

12ª. AULA. Direito e Constituição.

TEXTO:

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia*, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, ps. 314 a 330.

CASO PRÁTICO: O CASO DA MANIFESTAÇÃO DE RUA

Durante uma manifestação de rua, em 2013, na Cidade de São Paulo, na esquina da Avenida Paulista com a Avenida da Consolação, dois amigos são presos em flagrante e levados para a delegacia. A prisão se dá no meio de uma manifestação que reunia em torno de 100.000 pessoas, que ocupam todas as ruas da região.

A manifestação foi cercada por tropas da polícia, que usaram força desproporcional na tentativa de deter “situações que colocam a ordem pública em risco”, nas palavras de um policial. Os jovens corriam, porque, de repente, a 20 metros do local de onde estavam, uma bomba de gás lacrimogênio foi lançada. Os manifestantes, que se reuniam pacificamente, se desesperaram e começaram a correr, se chocando entre si, entrando em lojas e gritando. Ao serem vistos correndo, foram cercados por policiais que portavam escudos e estavam armados de cassetetes, não estando armados de armas mais agressivas, mas também não portando nenhum tipo de identificação no uniforme. São revistados, colocados contra a parede e, enquanto se abrem suas mochilas, são algemados, sob a alegação de “perturbação da ordem pública”, “vandalismo” e “resistência”.

Você é um(a) advogado(a) popular, da ONG Direitos na Rua, e atua sem cobrar nada, pela prevenção de situações danosas e pela liberdade de pessoas arbitrariamente presas nas ruas. Você sabe que a Constituição Federal de 1988 protege direitos fundamentais, em seu art. 5º, inciso IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”), inciso IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”) e inciso XVI (“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”) e por isso procura exercer uma atividade de apoio ao exercício da cidadania.

Você é avisado da situação, segue para a Delegacia para acompanhar o caso de perto, e se informar melhor, e entra com um pedido de *Habeas Corpus*, em favor dos dois jovens.

1. Redija o texto do *Habeas Corpus*, com argumentos extraídos da Constituição e do Código Penal, da doutrina e da jurisprudência, visando alcançar a liberdade dos dois jovens. Desenvolva os argumentos que podem amparar o pedido de liberdade, considerando-se os fatos, a disputa pela consolidação da democracia, os direitos fundamentais e a liberdade de manifestação.

td
tempo brasileiro

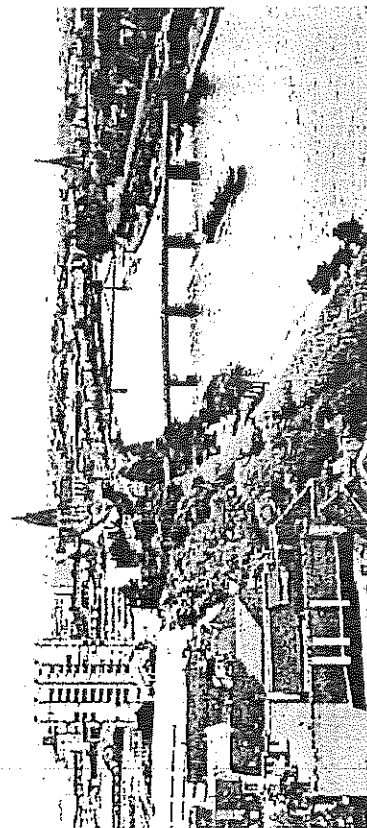
**Biblioteca
Tempo Universitário 101**

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA

entre facticidade e validade

I



Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA I
entre facticidade e validade

BIU
101

Este livro complexo e, ao mesmo tempo, instigante, gira em torno de uma única questão geral: será que a teoria do discurso e do agir comunicativo pode contribuir efetivamente para o esclarecimento e a compreensão das atuais possibilidades de associação política no âmbito do Estado democrático?

HABERMAS parte da constatação segundo a qual as atuais teorias da política e do direito se fecham em dois campos opostos:

- o dos princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social;
- o dos princípios objetivistas, incapazes de focalizar normas.

Para enfrentar essa situação teórica ele acentua a nuance interdisciplinar e poliglota da razão comunicativa que permite incrementar o diálogo crítico entre os princípios teóricos que florescem na atualidade, bem como delinear os contornos de uma reconstrução do direito e do sistema dos direitos, da cidadania e da política deliberativa, da esfera pública, da formação da opinião e da vontade política dos cidadãos.

1581 95-262-0651-4



9 788528 200911

de princípios ultrapassa uma interpretação do texto da lei, necessitando de uma justificação externa: "Statutory text is the starting point, but it becomes intelligible only because of the context and background norms that give it content. Usually, the context is unproblematic, and the norms are so widely shared and uncontroversial that the text alone appears to be a sufficient base of interpretation. In many cases, however, the text, in conjunction with such norms, will produce ambiguity, overinclusiveness, or underinclusiveness; in such cases courts must look elsewhere. Contextual considerations of various sorts – including the legislative history, the statutory purpose, and the practical reasons plausibility of one view or another – can in these circumstances provide considerable help. But the history might itself be ambiguous – or be the work of an unrepresentative, self-interested group – and the problem of characterizing purpose in a multilateral body will, in many cases, lead to the familiar problems of ambiguity, gaps, overinclusiveness, and underinclusiveness. In such cases, courts often must resort to conspicuous or contestable background norms".²²

Tal consideração não esclarece se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático.

II. Normas versus valores: crítica a uma autoconcepção metodológica falsa do controle da constitucionalidade.

1

As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma "doutrina da ordem de valores", desenvolvida pelo próprio tribu-

22 SUNSTEIN (1990), 157.

portanto a uma autoconcepção metodológica dos juizes, a qual teve consequências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos. A crítica justificada à jurisprudência de valores dirige-se, muitas vezes de forma *brusca*, contra as graves consequências que resultam do Estado de direito, sem esclarecer que se trata apenas, e em primeiro lugar, de consequências de uma auto-interpretação falsa. Com isso, ela perde de vista a alternativa de uma compreensão correta da interpretação construtiva, segundo a qual, direitos não podem ser assimilados a valores.

Para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma "ordem concreta de valores" (semelhante à de Max Scheler ou de Nicolai Hartmann). Böckenförde, concordando com o teor de fundamentações importantes de juizes do Tribunal Constitucional Federal, também interpreta os princípios como valores: "normas fundamentais objetivas" devem apoiar-se em "decisões valorativas". Segundo I. Maus²³, ele adere à proposta de R. Alexy, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da "ponderação de valores", corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frívol. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa *realização* concretizadora de valores, referida a casos: "Concretização é o preenchimento criativo, apenas conforme à orientação ou ao princípio, de algo determinado, que no mais continua aberto, necessitando da determinação complementar"

23 MAUS (1989), 199.

para se transformar numa norma exequível. Hans Huber já clamará há muito tempo a atenção para o fato de que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais – entendidos como normas de princípio – que resulta de sua universal validade, amplitude e indeterminação, não pode ser confundida com necessidade de interpretação... E é preciso acrescentar, por motivo de clareza, que essa legislação referida a casos, uma vez que surge como interpretação da constituição, atinge o nível de constituição, representando, pois, legislação constitucional²⁴. Portanto, Böckenförde toma a autocompreensão metodológica do Tribunal Constitucional Federal ao pé da letra e a critica, servindo-se da tese de Carl Schmitt sobre a "tirania dos valores", sem perceber que o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores.

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

24 BÖCKENFÖRDE (1991), 186s.

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

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.

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

do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. 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.

Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *some*nte perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos - como é o caso das versões clássicas da ética dos bens. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores, transformando-os em entidades que existem em si mesmas; sob condições do pensamento pós-metafísico, no entanto, elas não são mais defensáveis. Em teorias contemporâneas desse tipo, os pretensos bens ou valores universais assumem uma forma a tal ponto abstrata, que é possível reconhecer facilmente nelas princípios deontológicos, tais como dignidade humana, solidariedade, auto-realização e autonomia²⁵. A transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem *papéis diferentes na lógica da argumentação*. Por esta razão, teorias de valores pós-metafísicas levam em consideração a particularidade dos valores, bem como a flexibilidade

25 TAYLOR, Ch. *Sources of the Self*. Cambridge, Mass. 1989; cf. minha crítica in: HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskurstheorie*, Frankfurt a/M, 1991, 176-185.

das hierarquias a serem estabelecidas entre os valores e a validade meramente local de configurações de valores. Na visão destas teorias, os valores surgem de tradições e orientações axiológicas culturais consuetudinárias ou - quando desejam sublinhar o caráter subjetivo e consciente da escolha de valores - de "ações existenciais sobre metapreferências e "higher order volitions"²⁶.

Na discussão paralela que corre entre os constitucionalistas americanos, distingue-se claramente - mais do que no debate alemão - entre impulsos teóricos que definem os direitos fundamentais como princípios do direito e os que os definem como orientações valorativas. P. Brest, por exemplo, marca claramente a oposição entre as "Rights Theories" e os princípios do "Moral Conventionalism"²⁷. Em sua controvérsia com uma jurisprudência constitucional, que entrelaça moral e direito, J. H. Ely faz uma distinção entre a compreensão deontológica dos direitos fundamentais, de um lado, que recorre a direitos suprapositivos, à razão e a princípios processuais neutros, e a interpretação da teoria dos valores, de outro lado, que se refere à tradição e ao consenso consuetudinário²⁸.

Nos Estados Unidos, Michael J. Perry defende uma variante neo-aristotélica da hierarquia de valores. Ele entende o texto constitucional como documento de fundação e expressão da auto-compreensão ética de uma comunidade histórica, pondo assim em cheque as características empíricas do convencionalismo moral, que vê os valores fundamentais da constituição enraizados no consenso da maioria da população sobre valores dominantes. Como se fora um texto sagrado, a constituição funda novas idéias, em cuja luz a comunidade pode reconhecer suas aspirações mais

26 FRANKFURT, H. "Freedom of the Will and the Concept of the Person", in: *id. The Importance of what we know about*. Cambridge, Mass. 1988, 11-25.

27 BREST, P. "The Fundamental Rights Controversy", in: *Yale Law Journal*, 90, 1981, 1063-1109.

28 ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass. 1980.

profundas e seus verdadeiros interesses: "On this view, our political life includes ongoing moral discourse with one another in an effort to achieve ever more insightful answers to the question of what are our real interests, as opposed to our actual preferences and thus what sort of persons with what projects, goals, ideals ought we to be ... Deliberative politics is an essential instrument of self-knowledge"²⁹. O discurso de auto-entendimento ético-político dos cidadãos encontra sua manifestação concentrada numa jurisprudência constitucional orientada por valores, que se apropria hermenêuticamente do sentido originário da constituição, na medida em que atualiza criativamente desafios históricos cambiantes, opondo-se ao sentido originário. Ainda mais usado do que a nossa hermenêutica jurídica apoiada em Gadamer, Perry vê o juiz constitucional no papel de um professor profético que procura garantir a continuidade de uma tradição constitutiva para a vida da comunidade, interpretando a palavra divina dos fundadores. E, ao fazer isso, ele não deve fixar-se no teor estrito, nem tornar-se dependente de convicções majoritárias: "To 'interpret' some provision of the Constitution is, in the main, to ascertain the aspirational meaning and then to bring that meaning to bear - that is to answer the question ... what that aspiration means for the conflict at hand, and what that aspiration, if accepted, requires the court to do"³⁰.

Tal *jurisprudência de valores* levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tomarem 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"³¹.

29 PERRY, M. J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988, 152ss.

30 PERRY (1988), 135s.

31 PERRY (1988), 149.

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colcação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denninger: "Valores só podem ser relativizados através de valores; porém o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica"³². Isso leva Dworkin a entender direitos como "trunfos" a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos. É verdade que nem sempre o direito consegue impor-se contra qualquer bem coletivo no âmbito concreto da argumentação que visa à decisão de um caso singular, principalmente quando a primazia de um objetivo coletivo pode ser justificada à luz de princípios. 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 consuetudinários³³.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão,

32 DENNINGER (1990), 147.

33 Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modelo economicista de fundamentação, proposto por Alexy (1985, 143-153), não consegue levar a discussão adiante. Cf. GÜNTHER (1988), 268ss.

crece o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. No caso de uma colisão de normas, certos princípios, tais como, por exemplo, a "capacidade funcional" do exército alemão, o cuidado do direito, a "paz" específica de certas esferas, a "segurança do Estado como poder de ordem e de paz", o comportamento fiel à federação ou a "fidelidade à federação", fornecem certamente pontos de vista que permitem introduzir argumentos num discurso jurídico; todavia, esses argumentos não "contam" mais do que os princípios jurídicos, à luz dos quais esses bens e princípios podem ser justificados. Ora, esse limiar é nivelado a partir do momento em que, contra toda intuição, princípios do direito são equiparados a bens, finalidades e valores: "*Garantias constitucionais da liberdade concorrem neste caso com 'princípios' contraditórios, não somente em seu conteúdo, mas também em toda a sua estrutura, como, por exemplo, a capacidade funcional do exército federal ou a capacidade funcional dos empresários na economia global... O Tribunal Constitucional Federal transforma esses bens coletivos (como também os outros) em encargos constitucionais imediatos, que o legislador é obrigado a cumprir, tendo em vista certos custos para os direitos da liberdade, inerentes a certas situações*"³⁴.

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas "abertas", não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis - como é o caso dos programas condicionais - e formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma "concretização" metodicamente inofensiva. Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidência com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo

³⁴ MAUS (1989), 197s.

e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexo racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas "adequadas" ou não-adequadas". Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.

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

2

No tocante ao problema da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, esta consideração metodológica traz consequências práticas e críticas em relação a uma auto-compreensão falsa e suas consequências, não para a possibilidade de uma decisão racional de recursos constitucionais em geral. Pois a interpretação de princípios do direito não se distingue fundamentalmente da interpretação de normas simples (na medida em que a sua aplicação não está condicionada previamente a situações delimitadas). No processo de aplicação, nem sempre surgem lacunas de racionalidade em ambos os tipos de interpretação. Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se

deixam normatizar processualmente; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está *limitada à aplicação* de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.

Uma jurisprudência dirigida por princípios não precisa necessariamente ferir a estrutura de decisão organizada hierarquicamente, destinada a *garantir preliminarmente ao respectivo processo de decisão* os argumentos legitimadores, através de resoluções de um nível de competência hierarquicamente superior. Ingeborg Maus vê a lógica da divisão de poderes na interrupção preventiva do círculo de um processo de legitimação normalmente fechado autorreferencialmente: *“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 proporcional, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito...”*³⁵. O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarar o feixe de argumentos com

35 MAUS (1989), 208.

os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.

A partir do momento em que uma norma não permite mais tal aplicação coerente, portanto, conforme a constituição, coloca-se a questão do controle abstrato de normas, a ser empreendido basicamente na perspectiva do legislador. Na Alemanha e nos Estados Unidos, na medida em que esse controle de normas é feito no quadro da instância da prova judicial, levando à rejeição de normas e não a mandatos para o legislador, argumentos pragmáticos e político-jurídicos podem falar em prol da distribuição institucional de competências. Então é preciso perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetura da constituição e na lógica da divisão de poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional.

Pouco importa o modo como as questões da institucionalização judicial da divisão de poderes são avaliadas: não é necessário e nem possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual, “direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito”³⁶. Ademais, a discussão americana sobre a constituição desconhece a oposição entre direito subjetivo e objetivo. E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia da auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social,

36 BÖCKENFÖRDE (1991), 194.

econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. Neste aspecto, a discussão americana é mais fecunda do que a alemã.

A concepção cética desenvolvida por J. H. Ely procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral. Ely parte da ideia de que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais. No seu entender, a

substância da constituição não reside em regulamentos materiais e sim formais (tais como, *equal protection* ou *due process*): "*Our Constitution has always been substantially concerned with preserving liberty... The principle answers to that are by a quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis, with the decision makers held to a duty to take into account the interests of all those their decisions affect*"³⁷. Se a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, *em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os "canais" para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza: "unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about"³⁸.

Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente *do ponto de vista do conteúdo*. Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação

37 ELY (1980), 100.

38 ELY, (1980), 117.

formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas. Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. Ele se interessa pelas limitações concretas do pluralismo formalmente permitido e utiliza a representação clássica da representação virtual, a fim de reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas. O controle da gênese das normas deve estender-se à divisão de poderes entre executivo e legislação, e não apenas à implementação dos programas de leis através da administração, chegando até à inadmissível passividade de um legislador, que não esgota suas competências, delegando-as à administração: "Courts thus should ensure not only that administrators follow those legislative policy directions that do exist - but also that such directions are given"³⁹.

Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar "judicial self-restraint". Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apoia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos: "*The argument is that the basic justice of decision-making institutions must be assessed in terms of whether all affected are treated comfortably*

39 ELY (1980), 133.

with what philosophers call moral universalizability or reciprocity"⁴⁰. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos⁴¹. Tampouco se pode deduzir daí que tenham desaparecido outros argumentos para um enfoque cético em relação ao tribunal.

O ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma *concepção 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. Segundo esta interpretação, uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais: "*The methods of reasoning of other branches of government are neither structured by requirements of an articulate consistency in the elaboration of underlying principles nor secured by institutional independence in their impartial exercise*"⁴². De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem substituir discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão

40 RICHARDS, D. A. J. "Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law", in: *Ohio State Law Journal*, 42, 1981, 336; cf. ib. BREST, P. (1981), 1092ss.

41 TRIBE, L. H. "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", in: *Yale Law Journal*, 89, 1980, 1063-1080.

42 RICHARDS (1981), 336; cf. ib. BREST, (1981), 1105ss.

de todos os atingidos. Tanto mais a racionalidade inerente ao processo político necessita de esclarecimento. O conceito básico de uma justiça procedimental da formação política da opinião e da vontade exige uma teoria da democracia, implícita em Ely, cujas feições, no entanto, se revelam cada vez mais convencionais.

III. O papel da jurisdição constitucional na visão da política liberal, republicana e procedimental.

A controvérsia dos constitucionalistas americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha política do que na da metodologia do direito. No discurso sobre a divisão de trabalho entre tribunal constitucional e legislador democrático, os espíritos se dividem, principalmente na avaliação do processo legislativo e na questão da racionalidade que a constituição atribui a esse processo, a qual pode ser formulada da seguinte maneira: em que deve consistir essa racionalidade em geral? Mesmo tendo como pano de fundo idéias empíricas, a teoria do direito toma o aspecto normativo para discutir o modo como a controversa relação entre os dois poderes foi considerada na tradição constitucional americana.

Com relação à tarefa do controle abstrato de normas, Frank I. Michelman parte, do mesmo modo que Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E, nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo - como origem de todas as autorizações de normatização - no quadro de uma compreensão procedimental da constituição: "If republican constitutional possibility depends on the genesis of law in the people's ongoing normative contention it follows that constitutional adjudicators serve that possibility by assisting in the maintenance of jurisgenerative popular engagement. Republican constitutional jurisprudence will to that extent be of that type, that Lawrence Tribe calls (and criticizes as) 'process-based', recalling Ely's ... juristification of judicial review as 'representation rein-

forcing"⁴³. Todavia, o uso enfático do adjetivo "republicano" trai uma delimitação em relação à compreensão de democracia, de Ely. Michelman apóia-se na tradição da "política aristotélica", a qual, passando pela filosofia romana e pelo pensamento político do Renascimento italiano⁴⁴, não somente adquiriu feições de um direito natural moderno em Rousseau, mas também entrou na discussão americana sobre a constituição, como uma alternativa para o liberalismo de Locke, passando pelo opositor de Hobbes, James Harrington, inspirando a compreensão democrática dos fundadores⁴⁵. J. G. A. Pocock estiliza essa vertente do pensamento republicano, transformando-a num humanismo da cidadania, o qual, diferindo do direito natural moderno, não se serve de um vocabulário jurídico, e sim da linguagem da ética e da política clássica⁴⁶.

Enquanto os conceitos do direito romano servem, durante a modernidade, para definir as *liberdades negativas* dos cidadãos, para garantir a propriedade e o intercâmbio econômico das pessoas privadas contra intromissões de um poder político exercido administrativamente, do qual eles estavam excluídos, a linguagem da ética e da retórica conserva a imagem de uma prática política, na qual se realizam as *liberdades positivas* de cidadãos que participam em igualdade de condições⁴⁷. O conceito republicano da "política" não se refere aos direitos de cidadãos privados à vida, à liberdade

43 MICHELMAN, *Law's Republic* (1988), 1525.

44 POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton, 1975.

45 KAHN, P. W. "Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism", in: *Yale Law Journal*, 98, 1989, 449-517.

46 POCOCK, J. G. A. "Virtues, Rights, and Manners", in: *Political Theory*, 9, 1981, 353-368.

47 Sobre os conceitos liberdade "positiva" e "negativa", cf. TAYLOR, Ch. "Was ist menschliches Handeln?", in: *id. Negative Freiheit?* Frankfurt a/M., 1988, 9ss.