoritárias que servem à utilidade irrestrita. Qualquer legislação que possa ser justificada apenas pelo recurso às preferências da maioria nega a igualdade. (DWORKIN, 2005, p.95).

Mas o Tribunal deve decidir sozinho essa questão, não pode encaminhá-la à maioria ou aceitar qualquer resposta que o legislativo ofereça, pois fazer isso é considerar que suas opiniões morais oferecem uma justificativa para as decisões legislativas, exatamente o que a teoria da igualdade de representação proíbe. (DWORKIN, 2005, p.100).

5.7 O Problema da Legitimidade Democrática do Poder Coercitivo Estatal

Dworkin aduz que uma concepção do Direito deve oferecer uma justificativa para o exercício do poder coercitivo Estatal. Deve responder por que o fato de que a maioria elege um regime específico, por exemplo, dá a esse regime poder legítimo sobre os que votaram contra ele. Esse é o problema clássico da legitimidade do poder de coerção e traz consigo outro problema clássico, o da obrigação política, que consiste em saber se os cidadãos têm obrigações morais genuínas unicamente em virtude do Direito. (DWORKIN, 2007b, p. 231).

Dworkin revisa várias teorias sobre a legitimidade das democracias modernas. Colaciona John Rawls, que propõe um contrato social imaginário como meio de selecionar a melhor concepção de justiça no âmbito de uma teoria política utópica. Rawls sustenta que, em condições específicas de incerteza, todos optariam por certos princípios de justiça que pertençam à esfera de seus interesses, e afirma que esses princípios são, portanto, aqueles considerados corretos. Segundo Dworkin, alguns filósofos políticos têm sido tentados a dizer que, de fato, as pessoas concordam tacitamente com um contrato social desse tipo, pelo simples fato de não emigrarem ao atingirem a maioria. Mas, segundo Dworkin, ninguém pode defender esse ponto de vista a sério por muito tempo. (DWORKIN, 2007b, p. 233).

Dworkin apresenta o argumento do jogo limpo que pode ser sintetizado assim: se alguém receber benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem a obrigação de arcar também com o ônus dessa organização, inclusive a obrigação de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado esses benefícios ou consentido com o ônus de maneira mais ativa. Segundo Dworkin, esse argumento evita a fantasia do argumento do consentimento e da universalidade. Contudo, é vulnerável a dois contra-argumentos que têm sido freqüentemente observados. Primeiro, o argumento do jogo limpo pressupõe que as pessoas podem incorrer em obrigações simplesmente por receberem o que não buscavam e que rejeitariam se lhes fosse dada a oportunidade de fazê-lo. Isso não parece sensato, para Dworkin. Em segundo lugar, o argumento do jogo limpo é ambíguo em dizer em que sentido pressupõe que as pessoas se beneficiam da organização política. (DWORKIN, 2007b, p. 235).

Ainda segundo Dworkin, o argumento do jogo limpo traz outro impasse: se uma comunidade não pretende tratar alguém como igual, mesmo que de acordo

com suas próprias regras, sua reivindicação da obrigação política de tal pessoa estará fatalmente comprometida. (DWORKIN, 2007b, p. 236).

Outra linha de argumentação acerca da legitimidade do poder de coerção discorre que as obrigações comunitárias dependem de laços emocionais que pressupõem que cada membro do grupo mantenha relações pessoais com todos os outros. Para Dworkin, isto é certamente falso no caso de grandes comunidades políticas. E adverte que a idéia de responsabilidades comunitárias especiais vigentes numa grande comunidade anônima reacende o nacionalismo, ou mesmo o racismo, duas coisas que têm sido fonte de muito sofrimento e muita injustiça. (DWORKIN, 2007b, pp. 237-238).

Para Dworkin, um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhe deveres. (DWORKIN, 2007b, p. 232). A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. (DWORKIN, 2007b, p. 264).

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2007b, p. 272).

5.8 A Legitimidade da Jurisdição Constitucional

Para Dworkin, a legitimação da jurisdição constitucional não reside nos procedimentos do regime democrático, como defendem os procedimentalistas; nem na literalidade das normas jurídicas como defendem os formalistas, como Kelsen. Ela é estruturada em uma comunidade moral de princípios, de caráter transcendental às normas jurídicas, que é formada durante a assembléia constituinte, escolhida pela população mediante processo político em que os cidadãos arduamente discutem e formam um consenso sobre os princípios morais coletivos. (AGRA, 2005, p.256).

De acordo Dworkin, os juízes apresentam melhores condições para refletir os valores morais contidos nos princípios constitucionais do que os mandatários populares porque não participam ativamente dos confrontos políticos e detêm melhor qualificação. (AGRA, 2005, p.256).

Para Dworkin, a ameaça de que a Democracia seja governada por juízes filósofos, aventada por Learned Hand, é e continuará a ser uma hipérbole. Ele acredita que a democracia americana chegou a um equilíbrio em que o Tribunal desempenha um papel no governo, mas não o papel principal. (DWORKIN, 2005, p.103).

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito. (DWORKIN, 2005, p.103).

Dworkin afirma que o aforismo de que o Direito é o que o tribunal diz que ele é, pode ter dois significados distintos. Pode significar que os tribunais estão sempre certos quanto ao que é o Direito, criado por eles de tal modo que quando interpretam a Constituição de determinada maneira, essa será necessariamente a maneira certa de interpretá-la. Para Dworkin, esse modo de ver, do positivismo jurídico, está equivocado e corrompe profundamente a idéia e o Estado de Direito. Ou pode significar simplesmente que se deve obedecer às decisões dos tribunais, pelo menos de maneira geral, por razões práticas, embora seja possível se reservar o direito de sustentar que Direito não é o que eles disseram. (DWORKIN, 2005, p.171).

Dworkin analisa duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos e não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, não poderiam inovar na interpretação do Direito, ou estariam criando leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum

dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. (DWORKIN, 2007a, p. 132).

A primeira objeção, segundo a qual o direito deveria ser criado por autoridades eleitas e responsáveis, parece irrepreensível quanto ao direito como política; isto é, como um compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo. Mas não se aplica a questões de princípios. (DWORKIN, 2007a, p. 133).

Quanto à segunda objeção, Dworkin responde que os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. (DWORKIN, 2007a, p. 136).

Ademais, para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política densa. As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido a que remete a sua teoria. (DWORKIN, 2007a, pp. 137-138).

Para Dworkin, a teoria constitucional não é uma simples teoria da supremacia das majorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum. (DWORKIN, 2007a, p. 208-209). O que demonstra uma concepção de democracia para além da concepção majoritária.

Dworkin esclarece que algumas dessas restrições constitucionais assumem a forma de regras bastante precisas, outras assumem a forma do que se chama de padrões vagos. Como por exemplo, o dispositivo que determina que o

governo não poderá negar a nenhum indivíduo o processo legal justo ou a igual proteção perante a lei. Essa interferência na prática democrática exige uma justificação. Para Dworkin, essa justificação é um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, protegidos pela Constituição. (DWORKIN, 2007a, p. 209).

Dworkin acredita que os padrões vagos foram escolhidos deliberadamente pelos homens que os redigiram e adotaram. “As cláusulas são “vagas” somente se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encarmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisas”. (DWORKIN, 2007a, p. 214).

Sem dúvida, se as pessoas não têm direitos contra a maioria e se a decisão política não vai além da questão de saber que preferências serão dominantes, então a democracia realmente oferece uma boa razão para se deixar essa decisão a cargo de instituições mais democráticas. (DWORKIN, 2007a, p. 220).

O argumento que pressupõe que em uma democracia todas as questões, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições políticas majoritárias implica em uma concepção de democracia que não é a eleita pelo constitucionalismo. “O constitucionalismo – a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria”. (DWORKIN, 2007a, p. 222-223).

Uma coisa é apelar ao princípio moral com uma fé tola de que a ética e a economia são movidas por uma mão invisível, de modo que os direitos individuais e o bem-estar geral irão fundir-se, e que o direito baseado em princípios levará a nação a uma utopia sem atritos onde todos estarão em melhores condições que antes. (...) Porém, questão muito diferente é apelar ao princípio enquanto princípio para mostrar, por exemplo, que é injusto obrigar crianças negras a receber sua educação pública em escolas para negros, ainda que muitas pessoas venham a ficar em pior situação se o Estado adotar as medidas necessárias para impedir que isso aconteça. (DWORKIN, 2007a, p. 230-231).

5.9 Crítica de Dworkin ao Procedimentalismo

Dworkin elenca os argumentos da teoria procedimentalista de Ely nas seguintes proposições: (1) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado desse processo. (2) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia. (3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados, é antagônica a ela. (4) O Tribunal, portanto, erra quando cita um valor putativamente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa. (DWORKIN, 2005, p.81).

Sobre estas proposições Dworkin diz que a primeira proposição é vigorosa e correta. Mas as outras três são erradas de diferentes maneiras e, em todos os aspectos, enganosas. A revisão judicial deve atender para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas, antes, em virtude da resposta correta a essas questões. A idéia de democracia é de pouquíssima utilidade na procura dessa resposta. Também não decorre, a partir simplesmente do compromisso com o processo e não com os resultados isolados do processo, que as chamadas decisões de "devido processo legal substantivo". (DWORKIN, 2005, p.81).

Ely insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos. Isso poderia ser persuasivo se a democracia fosse um conceito político preciso, de modo que não pudesse haver lugar para discordância quanto a ser ou não democrático um processo. Ou se a experiência norte-americana definisse unicamente alguma concepção particular de democracia, ou se o povo norte-americano concordasse agora com uma única concepção. (DWORKIN, 2005, p.82).

5.10 Críticas a Dworkin

Para Sunstein, segundo Agra, a Jurisdição Constitucional não pode substituir as esferas públicas de debate nas soluções de casos judiciais que produzam antagonismos sociais. (AGRA, 2005, p.258).

Frank Michelman critica a concepção de Direito como Integridade porque a Constituição seria produto de uma ação coletiva, formada por vários autores sociais, com os mais variados interesses. Questiona a falta de critérios para diferenciar as matérias sensíveis à escolha das insensíveis, já que Constituição não traz essa distinção. Teme o órgão que exerce a jurisdição constitucional possa estabelecer a distinção de modo arbitrário. (AGRA, 2005, p. 259).

Outra crítica é que o órgão que exerce a Jurisdição Constitucional adquire grande poder para realizar suas decisões judiciais e limitar as funções do Poder Legislativo. E ainda, que Dworkin superdimensiona as prerrogativas dos juízes e delega a estes um poder discricionário muito vasto, haja vista a figura do juiz Hércules. (AGRA, 2005, p.258).

A crítica de Agra é que a escolha de Dworkin de privilegiar os direitos individuais, em detrimento das políticas públicas que amparem os hipossuficientes, não se adéqua à realidade de países periféricos como o Brasil. Estes reclamam postura mais ativa para a concretização dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão, por parte de decisões judiciais, (AGRA, 2005, p.307).

Reconheço que uma sociedade dedicada a essa concepção de Estado de Direito pode pagar um preço, com certeza na eficiência e, possivelmente, no espírito comunitário, que, segundo se supõe, é deformado pela preocupação excessiva com o Direito. Mas essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer à pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido. Não pode prometer-lhe que a decisão o agradará ou mesmo que estará certa. Mas isso não é necessário para tornar valiosos a promessa e o senso de justiça que ela cria. Posso ter dado a impressão de que a democracia e o Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois importantes valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2005, p.38).

Além da discussão realizada por Dworkin de que os direitos fundamentais individuais prevalecem sobre a soberania popular externada pela maioria

representada - observe-se que um grande contingente não se faz representar - é preciso um avanço teórico, de modo a reconhecer que o próprio Poder Judiciário é um espaço de exercício da soberania política. Inclusive, proporcionando incorporação política das minorias à agenda do Estado, não obstante a violação de direitos praticada pela maioria.

6 A FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA TEORIA DOS PRINCÍPIOS: REAPROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO, POLÍTICA E MORAL

O reconhecimento de que a função do Poder Judiciário é política leva à conclusão de que é também uma questão do domínio da Ética, pois, desde Aristóteles, a Política pertence ao domínio daquela. Como poder intrinsecamente político, se constitui consoante princípios axiológicos, que emanam do espaço político, do espaço público.

A positivação dos Direitos Fundamentais, lastreados, sobretudo, no conceito de dignidade da pessoa humana, exorta o conteúdo axiológico do Direito. O Neoconstitucionalismo coloca estes Direitos em posição de destaque e de superioridade normativa nos atuais Ordenamentos Jurídicos, que tem na normatividade dos princípios a necessária intersecção entre o Direito e a Moral.

A normatividade dos princípios e o reconhecimento, consoante a vertente substancialista, de que os Direitos Fundamentais são pautas substantivas que conferem legitimidade democrática à atuação criativa do Poder Judiciário, promovem, no bojo do Neoconstitucionalismo, a reaproximação entre Direito, Moral e Política.

6.1 A Dimensão Ético-Moral do Direito

As definições da Ética e da Moral, por vezes, se interpenetram. Neste trabalho, de maneira simplificada, usar-se-á os termos como sinônimos. Entretanto, Andre Lalande estabelece a seguinte distinção:

A Moral, quer dizer, o conjunto das prescrições admitidas numa época e numa sociedade determinadas, o esforço para conformar-se a essas prescrições, a exortação a segui-las. (...) *Ética*: A ciência que toma por objeto imediato os *juízos* de apreciação sobre os atos qualificados como bons ou maus. (...) Sem dúvida acontece que, de fato, as questões de Moral e as de Ética, assim definidas, sejam freqüentemente misturadas, mas isso não exclui uma distinção muito nítida das suas definições. (LALANDE, 2001, p. 348-349).

Nicola Abagnano afirma que há duas concepções fundamentais acerca da Ética. A primeira apresenta a Ética como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem. Refere-se ao ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, à natureza, essência ou substância do homem. Já a segunda trata dos motivos ou causas da conduta humana, ou das forças que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos. Apresenta, portanto, a Ética como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir essa conduta. Abagnano adverte, entretanto, que, ao longo da história, estas concepções se confundiram. (ABAGNANO, 2000, p. 380).

Segundo Chris Rohmann, a Ética, um dos cinco campos clássicos da investigação filosófica (ao lado da Estética, da Epistemologia, da Lógica e da Metafísica), pode ser entendida como o estudo dos princípios, do comportamento Moral e da natureza do bem. Sendo, por isto, também denominada de Filosofia Moral. (ROHMANN, 2003, p.146).

Segundo o autor, pode-se dividir a Ética em Ética Normativa, que propõe os princípios da conduta correta, e Metaética, que investiga o uso e a fundamentação dos conceitos de certo e errado, bem e mal. A raiz da Metaética se encontra no pensamento de Sócrates e Platão, que investigaram a natureza da bondade como distinta de qualquer bem. (ROHMANN, 2003, p.146).

Na tradição grega, as questões centrais da Ética giravam em torno do problema geral do que constitui uma vida bem-vivida, ao que se denominava Virtude, não em questões específicas relacionadas ao certo e ao errado. (ROHMANN, 2003, p.146).

Para Rohman, embora o conceito de Ética normalmente remeta à Ética normativa, a maioria das teorias Éticas dos dois últimos séculos versaram sobre metaética, em outros termos, “pouco tiveram a dizer sobre como se deve agir, mas, ao contrário, questionaram o papel da Ética na vida, os fundamentos lógicos de determinados sistemas éticos e sua validade”. (ROHMANN, 2003, p.146).

Na maioria dos sistemas, a conduta Ética é interpretada em termos de realização pessoal (procura do bem) ou da obrigação para com os outros ou para

com os princípios aceitos (preocupação com a justiça), ou ambas. A realização pessoal pode ter diversas origens, o bem em si, a felicidade e o prazer (a exemplo do Epicurismo) ou a luta por um ideal. (ROHMANN, 2003, p.146).

Os Estóicos foram os primeiros a analisar decisões Éticas em termos de adequação à harmonia universal e à vontade divina - método também fundamental no sistema de valores Judaico-Cristão³. Comumente, a obrigação Ética não se refere somente a respeitar o próximo e as normas estabelecidas, mas estabelece responsabilidade perante Deus, cujos mandamentos constituem a autoridade suprema para a maioria dos sistemas morais de todo o mundo. (ROHMANN, 2003, p.146).

Immanuel Kant ampliou a metaética com a tese do imperativo categórico, princípio ético absoluto e universal, novo alicerce para a legitimidade da Moralidade, que prescreve: "Aja como se o princípio da sua ação devesse tornar-se, por sua vontade, uma lei universal da natureza". Já Habermas, dentre outros, substituiu a garantia da validade Ética enquanto Deus, ou outro bem supremo abstrato, pela interação social. Para ele, o discurso livre e racional pode oferecer orientação Moral à sociedade. (ROHMANN, 2003, p.146, 147, 344).

Como dito anteriormente, a Ética está relacionada com a Virtude, do grego antigo, *arete* ou "excelência". Entre os gregos e romanos, bem como entre os cristãos, a Virtude era considerada a parte do caráter que permitia que a pessoa vivesse uma vida boa. Distintamente da tendência atual de concentrarem-se as preocupações Éticas na questão de determinado ato ser justo ou não, para os antigos, as questões fundamentais da Ética envolviam o sentido completo de como se devia viver⁴. (ROHMANN, 2003, p.423).

Para Sócrates, *arete* significava, acima de tudo, o devido conhecimento das circunstâncias da própria pessoa. Quem sabia a atitude a ser tomada em

³ Os dez ditames religiosos e morais que se diz ter sido entregue por Deus a Moisés no Monte Sinai são a base da lei religiosa e Ética judaica. Ao entregar os mandamentos ao povo Deus renovou sua aliança com eles, prometendo generosidade especial em troca de culto e obediência. (ROHMANN, 2003, p. 111)

⁴ A meta da vida cristã destila-se nas ordens de Jesus a seus discípulos de tratar o próximo com caridade, misericórdia, justiça e, o mais importante, amor e empenhar-se no rumo da fé e da obediência perfeitas a Deus e a Sua lei. O modo de vida do cristão é, pelo menos, tão importante quanto o zelo pelo culto. Ao seguir a doutrina e o exemplo de Jesus, os cristãos esperam levar sua alma à união final com Deus. (ROHMANN, 2003, p. 86)

determinada situação seria incapaz de fazer o contrário. Platão identificou as quatro virtudes (mais tarde chamadas de 'virtudes cardeais') como sendo a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça. (ROHMANN, 2003, p.423).

Aristóteles distinguiu entre as 'virtudes intelectuais' (dianoéticas) de Sócrates/Platão e as 'virtudes morais', ou, como explicava ele, entre conhecimento abstrato (*sophia*), que contempla os princípios universais, e a sabedoria prática (*phronesis*), que orienta a boa conduta. O segredo de alcançar as virtudes morais era observar o meio-termo entre os extremos. (ROHMANN, 2003, p.423). O conceito aristotélico de *phronesis* será retomado por Gadamer ao tratar do Direito, como se verá adiante.

No século I d.C., São Paulo promulgou as 'virtudes teológicas' - a fé, a esperança e a caridade (amor). Esse acréscimo à lista das virtudes platônicas deslocou o foco da vida terrena para o além. Os pensadores cristãos medievais como Tomás de Aquino, se referiam às 'sete virtudes cardeais e teológicas', todas fundamentadas na graça de Deus. (ROHMANN, 2003, p.423).

Quanto à origem da Virtude, há três posições. A primeira, de que é aspecto inato. A segunda, pela qual, a Virtude se aprende por hábito e a educação. A terceira, pela qual se constitui como dádiva divina. Entre os defensores do aspecto inato figuram Kant que dizia sermos dotados de uma 'razão prática' que nos permite conduzir nossa vida de maneira virtuosa. (ROHMANN, 2003, p.423).

A perspectiva de hábito e aprendizado foi adotada por utilitaristas como Herbert Spencer, que afirmava que a evolução social implica a adoção de códigos morais benéficos, e por materialistas como Hobbes e Marx, que entendiam os sistemas como criações humanas. (ROHMANN, 2003, p.423). Esta perspectiva é também bastante difundida.

Gadamer evidencia que Aristóteles fundou a Ética como disciplina autônoma à metafísica ao contrapor a idéia platônica do bem à sua construção do 'humanamente bom'. Fixou o bom como aquilo que é bom para o ser humano. Assim, o bom para o homem só aparece na concreção da situação prática em que o homem se encontra. (GADAMER, 2005, p. 465-466).

Tércio Sampaio Ferraz Junior pontua que, na antiguidade, o saber sobre o Direito se referia à técnica e à arte (*techne* e *ars*). Os romanos falavam em *ars boni*

et aequi. A noção de *ars*, do Direito *jus*, como arte do bom e do eqüitativo tinha fundamento na filosofia grega, pela qual, enquanto *ars*, o *jus* estava relacionado com *virtus*, o domínio da ação. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343).

Deste modo, o Direito visava à perfeição e embasava-se em conhecimento e saber verdadeiro. Assim, nasceu a idéia de saber jurídico como *ars* e como *prudentia*. Para os antigos, a sabedoria jurídica, a jurisprudência, não estava apartada do verdadeiro, visto que era produção do verdadeiro no belo, no útil, no justo. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343-344). Portanto, o Direito, enquanto *jus* e *ars*, está imbricado no domínio da Ética e da Virtude.

Diversamente, nos diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a *techne* da dogmática jurídica hodierna deixa de nascer do conhecimento verdadeiro. O crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério e peculiar problema de fundamentação. Conceber o Direito de forma instrumental, como um meio para a realização de um fim (a decisão de conflitos) faz com que o Direito careça de uma finalidade. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 344).

Por este motivo, procura-se um fundamento resistente a mudanças, que assegure ao Direito um sentido persistente. Desde a antiguidade se buscou essa estrutura estável na idéia de Justiça. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 347) “No entanto, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente”. “A justiça é o princípio e o problema Moral do Direito”. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 351).

O Direito, como ato de poder não tem seu sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da Moralidade em face do Direito. É possível implantar um Direito à margem ou até contra a exigência Moral da justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força. (...) A exigência Moral da justiça é uma espécie de condição para que o Direito tenha um sentido. (...) O Direito, em suma, privado de Moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 354)

6.2 Síntese da Colocação da Ética e da Moral no Direito

6.2.1 Do Jusnaturalismo ao Positivismo Jurídico

A idéia básica do Jusnaturalismo, não obstante suas várias vertentes, consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do Direito positivo. Esse Direito Natural tem validade em si, legitimado por uma Ética superior, estabelecida pela vontade de Deus ou ditada pela razão, estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2003, p. 20). O Direito Natural remonta à antiguidade clássica, como se extrai de *Antígona*, tragédia de Sófocles:

ANTÍGONA — Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a ninguém o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! (SÓFOCLES, 2004, p. 96)

O Direito Natural é Direito ideal, inato, universal e imutável. Fundamenta-se na natureza, na ordem natural, na natureza humana comum a todas as pessoas, ou em outro princípio que o impregna, tal como Deus. Opõe-se ao Positivismo Jurídico, e, segundo ele, qualquer lei positiva que contradiga o Direito Natural é inválida. (ROHMANN, 2003, p.114).

A concepção de Direito Natural teve matizes ao longo da história. Tem sua origem na versão estóica do *Logos* da Razão Universal que dá forma, guia e ordena o mundo. Os romanos distinguiram entre *jus naturale* (Direito Natural) e *jus gentium* (Direito das Nações). O Cristianismo, em seus primórdios, interpretava o Direito Natural como expressão da vontade de Deus. Na Idade Média, desenvolveu-se, sobretudo, pelos escritos de São Tomás e Santo Agostinho, o primeiro o definia como parte da lei eterna que está acessível à razão humana e se constitui, portanto, em alicerce adequado para o Direito Positivo. Também o Iluminismo consagrou o Direito Natural e colocou a Razão humana como o seu fundamento. Para Locke, o Direito Natural dá origem aos direitos naturais do homem. Concepção que se

manifestou nas Declarações de Direitos e de Independência daquele período (ROHMANN, 2003, p.114).

Entretanto, completadas as revoluções burguesas, o Direito Natural viu-se “domesticado e ensinado dogmaticamente”. O êxito do movimento de codificação, que simbolizou o apogeu do Direito Natural representou também a sua superação histórica. (BARROSO, 2003, p. 23)

Considerado metafísico e anti-científico, o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX (...) A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apertou o Direito da Moral e dos valores transcendentais. (...) O Positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. (BARROSO, 2003, p. 25)

O Positivismo filosófico, em voga, enunciou o princípio da verificação, pelo qual uma verdade só pode ser considerada como tal se for verificável. Por esse princípio, só é científico o que puder ser verificado, e só há duas possibilidades dessa verificação: pela comprovação empírica – o que pressupõe a identificação do objeto como algo real – ou pela demonstração analítica, em relação aos objetos ideais. (COELHO, 2003, p. 57)

(...) Direito seria, por conseguinte, o conjunto dos fenômenos observáveis que se constituem em ordenação da vida social e que se distinguem das ordenações de natureza diversa, em virtude de suas características especiais. A consequência mais expressiva dessa vinculação do *jus* ao fato empírico, definido por sua forma jurídica, foi o aprofundamento da controvérsia entre jusnaturalistas e positivistas, que assumiu a forma de uma oposição entre um direito considerado cientificamente e outro considerado metafisicamente (...) A origem do Direito e as suas causas, embora constituam um capítulo do seu estudo como fenômeno social, são irrelevantes para a questão da positividade. Direito positivo é simplesmente o observável (...). (COELHO, 2003, p. 211-212)

Deste modo, cristalizou-se a noção comum do Direito identificado no chamado Direito Positivo, aquele emanado do Estado. Repeliu-se qualquer idéia de uma ordem normativa de caráter metafísico e excluiu-se como não-jurídicas as regras

sociais de conduta que não se revistam dos caracteres formais do Direito oficialmente considerado. (COELHO, 2003, p. 196)

As teses fundamentais do Positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: a ciência é o único conhecimento verdadeiro, o conhecimento científico é objetivo, o método científico empregado nas ciências naturais deve ser estendido às ciências sociais. (BARROSO, 2003, p. 24).

As teses básicas do Positivismo Jurídico, repercussão do Positivismo Filosófico, são a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estabilidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico; o formalismo, sobretudo quanto aos critérios de validade; a separação entre Direito e Moral; a pureza científica; a racionalidade da lei e a neutralidade do intérprete. (BARROSO, 2003 pp. 14, 25, 26)

(...) em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. (...) A troca do ideal racionalista da justiça pela ambição positivista da certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O Positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízo de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia* (...). (BARROSO, 2003, p. 26)

O Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas, jurisprudencial e doutrinária, era caracterizado por não possuir um sistema unitário de fontes positivas. A validez não dependia da forma de positivação, mas da intrínseca racionalidade ou justiça de seus conteúdos. O Estado legislativo de Direito é responsável por fundar o sistema jurídico no princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade em face da arbitrariedade Estatal. Assim, o princípio da legalidade se torna critério exclusivo de identificação do direito válido, com independência da valoração do justo. Tal princípio serviria para dar fundamento a todo o sistema de garantias. (FERRAJOLI in CARBONELL, 2003, p.15)

Atualmente, os modelos de Estado legislativo e de Estado Constitucional de Direito estão em crise, o que representa uma regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno. Esta crise deve-se, sobretudo, a dois fatores, quais

sejam, a perda da capacidade reguladora da lei com o retorno ao papel criativo da jurisdição e a perda de unidade e coerência das fontes normativas. (FERRAJOLI in CARBONELL, 2003, p.20)

6.2.2 O pós-Positivismo: a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos Princípios

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, sucumbe a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal. A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-Positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e da Teoria dos Direitos Fundamentais. (BARROSO, 2003, p. 27).

Por isso, a Lei Fundamental alemã pós-guerra está repleta de postulados axiológicos, rechaçando, assim, o Positivismo extremado, o formalismo e o relativismo dominantes na Teoria do Estado da República de Weimar; nesse contexto, falou-se do "eterno retorno" (*ewige Wiederkehr*) do Jusnaturalismo. A experiência desse relativismo total do conteúdo das leis positivas levou o famoso jurista e filósofo alemão Gustav Radbruch, inicialmente positivista ferrenho, a mudar completamente a sua posição depois da guerra e defender a existência de "injustiça legal e Direito suprallegal" e de "leis que não são Direito". (KRELL, 2002, p. 81)

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O Neoconstitucionalismo promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito, entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a

estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. (BARROSO, 2003, p. 28).

A insuficiência do Positivismo no que diz respeito à existência de questões morais na decisão judicial foi também evidenciada por Perelman. Antonio Maia expõe o pensamento daquele com propriedade, para o qual, na prática da decisão judicial, ao contrário do que propugnavam as teses positivistas, são introduzidas noções pertencentes à Moral. Noções estas que se foram fundamentadas, no passado, no Direito Natural, são hoje consideradas como conformes aos Princípios Gerais do Direito:

(...) O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tiraram, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta. (...) (MAIA, 2001, p. 9).

Para Perelman, o Direito se aparta do Positivismo e de sua pretensão à neutralidade axiológica porque o raciocínio lógico e demonstrativo do Positivismo não concorda com os juízos de valor do Direito. Maia traz elucidativa passagem do pensamento de Michel Meyer, continuador de Perelman na escola de Bruxelas:

Mas o que diz na verdade o Positivismo lógico? Em geral, duas coisas. Por um lado, o modelo da atividade lingüística e o raciocínio são fornecidos pela ciência físico-matemática. O rigor, o caráter unívoco, a necessidade do raciocínio demonstrativo são as características essenciais e úteis, em que as outras ciências, e a Filosofia em particular, deveriam inspirar-se. (...) Por outro lado, (...) os juízos de valor não decorrentes da lógica – dos juízos de verdade – mergulham, de forma inevitável, tanto o homem de ação quanto o filósofo preocupado com a justiça, no irracional. O Direito e a Justiça estariam condenados a se separar da razão porque os valores não se decidem nem de forma lógica, nem tampouco de forma experimental. São estes dois axiomas do Positivismo que Perelman tornou inexistentes, em proveito de uma concepção da razão preocupada em estabelecer o plano discursivo não-matemático no

âmbito de seus Direitos e a razão prática na sua coerência. (MICHEL MEYER *apud* MAIA, p. 5).

Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou do Jusnaturalismo, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição. No Direito Romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: 'Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu'. O que há de singular na dogmática jurídica atual é o reconhecimento da normatividade dos princípios. Esta é uma das marcas do Neoconstitucionalismo e da Nova Hermenêutica. (BARROSO, 2003, p. 29).

6.3 Teoria dos Princípios: Fusão dos Planos Deontológico e Axiológico

A Constitucionalização dos Princípios e o reconhecimento de sua normatividade abriram espaço ao intenso desenvolvimento da Nova Teoria dos Princípios, que versa, em estreita síntese, sobre propostas teóricas de racionalização da maneira como estes se concretizam no Direito, diante de sua normatividade e forte caráter aberto de seu conteúdo axiológico. São expoentes da Teoria dos Princípios Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas doutrinas, com suas notas específicas, além de comprovarem a dimensão Ético Moral do Direito (já apreendida pela *phronesis* aristotélica) lhe conferem normatividade.

A normatividade dos princípios e a sua abertura diante da Moral reclamam uma Nova Hermenêutica que ultrapasse os postulados lógicos da desgastada subsunção positivista para a aplicação do Direito. Surgem inúmeras propostas Hermenêuticas que buscam conferir o mínimo de racionalidade e fundamentabilidade à interpretação Jurídica. Nesse ínterim, João Maurício Adeodato reconhece que "A questão de relacionar a "decisão do caso concreto" com a "norma genérica previamente fixada" é sem dúvida das mais importantes para a teoria do Direito moderno" (ADEODATO, 2003, p. 223).

Segundo Antonio Maia, as novas correntes teóricas possuem duas preocupações básicas: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre Direito, Moral e Política, e uma crítica às concepções positivistas no campo do Direito. Por conta disso, desenvolvem a importância dos Princípios Gerais de Direito; a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela Hermenêutica Jurídica; e a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. (MAIA, 2001, pp. 2 e 3).

Luis Afonso Heck, analisando o pensamento de Alexy, elabora assertiva válida para a Teoria dos Princípios como um todo, no que toca à caracterização deontológica-axiológica dos princípios jurídicos. Diz ele que a resolução de uma colisão de princípios refere-se ao que definitivamente é devido, enquanto a resolução de uma colisão de valores refere-se ao que é definitivamente melhor. Ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores. (HECK, 2003, p. 70).

Heck afirma que colisões de princípios e de valores podem ser consideradas como o mesmo fenômeno, ora em traje deontológico e ora em traje axiológico. Sob o prisma jurídico, a formulação deontológica é intrínseca ao Direito – a sentença do dever-ser é uma sentença sobre o que é devido, e não necessariamente uma sentença sobre o que é bom. Entretanto, ao se acrescentar os princípios às regras – estruturas tipicamente de caráter deontológico – acrescentou-se um plano que, atrás de sua forma deontológica, tem um caráter axiológico. (HECK, 2003, p. 70,71).

O sistema jurídico compreende, com isso, elementos tanto deontológicos como axiológicos. “O devido é absoluto e universal por meio disto, que ele pretende, de certo modo, ser bom pra todos”. (HECK, 2003, p. 71). No mesmo sentido, Andreas Krell, observa que:

A principal diferença entre as duas categorias é que *valores* possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto *princípios* situam-se no nível deontológico (do *dever-ser*). Por isso, não é necessário invocar Direito *suprapositivo*, pois a “carga Ética” já está nos princípios Constitucionais que “excedem o conceito positivista do Direito na

medida em que elevam obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal Moral". (KRELL, 2002, p. 82).

No entanto, persiste a preocupação com o subjetivismo ou decisionismo, a que Adeodato fez referência. De outro modo, esta preocupação também é externada por Andreas Krell:

É de ressaltar também que o postulado de uma interpretação material valorativa do Direito não significa um retorno do mundo jurídico aos conceitos vagos do Jusnaturalismo ou à afirmação de um número indefinido de valores abstratos *acima* da ordem jurídica, o que certamente levaria ao subjetivismo e a uma imprevisibilidade dos resultados. (...) A referida interpretação *valorativa* funciona através da "flexibilização da literalidade normativa para uma 're-criação' que conduza a lograr a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso". Essa "valoração", contudo, não deve ser *subjetiva* no sentido de se basear, sobretudo na subjetividade do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos valores que o sistema jurídico integra. (KRELL, 2002, p. 82-83)

A Teoria dos Princípios manterá esta preocupação em suas propostas. Dworkin inspira-se no construtivismo de Rawls e acolhe elementos da renovação da Hermenêutica filosófica operada a partir do trabalho de Gadamer; Alexy alicerça-se na defesa da possibilidade da racionalidade do discurso prático, empreendida por Junger Habermas. (MAIA, 2001, p. 8).

6. 3.1 Dworkin: o conteúdo Moral do Direito

Estribado em uma Teoria Hermenêutica do Direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios – como elemento possibilitador da articulação entre Direito e Moral. Em Dworkin, Direito e Moral não mais são entendidos em termos de separação estrita (como queria o Positivismo), na medida em que o autor reconhece a condição jurídica a certos princípios morais. (MAIA, 2001, pp. 1-2).

Dworkin realiza uma crítica contundente ao Positivismo analítico de Herbert Hart, a partir, fundamentalmente, dos chamados *hard cases*. Para ele, o normativismo positivista de Hart peca ao considerar o Direito como um sistema composto apenas por regras, de modo que, sendo o sistema estático lacunoso, a lacuna será resolvida, pelo normativismo, através da atribuição de poder discricionário para o magistrado definir volitivamente a solução do caso concreto. Dworkin não acata esta possibilidade de discricionariedade volitiva do Juiz. Diz ele que o juiz, neste caso, estaria se apropriando de uma função que é do legislador, criando-se um sério problema de legitimação. (MAIA, 2001, p. 16).

Assim, Dworkin rejeita o Positivismo tradicional no que se refere à possibilidade de aplicação do Direito em termos silogísticos, mas comunga das mesmas preocupações políticas presentes no paradigma liberal positivista, no tocante à separação dos poderes e à segurança jurídica. O pensamento de Dworkin se organiza justamente no sentido de reduzir e, no limite, eliminar a discricionariedade judicial. O caminho escolhido pelo autor é o de propugnar pela utilização dos princípios como critérios definidores das decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis. (MAIA, 2001, p. 16).

A doutrina de Dworkin se insere no âmbito do liberalismo ético, valoriza o pluralismo e busca mostrar a necessidade de se respeitarem igualmente todas as concepções acerca do bem, sem sacrificar as expectativas minoritárias em nome das do maior número. Segundo ele, não é possível que o governo realize políticas que correspondem aos objetivos e às concepções de todos os indivíduos, e, se o governo sacrifica a minoria em favor da maioria, não está tratando a todos como dignos de igual respeito e consideração. (MAIA, 2001, p. 19). Percebe-se que Dworkin toma o cidadão sob a tutela do Direito como um sujeito que deve ter sua integridade Moral preservada, possuidor de direitos de natureza Moral.

Nesta linha, discorda da tese utilitarista, segundo a qual o governo deve buscar as maiores utilidades para o maior número, mesmo que isso eventualmente implique desconsiderar direitos individuais em favor de diretrizes políticas relevantes para a comunidade. Dworkin é crítico do Positivismo no âmbito da metodologia e do utilitarismo no campo da teoria política. Se o Estado invadir um Direito Moral está tratando a *“un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres”*. (MAIA, 2001, p. 18).

Antonio Maia ressalta que um dos objetivos fundamentais de Dworkin é atribuir valor jurídico aos princípios morais e que por isso sua posição é, por vezes, caracterizada como um retorno ao Jusnaturalismo, principalmente quando se observa as contundentes críticas do autor ao Positivismo e a ênfase que o autor dá à centralidade dos Direitos Fundamentais e princípios suprapositivos. (MAIA, 2001, p. 22).

No entanto, Maia ressalva que esta convicção pode ser afastada quando se observa que Dworkin, na justificação dos princípios e Direitos Fundamentais, não lança mão de construções metafísicas fundamentadas na crença na existência de uma Moral objetiva. Sua justificativa será a noção de igual proteção e de Direito como integridade. (MAIA, 2001, p. 22-23).

Para Dworkin, a noção de igual proteção será um dos critérios fundamentais para a avaliação da justiça das leis positivas e da correção das decisões judiciais. O autor caracteriza, inclusive, o seu método com a expressão Direito como integridade, que se caracteriza pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente, que protege a todos com igual consideração. Segundo o autor, “temos dois princípios da integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto das leis Moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”. (MAIA, 2001, p. 25).

(...) Tal pretensão de coerência não se confunde com o dogma, presente no conceito positivista de sistema jurídico, de que o ordenamento jurídico de regras não contém contradições. (...) A incoerência eventual não passa de mero defeito que deve ser coibido no curso do processo de reconstrução racional. A noção de coerência é, assim, uma idéia regulativa. (MAIA, 2001, p. 25).

O autor identifica princípios morais, em grande parte, com os princípios Constitucionais. No entanto, Maia salienta que “nada mais distante do pensamento de Dworkin que considerar que somente os princípios expressamente previstos em textos legais possam ser entendidos como princípios jurídicos”. (MAIA, 2001, p. 25).

Quando se afirma que um cidadão possui certo Direito Moral, isso significa que está errado que o governo interfira, mesmo que isso decorra da

vontade da maioria. Esse é o significado de levarem-se os 'Direitos a sério'. Nesse sentido, o autor compreende a supremacia da Constituição não apenas em sentido formal, mas também em sentido material. Enfatiza que mesmo as normas produzidas por legislativos eleitos – pela maioria, portanto – não são válidas se violam determinado Direito Moral. (MAIA, 2001, p. 27). Por afirmações como esta que Dworkin é apontado como Jusnaturalista, no entanto, sua noção de Moralidade não é estática ou absoluta.

Não se trata nem de considerar o ato jurisdicional como de pura cognição passiva, nem como de pura vontade ativa. A opção do autor é por um caminho intermediário. A função da interpretação judicial, para ele, é a de racionalizar o ordenamento jurídico dado a partir da Moralidade, que é dinâmica, e não estática (como se dá nas versões jusnaturalistas). Por isso, ele se torna capaz de justificar o ativismo judicial: cabe ao magistrado se orientar pela Moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos conteúdos assumidos pelos princípios. (MAIA, 2001, p. 28)

6.3.2 A pretensão de correção de Alexy: elo entre o Direito e a Moral na Teoria da Argumentação

Também para Alexy, os princípios⁵ jurídicos são, no mais das vezes, princípios morais. Robert Alexy destaca que do ponto de vista estrutural, em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores (MAIA, 2001, p. 29). Acerca da semelhança entre os princípios e os valores, Heck faz coro:

Princípios, como mandamentos de otimização, têm uma forte semelhança com aquilo que é designado como “valor”, aqui tomada a acepção pela qual valores são critérios para valorações comparativas

⁵ Segundo Alexy, princípios são estruturalmente diferentes das regras, as regras são *mandatos definitivos*, enquanto os princípios são *mandatos de otimização*. Como mandatos de otimização, os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo. De fato, podem ser aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como das possibilidades jurídicas relativas ao caso. A aplicação dos princípios se caracteriza, assim, pela necessidade de *ponderação*. (MAIA, 2001, p. 29)

ou fundamentos para juízos de valor comparativos. (HECK, 2003, p. 67 e 93).

Alexy compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial. Também ele enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio judiciário. O autor esclarece que para Dworkin:

“la única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho e los precedentes”. (ALEXY apud MAIA, 2001, p. 29).

Alexy ressalta, no entanto, que não há, na obra de Dworkin, nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta, atendo-se o autor a afirmar que isso não implica a inexistência de tal resposta. Esta poderia, para Dworkin, ser obtida pelo juiz Hércules, um juiz ideal munido de todas as informações e capacidades necessárias à sua árdua tarefa. (MAIA, 2001, p. 29).

Neste ponto, reside a crítica de Alexy à teoria de Dworkin. Para ele, em Dworkin, a atividade complexa de ponderação é resolvida através da noção monológica de um juiz ideal, o que demonstra que *“una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta”*. Alexy discorda da teoria forte do sistema de princípios que propõe a única resposta correta. Para ele, tal teoria forte dos princípios teria necessariamente que conter *“todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara univocamente en cada uno de los casos”*. (ALEXY apud MAIA, 2001, p. 30).

O próprio Dworkin quando afirma a necessidade de um juiz com poderes divinos para formular tal teoria, parece reconhecer a impossibilidade de realizá-la concretamente. Apesar de Dworkin não formular uma teoria Moral de cunho jusnaturalista, formularia uma teoria Moral material, ainda que ancorada na reconstrução das instituições vigentes, elucida Maia. (MAIA, 2001, p. 30).

O princípio da integridade possui em Dworkin uma natureza material e não procedimental. Alexy não crê na possibilidade de teorias morais materiais, mas

tão-somente de teorias morais procedimentais. É justamente através do recurso ao procedimento que Alexy busca criar alternativa à discricionariedade judicial. (MAIA, 2001, p. 31).

Maia adverte, todavia, que isso não implica que Alexy abra mão de um sistema de princípios e que caia na total abertura propiciada pela Tópica⁶. Enfatiza que para que as teorias dos princípios sejam mais que meros catálogos de *topoi*, é necessária a existência de um sistema de condições de prioridades *prima facie*, e de um sistema de estruturas de ponderação. (MAIA, 2001, p. 31).

A Tópica também trabalha com ponderação. No entanto, para o tópico, o que importa é provocar a adesão do auditório, podendo o magistrado, para isso, lançar mão dos princípios, valores e diretrizes políticas que possuam maior potencial persuasivo. Não há, neste caso, necessariamente, a presença de elementos reguladores do processo argumentativo. Alexy propõe estes elementos. Impõe o estabelecimento de condições mínimas para que um princípio tenha precedência sobre outros, a formulação de certas regras de prioridade reguladoras do processo de ponderação. (MAIA, 2001, p. 31).

Alexy enfatiza que o peso relativo dos princípios, a despeito de sua definição cabal se dar somente no caso concreto, precisa ser minimamente pré-determinado. As prioridades *prima facie* indicam pelo menos um ponto de partida mais objetivo para a argumentação jurídica, que realizará a ponderação criando fortes exigências argumentativas para superá-las. “O que se trata é de pôr uma ordem mais apurada no sistema de princípios, que, de outro modo, não se distanciará muito de um catálogo de *topoi*”. (MAIA, 2001, p. 32)

Destarte, o sistema jurídico de Alexy pode ser definido como um sistema de regras, princípios e procedimentos. O procedimento regula a aplicação das regras e princípios, sua função é a de garantir a racionalidade das decisões. Maia afirma que a intenção de Alexy é formular uma versão procedimental da razão prática. (MAIA, 2001, p. 32).

⁶ A perspectiva tópico-retórica salienta que o Direito é um discurso persuasivo, cuja prova se dá pela argumentação e não pela verificação empírica, como nas ciências naturais. A Tópica, nome específico de um dos livros do *Organon* aristotélico, foi revisitada por Perelman e Viehweg. Para esta perspectiva, princípios são *topoi* que orientam a argumentação. (Ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação. 3. ed. SP: Atlas, 2001).

Na obra de Alexy, o procedimento ganha a forma de uma teoria da argumentação jurídica. O autor pretende “*captar los déficits de la teoría de los principios através de una teoría de la argumentación jurídica*”. A proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules. No entanto, na obra de Alexy a noção de única resposta correta possui apenas uma função regulativa. (MAIA, 2001, p. 33).

A pretensão de correção, e não a correção absoluta, torna-se critério para a aferição da validade do argumento. Nessa linha, se o processo argumentativo se desenvolve de acordo com as regras da razão prática, que serão explicitadas adiante, pode-se obter, senão a correção absoluta propugnada por Dworkin, ao menos uma correção relativa, e não, simplesmente, a persuasão do auditório. (MAIA, 2001, p. 34).

A pretensão de correção se caracterizaria pelos argumentos que buscam convencer um auditório universal, diz Alexy, valendo-se da distinção estabelecida por Perelman entre auditório particular e auditório universal e entre persuadir e convencer. (MAIA, 2001, p. 34).

Comparado a Perelman, Alexy estreita os limites do admissível discursivamente, valorizando, com idéias regulativas, as noções de correto e verdadeiro, em detrimento de noções como as de plausível e razoável, embora admita que não seja possível formular um procedimento que garanta a correção absoluta. (MAIA, 2001, p. 34).

O núcleo da teoria da argumentação de Alexy é um sistema de regras procedimentais que garantem a racionalidade da argumentação e de seus resultados. A racionalidade proposta por Alexy, em grande parte inspirada na obra de Habermas, é uma racionalidade dialógica. Assim, seu modelo, além de conter regras que podem ser formuladas tendo em vista uma racionalidade monológica, contém também regras reguladoras da interação discursiva. Tais regras visam a garantir, fundamentalmente, os seguintes postulados da racionalidade prática:

1) *un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual*, 2) *un grado sumo de información empírica*, 3) *un grado sumo de universalidad*, 4)

un grado sumo de desprejuiciamiento”. Alexy esclarece, no entanto, estas são condições ideais: *“La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan solo relativa.* (MAIA, 2001, p. 34 - 35).

Para Luis Afonso Heck, a ‘pretensão de correção’ de Alexy estabelece uma relação firme entre o Direito e a Moral. A pertença de princípios ao sistema jurídico significa que o sistema jurídico é um sistema aberto diante da Moral. O Direito é necessariamente unido com a ‘pretensão de correção’. Diz Heck “Se o ponderar e, com ele, o otimizar fossem incompatíveis com a correção, então eles não teriam de procurar nada no Direito”. (HECK, 2003, p. 67 e 93).

Segundo o próprio Alexy, o Direito promove uma pretensão de correção, sendo esta sua dimensão ideal ou discursiva.

Segundo o conceito de Direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação de eficácia. O conceito de Direito não positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o Direito, como ele é, e o Direito, como ele deve ser, e, com isso, entre o Direito e a Moral. O argumento principal para essa união entre Direito e Moral é a tese que o Direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção. (ALEXY, 2007, p. 09).

A correção aplica-se quanto ao conteúdo e ao procedimento e implica em fundamentabilidade. Promover a pretensão de correção consiste na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção. (ALEXY, 2007, p. 21).

A aprovação discursiva universal de uma norma depende da condição de que todos aceitem as conseqüências de seu cumprimento para a satisfação do interesse de cada um. Entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validade Moral existe uma relação necessária. Vejamos: “válidas são, rigorosamente, as normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais.” (Habermas *apud* Alexy, 2007, p. 27).

O autor nos diz que os argumentos clássicos do Positivismo jurídico da certeza e segurança jurídica desconsideram que entre certeza jurídica e correção quanto ao conteúdo existe uma relação de alternatividade, complemento, penetração e intensificação. Sendo estas duas últimas, condições de legitimidade do Direito. Segundo Alexy, o limite da primazia da certeza jurídica sobre o correto esbarra no limite quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma “medida insuportável”. Antijuridicidade extrema não é Direito, diz o autor. (ALEXY, 2007, p. 32).

No sistema jurídico, o correto depende do que foi determinado/fundado em autoridade ou institucionalmente. Nos *hard cases*, quando a lei e a dogmática não trazem solução ao caso concreto, se fazendo necessárias valorações adicionais que não se deixam depender somente do material fundado na autoridade dada, as reflexões de argumentação prática acerca daquilo que é bom para a comunidade terá lugar legítimo e a teoria do discurso assumirá relevo. Terão lugar questões de distribuição correta e compensação correta, que não são mais do que questões de justiça. “Questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a ‘pretensão de correção’ funda, também, no plano da aplicação do Direito, uma união necessária entre o Direito e a Moral”. (ALEXY, 2007, p. 39 e 40).

As regras para a argumentação propostas por Alexy possuem uma natureza ideal, servindo de referência para uma crítica qualificada das condições reais sob as quais se realiza o raciocínio jurídico. A pretensão de Alexy é a de formular uma espécie de “código da razão prática”, consistente em um sistema de regras balizadores do discurso jurídico. (MAIA, 2001, p.35).

O sistema de regras proposto por Alexy é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento, que o autor apresenta em “Teoria da Argumentação Jurídica”. Nesse sistema de regras, Alexy identifica dois grupos básicos: as regras que se referem à estrutura dos argumentos e as regras que se referem ao procedimento do discurso⁷. (MAIA, 2001, p. 35-36)

⁷ As regras que se referem à estrutura dos argumentos são, entre outras, as seguintes: 1) Regra que exige a não contradição. Essa é uma regra da lógica tradicional. Ao enunciá-la, Alexy mostra que a teoria da argumentação acompanha o princípio básico da lógica formal e, obviamente, não se propõe a substituí-la. É importante notar, no entanto, que a teoria da argumentação de Alexy se dirige ao discurso prático, para o qual a lógica formal não pode dar respostas suficientes. 2) Regra que exige a universalidade, no sentido do uso coerente dos predicados utilizados: É de se ressaltar que, para

As regras buscam regular o processo de interação discursiva, garantir os ideais de universalização, igualdade de direitos e não coerção. São essencialmente regras de cunho ético que possibilitam a liberdade⁸ do discurso, tendente à realização do potencial racionalizador do diálogo e articulam-se com o conceito habermasiano de situação ideal de diálogo. (MAIA, 2001, p.36).

Alexy ressalta que a diferença do discurso prático geral para o discurso jurídico se concentra no fato de que este é limitado pela lei, pelo precedente, pela dogmática e pelas leis procedimentais do processo. Assim, a argumentação jurídica é limitada sistêmica e normativamente. A argumentação tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis de uma norma controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado. (MAIA, 2001, p. 36).

6.4 O Neoconstitucionalismo: supremacia axiológica da Constituição

Como esclarece Miguel Carbonell, o que venha a se entender por Neoconstitucionalismo, sua aplicação prática e dimensão teórica, é ainda algo que se está por ver. Não se trata de um modelo já posto, consolidado, passível de ser estabelecido em curto prazo, pois contém em seu interior uma série de aspectos que dificilmente conviverão sem problemas. (CARBONELL, 2003, p.11).

Alexy, este é um critério vinculante, no sentido de que somente os argumentos normativos universalizáveis podem ser levados em conta. Diferentemente, na obra de Perelman, em que a idéia de universalidade equivale a um mero *topos*, que sustenta a superioridade do universal sobre o particular. 3) Regra que exige a clareza lingüístico conceitual: Essa regra tem em vista permitir que os participantes possam criticar as proposições normativas formuladas por outros com base no uso incorreto da linguagem, de modo que representa um estímulo decisivo à correção lingüística. 4) Regra que exige a verdade das premissas empíricas utilizadas. As Regras que se referem ao procedimento ou forma do discurso são: 5) Forma de argumento que leva à completude dedutiva. 6) Forma de argumento que leva à consideração das conseqüências. 7) Forma de argumento das ponderações. As formas de argumento características da ponderação são as chamadas regras de prioridade, que têm sentido somente quando há conflito entre duas outras regras. 8) Regra que exige o intercâmbio de posições. Alexy aduz que essa regra é a formula sintética do princípio da universalização de Habermas. 9) Regras relativas à análise do surgimento das convicções morais. (MAIA, 2001, p. 35-36).

⁸ Tais regras são as seguintes: 1) *Todo hablante puede participar en El) discurso; a) Todos pueden cuestionar cualquier aserción; b) Todos pueden introducir cuestionar cualquier aserción en el discurso; c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; 3) Ningún hablante puede ser impedido a través de una coaccion dentro o fuera del discurso a ejercer los derechos establecidos en 1 y 2.* (MAIA, 2001, p. 35).

Para Paolo Comanducci, o Neoconstitucionalismo se desdobra em teórico, ideológico e metodológico. O Neoconstitucionalismo teórico propõe-se a descobrir as realizações da Constitucionalização, a modificação dos sistemas jurídicos. Trata do modelo emergente de uma Constituição “invasora”, dada a presença de um catálogo de Direitos Fundamentais e a onipresença da Constituição, dos princípios e das regras. (COMADUCCI in CARBONELL, 2003, p.82-87).

O Neoconstitucionalismo ideológico ressalta a mudança ocorrida do Constitucionalismo para o Neoconstitucionalismo. Haveria, neste aspecto, uma mudança de foco da limitação do poder estatal para a garantia dos Direitos Fundamentais. O poder Estatal, neste novo contexto, não seria mais visto como fonte de temor, mediante o apoio de um modelo Estatal Constitucional e Democrático de Direito. O Neoconstitucionalismo metodológico, por sua vez, seria responsável por considerar os princípios Constitucionais uma ponte entre o Direito e a Moral. (COMADUCCI in CARBONELL, 2003, p.82-87).

Guastini fixou sete condições para a verificação do Neoconstitucionalismo. A primeira condição seria a existência de uma Constituição rígida. A segunda seria a garantia jurisdicional da Constituição, a existência de mecanismos de controle da conformidade das leis com a Constituição. A terceira seria a força vinculante da Constituição. A quarta corresponde à postura do intérprete em face da Lei Maior, predisposto a conferir interpretação extensiva àquela, a partir da qual seria possível extrair diversas normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política.

A quinta condição determina a aplicação direta das normas Constitucionais. Trata-se de uma superação da concepção clássica segundo a qual a função da Constituição seria meramente a de limitar o poder político, sem regular as relações entre particulares. Com o modelo neoconstitucionalista, a Constituição indubitavelmente assume a função de regular todas as relações sociais.

A sexta condição seria a interpretação conforme das leis. Técnica interpretativa pela qual as leis devem ter a interpretação conformada pela Constituição. Destaca que de cada texto normativo é possível extrair diversos significados, neste sentido, a eleição da possibilidade interpretativa que será efetivamente adotada deve ser pautada nas diretrizes Constitucionais.

A última condição imposta por Guastini para a verificação do Neoconstitucionalismo é a da influência da Constituição sobre as relações políticas. Neste sentido, destaca a possibilidade, em alguns ordenamentos, de se resolver conflitos puramente políticos por intermédio de um órgão jurisdicional, fazendo-se uso das normas Constitucionais. (GUASTINI in CARBONELL, 2003, p.50-58).

Luis Prieto Sanchís assevera que, em verdade, o Neoconstitucionalismo é uma ideologia que apresenta diferentes níveis e projeções. Sanchís aponta três níveis de projeção do Neoconstitucionalismo. O primeiro nível corresponde à filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito a melhor ou mais justa forma de organização política. O segundo nível pretende oferecer conseqüências metodológicas, que acarretam na vinculação entre Direito e Moral e a imposição de obediência ao Direito. Uma terceira dimensão, por sua vez, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, propondo a adoção de um comprometimento por parte do jurista.

O Neoconstitucionalismo seria caracterizado por reunir um forte conteúdo normativo e um sistema de garantia jurisdicional. “Trata-se de uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes”. (SACHIS in CARBONELL, 2003, p.65).

Afonso Garcia Figueroa destaca que o Direito apresenta virtudes morais e a Moral apresenta virtudes jurídicas a ponto de a Moral ter se transformado em uma forma diferente de Direito e o Direito, em uma forma diferente de Moral. Assim, atenta para o papel da Constitucionalização que os sistemas jurídicos têm desempenhado na fundamentação de uma vinculação do Direito com a sua dimensão ideal. (FIGUEROA in CARBONELL, 2003, p.78).

Embora alguns doutrinadores, a exemplo de Suzanna Pozzolo, compreendam que persiste a separação conceitual entre Direito e Moral em favor da autonomia do juspositivismo metodológico, admitem, como no caso específico desta autora, que com a perspectiva neoconstitucionalista, o Direito não poderia mais ser caracterizado tão somente pelo seu caráter coercitivo, uma vez que tal Direito assume caráter valorativo, em que a força seria tão somente um elemento acessório. Reconhece que o Neoconstitucionalismo entende o conteúdo de justiça

como interno ao Direito, ou seja, positivado. (POZOLLO, in CARBONELL, 2003, p. 90).

Tradicionalmente, a justiça e os Direitos Fundamentais eram proclamações meramente políticas, sem incidência prática, até se converterem em objetivos a serem efetivamente perseguidos pelo Estado. Esta mudança do Estado de Direito teria determinado um estreitamento do vínculo entre Direito e Moral, uma vez que, no Estado Constitucional, a Constituição é a norma hierarquicamente mais elevada, não só formalmente como também substancialmente. (FIGUEROA in CARBONELL, 2003, p.79).

6.4.1 Direitos Fundamentais: Conteúdo da Democracia Constitucional no Neoconstitucionalismo

Capelletti alude que os catálogos dos Direitos Fundamentais constituem o elemento central de quase todas as constituições do século XX, especialmente das promulgadas como reação aos abusos e perversões dos regimes ditatoriais que conduziram à Segunda Guerra Mundial. Por isso, a chamada “justiça constitucional das liberdades” ou “*Grundrechtsgerichtsbarkeit*”, ou seja, a proteção jurisdicional dos Direitos Fundamentais tornou-se parte importante e em rápida expansão do fenômeno da justiça constitucional. (CAPPELLETTI, 1993, p.62).

Enquanto vigorou o princípio da supremacia dos parlamentos, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa também para o legislador era concebível. No momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios que exprimiam valores fundamentais e irrenunciáveis de fato se encontravam ameaçados pelos próprios poderes legislativos, as declarações de direitos foram sendo internalizadas nos textos das Constituições. (CAPPELLETTI, 1993, p.65).

Inevitavelmente, o tribunal investido na tarefa de guardar a Constituição é desafiado a dar conteúdo a estes Direitos que, por sua natureza de valores fundamentais, são semanticamente vagos. Efetivamente, os juízes são chamados a interpretar e a criar *ex novo* o direito. No exercício de uma atuação inegavelmente política e necessariamente hermenêutica.

7 FUNÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO E A NOVA HERMENÊUTICA

A tarefa política que cabe ao Poder Judiciário de concretização dos Direitos Fundamentais, semanticamente vagos, é também uma tarefa hermenêutica. Política por sua natureza de escolha ética dos meios para levar ao homem da *polis* para a felicidade, devido à função promocional do direito, por conta dos controles recíprocos na atuação dos poderes estatais, em razão da necessidade de concretização de normas jurídicas de conteúdo deonto-axiológico na comunidade ético-política e da aspiração de se realizar a democracia substantiva, fundada no ideal da igualdade. Hermenêutica porque a concretização desses preceitos pelo Poder Judiciário perpassa pela interpretação de conteúdos vagos e indeterminados.

O conteúdo político e axiológico do Direito, enquanto saber da razão prática e a preocupação de que a concretização destes conteúdos vagos e indeterminados não perpassasse pela arbitrariedade ou pelo decisionismo, requerem o estudo e a utilização da Hermenêutica.

7.1 Definição de Hermenêutica

As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneurian*, usualmente traduzido por interpretar, e no substantivo *hermeneia*, interpretação. Sua origem está relacionada ao deus Hermes, que, na Grécia antiga, levava as mensagens dos deuses aos mortais e vice-versa. Realizava a tradução do humano para o divino. Nesta origem, *hermeneuein* possui três acepções: *Hermeneuein* como dizer, *Hermeneuein* como explicar e *Hermeneuein* como traduzir. (PALMER, 1999, p. 24)

A noção da Hermenêutica não foi a mesma em todos os tempos. Já foi entendida como a teoria da exegese bíblica; como Metodologia Filológica (ciência que estuda uma língua, literatura, cultura ou civilização a partir de documentos escritos), como Base Metodológica para as *Geisteswissenschaften*, como Fenomenologia do Dasein e da Compreensão Existencial e como um Sistema de Interpretação e Recuperação de Sentido. (PALMER, 1999, p. 43.) Nesta última

acepção, Emílio Betti definiu a hermenêutica como “uma teoria geral sobre as ciências do espírito” (BETTI, 2007, p.XCLX) e Carlos Maximiliano como “a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2010, p.01).

O Próprio conceito de interpretação varia consoante a proposta epistemológica a ser seguida. Interpretar pode significar revelar o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de aplicá-las a situações concretas, na proposta da escola da exegese francesa. Ou conferir este significado por um ato de vontade e autoridade, conforme os decisionistas mais genuínos, como Schmidt. Ou ainda, construir este significado de acordo com um sistema prévio, mais ou menos racional. Em qualquer caso, buscará reduzir a generalidade dos textos normativos à singularidade do caso concreto. Neste diapasão, surgem diversas propostas, a serem apresentadas em breve síntese, por meio da exposição de Cunha Júnior. (CUNHA JÚNIOR, 2007b).

A tópica de Viehweg privilegia o Caráter prático da Interpretação e aberto das Normas. Para ele, a interpretação constitui-se como Processo Aberto de Argumentação e parte do Problema para a norma. Os *topoi* são utilizados para revelar, dentro das múltiplas possibilidades, o significado mais conveniente. (CUNHA JÚNIOR, 2007b).

A hermenêutica-concretizadora de Hesse, para quem o círculo hermenêutico é um ir e vir entre texto e contexto. A interpretação se inicia pela pré-compreensão do sentido através de uma atividade criativa do intérprete para e a partir de uma situação concreta. Mantido, porém, o primado da norma sobre o problema. O intérprete é mediador entre o texto e o contexto. (CUNHA JÚNIOR, 2007b).

O método científico espiritual de Smend, para quem a Constituição é uma ordem de valores que tem a função de integrar a vida estatal. A Constituição é norma, mas é também realidade. A interpretação Constitucional deve aprofundar-se na pesquisa do conteúdo axiológico subjacente ao texto, na captação espiritual desse conteúdo, que é mutável. (CUNHA JÚNIOR, 2007b).

O método normativo estruturante de Friedrich Müller, para quem o texto normativo não contém imediatamente a norma, a interpretação constrói a norma. A

norma não é pressuposto, é resultado da interpretação e o texto é somente dado de entrada. (CUNHA JÚNIOR, 2007b).

Hodiernamente, as Democracias se converteram, por meio de suas Cartas Constitucionais, em Democracias Constitucionais voltadas para a tutela do homem e de sua dignidade, o que se reverteu no compromisso das Constituições com os Direitos Fundamentais. Conceitos de grande abertura semântica, cuja definição do significado é desafio hermenêutico a ser realizado, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

7.2 A Sociedade Aberta de Intérpretes

A noção da “Sociedade Aberta de Intérpretes” desenvolvida por Peter Häberle é primordial para a democratização da interpretação constitucional e, portanto, para o reconhecimento da legitimidade da Jurisdição Constitucional. Para ele, a teoria da interpretação constitucional tem, equivocadamente, se reduzido à interpretação dos juízes, realizada em processos formalizados e vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada. Ele propõe que se incorporem à teoria da interpretação constitucional as ciências sociais, jurídico-funcionais e métodos de interpretação voltados para o interesse público. (HÄBERLE, 2002, p. 12-13)

A partir desta afirmação, Häberle constrói o modelo de interpretação constitucional pela e para a sociedade aberta, na qual não é possível estabelecer-se um elenco de intérpretes da Constituição. O corolário da doutrina do autor é que todos que vivem a norma devem interpretá-la. (HÄBERLE, 2002, p. 14)

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é destinatário ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.” (HÄBERLE, 2002, p. 15).

Para Häberle, a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, portanto, com a participação das potências públicas, do cidadão ativo, bem como, dos *experts* e pessoas interessadas da

sociedade pluralista. Realiza a devida ressalva de que a Jurisdição Constitucional subsiste, a quem cabe a última palavra na interpretação, mas, destaca a força normatizadora do voto minoritário. (HÄBERLE, 2002, p. 17).

Assim, as concepções e atuações dos órgãos estatais, do indivíduo e dos grupos vinculam a interpretação constitucional, em sentido lato ou estrito, e convertem-se em “elemento objetivo dos direitos fundamentais”. A abertura do Processo Hermenêutico de Interpretação Constitucional assegura à interpretação do direito estatal a mesma pluralidade do momento de sua formação. O que é profundamente relevante diante das acusações de que a atuação do Poder Judiciário seria antidemocrática em face da pluralidade da sociedade.(HÄBERLE, 2002, p. 17).

Häberle faz uma apresentação sistemática dos participantes da interpretação constitucional aberta, que é válida de ser lembrada por sua extensão precisa:

1) As funções estatais, pela decisão vinculante (relativizada pelo voto vencido) da Corte Constitucional ou pela atuação dos demais órgãos submetidos à revisão daquela. 2) Os participantes do processo, requerente ou recorrente, requerido ou recorrido, ou aqueles que têm direito à manifestação ou integração, pareceristas e peritos. 3) Requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo. 4) os grupos de pressão organizados; a opinião pública democrática e pluralista manifestada pela mídia, associações, entidades de classes, comunidades religiosas. 5) Por fim, a própria doutrina constitucional. (HÄBERLE, 2002, p. 20).

O autor adverte que o processo político, embora quase sempre apresentado como livre da interpretação constitucional, não é um processo liberto da Constituição. O processo político formula pontos de vistas que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional. “Não existe apenas política por meio da interpretação constitucional, mas também interpretação constitucional por meio da política” (HÄBERLE, 2002, p. 26).

Häberle antevê a crítica sobre a possibilidade de dissolução da interpretação dado o grande número de interpretações e intérpretes e,

antecipadamente, já formula sua resposta, o autor diz que deve se atentar para a legitimação dos diferentes intérpretes constitucionais. (HÄBERLE, 2002, p. 29).

Alude que a questão da legitimação se coloca para aqueles que não estão formalmente vinculados a exercer a função formal de interpretação da Constituição, em outras palavras que não receberam da Magna Carta competência para esta tarefa. Para Häberle, sob o ponto de vista da Teoria da Interpretação, pela qual a interpretação é um processo aberto, que abrange possibilidades e alternativas diversas; e ainda, sob a perspectiva da Teoria da Norma, para qual a norma não é prévia, simples e acabada; a estrita correspondência entre legitimidade e a competência constitucionalmente fixada para interpretar, sucumbe. (HÄBERLE, 2002, p. 30).

A nova hermenêutica - contrária a ideologia da subsunção - torna imperativa a 'ampliação do círculo de intérpretes' - que compõem a realidade pluralista - para realizar a necessidade hermenêutica de integração da realidade no processo de interpretação. Assim, as influências e expectativas sociais a que se submetem os juízes contêm parte de sua legitimação. (HÄBERLE, 2002, p. 31).

A concepção de que quanto mais ampla for, sob o aspecto objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo de intérpretes, toma a Constituição um processo público. Para ele, a legitimidade das forças pluralistas de interpretação advém do fato de que estas forças representam parte da publicidade e da realidade da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p. 32).

“Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da vida da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”. (HÄBERLE, 2002, p. 32).

O autor aborda a legitimidade da pluralidade de intérpretes pelo viés da Teoria da Democracia. Para ele, embora estes intérpretes não tenham legitimação representativa, isto não lhes retira a legitimidade. Por que Democracia não se exerce somente por representação, mas, numa sociedade aberta, principalmente, pela

realização dos Direitos Fundamentais e pela interpretação pluralista da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p. 37).

Por isto, defende a substituição do conceito de ‘democracia do povo’, fundada na soberania popular, pelo de ‘democracia do cidadão’, fundada nos direitos fundamentais. Destarte, o pluralismo dos Direitos Fundamentais converte-se no cerne da Constituição Democrática. (HÄBERLE, 2002, p. 37).

Häberle aponta uma consequência de sua doutrina para a Hermenêutica Constitucional Jurídica: como muitos são os participantes do processo da Interpretação Constitucional, o juiz não interpreta isoladamente, funciona como um mediador, cuja atuação está circunscrita à ‘reserva da consistência’. (HÄBERLE, 2002, p. 41).

Häberle ressalta que a participação da opinião pública na Interpretação Constitucional não é organizada ou disciplinada, nisto reside a garantia de sua abertura e espontaneidade. Para ele, a teoria clássica da interpretação constitucional superestima o texto. (HÄBERLE, 2002, p. 43).

Adiante, o autor examina a dimensão do controle Judicial de Constitucionalidade de leis que passaram por grande discussão e interesse da opinião pública quando do processo legislativo. Diante desta análise, recomenda que em casos de profunda divisão da opinião pública a Corte Constitucional deve zelar para que não se perca o mínimo da função integrativa da Constituição e para que se leve em conta os interesses não representados ou não representáveis. Ressalta que o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. (HÄBERLE, 2002, p. 46-47).

Adverte que sua teoria não deve ser vista como harmonizadora, porque “consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e de compromisso”. (HÄBERLE, 2002, p. 51).

Häberle propõe que a doutrina Constitucional integre a Teoria da Legislação. Adverte que “É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para com todos, na qual a teoria constitucional deve ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo a sua função enquanto instância crítica”. (HÄBERLE, 2002, p. 53).

Conclui que a Teoria Constitucional Democrática por ele enunciada tem peculiar responsabilidade para a 'sociedade aberta de intérpretes da Constituição'. (HÄBERLE, 2002, p. 53).

Interessante Häberle ressaltar que a participação da opinião pública não é organizada, sob pena de perder a espontaneidade. Embora sejam válidos os instrumentos de abertura do processo constitucional por meio de institutos legais, como o *amicus curiae* ou as audiências públicas, a interpretação da sociedade aberta de intérpretes vai além disto. Discutir as decisões da Corte Constitucional também é forma de participar da Democracia Constitucional. Também é interessante ele destacar que este debate público não é consensual, como não é o espaço democrático. Mas, que o Direito Constitucional é de conflito e de compromisso.

7.3 Postulados da Hermenêutica Gadameriana

A Aplicabilidade do Direito é tarefa hermenêutica, não enquanto esta seja compreendida como uma proposta metodológica formal, mas uma proposta ontológica e crítica tal como alcançada por Gadamer e Habermas, sucessivamente. Inicialmente, há que se destacar que Gadamer entende a compreensão como a aplicação de algo geral a uma situação concreta. Neste autor, compreender é aplicar. No entanto, há que se ressaltar que esta aplicação do geral ao particular não se dá por mera subsunção. A pré-compreensão do intérprete, a tradição na qual ele está imerso e os preconceitos que possui constituem o processo cognitivo. Deste modo, a compreensão é sempre um ato criativo do intérprete. (GADAMER, 2005).

A compreensão dos fenômenos jurídicos se adéquam por excelência ao modelo gadameriano da compreensão. Talvez não exista área em que a pretensão de aplicação de toda compreensão seja mais nítida. O Direito, como saber prático, volta-se para a aplicação. Entretanto, a aplicação autômata, neutra, decorrência da subsunção dos fatos à lei, apregoada pelo positivismo foi desmistificada magistralmente pela Hermenêutica Filosófica de Gadamer. (GADAMER, 2005).

Para Gadamer, em *Verdade e Método*, na esteira de Heidegger, a estrutura da compreensão é circular. O intérprete, em contato com o texto, realiza

sempre uma projeção do sentido deste. Este primeiro projeto já é uma primeira compreensão e parte da pré-compreensão do intérprete. A interpretação começa com conceitos prévios, que vão sendo substituídos por outros mais adequados, numa constante reformulação do projeto, conforme se avança no texto. (GADAMER, 2005).

A primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão, pois, segundo Gadamer, a compreensão começa onde algo nos interpela. O sentimento de pertença é o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico que se realiza através de preconceitos fundamentais e sustentadores e possibilita a interpretação. (GADAMER, 2005).

Gadamer aponta que foi Heidegger que derivou a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da presença e que concebeu o círculo da compreensão como ontológico, mantendo estas premissas. A pré-compreensão do intérprete decorre de sua historicidade, de sua pertença à tradição, dos pré-conceitos que adquiriu ao longo de sua experiência enquanto ser temporal e finito.

A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermediam constantemente passado e presente. É isto que deve ser aplicado à teoria hermenêutica que está excessivamente dominada pela idéia dos procedimentos de um método. (GADAMER, 2005, p.385).

Para Gadamer, é imperioso reconhecer que toda compreensão é preconceituosa, no sentido de que não ocorre apartada dos preconceitos. Preconceito (*Vorurteil*) esclarece Gadamer, é “todo juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão” e não significa, de modo algum, falso juízo. Podendo ser valorado positiva ou negativamente. (GADAMER, 2005, p.360).

A pertença do intérprete à tradição e sua historicidade são conceitos fundamentais para compreender a hermenêutica gadameriana. Gadamer reabilita a tradição como condição para que a compreensão se realize. Diz ele:

Na verdade, não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela. (...) Se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. (GADAMER, 2005, p.367).

Ele adverte que o iluminismo levou os preconceitos e a tradição ao descrédito, negando-lhe validade porque não são fundamentados. Neste paradigma, a fonte última de toda autoridade, ao contrário das concepções arcaicas de mundo, não é a tradição, mas a razão. Para Gadamer, no entanto, “a razão somente existe como real e histórica (...) não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual exerce sua ação”. (GADAMER, 2005, p.367).

Gadamer esclarece que a autoridade não deriva da obediência, mas do conhecimento que o outro detém e do reconhecimento que logra. Logo, autoridade não se confere, mas se alcança⁹. Portanto, não é irracional, mas algo que pode ser compreendido. Deste modo, o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui autoridade que se tornou anônima e é por isso que não carece de fundamentação. Embora haja alguma contradição entre a tradição e a razão, esta não é absoluta. A tradição é essencialmente conservação, e esta, por sua vez, é um ato de razão, cuja validade se transmite e se conserva. Ademais, estamos sempre inseridos na tradição. (GADAMER, 2005, p.371-374).

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico", por isso, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão. (GADAMER, 2005, p.389).

⁹ Nas sociedades atuais em que a autoridade dos aplicadores do Direito advém das normas de competência, a comunidade pode reconhecer nestes aplicadores o conhecimento e referendar sua autoridade, caso contrário, os membros do Judiciário podem gozar de descrédito.

Gadamer chama de História Efeitual a exigência de que a hermenêutica deva mostrar à realidade a história da compreensão. Consciência hermenêutica deve incluir consciência histórica e ciência dos próprios preconceitos¹⁰. Negar a história efetual é gerar uma real deformação do conhecimento.

Entender é, essencialmente, um processo de história efetual. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade deste fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. (GADAMER, 2005, p. 397)

Somos seres históricos, portanto, o conhecimento ao nosso alcance também. 'Ser histórico' significa não se esgotar nunca no 'saber-se', estar em constante mutação. A compreensão tem a estrutura dialética de pergunta e resposta. A consciência histórico-efetual é um momento da realização da própria compreensão e atua na obtenção da pergunta correta. (GADAMER, 2005, p. 400).

7.3.1 A Hermenêutica Gadameriana, a Ética Aristotélica e o Problema Hermenêutico

Estabelecida a compreensão como um ato de aplicação, na hermenêutica gadameriana e segundo o próprio Gadamer, ganha relevo a ética aristotélica. Visto que a ética se volta sempre para aplicação, para as escolhas do homem em sua vida prática, constitui-se como um saber prático por excelência.

A abordagem aristotélica do saber ético, que se volta sempre à aplicação, se configura como um modelo do problema hermenêutico em Gadamer.

¹⁰ Tomar consciência de um preconceito implica em suspender sua validade, pois, enquanto este nos determina não podemos identificá-lo. Do ponto de vista lógico, todo preconceito tem estrutura de pergunta. A essência da pergunta é abrir e manter aberta as possibilidades. (GADAMER, 2005, p. 397)

A análise aristotélica se nos apresenta como uma espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica. Também nós tínhamos nos convencido de que a aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão, mas que o determina desde o princípio e no seu todo. (GADAMER, 2005, p. 481).

O problema hermenêutico consiste em, diante dos postulados gadamerianos da impossibilidade do intérprete possuir categorias de conhecimento prévias e acabadas anteriores ao momento cognoscente¹¹ e da indeterminabilidade prévia do objeto em si, a aplicação acontecer. Haja vista, pelo conceito de aplicação, só se aplicaria o que se soubesse previamente.

No entanto, diz Gadamer, assim como o saber ético, o problema hermenêutico se aparta do saber puro, dissociado do ser. O objeto não está dado, mas em relação com o intérprete. A compreensão hermenêutica, tal como o saber ético, se dá na pertença do intérprete à tradição. Assim, o dogma de que só se aplica o que se sabe previamente não se revela verdadeiro. A compreensão se dá de forma experienciada e o conhecimento se perfaz somente no momento da cognição.

A ética aristotélica e a hermenêutica gadameriana contêm a mesma tarefa de aplicação. A esta tarefa de aplicação Gadamer denomina o problema central da Hermenêutica.

Tampouco aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. Mas isso tampouco significa que o texto transmitido, seja, para ele, algo dado e compreendido com um algo geral que pudesse ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. (GADAMER, 2005, p. 481).

Considerando que a ética se volta para as escolhas do homem em sua vida prática, o saber ético é um saber aplicado, inerente às ciências do espírito, que

¹¹ O intérprete possui categorias de conhecimento prévias, advindas da tradição na qual está imerso, da história da qual faz parte, os preconceitos legítimos e os ilegítimos, na classificação de Gadamer, no entanto, estas categorias, embora prévias, não são acabadas.

requerem a correção prática do que é bom para o homem. “Um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido” (GADAMER, 2005, p. 466).

Gadamer anuncia literalmente que traz a ética aristotélica à discussão sobre hermenêutica para evitar a objetivação e o alheamento que caracterizam a hermenêutica e a historiografia do século XIX, decorrente do método objetivador da ciência moderna que decorre, por sua vez, de uma falsa objetivação. Para ele, neste sentido, a hermenêutica-espiritual não é ciência. O saber de que ela trata não se limita a constatar fatos, pois o que conhece a afeta imediatamente.

Neste ínterim, oportunamente destaca a distinção de Aristóteles entre o saber ético da *prhonesis* e o saber teórico da *episteme*. Para Gadamer, as ciências do espírito fazem parte do saber ético, são ciências morais que têm por objeto o homem e o que este sabe de si mesmo. “Este, porém, se sabe a si mesmo como ser que atua, e o saber que, deste modo, tem de si mesmo não pretende comprovar o que é”. (GADAMER, 2005, p. 468). Nestes termos, o Direito é ciência moral, saber ético, ciência do espírito, que tem por objeto o homem e o que este sabe de si, em seu dever de atuar, na tarefa de aplicação, da escolha, da decisão.

Gadamer desloca as ponderações aristotélicas sobre a ética para o campo da hermenêutica, que àquela se assemelha. Assim, discorre ele, o saber ético, o saber que o homem tem de si mesmo, que Aristóteles chama de ‘saber-se’ ou ‘saber para si’ se destaca do mundo teórico, e, distintamente da *techne*, não pode ser aprendido nem esquecido. Quando o homem se depara com ele, não pode dele se apropriar ou não. Este confronto se dá em situações em que o homem tem de atuar, surgindo, neste momento, a tarefa de aplicação do saber ético. Não obstante não possua o saber ético previamente acabado, que se perfaz na aplicação concreta.¹²

Para Gadamer, o mesmo ocorre com a Hermenêutica. No momento cognitivo, de confronto entre o intérprete e o objeto cognitivo, que não está dado,

¹² Segundo Gadamer, a análise da equidade de Aristóteles mostra que “toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção de atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção.” Reconhece na ponderação uma tarefa complementar do direito. É contrário ao convencionalismo extremado ou o positivismo Jurídico. Admite, por sua vez, o Direito Natural como àquele que não permite convenções quaisquer porque advém da natureza das coisas. No entanto, na medida em que a natureza das coisas admitam mobilidade, Aristóteles admite a mobilidade do Direito Natural. (GADAMER, 2005, p. 473-474).

mas se constitui dialeticamente nesta experiência, surge a tarefa de aplicação, o problema hermenêutico. A compreensão se realiza, não obstante o intérprete não possua categorias prévias de conhecimento acabadas, nem um objeto dado.

7.3.2 A Indeterminabilidade Prévia do Saber Ético e Hermenêutico e a Aplicação do Direito

O momento de aplicação do Direito, portanto, é momento de confronto do homem com questões morais e éticas e exige a sua atuação. Este, embora possua o arcabouço da *techne*, da dogmática jurídica, não possui o saber ético previamente acabado, que se perfaz somente na aplicação concreta, como nos demonstra Gadamer.

O saber ético requer a busca de conselho consigo próprio, nunca poderá ter o caráter prévio, próprio dos saberes técnicos, ensináveis. “Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida em seu todo está orientada.” (GADAMER, 2005, p. 477).

Aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu algo. Por educação e procedência está determinado, de modo que em geral sabe o que é correto. A tarefa da decisão ética é encontrar o que é adequado na situação concreta. (GADAMER, 2005, p. 471).

Por isto, diz Gadamer, não há um uso dogmático da ética, tampouco do Direito Natural. A doutrina das virtudes de Aristóteles apresenta formas típicas de justo, que funcionam como diretrizes, mas o saber ético responde aos estímulos da situação de cada momento.

Gadamer ressalta que é essencial do fenômeno ético que aquele que atua saiba decidir por si mesmo e não permita que lhe retirem essa autonomia. O homem ético aristotélico deve ter maturidade existencial para que compreenda as indicações que recebe da tradição como tais. Por educação e experiência deve ter desenvolvido uma atitude em si mesmo e um empenho constante de conservar em sua vida comportamentos corretos. (GADAMER, 2005, p. 467).

Aristóteles, segundo Gadamer, adverte que junto à *phronesis*, a virtude da ponderação reflexiva, na qual o saber-se da reflexão ética possui uma relação para consigo mesmo muito característica, aparece o entendimento (*Verstandnid*) uma modificação da virtude do saber ético, na medida em que não se trata do 'eu-mesmo' que devo agir. *Synesis* significa a capacidade de julgamento ético. A compreensão de alguém, que, julgando, desloca-se para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar. (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Portanto, também aqui não se trata de um saber em geral, mas de uma concreção momentânea, não se trata de um saber técnico. Só se alcança a compreensão adequada daquele que atua, na medida em que se deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro.

Na medida em que se possuam os conceitos aristotélicos de penetração de espírito (tem penetração de espírito aquele que está disposto a reconhecer o direito da situação concreta do outro e por isso se inclina em geral para o perdão e a compaixão) e tolerância. (GADAMER, 2005, p. 480) alcança-se a mínima aptidão para a arte de julgar.

7.4 Panorama da Hermenêutica Crítica de Jürgen Habermas

A Hermenêutica em Habermas não é uma técnica norteadas por regras, compreende a reflexão sobre o que compreendemos, sobre o que fazemos os outros compreender e sobre a persuasão. Desta forma, é uma arte não suscetível de ser aprendida, uma consideração filosófica das estruturas da comunicação diária. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 259-260). Seria, na denominação aristotélica, um saber da *phronesis*. Trata-se de um saber prático, não comprovável, voltado para a *práxis*.

Habermas reconhece a tradição, tal como Gadamer. Salaria que o sujeito entra na tradição lingüística pelo processo de socialização e esta passa a fazer parte de sua personalidade. Este sujeito garante um conjunto de sentidos na medida em que permanecer ligado ao contexto de tradição dogmática e implicitamente pré-adquirido. A experiência Hermenêutica dá a conhecer a posição deste sujeito falante perante a sua linguagem.

Para o *jus* filósofo em comento, as questões práticas, inseridas no domínio do meramente provável, só podem ser resolvidas pelo diálogo.

“Um bom discurso que leva a um consenso sobre decisões em questões práticas indica unicamente o ponto em que intervimos conscientemente neste processo natural e inato e procuramos alterar os esquemas interpretativos aceites, com o fim de aprendermos (e ensinarmos) a ver, de modo diferente, aquilo que compreendemos antecipadamente através da tradição e avaliarmolo de novo”. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 259).

Habermas ressalta a interligação da linguagem com a *práxis*¹³, a interpenetração mútua entre elas. Ele infere que a linguística não se interessa pela competência comunicativa que utiliza um sistema de linguagem no sentido de *langue*, que não constitui a dimensão pragmática em que *langue* se transforma em *parole*. Este é o campo que interessa à hermenêutica filosófica de Habermas.

Enquanto a linguística visa à reconstrução do sistema de regras que permite a criação de todos os elementos gramaticalmente corretos e semanticamente significativos de uma linguagem natural, a hermenêutica filosófica incide sobre as experiências básicas dos falantes competentes em termos comunicativos. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 267)

Deste modo, a hermenêutica de Habermas se debruça sobre a ‘situação comunicativa’, conceito por ele bem explorado. A situação comunicativa se instaura entre os sujeitos falantes, no âmbito experiencial, do vivido; de forma aberta e dialética.

Habermas impõe a auto-reflexão da situação comunicativa para esclarecer as experiências desenvolvidas pelo sujeito durante o exercício de sua competência comunicativa, não para explicar esta competência. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 262). Do exposto, Habermas extrai as seguintes conclusões:

¹³ Interligação que, segundo ele, é bem desenvolvida no conceito de ‘jogo de linguagem’ desenvolvido por Wittgenstein, segundo o qual o jogo de linguagem é uma forma de vida. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 260).

1) A consciência hermenêutica destrói a compreensão objetivista das humanidades tradicionais ao as inserir no contexto da história efetual¹⁴.

2) O conhecimento hermenêutico relembra às ciências sociais a pré-estruturação simbólica do seu objeto¹⁵.

3) A consciência hermenêutica afeta a autocompreensão cientificista das ciências naturais, mas não a sua metodologia. A perspectiva de que a linguagem natural é última metalinguagem para todas as teorias formais, esclarece o lugar epistemológico da linguagem cotidiana dentro da atividade científica.

4) O conhecimento hermenêutico traduz a informação científica para a linguagem da vida social, logo, toda ciência que espera ter aplicação prática depende da retórica.

Com estas conclusões, Habermas reintegra a experiência da ciência na nossa própria experiência de vida. Ele diz que a ciência moderna, por meio da observação controlada, fez várias afirmações sobre coisas, por via monológica, eliminando a intersubjetividade, mas, entretanto, que este conhecimento monológico apenas se torna inteligível na dimensão do discurso. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 265)

No entanto, a compreensão hermenêutica encontra limites, adverte Habermas. O limite, segundo ele, não está na objetividade da compreensão linguística, no horizonte finito de uma compreensão de vida articulada por ela, ou na potencial incompreensibilidade do que é implicitamente considerado evidente, que impede o esforço interpretativo. A incompreensibilidade resulta de uma organização deficiente do próprio discurso, que produz a pseudocomunicação. “A pseudocomunicação origina um sistema de equívocos que não pode ser reconhecido como tal, sob a aparência de um consenso falso”. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 268).

O discurso fidedigno necessita de sujeitos falantes competentes. Conceito de Habermas, atrelado ao de competência comunicativa, que se refere à capacidade

¹⁴ História efetual, conceito desenvolvido por Gadamer, compartilhado por Habermas, pelo qual o homem é tomado na pertença que deve à História, ver item 1.1.

¹⁵Tal como em Gadamer, o objeto do conhecimento hermenêutico se constitui no momento da cognição/aplicação, na interação com o sujeito. A pré-estruturação do objeto é somente simbólica.

do sujeito entender o discurso, as suas regras e o seu conteúdo, e, além de compreender, ter a liberdade necessária para exercer esta compreensão. Trata-se de uma teoria política, pois, esta competência depende de uma emancipação política do sujeito e de certo nível de igualdade entre os falantes. Caso contrário, no lugar de um diálogo fidedigno, haverá a 'pseudocomunicação' e o consenso falso.

Para refletir e verificar a genuinidade da comunicação estabelecida, dos consensos ou tradições daí advindas e a competência comunicativa dos 'sujeitos falantes', Habermas sugere o uso da Hermenêutica das profundezas ou Reflexiva, segundo ele, inaugurada pela psicanálise, capaz de averiguar as distorções do discurso e suas simbologias.

Em "Conhecimento e Interesse" Habermas dedica alguns capítulos a demonstrar como a psicanálise realiza o desvelamento do falso discurso, constituindo-se num modelo hermenêutico interpretativo que se vale da interpretação de símbolos e das correlações inconscientes feitas pelo sujeito. A Hermenêutica criticamente esclarecida é capaz de reconhecer as condições que permitem a comunicação sistematicamente distorcida e articular ao processo de compreensão o princípio do discurso racional.

7.4.1 A pseudocomunicação em Habermas face ao primado Ontológico da Tradição Lingüística em Gadamer

No entendimento de Habermas, Gadamer fixa o primado ontológico da tradição lingüística quando estabelece, para a compreensão do sentido, a dependência do contexto e de compreensões prévias assentes na tradição. De modo que o esclarecimento hermenêutico de expressões incompreensíveis ou equívocas tenha de levar sempre a um consenso que tenha sido estabelecido com segurança por uma tradição convergente. Em decorrência, a tradição e as estruturas de avaliações prévias proibem a contestação do consenso estabelecido concretamente. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p 286).

Habermas, a partir do conhecimento da comunicação sistematicamente distorcida, revelável pela hermenêutica das profundezas, questiona este primado ontológico gadameriano. Para ele, o consenso alcançado por meios aparentemente

racionais pode ser o resultado de uma ‘pseudocomunicação’, portanto, um pseudoconsenso. “O Iluminismo sabia o que a hermenêutica filosófica esquece – que o diálogo que nós, segundo Gadamer, somos, é também um contexto de domínio e precisamente por isso não é diálogo”. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p 287).

O primado ontológico da tradição só seria legítimo, bem como a pretensão da hermenêutica à universalidade, diz Habermas, se houvesse a certeza de que em todo o consenso a que se chegasse por intermédio da tradição lingüística não houvesse qualquer imposição de força ou distorção. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 288).

Entretanto, o que se verifica pela hermenêutica das profundezas é que o dogmatismo do contexto da tradição está sujeito à objetividade da linguagem em geral, mas também à repressividade de forças que deformam a intersubjetividade do acordo enquanto tal e que distorcem sistematicamente a comunicação cotidiana. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 288).

O argumento de Gadamer pressupõe que o reconhecimento legítimo e o consenso em que assenta a autoridade possam surgir e desenvolver-se sem força. No entanto, a experiência da comunicação distorcida revela que o ambiente consensual das tradições instituídas e dos jogos de linguagem pode ser um consenso forçado, resultante de uma ‘pseudocomunicação’. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 291).

Habermas propõe o princípio do discurso racional, pelo qual a verdade só será garantida pelo consenso que for alcançado sob as condições idealizadas da condição ilimitada, livre de influências, e que possa ser mantida ao longo do tempo. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 288).

A verdade é aquela característica compulsão em direção ao reconhecimento universal não forçado, ligado a uma situação de discurso ideal e a uma forma de vida que torna possível o acordo universal não forçado. (...) A idéia de verdade que se compara a um verdadeiro consenso, implica a idéia de vida verdadeira. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 289-290).

A Hermenêutica das profundezas juntamente com o princípio regulador do discurso racional, procura os vestígios histórico-naturais que ainda restam da comunicação distorcida, ainda contidos nos acordos fundamentais e nas legitimações reconhecidas. A submissão do Direito, que é uma legitimação reconhecida, à Hermenêutica das profundezas é um desafio para o aplicador¹⁶ do Direito.

7.4.2 O Interesse Emancipatório

Para Habermas, a verdade só é alcançada pelo consenso advindo de sujeitos competentes, fora de um contexto de dominação, porque neste contexto é impossível haver diálogo verdadeiro. Para tanto, o homem precisa emancipar-se politicamente. Uma maneira de se alcançar esta emancipação é a reflexão Hermenêutica da situação comunicativa, dotada de força emancipatória. “O momento de uso criativo e bem sucedido da linguagem é um momento de emancipação”. (HABERMAS, 1971, p. 282) e ainda “Um ato da auto-reflexão que altera a vida é um movimento da emancipação”. (HABERMAS, 1971, p. 282).

O homem emancipado é o homem autônomo e livre em face dos outros, para isto, há que se resguardar um mínimo de igualdade. “O esclarecimento que resulta da compreensão radical é sempre político”. (HABERMAS in BLEICHER, 199?, p. 293).

A emancipação alcançada no momento hermenêutico é possível porque todo conhecimento é orientado pelo interesse, categoria crucial em Habermas. O interesse, suscetível de orientar o conhecimento é inato à razão, não se sujeita à distinção entre determinações empíricas e transcendentais ou fáticas e simbólicas.

No entanto, em Habermas, a correlação entre a razão teórica e a prática é indispensável. O interesse está ligado a ações que fixam as condições de todo conhecimento possível, estas, por sua vez, dependem de processos cognitivos. “Para que haja um interesse cognitivo é necessário não apenas promover o uso especulativo da razão enquanto tal, mas também conectar a razão especulativa pura

¹⁶ Este trabalho utilizará a expressão aplicador do Direito porque seu uso está consolidado. Porém entende que não há aplicadores de um Direito posto e pronto à aplicação.

com a razão prática pura, e isso a partir das exigências desta razão prática”. (HABERMAS, 1971, p. 215).

O interesse emancipatório subordina a razão teórica à prática. Habermas ressalva que o conceito do interesse da razão já irrompe na filosofia transcendental de Kant, mas que foi Fichte quem primeiro realizou esta subordinação. É apenas no conceito fichteniano da auto-reflexão interessada que o interesse, incorporado passa do ato-do-conhecer para o ato-do-agir. (HABERMAS, 1971, p. 214 - 219).

Toda lógica pressupõe a necessidade da emancipação e um ato originário de liberdade para que o homem se eleve até o ponto de vista idealista da maioria emancipatória, a partir do qual é possível sondar de forma crítica o dogmatismo da consciência natural e, em consequência, os mecanismos ocultos da autoconsciência do Eu e do mundo: O supremo interesse, a razão de todo e qualquer interesse, é o interesse para conosco mesmos. (HABERMAS, 1971, p. 219 a 226)

A razão, ditando ambos os interesses, não é doravante mera razão prática pura, mas uma razão que une conhecimento e interesse na auto-reflexão. Do mesmo modo, os interesses voltados para a atividade da comunicação e da instrumentalização incluem necessariamente as categorias do saber que lhes são próprias: eles adquirem *ipso facto* o peso valorativo de interesses capazes de orientar o conhecimento.

No interesse pela autonomia do Eu, a razão se impõe na mesma medida em que o ato da razão produz, como tal, aquilo que a chamamos liberdade. A auto-reflexão é percepção sensível e emancipação, compreensão imperativa e libertação da dependência dogmática numa mesma experiência. O dogmatismo, esse que dissolve a razão tanto em termos analíticos quanto práticos, é uma falsa consciência: erro e, por isso mesmo, existência aprisionada. (HABERMAS, 1971, p. 215)

O processo emancipatório depende de condições objetivas e subjetivas. Por um lado, depende de condições de uma societarização individualizadora de agentes comunicativos interagindo e por outro, de um meio que tecnicamente precisa fazer-se disponível.

Para Habermas, a ciência é alienada dos interesses que seriam capazes de dar sentido aos seus conhecimentos. As teorias científicas possuem um saber que é tecnicamente aplicável, mas nenhum saber normativo, que serviria à atividade prática. O processo possibilitado pelas ciências é crítico, mas a remoção crítica dos dogmas não liberta, deixa indiferente.

Destarte, a ciência não é emancipatória, mas nihilista. Também as ciências do espírito ficarão, no momento em que obedecem aos critérios do método científico, alienadas do complexo da vida. (HABERMAS, 1971, p. 300 a 306).

O Direito voltou-se para o homem, o interesse supremo Habermasiano, porém o seu enfoque continua o da técnica aprisionada à dogmática. Isto se constitui numa contradição. O Direito, manejado de forma instrumental, para a resolução de conflitos, mostra-se ineficiente. Os aplicadores ainda buscam a subsunção dos fatos aos dispositivos normativos para declarar o Direito em busca da segurança. A busca pela eficiência da prestação jurisdicional se dá por análise quantitativas e demonstráveis, a exemplo da medição do tempo de duração dos processos ou do número de processos julgados. A relação processual funda-se em 'pseudo-comunicações' e falsos consensos, os seus sujeitos estão alienados, no sentido habermasiano, e o Direito, alienado da vida.

7.5 A Ética Aristotélica na Hermenêutica Gadameriana *Versus* o Interesse Emancipatório da Hermenêutica Habermasiana: um vetor ético e emancipatório para a politização do Poder Judiciário

Como dito, o homem ético aristotélico, voltado para a escolha do que é bom para si, conhece a si mesmo e possui autonomia para fazer esta escolha, deve saber decidir por si mesmo e não permitir que lhe retirem essa autonomia, deve ter maturidade existencial para que compreenda as indicações que recebe da tradição e um empenho constante de conservar em sua vida comportamentos corretos. (GADAMER, 2005, p. 467).

Neste ponto, a relação com a filosofia de Jürgen Habermas é quase necessária. Habermas adverte que vivemos em um contexto de domínio que vicia as estruturas de comunicação e a autonomia do homem para fazer suas escolhas. O

homem ético aristotélico deve 'saber-se' para saber atuar, mas, complementa Habermas, precisa ter as condições para fazê-lo. No contexto de domínio, não há estas condições. Habermas debruça-se sobre a comunicação distorcida que ocorre neste contexto de domínio.

O falso consenso advindo da 'pseudo-comunicação' não pode orientar a atuação ética do homem, porque advém de homens não emancipados. O falso consenso, porque advindo de uma situação de dominação, não conduzirá ao bem do homem, fim ético aristotélico. A verdade só é alcançada pelo consenso advindo de sujeitos competentes e emancipados no contexto do diálogo verdadeiro, consoante lição de Habermas.

Na seara do falso consenso, o conhecimento produzido não se orienta pelo 'interesse supremo', o próprio homem. Em Aristóteles, o 'saber-se' já envolvia a reflexão necessária, a *phronesis*, virtude da ponderação reflexiva. A reflexão necessária também aparece em Habermas, que propõe a Hermenêutica criticamente esclarecida, ou das profundezas, cujo método altamente reflexivo, na esteira da psicanálise, busca a emancipação do homem e a produção do conhecimento voltada para o 'interesse supremo'. Em Habermas, a reflexão incide sobre a posição do homem na situação comunicativa, que é sua posição na tradição, na história efetual, na alteridade com o outro, categorias gadamerianas. Habermas funde os estudos sobre a linguagem a premissas existencialistas, finalidades éticas e arcabouço marxista.

Na sociedade atual, de massas e midiática, o pensamento deste autor complementa o pensamento de Gadamer de que somos diálogo e nos definimos no diálogo. Outrossim, avança na tarefa de aplicação da ética aristotélica. O homem habermasiano se constitui na situação comunicativa e na situação comunicativa se coloca perante os demais sujeitos falantes, na experiência do vivido.

A conjugação teórica e prática da figura do homem ético aristotélico ao homem emancipado habermasiano – o segundo pode ser compreendido como o desdobramento pós-moderno do primeiro – é crucial para a consolidação da Democracia e para a aplicação do Direito na Democracia que se pretenda Constitucional, permeada pelo pluralismo e multiculturalismo.

A existência do homem emancipado, que se perfaz na experiência do vivido, na situação comunicativa, na *práxis*, é condição para a existência de democracia genuína. Neste contexto, a aplicação do Direito, sempre ato político, da *práxis*, é uma escolha ética e emancipatória do homem desperto e consciente.

Não obstante a ciência iluminista tenha fixado o domínio da razão como único parâmetro de validade e produzido conhecimento monológico apartado do homem, há que se resgatar a intersubjetividade e dialeticidade inerentes aos saberes práticos. Na esteira de Habermas, não há ciência dissociada da prática ou saber teórico dissociado da *práxis*. Há que se conjugar o conhecimento ao interesse supremo, o homem, e subordinar o conhecimento teórico à finalidade prática do domínio da ética. Caso contrário, a ciência e o Direito, em sua roupagem técnica e dogmática, serão niilistas e alienados da vida.

O interesse supremo é um interesse ético. A ética é saber prático que se volta sempre para aplicação, para as escolhas do homem pelo que é bom e leva à felicidade. Outra abordagem é fonte de equívocos, pois, somos seres históricos e assim devemos ser compreendidos e compreender o mundo. Somos seres que se definem na alteridade com o outro, na situação comunicativa. Constituímos-nos na necessidade de atuação, na situação comunicativa. O homem não é um dado, está em constante mutação, em interação. Na pertença a esta historicidade que se constitui todo saber.

O reconhecimento de nossos preconceitos e de nossa historicidade e a aceitação da imprescindibilidade destes no nosso conhecimento do mundo permitem que nos conheçamos melhor. A reabilitação da tradição possibilita um conhecimento mais amplo e real. O diálogo fidedigno, os sujeitos falantes competentes, existencialmente maduros e politicamente emancipados são indispensáveis à integridade da situação comunicativa em que nos inserimos, inclusive no Direito. As distorções da comunicação diárias impedem as escolhas éticas, alienam o homem, impedem sua emancipação e sua felicidade.

O Direito, saber prático, não comprovável, se resolve no respeito à dialogicidade. Deve ser entendido e refletido pela hermenêutica filosófica e crítica, orientado ao interesse supremo, o próprio homem, em sua dimensão ética e prática, sob pena de um grave erro de enfoque. O reconhecimento da dimensão ética do Direito é inexorável, a conversão deste no saber voltado para a escolha pelo homem

do que é bom para todos os homens. A 'penetração de espírito' e a 'tolerância' aristotélicas se mostram imprescindíveis a esta arte.

A ética, como demonstrado por Aristóteles e desenvolvido por Habermas, exige reflexão. A teoria habermasiana do interesse emancipatório aprofunda o entendimento da atualidade hermenêutica da ética aristotélica trazida pela Hermenêutica Gadameriana. As teorias se completam e servem de vetor à atuação do Poder Judiciário Politizado, espaço de atuação e participação política, de tutela do homem e de sua dignidade, de escolhas éticas e de realização dos valores constitucionais.

7.6. A legitimidade discursiva e a Teoria da Argumentação Jurídica

A consistência da interpretação judicial contribui decisivamente para sua legitimidade, o que torna o fenômeno da interpretação judicial um exemplo único de competência política auto-referente. (APPIO, 2007, p. 233).

Agra colaciona Bruno Romano para destacar que uma das formas de legitimidade, reflexo da pós-modernidade, baseia-se na linguagem. Quem produz um enunciado lingüístico deve ter autoridade para proferi-lo, com condições para legitimá-lo. A legitimação pós-moderna é pós-subjetiva, decorrendo, de forma topológica, do deslocamento de símbolos lingüísticos, aceitos por um grupo de pessoas. (ROMANO *apud* AGRA, 2005, p. 149).

A legitimidade discursiva do Judiciário na Democracia Constitucional repousa na capacidade de convencimento do argumento, na capacidade de, diante das inerentes tensões da Democracia, escolher um dos argumentos dentre os que colidem na 'comunidade de valores compartilhados', para criar algum nível de consenso, a partir da verificação racional do argumento.

A Constituição de um Estado deve ser interpretada como uma metalinguagem normativa, capaz de decidir se e quando os aspectos relacionais dos discursos normativos devem ser mantidos ou modificados. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 141)

Diversas são as propostas de se compreender a legitimidade discursiva e fundá-la em uma Teoria da Argumentação Jurídica. Na doutrina de Habermas, em resumo, a legitimação discursiva se opera pelo alcance da ‘verdade consensual’, advinda do debate, da construção do consenso a partir do dissenso, externada em linguagem autêntica, justificável e consensual (HABERMAS, 2003). A Tópica de Viehweg (2008) e a Retórica de Perelman são outras propostas. Este trabalho abordará a pragmática exposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em sua Teoria da Norma Jurídica e o Constitucionalismo Discursivo de Alexy.

7.7 O Discurso Normativo por Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Tércio afirma que para o entendimento do Direito, visto que este possui um aspecto de linguagem, há que se fazer sua análise sob a perspectiva da semiótica em seu aspecto pragmático. A semiótica encara os signos em suas relações entre si próprios (sintática), em relação aos objetos extralingüísticos (semântica) e na relação aos seus intérpretes e usuários (pragmática). Tércio acrescenta à pragmática as noções de discurso e de diálogo, inserindo o seu sentido na teoria do falar e da relação discursiva, cujo centro está no princípio da interação. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 141).

O autor faz a abordagem da norma sob o seu aspecto lingüístico e enuncia que todo Direito, como condição de existência, é formulável em linguagem, imposta pelo postulado da alteridade. Normas jurídicas são fatos lingüísticos, embora não exclusivamente linguagem, adverte o autor. São decisões prévias cuja função é determinar outras decisões. Assim, a abordagem pragmática ressalta o aspecto procedimental do discurso normativo. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 141).

Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 141).

Conceito chave da teoria de Tércio é o de *situação comunicativa*, situação de ensinar e aprender, na qual se manifesta a compreensibilidade da ação. Assim, o

falar não é uma seqüência predeterminada de articulações, o que faz que uma ação ocorra é o comportamento seletivo das partes postas na relação. O mundo e circundante influencia a relação comunicativa e, sempre que sua complexidade é reduzida pelo estabelecimento de regras, estrutura-se a situação comunicativa, a exemplo do discurso do Direito. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

A situação comunicativa se dá no modelo pergunta/resposta e, desta forma, o ato de falar se revela reflexivo. Quanto mais reflexiva, mais complexa a situação comunicativa. A situação comunicativa, cuja reflexividade é controlada por regras, constitui o discurso racional. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

O discurso apela ao entendimento de outrem, portanto, não basta que seja provável, mas comprovável. A racionalidade não emerge do consenso sobre o que se diz, mas do mútuo entendimento sobre as regras deles. Para isto, as regras devem emergir de dentro do discurso, não de fora. Um discurso irracional não respeita o dever de prova e desqualifica o comportamento crítico do ouvinte. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

Para que o discurso seja racional ele não precisa de uma cadeia fundamentante que conduza a axiomas últimos que fundamente tudo. A regra da fundamentação, ou do questionamento, ou do dever de prova, conduz, inevitavelmente, a questões aporéticas.

Num discurso de estrutura dialógica, a alta reflexividade determina o discurso como “um jogo infinito de estratégias que se organizam a partir de *topoi*” “A presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas”. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 21-23).

Tércio define os *topoi* como fórmulas de procura que orientam a argumentação, construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão. Assim, o discurso dialógico, sendo tópico, é sempre aberto e não axiomatizável, além de ser histórico, dado o fato dos *topoi* emanarem da situação comunicativa¹⁷.

¹⁷ Tércio lembra que, segundo Hannah Arendt, onde se utiliza a força, a autoridade fracassou, e onde se utilizam os argumentos persuasórios a autoridade está suspensa.

Se é verdade que a racionalidade não está nos fins propostos da ação (racionalidade dos fins), nem da correlação de fins e meios (coerência da ação), nem por isso deixa de haver um traço divisório entre razão e irrazão. A visão pragmática da racionalidade nos permite dizer que esta não se localiza nem em “formas (invariáveis, essenciais), nem em “matérias” (variáveis, contingentes) nem nas manipulações, nem mesmo em ‘premissas” que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso da decisão, mas no tratamento correlacional e regrados das questões e soluções de questões. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 17)

O sistema normativo jurídico encerra uma relação complementar entre editor e sujeito normativo. Nos discursos heterológicos o consenso é possível, não em razão da verdade, mas em razão de uma decisão. Em discursos heterológicos, admite-se a possibilidade de decisões legítimas que não tenham o consenso fático das partes às quais se destinam, apoiando-se, neste caso, as decisões em consensos fictícios, que elas sejam capazes de implantar.

Os discursos decisórios repousam em questões aporéticas, diante das quais qualquer opção é ponto de partida que pode ser ensinado (*dogma, dokein*), mas não pode eliminar outras possibilidades, repousando sua força justamente na sua capacidade de sustentar-se no confronto com outras possibilidades” (...). O limite de racionalidade dos discursos heterológicos está na sua capacidade de assumir aporias, sendo irracionais os que as excluem o tentam eliminá-las.(FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 167).

Os discursos verdadeiros relacionam sua legitimidade à competência comunicativa dos comunicadores, os discursos decisórios fazem desta competência questão de legitimidade, daí observamos a rigidez das normas de competência nos sistemas normativos - no entanto, adverte o autor a observâncias das regras de competência por si só, não garante a legitimidade. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

É possível axiomatizar discursos verdadeiros, mas não é possível fazer o mesmo com discursos decisórios, pois estes não se fundam em verdades, sendo passíveis apenas de dogmatização. Destarte, o discurso normativo é heterológico e dogmatizável. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

Tércio adverte que o discurso normativo é estruturalmente ambíguo, pois o endereçado é, ao mesmo tempo, convidado a participar, co-determinando o

sentido do relato, e convidado apenas a submeter-se, sendo ao mesmo tempo monológico e dialógico. Assim, a norma expõe-se ora interpretativa ora dogmaticamente. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

Para ele, a ideologia, instrumento metavalorativo, perverte o sentido dialógico dos valores, o que pode conduzir ao decisionismo de Luhmann, que reduz a legitimidade a procedimentos decisórios. Segundo Tércio, para Luhmann, a função da decisão é absorver a insegurança, portanto, basta como fundamento de uma decisão a certeza da decisão e a crença na legalidade. Para este autor, propor fundamentos não teria funcionalidade nenhuma, pois, a legitimidade estaria na ficção de que esta possibilidade exista, mas não seja realizada. Assim, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

Tércio entende que este posicionamento torna o Direito um instrumento de controle e de manipulação e forma pervertida de comunicação, pois dá ao endereçado do discurso a impressão de que o discurso obedece às regras de fundamentação. O sistema normativo se legitimaria, então, na medida em que esta ilusão fosse garantida. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

Para Tércio, a legitimação discursiva do discurso normativo, por ser este heterológico, está na observância das regras do discurso racional, sendo a mais importante delas a garantia da possibilidade de questionamento das premissas e o dever de prova. Tércio reconhece que as premissas serão mais verossímeis do que verdadeiras e que o contínuo questionamento destas levará inevitavelmente a aporias. No entanto, garante que é exatamente nesta peculiaridade que residirá a legitimidade racional do discurso normativo. (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

“É, entretanto, o caráter aporético do fundamento último dos discursos normativos que explica, a nosso ver, a sua peculiar forma de legitimação. Como neles o aspecto-cometimento e o aspecto relato são, até certo ponto, independentes, pode se entender que a norma jurídica seja indiferente à verdade, admitindo uma lógica própria.” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p?).

7.8 O Constitucionalismo Discursivo de Alexy

Alexy coloca como premissa a tese de que o Direito promove uma pretensão de correção, sendo esta sua dimensão ideal ou discursiva¹⁸. A correção aplica-se quanto ao conteúdo e ao procedimento e implica em fundamentabilidade. Promover a pretensão de correção consiste na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção. (ALEXY, 2007, p.?).

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática, pela qual, uma norma é rigorosamente correta quando resulta de dado procedimento, a argumentação. Para Alexy, o procedimento é definido pelas regras do discurso, que estabelecem condições do argumentar prático e racional. (ALEXY, 2007, p.?).

Dentre as regras do discurso do Direito, algumas são regras gerais de racionalidade, tais como, a liberdade de contradição, a universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados empregados, a clareza conceitual idiomática, a verdade empírica, a consideração das conseqüências, o ponderar, a troca de papéis e análise do nascimento de convicções morais. (ALEXY, 2007, p.?).

Alexy admite que essas regras valham também para os monólogos, mas ressalta que assumem relevância no discurso heterológico. Sobretudo as regras segundo as quais cada um tem permissão de por em questão cada afirmação, para introduzir uma afirmação no discurso e manifestar suas colocações, desejos e carências. (ALEXY, 2007, p.?).

A aprovação discursiva universal de uma norma depende da condição de que todos aceitem as conseqüências de seu cumprimento para a satisfação do interesse de cada um. Entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validade moral existe uma relação necessária. Vejamos: “válidas são, rigorosamente, as normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais.” (HABERMAS *apud* ALEXY, 2007, p. 27).

Para Alexy, a Democracia é exemplo da categoria do necessário discursivamente. Afirma que a teoria do discurso possibilita a argumentação prática

¹⁸ A decretação de acordo com a ordem e a eficácia social formam o lado fático e institucional do Direito, para Alexy.

racional, e, desta forma, o próprio Estado Democrático Constitucional¹⁹. Daí advém a fantástica ligação, em Alexy, entre a legitimidade discursiva do Judiciário e a Democracia Constitucional. A união entre o discurso e Direito compõem o Estado Constitucional Democrático, vejamos: “o discurso precisa do Direito para obter realidade e o Direito do discurso para obter legitimidade”. (ALEXY, 2007, p. 33).

O autor afirma que os argumentos clássicos do positivismo jurídico da certeza e segurança jurídica desconsideram que entre certeza jurídica e correção quanto ao conteúdo existe uma relação de alternatividade, complemento, penetração e intensificação. Sendo estas duas últimas, condições de legitimidade do Direito. Segundo Alexy, o limite da primazia da certeza jurídica sobre o correto esbarra no limite quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma medida insuportável. “Antijuridicidade extrema não é Direito”, diz o autor. (ALEXY, 2007, p. 32)

7.9 Democracia Deliberativa, Direitos Fundamentais e Representação Argumentativa do Cidadão

O princípio do discurso exige Democracia Deliberativa, na qual, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano de argumentos em que todos os cidadãos lutam por uma solução política correta. “A teoria do discurso leva ao Estado Constitucional Democrático duas exigências ao conteúdo do sistema jurídico: Direitos Fundamentais e Democracia”. (ALEXY, 2007, p. 33)

A Democracia Deliberativa pressupõe a possibilidade de racionalidade discursiva. Há que se assegurar o jogo de argumentos livres e a retrovinculação do

¹⁹ O autor identifica ainda as categorias do “impossível discursivamente” e do “meramente possível discursivamente”, sendo esta última, um limite para a teoria da argumentação, pois, a teoria do discurso não conduz sempre a um resultado, mas a um espaço amplo do “meramente possível discursivamente”. É o que ele denomina “problema do conhecimento”, ao qual acrescenta dois outros: o problema da imposição e o problema da organização. O problema da imposição advém do fato de que o conhecimento da correção ou da legitimidade de uma norma não leva, necessariamente, ao seu cumprimento: “a apreciação concordante, alcançada em um discurso, de uma norma como justa e, por conseguinte, correta, não tem necessariamente, o seu cumprimento por todos como consequência”. O problema da organização refere-se ao alto grau de organização necessário à administração do Direito. (ALEXY, 2007, p. 30).

processo político na razão e responsabilidade do cidadão. O conteúdo da correção são os Direitos Fundamentais. (ALEXY, 2007, p.?).

Alexy afirma que a Jurisdição Constitucional, como uma representação argumentativa dos cidadãos, está mais próxima dos ideais discursivos que o processo político e é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria. (ALEXY, 2007, p.?).

Há que se deter sobre a expressão representação argumentativa, ela representa um contributo inestimável em meio às críticas de falta de legitimidade democrática do Judiciário para as questões políticas. Para Alexy, o Tribunal Constitucional também exerce representação do povo. Só que não a representação política, mas, a argumentativa. (ALEXY, 2007, p.?).

Para este trabalho, entretanto, esta representação argumentativa também é política - embora não fundada na representação clássica - e se estende a todo o Judiciário, em sua acepção política, não somente ao Tribunal Constitucional. A jurisdição – não somente a constitucional, mas toda ela – como criação discursiva, nos parâmetros da correção, construção histórica e ininterrupta, é processo de participação política democrática do cidadão. O desenvolvimento da noção de representatividade argumentativa é deveras crucial para a consolidação da legitimidade democrática do Judiciário. (ALEXY, 2007, p.?).

Para este fim, há que se ressaltar o que Alexy chama de ‘abertura necessária do Direito’ representada pela vagueza da linguagem do Direito, da possibilidade de contradições normativas e da falta de normas, e da própria possibilidade de, em casos especiais, também se decidir contra o texto de uma norma. (ALEXY, 2007, p.?).

Há que se afirmar que o Jurídico, desta maneira, se reconcilia com o político que existe em si, sua maior flexibilidade, próxima à discricionariedade política, porém, como jurídico, tendente a dogmatizar a alta reflexividade desta situação comunicativa heterológica, para se utilizar das expressões de Ferraz Júnior, estabelecendo a pretensão do correto, na expressão de Alexy. (ALEXY, 2007, p.?).

Neste tópico, para a realização da ‘pretensão de correção’, o argumento de princípio assume destaque, pois os princípios são ‘mandamentos de otimização’ portadores de um dever ideal que exige que algo seja realizado em medida tão alta

quanto possível fática e juridicamente, por meio da ponderação, concretizando o dever *prima facie* ideal. (ALEXY, 2007, p.?).

No sistema jurídico, o correto depende do que foi determinado/fundado em autoridade ou institucionalmente. Nos *hard cases*, quando a lei e a dogmática não trazem solução ao caso concreto, se fazendo necessárias valorações adicionais, a teoria do discurso assume relevo. A pretensão de correção e as questões de justiça, no plano da aplicação do direito, fundam a união entre o direito e a moral. (ALEXY, 2007, p.?).

Ponto interessante do magistério de Alexy é o estudo da relação entre os Direitos Fundamentais e a Democracia. Para ele, a relação entre Direitos Fundamentais e Democracia é de reforço e de colisão. Os Direitos Fundamentais garantem a Democracia porque possibilitam porque asseguram a existência das pessoas e o exercício de direitos e prerrogativas que a viabilizam. Por outro lado, os Direitos Fundamentais contrariam a Democracia quando subtraem da maioria parlamentar o poder de decisão. (ALEXY, 2007, p.?).

No entanto, esta subtração, por vezes se faz necessária, pois, diz Alexy, à atividade parlamentar é intrínseco o risco a que a maioria cometa erros graves, e o Tribunal Constitucional, ao atuar nestes casos, não se dirige contra o povo, mas ‘em nome do povo, contra seus representantes políticos’ (ALEXY, 2007, p. 54). Salaria que a “representação argumentativa dá bons resultados quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político” Quando os argumentos do Tribunal encontram repercussão no público e nas instituições políticas. (ALEXY, 2007, p.?).

Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos do homem e Democracia estão, então, reconciliados. (ALEXY, 2007, p.?).

Para Alexy, conceber a Democracia como um procedimento de decisão centrado na maioria e nas eleições é um modelo meramente decisionista. Para ele, o modelo adequado de Democracia deve abarcar o conceito de argumento – a Democracia é discursiva necessariamente – e tornar-se deliberativa. Entendida esta

como a modalidade de Democracia que institucionaliza o discurso como meio de tomada de decisão e admite, portanto, a representação argumentativa em seu seio.

A representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional e discursiva; o que demonstra que representação e argumentação não são incompatíveis. Já a representação do povo pelo Tribunal Constitucional é meramente argumentativa.

A fim de firmar sua categoria de representação argumentativa, Alexy traz o conceito de representação de Leibholz, para quem a representação deve abranger *valores ideais*, e de Kelsen, para quem representação é algo mais que mera “substituição” e mais que algo meramente “existencial” ou fático.

Representação é como tal, necessariamente orientada para algum ideal. Isso significa que representação é definida pela união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal. Na representação democrática, como caso da representação, o ideal é a idéia de correção. Um conceito plenamente formado da representação democrática deve, por isso, abarcar, ao lado da decisão, o discurso como elemento ideal. (ALEXY, 2007, p. 164).

Segundo Alexy, argumentos bons ou plausíveis bastam para a deliberação, mas não para a representação. Destarte, para que o Tribunal Constitucional pronuncie os argumentos do cidadão é preciso que um número desses cidadãos aceite esses argumentos como corretos. Como somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade, existem duas condições fundamentais de representação discursiva autêntica: a existência de argumentos válidos e corretos e a existência de pessoas racionais capazes de reconhecerem isto.

porque uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições. O constitucionalismo discursivo é a tentativa de institucionalização da razão e correção. Se existem argumentos válidos e corretos e pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com Jurisdição Constitucional, que sem elas. (ALEXY, 2007, p. 164).

Alexy colaciona a crítica de Habermas, para quem a ponderação levaria à perda da categoria da correção “o ponderar conduz o decidir jurídico para fora do âmbito do jurídico e antijurídico, do correto e falso e do fundamentar e leva para dentro de um âmbito, que é caracterizado pelas distinções como a entre o adequado e o inadequado e conceitos como o de poder discricionário.” (HABERMAS *apud* ALEXY, p.157) e responde defendendo a compatibilidade da ponderação com a correção, fundado em sua *fórmula de peso*, a que remetemos para leitura.

O Constitucionalismo discursivo, portanto, é uma teoria que nasce do enlace de cinco conceitos: os Direitos Fundamentais, a ponderação, o discurso, a Jurisdição Constitucional, e a representação.

Na Democracia Constitucional surgem outros espaços políticos de atuação da cidadania que não os clássicos métodos de representação, entre os quais se destaca o Judiciário, que em crescente atuação política, reinventa a sua Jurisdição e legitimidade.

Assim, a participação do cidadão na vida pública na seara do Poder Judiciário, possibilita o pluralismo e complementa a Democracia representativa clássica, pelo viés da concretização os Direitos Fundamentais. De modo a consolidar a ‘Democracia Constitucional’ de Dworkin ou a ‘Democracia Deliberativa’ de Alexy, em detrimento da ‘Democracia majoritária’, pelo reconhecimento de uma ‘representação argumentativa’ (Alexy), ou ‘funcional’ (Vianna) - que a nosso ver, não deixa de ser política, apenas distinta da representatividade clássica - atrelada à cidadania social, exercida pela comunidade de intérpretes e agentes judiciais.

O Poder Judiciário é Poder político, suas instâncias são espaços democráticos de atuação e produção política, representativos discursivamente, participativos procedimentalmente, portanto legítimos. Assim, o Judiciário realiza os valores e princípios democráticos constitucionais pela concretização dos Direitos Fundamentais.

8 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Agra questiona porque as críticas quanto à falta de legitimidade democrática são direcionadas, quase exclusivamente, às decisões da Jurisdição Constitucional se, em cada uma das interpretações realizadas pelo Poder Judiciário, existe um determinado teor de construção judicial. Esclarecedora é a sua resposta: “porque as decisões dessa jurisdição são as que mais afetam a estruturação do poder na sociedade, definindo os limites da atuação de cada um dos poderes instituídos”. (AGRA, 2005, p. 92). Exatamente por este motivo que a legitimidade da Suprema Corte deve ser sólida e contar com a crença dos membros da comunidade político-jurídica.

A jurisprudência recente da Corte Constitucional brasileira deu exemplos de atuação politizada em domínios em que outrora resistia a adentrar. Mudou de entendimento acerca da concretização jurisprudencial do Direito Fundamental obstaculizado pela falta de norma regulamentadora, por meio do Mandado de Injunção. Examinou os fundamentos políticos e as questões étnicas afeitos à formação do povo brasileiro na decisão sobre a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. Realizou audiências públicas nas arguições de descumprimento de preceito fundamental que julgará sobre o abortamento de feto anencefálico e sobre a política de cotas no ensino superior, a serem julgados em breve. Dentre outras decisões existentes, estas serão analisadas por esta dissertação, a título de exemplificar o exercício da Função Política do Supremo Tribunal Federal, nos termos defendidos por este trabalho.

A concepção de que o Poder Legislativo é o detentor exclusivo da produção normativa encontra-se superada, posicionamento, inclusive, que consta expressamente da decisão do caso sobre a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. A legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal é, sobretudo, substantiva e se realiza com a concretização dos Direitos Fundamentais. Esta legitimidade não contraria a soberania popular, ao contrário, está atrelada a ela, tendo em vista que os Direitos Fundamentais decorrem do Poder Constituinte, e este é a manifestação mais genuína desta soberania. Ademais, a legitimidade substantiva não contraria a democracia porque esta não é somente representativa ou majoritária, signos que se

demonstram incompletos para a realização do ideal democrático. A democracia hodierna tem fins e valores a realizar, fixados nas Constituições.

Entretanto, a concretização dos Direitos Fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal ocorre no bojo de um processo e se consolida em uma decisão judicial fundamentada. Portanto, é salutar que este processo seja aberto ao debate e à participação da 'sociedade aberta de intérpretes' (HÄBERLE, 2002). O Poder Judiciário deve estar aberto aos instrumentos de participação do cidadão.

É verdade que a legitimidade substantiva requer a realização dos Direitos Fundamentais e neles se perfaz, primordialmente. A decisão judicial escolhe, dentre os valores da comunidade inscritos na Constituição, o que irá prevalecer no caso concreto, por meio de uma argumentação sólida, relativamente racional e uma conclusão discursivamente fundamentada. A legitimidade substantiva pode se valer da teoria da argumentação, de onde pode tirar válidas contribuições de legitimação, visto que a decisão judicial é discurso. Nesse processo se destaca o princípio, ou o postulado, da proporcionalidade. Daí a importância de que a decisão judicial retire parte de seu arcabouço teórico da Nova Teoria dos Princípios, da Hermenêutica e da Teoria da Argumentação Jurídica, não em suas acepções meramente formais, mas como procedimentos comprometidos com a realização de um conteúdo normativo.

Muito se questiona acerca da legitimidade democrática dos membros da Corte Constitucional em diversos países. Agra refletiu sobre a realidade da Corte Constitucional Brasileira e propôs algumas mudanças, substantivas e procedimentais, no intuito de densificar a sua legitimidade democrática. As primeiras propostas, aqui denominadas propostas estruturais, referem-se à restrição da atuação do Supremo à Jurisdição Constitucional, à pluralidade na nomeação dos ministros, à exigência do nível de qualificação destes e à fixação de mandatos. No entanto, as propostas mais importantes são as que se referem à valorização da Força Normativa da Constituição e seus reflexos na cultura política, ao "entrincheiramento" na defesa dos Direitos Fundamentais e ao incremento do Regime Democrático, aqui denominadas propostas materiais. Por último, a proposta procedimental de abertura do Processo, que será tratada à parte, com a análise do Instituto do *Amicus Curiae*.

8.1 Propostas Estruturais para a Densificação da Legitimidade Democrática do STF

A primeira e acertada proposta de mudança é que o Supremo Tribunal Federal se restrinja à Jurisdição Constitucional, retirando-lhe as incumbências inerentes à jurisdição ordinária. O Superior Tribunal de Justiça assumiria o papel de órgão de cúpula do Judiciário, concentrando muitas das competências exercidas atualmente pelo Supremo. A competência originária restringir-se-ia às questões substanciais da Jurisdição Constitucional, a exemplo do controle de constitucionalidade, do processo de *impeachment*, das questões federativas e dos conflitos de competência entre os entes estatais. (AGRA, 2005, p.279).

Deslocar-se-iam para o Superior Tribunal de Justiça, que precisaria de mais ministros, as demais indagações, como a competência para julgar as tipificações penais dos agentes públicos que têm foro privilegiado no STF, a revisão criminal, a ação rescisória dentre outras.

Por que estamos a julgar recursos ordinários em mandado de segurança? Por que estamos a julgar mandados de segurança contra ato do Tribunal de Contas? Isso devia estar com o Superior Tribunal de Justiça. Por que estamos a julgar extradições, tomando um tempo imenso com esses incidentes todos que os senhores estão tomando conhecimento pela imprensa, por exemplo, da cantora mexicana, com os problemas todos que tem sido criados. (VELLOSO *apud* AGRA, 2005, p.279-280.)

A segunda proposta de alteração diz respeito à indicação dos ministros. Agra propõe que um terço dos membros do Supremo Tribunal Federal seja escolhido pelo Congresso Nacional, um terço pelo Presidente da República, e o outro pelos magistrados componentes dos Tribunais Superiores, nos dois últimos casos, referendados pelo Congresso Nacional. Dentre os escolhidos, determinado número deveria provir de advogados, componentes do Ministério Público e professores universitários. Dessa forma, haveria democratização na escolha dos componentes da Jurisdição Constitucional, com a consecução do princípio da

pluralidade. Para ele, a democratização da escolha dos ministros componentes do Supremo Tribunal Federal não significa partidarização das decisões da Jurisdição Constitucional. Mas, reforça o grau de legitimação dos ministros do Egrégio Tribunal e forçosamente de suas decisões. (AGRA, 2005, p.284).

Para que as nomeações guardem vinculação com o princípio da representatividade Agra propõe o *quorum* de dois terços, pois a indicação deve contar com amplo consenso, o que permite que a minoria presente no Poder Legislativo possa vetar o nome escolhido pela maioria que não tenha aglutinado grande consenso em tomo de si. (AGRA, 2005, p.284).

Esta é uma proposta que não é pacífica na doutrina. Luís Roberto Barroso, por exemplo, discorda dessa assertiva. Para ele, a escolha por parte do Executivo propicia melhor forma de fiscalização por parte da opinião pública. Visto que o Legislativo no Brasil, por inúmeras questões ligadas à formação social brasileira, tem algumas características próprias que diminuem a densidade da sua responsabilidade política. Enquanto o Poder Executivo tem tradicionalmente mais visibilidade e, conseqüentemente, maior responsabilidade política. (BARROSO *apud* AGRA, 2005, p.284). Ademais, diante das conhecidas falhas do sistema representativo e do natural jogo político que tem levado os últimos presidentes do Brasil a contar com a maioria do Congresso, talvez esta mudança não se converta em mudança efetiva.

Ainda no que se refere aos ministros, Agra propõe a substituição da atual vitaliciedade, transposta do modelo adotado pela Suprema Corte norte-americana, pela definição de um mandato prefixado. Segundo Agra, quando a duração dos mandatos é vitalícia, as modificações na conjuntura política não são acompanhadas por modificação em sua composição, o que gera disparidade entre o sentimento da sociedade e o teor das decisões proferidas. Ele propõe um mandato de nove anos, como nos tribunais da Itália, da Espanha e de Portugal. No entanto, tal como nos tribunais europeus, não seria admitida a reeleição, porque a possibilidade de manutenção dos juízes em seus cargos poderia comprometer o seu livre convencimento e gerar decisões com a finalidade de atender aos interesses dos grupos políticos que pudessem garantir sua manutenção no cargo. (AGRA, 2005, pp.286-287).

Outra transformação em relação aos ministros, talvez a mais importante, diz respeito à maior exigência da capacitação profissional dos escolhidos. A Constituição de 1988 exige dos indicados para compor o STF que sejam brasileiros natos maiores de trinta e cinco anos; tenham reputação ilibada e notório saber jurídico. Agra defende critérios mais objetivos e propõe que a escolha ocorresse em parte dentre os advogados mais renomados do país, parte dentre os professores universitários catedráticos e parte entre os membros da magistratura e do Ministério Público que se destacassem pelo exercício de suas funções. (AGRA, 2005, p.288).

8.2 Propostas Materiais para a Densificação da Legitimidade Democrática Do STF

Segundo Agra, o primeiro elemento de legitimação consiste na revalorização da Força Normativa da Constituição, da relevância que ocupa no ordenamento jurídico e de seu valor fundante para o regime democrático. Como a Constituição é a norma que detém maior legitimidade, essa é transposta para as decisões judiciais que nela se amparam. Para ele, o verdadeiro reconhecimento da Força Normativa da Constituição implica uma mudança de cultura comportamental dos agentes políticos de países periféricos, como o Brasil. (AGRA, 2005, p.271).

A extensão das decisões políticas fica demarcada dentro dos paradigmas das normas constitucionais, no que ultrapassa o modelo, muito freqüente nos países periféricos, em que são as decisões políticas que demarcam o alcance dos dispositivos constitucionais. (CARDUCCI *apud* AGRA, 2005, p.271).

Para o autor, a legitimidade da Jurisdição Constitucional brasileira e a conseqüente aceitação de suas decisões residem no cumprimento às promessas estabelecidas pelo Estado Democrático Social de Direito, cujos parâmetros são os Direitos Fundamentais e a finalidade é a realização de um regime democrático substancial. No entanto, o problema da legitimidade substantiva fundada na realização dos Direitos Fundamentais é determinar a extensão da carga axiológica

que está contida nos dispositivos constitucionais em estruturas principiológicas, de modo a evitar a propagação da insegurança jurídica. (AGRA, 2005, p.294).

A solução que Agra propõe para determinar o conteúdo dos princípios, reduzir a sua indeterminação valorativa, e, assim, fortalecer a legitimidade substantiva da Jurisdição Constitucional, é a determinação da densidade suficiente ou do mínimo existencial dos Direitos Fundamentais. (AGRA, 2005, p.294).

O princípio da densidade suficiente, ou mínimo existencial, consiste em se garantir aos direitos que exigem concretização jurídico-política precisão de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo em que protege o substrato material contido na Constituição, não cerceia a discricionariedade de escolha inerente aos Poderes Executivo e Legislativo, própria do regime democrático. (AGRA, 2005, p.295).

Para os adeptos da densidade suficiente, dentre os quais Agra, um Direito Fundamental é composto de duas partes: núcleo duro e zona periférica. O núcleo duro ou conteúdo essencial configura-se como um limite que deve ser respeitado pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar a densidade de um direito. Esse núcleo é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independente de conjecturas fáticas. A outra parte que compõe o Direito Fundamental é a zona periférica, que será concretizada consonante a aquelas conjunturas. (AGRA, 2005, p.297).

O autor ressalta que a finalidade da definição de um núcleo duro dos Direitos Fundamentais não é limitar sua concretização, mas, ao contrário, é maximizar a sua eficácia. Sua aplicação na realidade brasileira teria o escopo de evitar alegações de que a seara fática não oferece condições mínimas para a concretização desses direitos. Visto que o mínimo existencial não está adstrito ao princípio da reserva do possível, pela qual os Direitos Fundamentais têm concretização de acordo com variáveis sociopolítico-econômicas. A reserva do possível atua na determinação da extensão desses direitos, ou seja, na indicação de sua parte flexível, que deve sofrer evolução consonante as escolhas políticas da sociedade. (AGRA, 2005, p.299).

A definição da densidade suficiente dos Direitos Fundamentais alcança a sua dimensão material e veda o retrocesso em prestações materiais fornecidas

pelos entes estatais. Impede reduções do nível de organização fática dos serviços e do volume de prestações materiais por parte dos poderes Executivo e Legislativo, pois, o princípio da proibição ao retrocesso se configura como restrição à autonomia do Poder Legislativo. (AGRA, 2005, p.302).

Agra alude que no debate doutrinário europeu sobre o *entrenchment*, a defesa dos Direitos Fundamentais ocorre no espaço público, em que as decisões são obtidas através de consenso realizado por critérios racionais, balanceados no interesse coletivo devido ao diminuto nível de desigualdade existente. Mas, que na realidade dos países periféricos, devido às desigualdades sociais, o entrenchment auferido no espaço público é bem mais difícil, pois a própria democracia apresenta sérias deficiências. Por isto, “o *entrenchment* desses direitos tem que se alicerçar nas decisões da Jurisdição Constitucional, buscando amparo, posteriormente, na sociedade para o desenvolvimento de seus preceitos”. (AGRA, 2005, p.305). Entretanto, mesmo em espaços públicos com menor desigualdade social, o debate sobre a densidade suficiente não é fácil, pois algumas questões devem ser resguardadas da deliberação da maioria. Daí a importância de que estas decisões sejam argumentativamente contundentes e de que o processo da Jurisdição Constitucional seja aberto.

Outro requisito para a densificação da força normativa da Constituição é o incremento do regime democrático. A transformação do regime democrático em democracia participativa e atuante potencializa, não apenas a legitimidade das normas constitucionais, ou procedimentais que estabelecem a forma de produção das decisões judiciais, mas igualmente possibilita a participação da sociedade na escolha dos membros que comporão o Supremo Tribunal Federal²⁰. (AGRA, 2005, p.274). Além de propiciar a participação na discussão e construção de suas decisões.

8.3 A Abertura do Processo

²⁰ A exemplo do debate público ocorrido nos Estados Unidos quando da indicação, por Ronald Reagan, de Robert Bork. Essa indicação provocou grande mobilização na opinião pública contra Bork, culminando com a rejeição de seu nome pelo Senado Federal. (AGRA, 2005, p.274).

A legitimidade substantiva sustenta que a justificação democrática das decisões do Supremo ocorre pela concretização dos Direitos Fundamentais. Entretanto, é salutar que o processo que antecede esta decisão seja aberto ao debate e à participação da 'sociedade aberta de intérpretes' (HÄRBELE, 2002). O espaço de preenchimento da vagueza semântica dos princípios deve receber contribuições da comunidade político-jurídica. O carácter dialógico do procedimento assegura-lhe maior legitimidade social e a democratização dos debates impede a argumentação hermética, distante das contingências sociais.

“existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo, a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte considerável da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos 'sobre' e 'sob' as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um carácter multifacetado. [...] A sociedade tornou-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. [...] os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição”. (HÄRBELE, 2002, p. 39)

A politização do Judiciário possibilita a construção da Democracia, porque torna este um importante nível de acesso do cidadão às instâncias do Poder. Desta forma, possibilita-se na sociedade plural, que grupos não possuidores de representatividade, influam nas decisões políticas. Isto não enfraquece a Democracia representativa, antes, a complementa ao contemplar e concretizar os princípios constitucionais de uma democracia que tem conteúdo e finalidade específicas. (VERBICARO, 2006, p.7).

[...] Neste mundo governado por uma plutocracia cosmopolita suficientemente flexível e móvel pra marginalizar ao mesmo tempo os Estados, os cidadãos e os juízes, a Democracia precisa ser reinventada tanto sob a sua forma tradicional de Democracia

Representativa quanto sob a forma mais recente de Democracia participativa (DELMAS-MARTY apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 32).

A partir da observação de que a Democracia tem sido formal e excludente extrai-se a necessidade da reinvenção democrática. Primeiro pelo critério substancialista da efetivação dos Direitos fundamentais, que perpassa, necessariamente pela atuação do Judiciário - não tão somente dos Direitos individuais, a despeito do preconizado por Dworkin²¹, mas também sociais e coletivos. Depois pelo reconhecimento de que o Judiciário deve constituir espaço legítimo de participação político democrática, que possibilita a participação do cidadão na criação do Direito, enquanto norma que emana de um processo político-judicial-hermenêutico de formulação, para além da representação no processo legislativo.

formas de ação estão à disposição do homem comum para participar da criação do Direito estatal tanto através da Democracia Representativa como pela via judicial. Essa participação não é fragmentadora dos princípios da vontade geral representativa, mas representa as possibilidades de adensamento do Direito pela intervenção, na esfera estatal, da eticidade da sociedade civil. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A politização do Judiciário está em consonância com a Democracia Constitucional contemporânea, e não em antagonismo, pois possibilita a realização dos Direitos de todos, sobretudo os da minoria, a edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que zele pela dignidade da pessoa humana e surja da concretização da Constituição, num processo do qual participe os sujeitos da *polis*.

Neste diapasão, é interessante ressaltar conceito de soberania complexa de Werneck Vianna, que consiste na combinação de duas formas de representação e duas dimensões de cidadania. A representação política, atrelada à cidadania

²¹ Para este autor, os Direitos sociais e coletivos dependiam de implementação de diretrizes políticas dos atores políticos do Estado pelos critérios da representatividade e da maioria, fundada em política e não em princípios; o que as distinguiu da efetivação dos Direitos fundamentais individuais que poderiam, em seu entendimento, serem fixados pelo Judiciário, porque fundados em princípios. (VERBICARO, 2006, p. 18)

política, é exercida pelos representantes eleitos segundo os procedimentos democráticos; e a representação funcional atrelada à cidadania social, é exercida pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais. A partir da leitura deste autor, pode-se defender que a *politização* do Judiciário, manifestação da cidadania social, é forma de participação na vida pública, alternativa à representação, e adequada à Democracia, nos termos desta soberania complexa.

[...] se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública (VIANNA, 1999, p. 372).

A politização do Judiciário possibilita o acesso do cidadão comum, que por vezes não é representado politicamente; sobretudo em nossa Democracia ainda infante, advinda de um sistema político autoritário e de exceção do qual ainda existem vestígios, principalmente na educação para a participação política; à efetivação do Direito. Cria, assim, ‘um Direito responsivo’, aberto aos interesses e concepções éticas do homem comum. (MACIEL; KOERNER, 2002).

A Democracia brasileira, não obstante seu processo de consolidação institucional, experimenta um *déficit* no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil. Conquanto, observa-se reações da cidadania ao fechamento desses poderes às suas demandas e expectativas, através da busca crescente do Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo. (VIANNA *apud* MACIEL; KROENER, 2002)

Gisele Citadino adverte que esta participação política no âmbito do Judiciário não deve presumir uma ausência de correspondência entre os textos normativos²² e os Cidadãos “uma cidadania ativa não pode supor a ausência de uma

²² Com a devida vênia à expressão utilizada pela autora, preferimos utilizar a expressão ausência de correspondência entre o texto normativo e os cidadãos, porque entendemos que foi neste sentido que

vinculação normativa entre Estado de Direito e Democracia. “Quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu Direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”. (CITTADINO, 2004, p. 04-06).

Porém, reconhece que em países em que os cidadãos não compartilham os valores devido a rupturas no processo histórico de sedimentação da Democracia Constitucional, em que não há uma nação de cultura, se faz necessário o comprometimento do Judiciário com a concretização da Constituição, dos valores oriundos do consenso formal da qual emanou, com a ressalva de que não se faz necessário o domínio dos tribunais, mas de uma cidadania participativa que sobre eles atue. (CITTADINO, 2004, p. 06).

Paulo Bonavides elabora outra advertência relacionada a certo grau de dificuldade da abertura do processo quanto ao estágio de amadurecimento dos sistemas políticos democráticos de nações subdesenvolvidas:

“Demais, o método concretista da ‘Constituição aberta’ demanda para uma eficaz aplicação a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores em dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista” (BONAVIDES, 2003, p.516).

Feitas estas observações, sobremaneira pertinentes, de que o estágio de maturidade do sistema político democrático pode não culminar no auto reconhecimento da ‘comunidade aberta de intérpretes’ (HÄRBELE, 2002) como comunidade político-jurídica autora de seu Direito, há que se fazer duas observações.

A primeira de que o Judiciário deve estar imbuído do compromisso com a efetivação da Constituição e dos valores democráticos, funcionando, como dito pelo próprio Häberle, como um intérprete qualificado. A segunda é no sentido de resgatar

empregou a palavra Direito, como texto normativo advindo do processo legislativo. Necessária esta observação porque consoante a concepção por nós compartilhada, o texto normativo não encerra o Direito, pois a norma se perfaz com a interpretação.

a noção, da antiguidade clássica romana, de que Direito, é, sobretudo, prudência, e que, portanto, 'a comunidade de interpretes' é qualificada neste quesito e sob este aspecto. Nesta esteira, é crucial a abertura do Processo à participação democrática, à 'comunidade aberta de intérpretes', ao cidadão da *polis*.

Neste sentido, os instrumentos de abertura do processo de interpretação constitucional são de extrema relevância. Neste ínterim, o Supremo Tribunal Federal tem admitido *amicus curiae* e realizado audiências públicas. Ambos os instrumentos são louváveis na proposta de abertura do processo ao debate social.

8.4 O *Amicus Curiae*

Del Prá, em dissertação de mestrado pela PUC/SP publicada em 2008 informa que, a respeito da origem do *Amicus Curiae*, no *Year Books*, no direito inglês medieval, este sujeito tinha papel meramente informativo no processo, levando à Corte matérias de fatos desconhecidas desta. Tratava-se um sujeito imparcial e desinteressado, e a discricionariedade do juiz em aceitá-lo, assemelhava-se, de certa forma, ao atual poder instrutório do juiz. (DEL PRÁ, 2008).

Segundo este autor, com a absorção do instituto pelo direito norte-americano, ele foi se afastando desta função neutra. Sobretudo no momento global pós II Guerra, quando organismos internacionais de proteção dos direitos humanos utilizaram-se deste instituto para pleitear sua participação em processos que tinham por objeto a violações destes direitos, nos mais diversos países. O autor traça acuradamente a evolução jurisprudencial e positivação deste instituto em diversos países, a quem remetemos à leitura para que não fuja do escopo de nosso trabalho. (DEL PRÁ, 2008).

Assim, o instituto evoluiu, em linhas gerais, para a configuração que tem hoje em nossa legislação, a participação de um terceiro desprovido de interesse direto em causas de repercussão social. Embora nos Estados Unidos, admita-se a participação do *Amicus Curiae* mesmo sem a transcendência social da matéria debatida, isto porque os ordenamentos da *common law* não possuem disciplina semelhante à intervenção de terceiros dos sistemas de *civil law*, servindo o *Amicus Curiae* a sanar essa lacuna. (DEL PRÁ, 2008).

O autor aponta a origem do instituto, em nosso ordenamento, nas previsões legais de manifestação, nos processos com que tenham pertinência temática, da CVM – Comissão de Valores Mobiliários, do CADE – Conselho Administrativo da Defesa Econômica e do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. (DEL PRÁ, 2008)

8.5 A Natureza Jurídica do *Amicus Curiae*

No que tange a este ponto, a celeuma está em saber se o *Amicus Curiae*, ora sujeito neutro que informa à Corte questões de fato, ora sujeito parcial, embora não comprometido diretamente com a vitória de uma das partes, é terceiro interveniente ou auxiliar do juízo.

Fredie Didier, em análise da natureza jurídica do *Amicus Curiae*, o enquadra como “um auxiliar do juízo” que integra “ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares da Justiça – o quadro dos sujeitos processuais” (DIDIER, 2002, p. 79), Já Milton Luiz Pereira identifica o *Amicus Curiae* como intervenção de terceiros, caracterizando para o autor, uma forma qualificada de assistência. (PEREIRA, 2002, p.39-44.)

Para Del Prá, nos casos em que a manifestação se dá por iniciativa do juiz, este exerce função de auxiliar do juízo. Já nas hipóteses de intervenção voluntária assumiria a natureza de terceiro interveniente - inclusive, sendo-lhe atribuídos os poderes de recorrer da decisão que indefere sua manifestação; sustentar oralmente suas razões e juntar documentos, por exemplo - distinta daquelas do Código de Processo civil. O autor sustenta que a atuação distinta do *Amicus Curiae* nas duas hipóteses revela sua natureza dúplice e que, a depender da modalidade de ingresso, será determinada sua modalidade de participação. (DEL PRÁ, 2008)

Para o citado autor, a resistência em admitir o instituto como uma hipótese da intervenção de terceiros está na tendência de interpretação restritiva das hipóteses cabíveis de intervenção de terceiros em processo alheio, cara ao nosso sistema processual, de tradição romano-germânica, que teve Liebman por expoente e influenciador de nossas codificações.

No entanto, o próprio autor alude à dificuldade de enquadramento do instituto nas categorias legais existentes, visto que os terceiros arrolados no CPC, só são terceiros, até o momento de sua entrada no processo, quando, então, adquirem a qualidade de parte, somente permanecendo como terceiro o assistente.

Assim, a intervenção do *Amicus Curiae* não seria a intervenção do clássico terceiro interessado, visto que o interesse que o legitima não é próprio, mas um interesse que decorre da transcendência do objeto da causa, um interesse, por falta de termo melhor, público, respaldado, imediatamente, na lei autorizadora, mediamente no princípio democrático e na legitimação da Jurisdição.

Sob o aspecto procedimental, os terceiros clássicos, como dito, à exceção do assistente, depois de seu ingresso no processo, transformar-se-iam em partes, o que não ocorre com o *Amicus Curiae*, dada a singularidade de seu interesse, em qualquer dos casos em que é previsto, ou especialmente em sede de controle concentrado, pois nesta seara nem mesmo há partes. . (DEL PRÁ, 2008)

8.6 As Hipóteses Legais de Participação do *Amicus Curiae*

As ações de controle concentrado, abstratas e objetivas, não servem à defesa de interesses subjetivos de particulares ou terceiros. O interesse a ser resguardado no palco do *judicial review* é a guarda da Constituição. Desta forma, poderia parecer inadequada a intervenção do *Amicus Curiae* em processo objetivo, o que se trata de engano, haja vista a intervenção do *Amicus Curiae* não atender, dada a feição da lei 9.868/99, ao clássico arcabouço da intervenção de terceiros.

Desta forma, a participação do *Amicus Curiae* em processo objetivo de controle de constitucionalidade, reveste-se da elogiável função de trazer a sociedade ao debate, ao diálogo constitucional. Considerando a preconizada legitimidade discursiva do Judiciário, a figura deste instituto reforça esta legitimidade, posto que trará 'outras vozes' à confecção do discurso constitucional.

A previsão de possibilidade de participação do *Amicus Curiae* na ADIN está no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, havendo 'relevância da matéria e a representatividade dos postulantes' admite-se a 'manifestação de outros órgãos e

entidades'. Há possibilidade de participação do *Amicus Curiae* também na ADC, por analogia.

Del Prá acentua a possibilidade dos co-legitimados à propositura das Ações Constitucionais ingressarem no processo como assistentes litisconsorciais ou *Amicus Curiae*. (DEL PRÁ, 2008)

Na ADPF, a possibilidade legal de participação do *Amicus Curiae* está no artigo 6º, parágrafo 1º, como possibilidade de manifestação, para o fim de fornecer elementos técnicos, fáticos ou jurídicos para a melhor construção da decisão. Uma especificidade digna de nota é que na ADPF a participação voluntária é autorizada a 'quaisquer interessados', não somente aos 'órgãos e entidades'.

Também é possível a participação do *Amicus Curiae* em sede de Controle Difuso. Neste caso se dará sempre voluntariamente. Poderão assumir a sua função, nos termos da Lei 9.868/99 'as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato impugnado, os co-legitimados do artigo 103 da Constituição e quaisquer outros órgãos e entidades'. Neste ponto, há que se salientar a inovação operada pela Emenda Constitucional nº 45 que instituiu a 'Repercussão Geral da matéria' como condição de admissibilidade do Recurso Extraordinário, ao adicionar o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Art. 102 [...] § 3º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros." (BRASIL, 2008, p. 35)

Por Repercussão Geral, conforme expõe André Ramos Tavares em seu Curso Direito Constitucional, deve-se compreender as temáticas que afetem um grande número de populares, que aborde de assuntos relevantes e significativos socialmente, transcendendo aos interesses processuais das partes. (TAVARES, 2007, p.234).

Destarte, observe-se que a 'Repercussão Geral da matéria' - requisito para a análise do Recurso Extraordinário, e, portanto, da Jurisdição Constitucional na modalidade concreta em grau recursal - coaduna-se com a repercussão social da causa ou relevância da matéria, requisito para a admissão do *Amicus Curiae*. O que

evidencia não só o cabimento da participação de *Amicus Curiae* em sede de Recurso Extraordinário, mas também, a consonância de propósitos destes requisitos de admissibilidade.

A previsão legal infraconstitucional da Repercussão Geral está assentada no Código de Processo Civil, nos artigos 343-A e 543-B acrescentados pelo advento da Lei nº 11.418/06. Bem como no Regimento Interno do STF que disciplina a matéria nos artigos 322 a 328.

A Repercussão Geral delimita a competência recursal do STF às questões com relevância social, política, econômica ou jurídica. Por este motivo, o parágrafo 6º do artigo 543-A do Código de Processo Civil favorece a intervenção de terceiros em sua análise, *in verbis*: “O Relator poderá admitir, na análise da Repercussão Geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” Embora o *Amicus Curiae*, não seja um dos clássicos casos de intervenção de terceiros, sua admissibilidade é necessidade teleológica estabelecida pelo liame estabelecido entre a Repercussão Geral e a transcendência da matéria.

A admissibilidade de terceiro na análise da Repercussão Geral consagra a proposta de Peter Häberle no tocante a ‘sociedade aberta dos interpretes da Constituição’

“A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” (HÄBERLE, 1997 p. 13)

Há também previsão de manifestação do *Amicus Curiae* no pedido de uniformização de interpretação de lei federal, figura do art. 14 da Lei 10.259/01, fundada na divergência de decisões das Turmas Recursais da mesma região, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Tal previsão assenta-se na parte final do parágrafo 7º, pelo qual, ‘eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias’.

Ainda no âmbito da uniformização de jurisprudência, o mesmo dispositivo aplica-se também, por previsão expressa, ao processamento do Recurso Extraordinário, hipótese inclusive reconhecida pela Emenda Regimental 12 de 12/12/2003, do STF.

8.7 *Amicus Curiae*: Legitimação e Participação Democrática no Judiciário

O instituto em análise corrobora com a abertura do processo, de modo a ampliar a participação da sociedade na realização da tutela Jurisdicional, uma abertura democrática do processo hermenêutico, nos moldes da doutrina de Peter Häberle. Para ele, embora estes intérpretes não tenham legitimação representativa, isto não lhes retira a legitimidade. Porque Democracia não se exerce somente por representação, mas numa sociedade aberta, principalmente, pela realização dos Direitos Fundamentais e pela interpretação pluralista da Constituição. Por isto, defende a substituição do conceito de 'democracia do povo', fundada na soberania popular, pelo de 'democracia do cidadão', fundada nos Direitos Fundamentais. Destarte, o pluralismo dos Direitos Fundamentais converte-se no cerne da Constituição Democrática. (HÄRBELE, 2002, p. 39).

O Poder Judiciário constitui-se espaço de exercício da soberania política, espaço público de participação democrática, aberto ao ativismo de agentes sociais e judiciais na produção plural da cidadania, através do processo e consolidação da Democracia Constitucional de Dworkin.

A participação popular passa a não mais restringir-se à esfera política, no sentido, v.g, de representação direta pelo voto, mas, ao contrário, inunda campos maiores de atuação, possibilitando mais amplo debate nas instâncias jurisdicionais, objetivo de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, quer de forma individual, quer coletiva. (DEL PRÁ, p. 73, 2008)

A pluralidade da sociedade reclama a expansão da previsão de participação do *Amicus Curiae* sempre que a transcendência do objeto da ação o justificar, em processo objetivo de controle de constitucionalidade, em controle difuso, em ações coletivas, ou outras hipóteses, que devem ser ampliadas.

O reconhecimento, em todas as instâncias, da função política do Poder Judiciário faz necessária a extensão dos institutos de abertura democrática do processo para além dos limites do processo objetivo de controle de constitucionalidade, ao procedimento das ações coletivas.

[...] é necessária a modificação da lei de ação civil pública para permitir que, durante o processo, haja essa abertura como forma de viabilizar que o juiz, ao decidir, tenha plena consciência de todas as teses efetivamente extraíveis do caso em questão. [...] Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 107)

Trazer a sociedade pluralista à participação política, no âmbito do Poder Judiciário, reforça a legitimidade democrática deste poder. Democratizar as discussões travadas no STF, estabelecendo um diálogo com os setores organizados da sociedade civil, não acarreta na perda de independência do Tribunal Constitucional, confere-lhe maior legitimidade social, visto que a interpretação da norma não interessa apenas aos seus intérpretes formais, mas a todos aqueles que convivem na sociedade.

Quanto maior o respaldo que seus membros gozarem na sociedade, maior será a autoridade de suas decisões. A composição do Supremo Tribunal Federal deve ser plural, porque permitirá a participação das forças políticas imperantes na sociedade, e conseqüentemente menores serão as resistências às suas decisões. [...] Há a formação de uma simbiose intrínseca entre o órgão que exerce a Jurisdição Constitucional e os demais estabelecidos, impedindo que as decisões de tutela da Constituição sejam tomadas através de um formalismo auto-referencial, alienadas das demandas sociais. (AGRA, 2005, p. 284)

Assim, a participação direta da sociedade na prestação jurisdicional pelo instrumento do *Amicus Curiae*; para além dos limites liberais da ampla defesa e do contraditório, que atendem aos interesses das partes; em situações em que o debate hermenêutico judicial tem transcendência social, tende a pacificar as tensões entre os vários argumentos existentes na 'comunidade de intérpretes' e cria uma decisão com força argumentativa potencialmente indutora de consenso.

8.8 A Função Política do STF e a evolução jurisprudencial do Mandado de Injunção

A jurisprudência recente da Corte Constitucional mudou de entendimento acerca da concretização jurisprudencial do Direito Fundamental obstaculizado pela falta de norma regulamentadora, por meio do Mandado de Injunção. Superou a anacrônica interpretação acerca do princípio da Separação de Poderes e da eficácia limitada de norma constitucional instituidora de Direito Fundamental. Normatizou a situação concreta em genuíno exercício da função política que lhe cabe.

O Mandado de Injunção é ação de controle difuso-incidental de constitucionalidade das omissões do poder público. Segundo a previsão constitucional: “Conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (BRASIL, 1998). No Mandado de Injunção, o Poder Judiciário supre a omissão do poder público, “criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária”. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 123).

Segundo Cunha Júnior, a expressão “norma regulamentadora” deve ser interpretada extensivamente, para abranger não só os atos legislativos, mas também toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, (leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções, resoluções, despachos administrativos e outros atos legais e administrativos). Portanto, toda e qualquer medida indispensável para tornar viável o exercício de Direito Fundamental, tenha natureza legislativa ou meramente administrativa, constitui norma regulamentadora para os efeitos da impetração do Mandado de Injunção. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 121).

Se for a norma constitucional é de eficácia plena e o direito nela definido é exercitável de plano, sem a necessidade de norma regulamentadora, não se admite o Mandado de Injunção. Não se admite, outrossim, o Mandado de Injunção se ainda não expirado o prazo fixado na Constituição para a edição da norma regulamentadora. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 122).

Cunha Júnior entende que também a omissão parcial do Poder público ou a inconstitucionalidade eventual da norma regulamentadora em vigor enseja a

impetração da ação injuncional, desde que inviabilize o exercício de algum Direito Fundamental. O Supremo Tribunal Federal, contudo, não admite o *writ* em nenhuma dessas duas hipóteses. Segundo a Corte, se existe a norma regulamentadora, pouco importa se insatisfatória ou inconstitucional, não cabe a ação injuncional, pois tal situação não é comparável à ausência de norma regulamentadora. Entretanto, só o fato de já ter sido iniciado o processo legislativo tendente à edição da norma regulamentadora não impede a impetração. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 123).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho restringiu o alcance do instituto tão-somente aos direitos políticos e aos direitos vinculados diretamente ao status de nacional, excluídos, por exemplo, os direitos sociais. Uma segunda posição, defendida por Celso Ribeiro Bastos e J. J. Calmon de Passos, sustentou a aplicação do Mandado de Injunção aos Direitos Fundamentais previstos no catálogo do Título II da Constituição. E, finalmente, uma terceira posição, hoje dominante, entende que o presente *writ* é abrangente de todos os Direitos Fundamentais, sejam individuais (civis ou políticos), coletivos, difusos e sociais, encontrem-se inseridos ou não no catálogo do Título II da Constituição Federal. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 123).

O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a legitimidade passiva no Mandado de Injunção é exclusivamente da autoridade ou do órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora. A Corte não admite sequer o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e os particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora. Posicionamento com o qual Cunha Júnior não concorda. Para ele, a legitimidade passiva no Mandado de Injunção deve incidir sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que viria a suportar o ônus de eventual concessão do *writ* e não sobre a autoridade ou o órgão público responsável pela edição da norma regulamentadora, até porque a expedição regulamentadora não é o objetivo da junção, mas sim o gozo imediato do direito. É bem verdade que, não raro, a pessoa incumbida de atuar para tornar realizável o direito é a mesma responsável pela elaboração da norma regulamentadora. Mas quando inexistir essa coincidência, como a parte passiva será exclusivamente aquela a suportar a concessão do *mandamus*. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 125 a 126).

Há três posições a respeito dos efeitos da decisão do Mandado de Injunção: a) a que defende cumprir ao Poder Judiciário tão-somente elaborar a

norma regulamentadora faltante; b) a que sustenta caber uma simples declaração da inconstitucionalidade da omissão, dela dando conhecimento ao órgão competente para adoção das providências cabíveis e, finalmente, c) a que prega competir ao Poder judiciário garantir o imediato exercício do Direito Fundamental frustrado em face da omissão do poder público. As duas últimas posições foram externadas pelo STF ao longo da evolução jurisprudencial acerca do Mandado de Injunção.

O Supremo Tribunal Federal no MI 107 – 3 considerou que o Mandado de Injunção tinha por objeto uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo em mora para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado, sem fixação de prazo. Essa posição foi reiterada no MI 42- 5 e no MI 1680- 5.

Mandado de injunção: natureza mandamental (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando, por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g., MI 283, Pertence, RTJ 135/882) —, não seja possível cominar conseqüências à sua continuidade após o termo final da dilação assinada. (MI 361, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-4-94, DJ de 17-6-94) (STF, 1994).

Esta Corte, ao julgar a ADIN 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação. Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte (MI 361)." (MI 584, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29-11-01, DJ de 22-2-02) (STF, 2002).

No MI 283- 5, a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, assegurar ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na via ordinária, reparação por perdas e danos.

MI 283 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - -Julgamento:
20/03/1991 - Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8, par. 3, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8, par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (STF, 1991).

No MI 232-1, o STF declarou o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, afim de que, no prazo seis meses, este adotasse as

providências legislativas necessárias, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumprisse, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. É oportuno ressaltar, porém, que nesse Mandado de Injunção (232- 1), os Ministros Marco Aurélio, Carlos Mario Velloso e Célio Borja votaram pelo deferimento concreto do pedido. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 128 a 133).

Mandado de Injunção. - Legitimidade Ativa da Requerente Para Impetrar Mandado de Injunção Por Falta de Regulamentação do Disposto no Par.

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 02/08/1991

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (STF, 1991)

Nos Mandados de Injunção nºs. 670, 708 e 712 o STF supriu a lacuna *in concreto*. Os três mandados de injunção foram impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia que fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF, não obstante a inexistência de lei regulamentadora. (STF, 2010).

O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. No MI 670/ES

e no MI 708/DF prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes. No MI 712/PA, prevaleceu o voto do ministro Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional. No MI 670/ES, o relator originário foi o ministro Maurício Corrêa e o relator do acórdão foi o ministro Gilmar Mendes. No MI 708/DF, o relator foi o ministro Gilmar Mendes. No MI 712/PA, o relator foi o ministro Eros Grau. Se extrai do resumo de tramitação deste MI, disponível no site do STF:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não votou o Senhor Ministro Menezes Direito por suceder ao Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007. (STF, 2007, MI 712).

O voto do relator relembra que no MI n. 20 ficou assentado que a regra do inciso VII do art. 37 da Constituição do Brasil é de eficácia limitada. Vale dizer, sua aplicabilidade depende da edição de ato legislativo, requisito indispensável à plena concreção do preceito constitucional. Reconhece que entendido como norma de eficácia limitada, o texto normativo constitucional depende da emissão de normatividade futura, que lhe integre eficácia, dando-lhe capacidade de execução. Reclama-se, portanto, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. Entretanto, questiona:

Esta Corte mais de uma vez reconheceu a omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Havendo, portanto, sem qualquer dúvida, mora legislativa na regulamentação do preceito do art. 37, inciso VII, a questão que se coloca é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?

Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida - -- art. 37, VIII --- é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, "a Suprema Corte do País decide sem que seu julgado tenha eficácia". Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão, reiteradas vezes, como se dá no caso em pauta, reiteradas e inúmeras vezes repetida. Daí porque passo a, sucessivamente, desenvolver considerações a propósito dos institutos da greve e do mandado de injunção. (STF, 2007, p. 09)

O ministro relator ressalta que a greve é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores como meio para a obtenção de melhoria em suas condições de vida. Consubstancia um *poder de fato*; por isso mesmo que, tal como positivado o princípio no texto Constitucional, no artigo 9º, recebe concreção, imediata — sua auto-aplicabilidade é inquestionável — como Direito Fundamental de natureza instrumental. (STF, 2007, p. 14).

O ministro destaca que a relação de trabalho estatutário não é idêntica à relação de trabalho privada, onde há oposição entre o capital e o trabalho e na qual a greve afeta a mais valia e à acumulação. Daí porque, diz ele, não deva ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. "A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício". (STF, 2007, p. 14).

Quanto à omissão objeto da Injunção, o ministro relator colaciona a doutrina de José Ignacio Botelho de Mesquita:

Para que tal omissão se configure, é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucional ou legalmente estabelecido, quando houver, ou na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável. Antes de decorrido tal prazo não há que falar em omissão do poder

competente, eis que a demora se incluirá dentro da previsão constitucional e assim também a provisória impossibilidade do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas garantidos pelo preceito ainda não regulamentado. O que é danoso para os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais não é a demora, em si mesma considerada, mas a demora incompatível com o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição. (STF, 2007, p. 18).

Afirma que não cabe ao órgão da jurisdição constranger alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta de norma regulamentadora. Constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante.

Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. (STF, 2007, p. 19).

Sobre o argumento de que a Corte estaria então a legislar - o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes, prelecionada no artigo 2o da Constituição do Brasil, e a separação dos poderes, artigo 60,§ 4o, III, o ministro relator a denomina de insubsistente. Reconhece que é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa. Distingue, portanto, entre estas funções, a saber:

Afastado, contudo o critério tradicional de classificação das funções estatais, cumpre fixarmo-nos naquele outro, que conduz à seguinte enunciação: [i] *função normativa* - de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; [ii] *função administrativa* - de execução das normas jurídicas; [iii] *função jurisdicional* - de aplicação das normas jurídicas.

(...) A *função legislativa* é maior e menor do que a *função normativa*. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a *função normativa* abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.

Daí que a *função normativa* compreende a *função legislativa* [enquanto produção de textos normativos], a *função regimental* e a *função regulamentar*.

(...) Quanto à *regimental*, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. Aqui o Judiciário - na dicção de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA - remove o obstáculo criado pela omissão do poder competente para editar a norma regulamentadora faltante, essa remoção realizando-se mediante a sua formulação supletiva.

(...) De resto, é ainda certo que, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo.

(STF, 2007, p. 23).

O ministro relator relembra ainda que texto e norma não se identificam. O que se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos - disposições, preceitos, enunciados - em normas. E assevera:

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. (STF, 2007, p. 25).

Quanto à aludida agressão à "separação dos poderes", o ministro relator ressalta que ela não ocorre, a saber:

(...) mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de

independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. (STF, 2007, p. 26).

Após esta fundamentação, o ministro relator esclarece quais dispositivos da lei 7.783/89 devam ser aplicados para sanar a omissão. A saber, o conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que o art. 3º e seu parágrafo único, o art. 4º, o parágrafo único do art. 7º, o art. 9º e seu parágrafo único e o art. 14. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89 (STF, 2007, p.33). O ministro conclui o seu voto:

Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto. (STF, 2007, p.35)

Estas decisões representam verdadeiro marco de mudança na forma como o STF entende a sua jurisprudência e o seu poder-dever político de guarda da Constituição, de concretização dos Direitos Fundamentais e da amplitude da sua criatividade normativa.

8.9 A Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

A decisão da Ação Civil Pública nº 3388/RR demonstra bem o entendimento do STF acerca da amplitude da sua criatividade normativa e das intersecções do seu âmbito de atuação com os espaços políticos tradicionais. Inclusive, no que tange à repercussão, aceitação ou discordância dos argumentos de sua decisão pelos setores sociais em embate, representados nos espaços políticos clássicos, Congresso e Executivo, chamados a ingressar à lide, e assim a participar da jurisdição.

Na decisão, que teve apenas um voto vencido, o Tribunal seguiu o extenso e bem fundamentado voto do relator, ministro Ayres Brito. No voto, o relator aborda, em tópicos bem estruturados, as terras indígenas como parte essencial do território brasileiro; a necessária liderança institucional da União, sempre que os estados e municípios atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena; as terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas; o desabono constitucional aos vocábulos "povo", "país", "território", "pátria" ou "nação" indígena; a demarcação como competência do poder executivo da União; a compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas; o tratamento positivo constitucional dado às demarcações; a natureza declaratória do ato de demarcação às terras tradicionalmente ocupadas, por força constitucional; a compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas; a nulidade dos títulos expedidos pelo INCRA; questões técnico-jurídicas em sentido mais ou menos estrito.

Entretanto, chamam a atenção critérios políticos, axiológicos, antropológicos, humanísticos. O debruçamento da Jurisdição constitucional sobre estas dimensões é possível, mesmo necessário, porque a Constituição, como Norma Fundamental, faz este entrelaçamento. Como o tópico sobre a demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal:

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (STF, 2008).

O tópico sobre o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, no bojo de uma Constituição que considera a diversidade, o pluralismo e o humanismo como vetores.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. (STF, 2008).

Ou o tópico sobre a dicção constitucional acerca dos objetivos e do significado da demarcação de terras indígenas e de preservação de sua cultura e tradição.

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. (STF, 2008).

Questão polêmica no julgamento se referiu à chancela ao modelo de demarcação contínua de terras indígenas.

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela idéia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da idéia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). (STF, 2008).

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. (STF, 2008).

Para os que se opunham a este modelo, dentre os quais o ministro Marco Aurélio, ele fere a proporcionalidade.

É um paradoxo considerar-se, para efeito de demarcação, a posse indígena reconhecida e preservada até a data da promulgação da Constituição de 1988 e, ao mesmo tempo, concluir-se pela demarcação contínua. (...) Difícil é conceber o chamado fato indígena, a existência de cerca de 19 mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada – uma área doze vezes maior que o município de São Paulo, em que vivem cerca de 11 milhões de

habitantes. Para mim o enfoque até aqui prevalecente soa desproporcional a discrepar, a mais não poder, da razoabilidade. (STF, 2008).

Entretanto, na visão de Ayres Brito, que prevaleceu:

III – a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e *clusters* (demarcação por ilhas ou do tipo “queijo suíço”). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da Constituição em matéria de proteção indígena; (STF, 2008).

O ministro contextualiza:

Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retira dos não-índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km², para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma idéia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km². Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km², é habitado por mais de 15 milhões de pessoas. (STF, 2008).

A decisão, coerente com os seus postulados plurais, ainda se preocupou com a conciliação entre terras indígenas e a visita de não-índios.

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de

equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. (STF, 2008).

Consideradas estas premissas, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e estabeleceu as seguintes condições, compatíveis com a análise hermenêutico-constitucional do caso:

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada

pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenha sido excluído expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Senhora Ministra Carmen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que proferiram voto em assentada anterior. Plenário, 19.03.2009. (STF, 2008).

Se, numa análise apressada a fixação, pelo STF, de vinte e duas condições para o usufruto das terras indígenas, pareça exorbitar do poder normativo

daquela Corte e esvaziar a arena política e a cidadania; esta impressão não subsiste a uma análise apurada. As condições estabelecidas foram hermeneuticamente construídas a partir das premissas postas na decisão e permitem a análise e a compreensão de sua coerência por qualquer cidadão. Isto se reveste em legitimidade discursiva, se não no consenso acerca do argumento, pela aceitação da comunidade política da coerência dele diante da ordem constitucional vigente. Ademais, não se trata de uma legitimidade discursiva meramente procedimental, mas, substantiva, orientada, como se disse alhures, por critérios políticos, axiológicos, antropológicos, humanísticos e plurais; tais qual a Constituição.

8.10 As Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nºs 54 e 186

Está pendente para um futuro próximo o julgamento de dois notórios casos de cunho intensamente político. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sobre o abortamento de feto anencéfalo e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, sobre as cotas no Ensino Superior. Ambas as questões apelam para convicções políticas e morais de como uma sociedade se identifica e de quais objetivos considera legítimos e de como diverge a este respeito. Afinal, a democracia é o espaço do dissenso. Em ambas as arguições a sociedade foi ouvida por meio de audiências públicas. Fato que demonstra a possibilidade de acesso democrático à Jurisdição Constitucional.

A convocação de audiências públicas pelo STF em processos de jurisdição constitucional é autorizada pelo artigo 5º, § 1º, da lei nº 9.882/99 e art. 21, inciso XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal visa ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade nos assuntos sob julgamento da Corte Constitucional. Significa a abertura do processo à participação da sociedade e, desta forma, reforça a legitimidade destas decisões, em matérias de cunho político social. Analisar-se-á algumas destas audiências convocadas pelo Supremo Tribunal Federal.

8.10.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi criada pela Constituição de 1988. Prevista, originariamente, no artigo 102 parágrafo único, com a emenda constitucional nº 03/93, passa a ter previsão no artigo 102, parágrafo segundo. Sua regulamentação se dá pela lei 9.882/99. Tem por objetivo a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal ante ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do Poder Público.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, preceito fundamental pode ser definido como o Fundamento de conformação e preservação da Ordem Jurídica e Política do Estado. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.261). Seriam eles: os princípios fundamentais de configuração política do Estado (arts. 1 a 4); os Direitos e Garantias Fundamentais (Título II e decorrentes dos parágrafos 2 e 3 do artigo 5); os Princípios Constitucionais Sensíveis (art. 34, VII); as “Cláusulas Pétreas” (art. 60 parágrafo 4 I a IV); as normas de organização política do Estado (título III); as normas de organização dos Poderes (Título IV).

Cunha Júnior ressalta que a arguição incidental se aproxima muito do *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão e do recurso de amparo do direito espanhol, embora tenha destinação mais ampla, pois serve à defesa de qualquer preceito fundamental, contemple ele um direito fundamental ou não. Seu principal objetivo é possibilitar uma decisão antecipada do Supremo Tribunal Federal sobre as questões constitucionais relevantes discutidas em processos concretos, que só chegariam a seu conhecimento, muito tempo depois, através de recurso extraordinário. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p.261).

Existem dois tipos de ADPF. A arguição autônoma é uma típica ação direta de controle concentrado-principal. Já arguição incidental é uma ação de controle concentrado-incidental suscitada o Supremo Tribunal Federal, em razão de um processo judicial em curso perante as instâncias ordinárias. A Legitimidade Ativa da ADPF autônoma, pelo projeto da lei 9.882/99 seria de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Com o veto presidencial, a legitimidade da ADPF restou idêntica à da Adin.

Um dos grandes méritos da ADPF é ter ampliado o objeto do Controle de Constitucionalidade. Para a Adin, os atos do poder público devem ter,

necessariamente, caráter genérico, abstrato e impessoal. Logo, mesmo as leis de efeitos concretos não podem, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser objeto daquela ação. Distintamente, o objeto da ADPF é ato do Poder Público, seja normativo, concreto, anterior à Constituição de 1988, ou mesmo municipal. A lei que regulamentou a ADPF permitiu o controle abstrato de atos ilegais e concretos, de quaisquer das entidades políticas, e especialmente sobre a legitimidade constitucional do direito ordinário preexistente em face da nova Constituição que, até o momento, em razão de uma equivocada jurisprudência do STF, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 277).

Na ótica de Cunha Júnior, a lei, ao limitar o conceito de descumprimento de preceito fundamental aos atos ou omissões do poder público, excluindo os atos de particulares, perdeu a oportunidade de reforçar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 277).

Quanto ainda ao objeto da ADPF autônoma, o STF excluiu de sua incidência os Atos Políticos, motivo pelo qual não conheceu da primeira ADPF proposta após a lei 9882/99, equivocadamente. Na ótica de Cunha Júnior, embora existam atos políticos restritos à conveniência e oportunidade do Poder a que se refere, tais quais o processo de *impeachment*, a decretação de estado de sítio ou de defesa, por exemplo, isto não significa que todos os atos políticos sejam incontroláveis pelo Poder Judiciário. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 285).

O projeto do qual resultou a lei 9882/99 autorizava o STF, por meio da ADPF, a fazer o controle preventivo de constitucionalidade de projetos de leis ou emendas constitucionais. Entretanto, estes dispositivos foram vetados pelo presidente da República. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 286).

Os efeitos da decisão da ADPF autônoma são *erga omnes* e vinculantes. São retroativos e, em regra, produzem a nulidade. Embora a decisão possa, com fundamento na lei 9882/99, sofrer a modulação de seus efeitos. Para Cunha Júnior, o efeito vinculante desta decisão alcança, inclusive, o Poder Legislativo. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 293).

Por sua vez, a Arguição Incidental é Ação de Controle Concentrado Incidental, suscitada perante o STF em razão de processo Judicial em curso perante

às Instâncias Ordinárias, quando há controvérsia Judicial Relevante. A Lei nº9. 882/99 possibilitou um controle concentrado-incidental junto ao Supremo Tribunal Federal, o que permite a resolução antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, instaladas em qualquer processo judicial concreto. Tem por objetivo possibilitar a decisão antecipada do STF sobre questões constitucionais que só chegariam ao seu conhecimento por Recurso Extraordinário. Os efeitos da decisão da Arguição Incidental, distintamente do incidente de inconstitucionalidade, terão efeito *erga omnes* e vinculante. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 293)

O projeto previa legitimidade para qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Com o veto presidencial, a legitimidade fica idêntica a da Adin, o que se demonstra incoerente com o instituto incidental. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 293). É condição para a Arguição Interventiva a Controvérsia Judicial relevante.

A jurisprudência do STF já formada em torno da ADPF fixou a subsidiariedade desta ação constitucional, de tal modo que ela só será admitida se não existir no sistema jurídico pátrio, outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental. Entretanto, para Cunha Júnior, esta subsidiariedade só deve alcançar a Arguição Incidental, jamais a Arguição Direta, sob pena de inconstitucionalidade. (CUNHA JÚNIOR, 2007a, p. 293)

8.10.2 Audiência Pública na ADPF 54-8 – Abortamento de feto anencéfalo

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Extrai-se da decisão do relator:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99.

LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE

GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A

permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a

morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente. (STF, 2008, p?)

O ministro relator reconheceu a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999; indeferiu o pedido da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB figurar como *Amicus Curiae*. Sobre a subsidiariedade argüiu, inclusive ao mencionar como exemplo o caso pretérito o Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, que:

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas,

veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em 1º de julho de 2004 o ministro relator concede a liminar, pelos seguintes argumentos:

(...) Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é insito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas. - Acórdão, DJ 31.08.2007.

O Colegiado Maior, na sessão de 20 de outubro de 2004, concluiu pela adequação da ação ajuizada, seguindo-se proposta do ministro Eros Grau para que fosse exercido crivo quanto à liminar. Por maioria de votos, o Plenário referendou a primeira parte da medida, a alcançar o sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado, e revogou a liminar na segunda parte, em que assentado o reconhecimento do direito das gestantes de submeterem-se, sem a glosa penal, à operação terapêutica de fetos anencefálicos. Em 31 de julho de 2008 o ministro relator convoca as audiências públicas.

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades:

Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti,

este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno- Infantis de Campinas – CEMICAMP.

Já agora incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição – viabilizada a juntada de memoriais – e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h:

Providenciem as intimações cabíveis, devendo as entidades referidas designar, previamente, as pessoas naturais que as representarão. Dêem ciência do teor desta decisão ao Procurador-Geral da República e aos demais integrantes da Corte, especialmente ao Presidente, ministro Gilmar Mendes. Encaminhem cópia às citadas entidades.

4. Publiquem.

Brasília, 31 de julho de 2008.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

As audiências públicas deste case realizaram-se em agosto e setembro de 2008. A decisão ainda não foi prolatada. Instituições e especialistas inscritos na audiência pública: 1 Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB; 2. Igreja Universal; 3. Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; 4. Católicas pelo Direito de Decidir; 5. Associação Médico-Espírita do Brasil – AME; 6. Conselho Federal de Medicina; 7. Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; 8. Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; 9. Sociedade Brasileira de Genética Médica; 10. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; 11. Deputado Federal José Aristodemo Pinotti; 12. Deputado Federal Luiz Bassuma; 13 Professora Lenise Aparecida Martins Garcia; 14. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; 15. Ministro José Gomes Temporão; 16. Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; 17. Escola de Gente; 18. Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos.; 19 Dra. Cinthia Macedo Specian; 20. Dr. Dernival Da Silva Brandão; 21. Conselho Federal de Direitos da Mulher; 22. Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira; 23. Conectas Direitos Humanos E Centro De Direitos Humanos; 24. Conselho Nacional De Direitos Da Mulher ; 25. Associação Brasileira De Psiquiatria.

8.10.3 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS: políticas de ação afirmativa (ou discriminação reversa) de acesso ao ensino superior

A argüição de descumprimento de preceito fundamental foi proposta contra atos administrativos que resultaram na utilização de critérios raciais para programas de admissão na Universidade de Brasília – UnB. Os dispositivos tidos por afrontados são os artigos 1º, *caput* e III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLII e LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput* e I, 207, *caput*, e 208, V, da Constituição Federal.

No que concerne ao recurso extraordinário, este foi interposto contra acórdão que julgou constitucional o sistema de reserva de vagas (sistema de “cotas”) como forma de ação afirmativa estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como meio de ingresso em seus cursos de ensino superior. Nesse caso, o recorrente não foi aprovado em exame vestibular para ingresso em curso superior de Administração, não obstante tenha alcançado pontuação maior do que alguns candidatos admitidos no mesmo curso pelo sistema de reserva de vagas destinadas aos estudantes egressos do ensino público e aos estudantes negros egressos do ensino público.

O debate em questão consubstancia-se na constitucionalidade do sistema de reserva de vagas, baseado em critérios raciais, como forma de ação afirmativa de inclusão no ensino superior. A questão constitucional apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão das universidades brasileiras. Além disso, evidencia-se a repercussão social, porquanto a solução da controvérsia em análise poderá ensejar relevante impacto sobre políticas públicas que objetivam, por meio de ações afirmativas, a redução de desigualdades para o acesso ao ensino superior.

Em 28 de setembro de 2009 o ministro relator designou audiências públicas para os dias 3 a 5 de março de 2010 e abriu prazo para a inscrição dos interessados em participar.

Ficam, assim, designados os dias de 3 a 5 de março de 2010, das 9h às 12h, para a realização da audiência pública, nas dependências do Supremo Tribunal Federal. O funcionamento da audiência pública seguirá o disposto no art. 154, III, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Os interessados deverão requerer sua participação na audiência pública no período de 1º/10/2009 a 30/10/2009, pelo endereço eletrônico acaoafirmativa@stf.jus.br. Para tanto, deverão consignar os pontos que pretendem defender e indicar o nome de seu representante. A relação dos inscritos habilitados a participar da audiência pública estará disponível no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal a partir de 13/11/2009. Quaisquer documentos referentes à audiência pública poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço acaoafirmativa@stf.jus.br. A audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social. Supremo Tribunal Federal, em 28 de setembro de 2009. Publique-se. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

O ministro relator esclareceu que em vista o grande número de requerimentos recebidos (252 pedidos), foi necessário circunscrever a participação da audiência a reduzido número de representantes e especialistas. Os critérios adotados para a seleção dos habilitados tiveram como objetivos garantir, ao máximo, (i) a participação dos diversos segmentos da sociedade, bem como (ii) a mais ampla variação de abordagens sobre a temática das políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior. Possibilitou, no entanto, que todos os requerentes, habilitados ou não, enviassem documentos com a tese defendida para o endereço eletrônico a serem publicados no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Foram admitidos a participar das audiências públicas:

I. Alan Kardec Martins Barbiero - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES);
II. Antônio Sergio Alfredo Guimarães (Sociólogo e Professor Titular da Universidade de São Paulo) ou José Jorge de Carvalho (Professor da Universidade de Brasília - UnB. Pesquisador 1-A do CNPq. Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa - INCT) - Universidade de Brasília (UnB);
III. Carlos Alberto da Costa Dias - Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis;
IV. Carlos Eduardo de Souza Gonçalves - Vice-Reitor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
V. Carlos Frederico de Souza Mares. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR - Fundação Nacional

do Índio (FUNAI); VI. Marcelo Tragtenberg - Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); VII. Cledisson Geraldo dos Santos Junior – Diretor da União Nacional dos Estudantes (UNE) - União Nacional dos Estudantes (UNE); VIII. Denise Fagundes Jardim. Professora do Departamento de Antropologia e Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); IX. Ministro Edson Santos de Souza - Ministro da Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPPIR); X. Eduardo Magrone – Pró-reitor de Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); XI. Erasto Fortes de Mendonça. Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH); XII. Eunice Ribeiro Durham – Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP), Professora Titular do Departamento de Antropologia da USP e atualmente Professora Emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP; XIII. Fábio Konder Comparato/Frei David Santos - Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO) ; XIV. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); XV. Flávia Piovesan. Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Fundação Cultural Palmares; XVI. George de Cerqueira Leite Zahur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais; XVII. Giovane Pasqualito Fialho - Recorrente do Recurso Extraordinário 597.285/RS – Representado por seu Advogado; XVIII. Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves - Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA); XIX. Ibsen Noronha. Professor de História do Direito do IESB - Instituto de Ensino Superior Brasília – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE); XX. João Feres. Mestre em Filosofia Política pela UNICAMP. Mestre e Doutor em ciência política pela *City University of New York* (CUNY) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ); XXI. Jorge Luiz da Cunha - Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); XXII. José Carlos Miranda - Movimento Negro Socialista; XXIII. José Roberto Ferreira Militão – Conselheiro do Conselho Estadual de Desenvolvimento da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo (1987-1995); XXIV. José Vicente ou representante - Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS); XXV. Kabengele Munanga. Professor da Universidade de São Paulo (USP) - Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo (USP); XXVI. Leonardo Avritzer. Foi Pesquisador Visitante no *Massachusetts Institute of Technology* (MIT). Participou como amicus curiae do caso *Grutter v. Bollinger* – Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); XXVII. Luiz Felipe de Alencastro. Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne - Fundação Cultural Palmares; XXVIII. Marcos Antonio Cardoso - Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN); XXIX. Maria Paula Dallari Bucci – Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Fundação Getúlio

Vargas. Secretária de Ensino Superior do Ministério da Educação (MEC); XXX. Mário Lisboa Theodoro. Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA); XXXI. Oscar Vilhena Vieira. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia. Pós-doutor pela *Oxford University*. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) - Conectas Direitos Humanos (CDH); XXXII. Renato Hyuda de Luna Pedrosa/Professor Leandro Tessler - Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP); XXXIII. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) - Democratas (DEM); XXXIV. Serge Goulart - autor do livro "Racismo e Luta de Classes", Coordenador da Esquerda Marxista – Corrente do PT, editor do jornal Luta de Classes e da Revista teórica América Socialista; XXXV. Sérgio Danilo Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá. Professor da UFMG e ex-professor da Universidade McGill de Montreal, Canadá; XXXVI. Sérgio Haddad. Mestre e Doutor em História e Sociologia da Educação pela Universidade de São Paulo. Diretor Presidente do Fundo Brasil de Direitos Humanos – Coordenador da Ação Educativa; XXXVII. Sueli Carneiro. Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. *Fellow* da Ashoka Empreendedores Sociais. Foi Conselheira e Secretária Geral do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo - Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo; XXXVIII. Yvonne Maggie – Antropóloga, Mestre e Doutora em Antropologia Social pela UFRJ - Professora de Antropologia da UFRJ.

Deste caso observa-se o amplo interesse da Sociedade civil na participação da decisão a ser tomada pela Suprema Corte nesta questão eminentemente política, na acepção que este trabalho deu a esta expressão. O grande número de requerentes, a pluralidade destes, a transmissão televisionada, a realização das audiências, demonstram que o espaço da jurisdição constitucional, está aberto ao debate democrático e à participação e que a função política do Poder Judiciário é legítima.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário possui função política inerente à sua natureza. Desde a antiguidade grega a noção de política está relacionada à escolha do que é conveniente para o homem que vive em coletividade, no espaço público. Em síntese, é isto que o Judiciário faz. Fundado em argumentos de Direito escolhe o que é conveniente, o que é devido e, em certa medida, o que é bom. Mas, os argumentos de Direito são também argumentos políticos, porque ambos são ciências da *praxis*. O Direito, em verdade, emerge da prática política, da regulação do espaço público. Tanto o Direito quanto a política são experiências éticas, relacionados com a determinação do que é bom para o homem e do que é capaz de levá-lo à felicidade. De modo que o Direito e o Estado, poder político organizado, estão imbricados. O Estado utiliza o Direito para justificar sua coercibilidade. O Poder Judiciário, com um dos poderes do Estado, é político por definição.

No entanto, a proposta positivista tentou apartar o Direito da política com o objetivo de cientificizá-lo. Erigiu como postulados do Direito a segurança, a previsibilidade, a objetividade e a neutralidade. Prescreveu que a interpretação Jurídica fosse uma operação lógica de subsunção sem interferências da política ou de juízos de valor. Com a superação histórica do modelo positivista, a teoria do Direito tenta se reconciliar com a política. Porém, no campo da aplicação do Direito, especificamente, na atuação do Poder Judiciário, este tem resistência de reconhecer sua jurisprudência como política. A desconstrução da objetividade, da neutralidade e o reconhecimento da interferência da ideologia do intérprete na aplicação do Direito, foram reconhecidos mesmo por realistas positivistas como Alf Ross. Mas, o reconhecimento de que a prestação jurisdicional, como ato de poder, é política e versa sobre questões políticas, ainda é reticente.

A Função política do Poder Judiciário é reforçada por dois acontecimentos. Primeiro, pela invenção do *Judicial Review*, em que o Poder Judiciário recebe a autorização para controlar e invalidar leis e atos normativos dos poderes políticos constituídos, em nome do poder político constituinte, fonte da supremacia da Constituição. Surgem aí as primeiras críticas a uma atuação política por parte do Poder Judiciário, que não poderia exercê-la devido a um suposto déficit democrático. O próprio Kelsen empregou grande esforço em demonstrar que a

questão de Controle de Constitucionalidade não seria política, mas, jurídica, como se estas duas dimensões fossem estanques.

Se na questão do Controle de Constitucionalidade foi mais fácil considerar a questão como estritamente jurídica e tratá-la como uma questão de escalonamento e hierarquia normativa, com a necessidade de implantação dos Direitos sociais advindos do Estado de Bem Estar Social, não se pode dizer o mesmo.

As normas prospectivas do Estado de Bem Estar Social trouxeram a indeterminação comum à política para o Direito positivado que tanto prezava pela segurança. Uma vez positivados, os Direitos sociais carecem de efetivação. Pois normas que não detenham a pretensão de eficácia não são jurídicas, consoante as lições do próprio Kelsen. Enfim, a necessidade de efetivar os direitos sociais, se inadimplidos, inclusive pelos outros poderes do Estado, compete ao Poder Judiciário. Isto representou uma transformação na atuação jurisdicional. O Judiciário ficou responsável por intervir em questão de cunho notadamente político e, por vezes, refazer as escolhas políticas dos outros poderes para proteger a Constituição dirigente, na feliz expressão de Canotilho.

A transição para a pós-modernidade redesenha os conceitos e os espaços políticos de outrora. Transformam-se os conceitos de soberania, democracia e separação de poderes. A representatividade política entra em crise e a separação de poderes rui. O Poder Judiciário passa a ser reconhecido como instância criadora de normas. E o princípio basilar da Democracia deixa de ser o princípio majoritário. A soberania popular está a salvo, porém sua maior densidade desloca-se dos órgãos de representação para a Supremacia Constitucional.

O Direito do pós-guerras erige um rol de Direitos Fundamentais, os consagra nos textos Constitucionais e os imuniza da deliberação da maioria. De modo que a Democracia Constitucional se perfaz com o respeito e a realização destes Direitos. A doutrina tem chamado este movimento de “eterno retorno ao jusnaturalismo”. Enfim, o Direito se reconcilia com o seu conteúdo ético sob a égide do Neoconstitucionalismo. A atribuição de normatividade aos princípios funde o plano deontológico ao plano axiológico. A concretização dos Direitos Fundamentais, de cunho principiológico e conteúdo semântico vago, requer do Poder Judiciário o domínio da Hermenêutica.

A Normatividade dos princípios e a concretização os Direitos Fundamentais requer do Poder Judiciário uma nova racionalidade e uma nova teoria de legitimação. A Nova Teoria dos Princípios versa sobre propostas teóricas de racionalização da concretização dos princípios no Direito, diante de sua normatividade e do forte caráter aberto do seu conteúdo axiológico.

A resolução de um caso concreto à luz de princípios conflitantes não ocorre com a mesma precisão que ocorre quando a colisão é de regras. No pós-positivismo esta se torna uma questão central, pois os princípios se tornaram normas jurídicas. Os teóricos se empenham em construir modelos de racionalidade para as questões dos princípios. Dworkin reconhece que os princípios resultam de uma dimensão da moralidade e lhes atribui uma dimensão de peso. O que significa que uma colisão não será resolvida à maneira do tudo-ou-nada, tampouco pela discricionariedade positivista do juiz, mas, pela ponderação. Que, em certa medida, é uma valoração fundada em dois outros princípios, o da proporcionalidade e da razoabilidade.

Alexy considera os princípios como mandamentos de otimização a serem realizados tanto quanto possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. A verdade é que os cânones positivistas não se adéquam à criação jurisprudencial do Direito. Questões relevantes para o Direito e para a comunidade política passam a ser resolvidas por ponderação de princípios, que correspondem, em certa medida, à ponderação de valores, cujo resultado criará normas para a comunidade político jurídica, a partir da atuação do Poder Judiciário.

Diante da criatividade jurisprudencial as maiores indagações surgem quanto à legitimidade democrática do Judiciário para tanto. Ultrapassada a proposta positivista de legitimidade, centrada na legalidade, a doutrina desenvolve novas propostas teóricas. Na vertente procedimentalista, a legitimidade do Direito se extrai de procedimentos racionais, previamente estabelecidos, que prescindem de qualquer conteúdo. O procedimento regulamenta a forma em que se dará a o processo de decisão, sem a formulação de diretrizes que condicionem seu resultado. O valor mais importante para os procedimentalistas é a democracia. Para eles, o papel do Judiciário é zelar pelo bom funcionamento das instâncias democráticas, pelas “regras do jogo”. Segundo Appio, os procedimentalistas enfatizam a importância da igualdade como garantia da democracia, ao contrário dos

substancialistas que enfatizam a democracia como garantia da igualdade. Para os substancialistas, o valor mais importante são os Direitos Fundamentais.

Dentre os autores procedimentalistas destaca-se Habermas porque estabelece uma relação de complementaridade entre Direito e Moral. Para Habermas, os conceitos de Democracia, de Direito e a legitimidade da jurisdição constitucional, estão intimamente ligados ao conceito de espaço público que decorre do conceito de razão comunicativa. A democracia em Habermas é discursiva, o que significa que para que as decisões sejam tomadas não é necessária a representatividade, mas é imprescindível que todos tenham acesso ao espaço público e possam participar do debate acerca das decisões. Para isto, para que o discurso seja fidedigno, os falantes devem possuir competência comunicativa, que significa ter capacidade de compreender o que se discute e as regras do discurso. Por isso, o mínimo de igualdade material é requisito para a democracia discursiva. Ou que se estabelecerá será pseudo-comunicação, decorrente de estruturas de dominação. A função da razão comunicativa, por sua vez, é regulamentar os mecanismos que possibilitem o funcionamento adequado desse espaço e universalizar a participação de todos.

Uma vez estabelecido o espaço público fidedigno, os falantes podem deliberar acerca de qualquer matéria sem postulados substantivos mínimos, esta é a ética discursiva habermasiana. Para as normas de Direito serem legítimas, elas precisam emanar de um processo legislativo racional e se justificar sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. Uma vez que a comunidade política tomou suas deliberações, as decisões judiciais legítimas são as que estão de acordo com a fundamentação do argumento que consiga o maior assentimento da sociedade civil.

Habermas implanta uma racionalidade procedimental, que assegura que as discussões acerca do melhor argumento ocorram no espaço público, com a possibilidade de participação de todos os interessados. A legitimação do Direito é obtida por meio de procedimentos que se desenrolam através de uma seqüência de atos jurídicos, cuja decisão será tomada com base no argumento mais robusto. A teoria habermasiana tem como pressuposto a existência de uma cultura de participação nas decisões políticas, portanto, requer um Estado Democrático de Direito e privilegia os direitos de autonomia, únicos que não podem ser tolhidos pela soberania popular.

A legitimidade do Direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo, não em seus conteúdos morais. Porém, o processo de legislação democrática exclui todos os interesses não-universalizáveis e permitem apenas regulamentações que garantam a todos as mesmas liberdades subjetivas. Quanto à posição das minorias no processo de deliberação política, estas só dão o seu consentimento e autorização para a maioria, se ficar assegurada a possibilidade de que ela possa vir a conquistar a maioria no futuro, enquanto que as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos Direitos Fundamentais das minorias, mas estes são encarados de maneira procedimental.

Para Habermas, o Tribunal Constitucional não pode se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no Direito Constitucional, sob pena de transformar-se numa instância autoritária. Uma vez que não há medidas racionais para a inserção dos valores, esta não pode ser feita pelo Tribunal Constitucional, mas, pelo consenso dos cidadãos construído no espaço público, com base em princípios ético-racionais que amparam o melhor argumento.

Distinta é a posição dos substancialistas, para quem o valor mais importante da Democracia é os Direitos Fundamentais. A realização destes Direitos é a própria realização da Democracia. Este posicionamento pode ensejar um ativismo judicial voltado para a realização dos Direitos Fundamentais, a exemplo do norte americano, que, pautado pela realização do princípio da igualdade, se voltou para a extensão da igualdade política para a social, principalmente em relação às normas que apresentavam discriminação racial.

Dentre os autores substancialistas, destaca-se Ronald Dworkin que concebe o Direito como integralidade e os Direitos Fundamentais como uma exigência da moralidade. Para sua concepção de Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Dworkin propõe que qualquer decisão política, inclusive as jurídicas, deve tratar todos os cidadãos como iguais, isto é, como tendo direitos iguais a interesse e respeito. Os Direitos Fundamentais, portanto são trunfos do cidadão perante a maioria. A função do Poder Judiciário é proteger estes direitos morais mesmo que a despeito do parlamento. Neste ponto, cabe o questionar se os juízes podem tomar

decisões políticas. De inspiração liberal, Dworkin defende que os juízes podem tomar decisões políticas de princípio, não de diretrizes. Os argumentos de princípio político são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de diretrizes políticas são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.

Dworkin apresenta a concepção comunitária de Democracia, pela qual as pessoas realmente têm direitos que estão acima da maximização da utilidade irrestrita e das decisões majoritárias. Qualquer legislação que possa ser justificada apenas pelo recurso às preferências da maioria nega a igualdade. Decidir sobre estas questões é uma tarefa que cabe somente ao Poder Judiciário, na figura do juiz Hércules.

Nos Hard Cases, Hércules, ao levar em conta o direito como integridade, o direito à igual proteção e respeito, a democracia comunitária e os Direitos Fundamentais como exigência da moralidade, alcançará a única resposta correta para aquele caso concreto. O sentido da única resposta correta significa que, embora os valores morais não possam ser provados, as práticas da interpretação e da moralidade dão a essas afirmações todo o significado de que necessitam, ou que poderiam ter.

Para Dworkin, a legitimação da jurisdição constitucional é estruturada em uma comunidade moral de princípios, de caráter transcendental às normas jurídicas, que é formada durante a assembléia constituinte. A teoria constitucional e a própria democracia não são uma simples teoria da supremacia das majorias. A Constituição e os Direitos Fundamentais, que nos Estados Unidos encontram-se em grande parte na *Bill o Righths*, destinam-se a proteger os cidadãos contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age em razão do que considera ser o interesse comum.

Entretanto, a distinção de Dworkin entre questões de princípio políticos e diretrizes políticas com a consequência de que não caberiam ao exame do Poder Judiciário as questões de diretrizes políticas, não prospera em face da Constituição brasileira de 1998, que constitucionalizou como fundamentais os direitos sociais com a mesma importância e normatividade que os direitos individuais. É preciso avançar

na teoria de Dworkin para compreender legítima a atuação do Judiciário voltada à efetivação também dos Direitos Sociais.

Se para os Direitos Sociais, a premissa de Dworkin de que os Direitos Fundamentais fundados em questões de princípio são uma exigência da moralidade, e que por isto, guardam superioridade em face da maioria; possa parecer frágil, o certo é que todos os direitos sociais se concluem no indivíduo e talvez essas diretrizes políticas, em uma sociedade periférica, injusta e desigual, sejam possibilitadoras do desenvolvimento prático da dignidade a que remete Dworkin.

Transportar para a nossa realidade a crença de Habermas no funcionamento da Democracia parece ingenuidade. E, ainda que a democracia funcionasse perfeitamente, parece contundente a premissa ética dworkiniana de que determinados direitos, afetos à dignidade de um homem, não possam ser deliberados ou negociados. Compreender, entretanto que só os Direitos individuais tenham essa prerrogativa, parece insuficiente e desolador. Confiar a guarda destes direitos e a supervisão do processo de deliberação política a Hércules pode parecer fantasioso, ou pior, conduzir ao autoritarismo de que fala Habermas. Ao lado das contribuições teóricas da Hermenêutica e da Teoria da Argumentação Jurídica, as advertências habermasianas para o bom funcionamento do espaço público parecem pertinentes. Talvez possam evoluir a *intelligentzia* jurídica o e espaço público democrático, juntos, num processo de intensificação recíproca, um a vigiar o outro, enquanto se caminha para uma sociedade mais igual e fraterna.

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4 ed. trad. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e Retórica**. 3ª edição. 2003.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad., Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

APPIO, Eduardo. **A Tutela Jurisdicional das Minorias**. Curitiba: Programa de Pós-Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Mário da Gama Kury. 3ª ed. UNB, Brasília, 1997

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II.

BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**. Teoria geral e dogmática. Martins Fontes

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto, MATTENCCI, Nicola e PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Variable [et al.]. 7. ed. Brasília: UNB, 1995. 2. v.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 05 de agosto de 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel [org.]. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

_____, Gisele. Poder Judiciário ativismo judiciário e democracia. In: **ALCEU** v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004

COELHO, Luis Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas. In: **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade**. 2 ed. rev. amp. Edições JusPodivm. 2007. BA.

_____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DÍAZ, Elias. **Estado de Derecho y Democracia**. Universidade de La Rioja. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=831255&orden=64433

Acessado em 30 de julho de 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. trad. Luís Carlos Borges . 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. trad. Luís Carlos Borges 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**; trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FEYERABEND, Paul K. **Tratado contra o Método**. TRD. SP: Unesp, 2007

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação**. 3. ed. SP: Atlas, 2001.

_____. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Antonio; SOUZA, Soraia. **Como elaborar projetos, monografias, dissertações e teses**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002 .

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A Pretensão da Hermenêutica À Universalidade**. In: Hermenêutica Contemporânea, BLEICHER, Josef. Lisboa. Ed. 70, [199?].

_____. **Conhecimento e Interesse**. Zahar Editores. RJ: 1971.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. Editor, 1991.

HECK, Luis Afonso. Regras, Princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: George Salomão Leite. (Org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 1 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003, p. 52-100.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. RS: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br> >. Acesso em: 06 jun. 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Os Princípios Gerais de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 2. Ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomás de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in) determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 7ed. Madrid: Tecnos, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre o fundamento e as origens das desigualdades entre os homens**. 2 ed. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROHMANN, Chris. **O livro das idéias**. 3ª ed. trad. RJ: Campus, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. e. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA NETO, M. J. E. **O Princípio da máxima efetividade e a interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 1999.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución** - Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

_____. **Teoria de la Constitución**. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Alianza Ed., 2001.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SÓFOCLES. **Antígona**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

STRECK, Lenio Luiz.; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 211p.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livr. Do Advogado. Ed., 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIANNA, Luís Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

VITAL MOREIRA. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 192-193.