

Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira¹

Marcio Renan Hamel²

Resumo

O presente texto aborda o crescente fenômeno da judicialização da política no contexto brasileiro, questionando se a principal metodologia do Poder Judiciário deve ser a de criar espaços ou a de ser espaço. A defesa é embasada na obra do filósofo Jürgen Habermas, apontando-se para um aumento da atividade procedimental democrática de deliberação pública, legitimando a lei positiva e diminuindo a intervenção judiciária.

Palavras-chave: Judicialização; política; procedimento; democracia; jurisdição.

Abstract

The present text deals with the growing phenomenon of politics judicialization in the brazilian context, questioning whether the main methodology of the Judiciary should be to create spaces or to be space. The defence is based on the work of the philosopher Jürgen Habermas, pointing to an increased of the democratic procedural activity of public deliberation, legitimising positive law and decreasing judicial intervention.

Keywords: Judicialization; policy; procedure; democracy; jurisdiction.

¹ O presente texto foi apresentado originariamente no VI Colóquio Habermas, realizado entre 10 e 14 de maio de 2010, no Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia. IBICT. Rio de Janeiro, Brasil.

² Bacharel em Direito pela UPF, Advogado, Bacharel em Filosofia pela UPF, Especialista em Direito Privado pela UNIJUÍ, Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela UNIJUÍ, Doutorando em Direito pela UFF, professor de Hermenêutica e Argumentação Jurídica, Introdução à Teoria do Direito pela UPF/RS, professor pesquisador dos Grupos de Pesquisa no CNPQ - *Democracia, Estado de Direito e Cidadania* da Universidade Federal Fluminense – UFF; *Ética, Política e Direito no Estado Democrático de Direito* da Universidade Estadual de Londrina – UEL e, líder do Grupo *Filosofia e Direito* da Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço profissional: Rua General Netto, 383/606, Galeria Mazzoleni, Centro, Passo Fundo/RS. E-mail: marcio@upf.br.

SUMÁRIO: I – Introdução; II – A Relação entre Direito e Política; III – Os Tribunais e as Sociedades Contemporâneas; IV – A realocação do Direito moderno e o novo papel do Judiciário: em busca da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito; IV – A realocação do Direito moderno e o novo papel do Judiciário: em busca da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito; VI – Referências.

I – Introdução

Hodiernamente, trava-se um debate importante no Brasil acerca da jurisdição constitucional, levando-se em consideração as orientações denominadas procedimentalistas e substancialistas. Dentro desta dicotomia, buscamos refletir sobre a viabilidade do estatuto jurídico-político do país, bem como compreender o que é um projeto de Constituição de um Estado Democrático de Direito. E não esqueçamos: “democrático”. A questão analisada é a de como se dá a judicialização da política e, por outro lado, a politização do Poder Judiciário (Direito), indagando se a sua metodologia deve ser a de “criar” espaços ou a de “ser” espaço.

A partir da adoção das cartas constitucionais contemporâneas e do pós-guerra, o Estado Democrático de Direito passou a ser visto como aquele agente capaz de assegurar a liberdade, a igualdade e a própria construção da cidadania, em uma sociedade que se imaginava, então, mais justa e equilibrada.

Tal perspectiva se iniciou, principalmente, no momento da adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social (*Wohlfartsstaat*) quando, ao menos aparentemente, o Estado Democrático de Direito se aproximou de seus cidadãos, com o intuito de lhes garantir um mínimo de direitos, aos quais se atribuiu a nomenclatura pela técnica jurídica de direitos fundamentais. Estes nasceram de várias lutas populares no decorrer dos séculos XVII e XVIII, quando houve a substituição de um modelo organicista de sociedade, ou seja, de um Estado que era anterior e superior aos indivíduos, para um modelo individualista de sociedade, no qual os indivíduos passam a ser anteriores e superiores ao Estado, possibilitando, assim, a inversão da figura deôntica original do dever para o direito.

Inaugura-se, então, aquele momento que Norberto Bobbio chamou de *Era dos Direitos*, em uma profunda ruptura com o passado, com a inclusão da temática dos direitos humanos nas discussões políticas e jurídicas do Estado Democrático de Direito. Os direitos passaram a ser inseridos progressivamente, o que se convencionou chamar de “gerações de direitos”.

A primeira geração – a dos direitos civis, também chamados de direitos negativos, porque exercidos contra o Estado, compreende as liberdades físicas (vida, locomoção, segurança, inviolabilidade de domicílio, reunião e associação); as liberdades de expressão (imprensa, manifestação do pensamento, sigilo de correspondência); a liberdade de consciência (filosófica, política, religiosa); o direito de propriedade privada; os direitos da pessoa acusada (reserva legal, presunção de inocência, devido processo legal) e as garantias dos direitos (petição, *habeas corpus* e mandado de segurança).

A segunda geração de direitos surge no século XIX, denominada de direitos políticos (sufrágio universal, constituição de partidos políticos, plebiscito, referendo e iniciativa popular).

A terceira geração de direitos, no início do século XX, recebe a nomenclatura de direitos econômicos e sociais (liberdade de trabalho, salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas, descanso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, igualdade de salários para trabalhadores iguais, liberdade de fundação de sindicatos e adesão sindical, seguridade social, educação, saúde e habitação). E, ainda, uma quarta geração de direitos, com os chamados direitos de solidariedade (desenvolvimento, meio ambiente, paz e autodeterminação dos povos).

Com a adoção de tal rol de direitos fundamentais, as constituições republicanas passam a ser entendidas como o *locus* da própria realização da cidadania. Em relação ao contexto brasileiro, que aqui interessa ao debate, quer por incapacidade política quer por limitação orçamentária, os direitos fundamentais penam ainda no Brasil, pois a sua realização depende, muitas vezes, da interferência direta do Poder Judiciário no âmbito da política, ocorrendo o que, cotidianamente, se tem convencionado chamar de “politização do Judiciário” e de “judicialização da política” em uma, talvez, hipertrofia do Judiciário frente à política, que pode de certa forma se converter em um risco para a democracia contemporânea, ante o crescimento demasiado do Poder Judiciário.

II – A Relação entre Direito e Política

No centro do debate da relação entre Direito e Política, autores se dividem na defesa de teses substancialistas, ou seja, na materialidade dos direitos fundamentais (Streck, Cappelletti, Dworkin) e de teses procedimentalistas, as quais assegurem, de forma sólida, o processo democrático, para que a própria participação defina as prioridades a serem realizadas (Habermas, Garapon, Cruz). Nesse sentido, o presente texto tem o objetivo de oferecer algumas reflexões acerca da viabilidade do procedimentalismo deliberativo, como meio de construção da cidadania no Brasil e emancipação da classe proletária (segundo expressão de Marx), resguardadas as orientações substancialistas e aquelas provenientes de um dirigismo constitucional hermenêutico (via filosofias de Heidegger e Gadamer).

Nesse sentido, pode-se perquirir se o julgamento retribui ou recompõe algo ou alguma coisa (aqui se entende a recomposição no sentido filosófico do termo), uma vez que o julgamento deveria propor o reencontro das pessoas. Atualmente, o julgamento é um ato de exclusão, podendo-se indagar “até que ponto, ante a crise, se pode alicerçar as bases da democracia”. Precisamos propor o julgamento a partir de práticas dialógicas.

É fato que o Poder Judiciário toma conta do espaço que é da política. De acordo com Habermas, o Tribunal não pode intervir em decisões da política, concordando-se que o procedimento é fundamental para a democracia; porém, questões são colocadas a favor e contra Habermas, sendo que o problema em pauta é “como mediar o diálogo pelos valores?”. De acordo com Lucas,

as orientações procedimentalistas de Habermas e Garapon, cada um a seu modo, segundo Vianna, destacam que ‘o que há de patológico e de sombrio na vida social moderna, do que a crescente e invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa. A invasão da política e da sociedade pelo direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiram 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’. A invasão da política pelo direito entorpece a capacidade democrática da sociedade e enclausura todas as possibilidades de emancipação da racionalidade burocrática do Judiciário, aumentando o desprestígio da política e das alternativas democráticas na produção do direito e na condução do devir histórico. (LUCAS, 2005, p.03).

Em verdade, nossa Constituição Federal de 1988 nunca foi encarada como um processo de sociabilidade, como um projeto para um Estado Democrático de Direito, visto que dependemos da nossa historicidade para compreender a nossa realidade³. A carga de historicidade constitucional tem de ser compreendida e o sujeito a interpreta a partir de suas instituições. Com efeito, o procedimento é condição mínima de diálogo, mas serve para que se produza um sentido comum.

Olhando para a história, basta ver que a única garantia do poder do rei era a interpretação única, através da qual nasceu a interpretação literal, gramatical, filológica, sendo então necessário castrar as interpretações dos aristocratas do Judiciário.

Com a evolução social, uma sociedade complexa perdeu suas formas de produzir identidade e o Poder Judiciário passou a ser a referência; todavia, não é possível jogar todos os problemas da humanidade no Judiciário. Conforme expõe Cittadino,

o patriotismo constitucional é o caminho através do qual devemos, segundo Habermas, separar o ideal político de uma co-associação voluntária de cidadãos que, reciprocamente, se reconhecem como autores e destinatários de seu próprio direito, de uma eticidade concreta assentada em valores compartilhados, especialmente nos casos em que já não se pode confiar em tradições comuns e continuidades históricas. (...) Habermas configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas sim em uma “nação de cidadãos”. (CITTADINO, 2002, p.22).

Por outro lado, o excesso de legislação cria um excesso de litígios. O autoritarismo do Poder Judiciário pode ser tão ruim quanto o autoritarismo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, mostrando a incapacidade da sociedade de oferecer

³ Conforme Gadamer, sentido é instauração. É no próprio movimento do diálogo que a coisa vai se criando, sendo que compreender não é se deslocar para o lugar do outro (Schleiermacher), mas por-se de acordo. No processo de compreensão, a linguagem é o *medium* fundamental. Em Gadamer, o *ser* se faz via dialética/diálogo, pois o processo de compreensão instaura alguma coisa que não existia antes. É a terceira possibilidade. Nesse sentido ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002. Entretanto, deve ser ressaltado, que essa é a tradição hermenêutica.

respostas aos seus problemas, existindo, inclusive, no Brasil, a recriminação dos movimentos sociais.

O controle de constitucionalidade brasileiro assume a combinação de critérios, consoante explica Silva (2006, p.51), já que a Constituição vigente adota o controle jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, o que é de competência do Supremo Tribunal Federal. O controle difuso, também denominado jurisdição constitucional difusa, ocorre quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário; o controle concentrado, ou jurisdição constitucional concentrada, verifica-se quando o mesmo é deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

Streck (2003) critica com veemência a concepção procedimentalista habermasiana, principalmente porque entende que Habermas deixa de reconhecer o modelo do Estado Democrático de Direito, correndo o risco de objetivar a Constituição. De acordo com Streck: “Habermas cai em certo sociologismo ao ignorar a especificidade do jurídico presente nas Constituições, que gerou todo o processo de revitalização do jurídico, naquilo que diz respeito à função social do Direito” (p.178).

Por meio da leitura de Streck, o Direito assume a tarefa de transformação, em contraponto à razão política que, segundo aponta, tantas sequelas deixou. Em sua proposta de uma Teoria da Constituição Dirigente adequada a países de modernidade tardia, defende um dirigismo constitucional, isto é, um intervencionismo substancialista, especificamente onde o processo político falha ou se omite na implementação de políticas públicas. Essa proposta teórica é desenvolvida com orientação na filosofia hermenêutica de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer, em oposição ao que intitula “teses discursivas-procedurais”.

Retomamos aqui, novamente, à questão inicial, a fim de lembrarmos o problema: a metodologia do Poder Judiciário deve ser a de “criar” espaços ou a de “ser” espaço? No caso de “ser” espaço, pode a orientação de um dirigismo constitucional de matriz hermenêutico-fenomenológica ser, de fato, a melhor solução a um país de modernidade tardia? Deve-se atribuir o ônus de construir um Estado Democrático de direito somente ao Poder Judiciário, especificamente pela revalorização do jurídico?

III – Os Tribunais e as Sociedades Contemporâneas

Com o intuito de discutir a idéia da jurisdição constitucional, fazemos uma abordagem acerca de questões atuais que envolvem os Tribunais em meio às sociedades contemporâneas, a fim de vislumbrar vicissitudes de nossa época em relação à prestação jurisdicional.

Os respectivos períodos dos tribunais permitem uma apresentação ou aproximação, tanto do sistema europeu quanto do sistema norte-americano. De acordo com Santos, um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política é o crescente protagonismo social e político dos tribunais, já que na Europa e no continente americano, “os tribunais, os juízes, os magistrados do Ministério Público, as investigações de política criminal e as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais e nos noticiários televisivos, sendo temas frequentes de debates entre os cidadãos” (1996, p.29). De tal modo, os tribunais são os pilares que fundaram o Estado constitucional moderno, cuja soberania estava de par com o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Nesse contexto, conforme a análise de Santos, há três grandes períodos de significado sociopolítico da função judicial nas sociedades modernas: o período do Estado liberal, o período do Estado-providência e o período atual, que se pode designar como o da crise do Estado-providência, conforme assinala o sociólogo português. O Brasil copiou modelos antigos buscando solucionar problemas novos, o que, na verdade, não tem acontecido.

O Estado liberal perdurou por todo o século XIX, prolongando-se até a Primeira Guerra Mundial, cujo fim marcou uma nova política de Estado, com pouco desenvolvimento da função judiciária. Esse modelo tem as seguintes bases: a) a teoria da separação dos poderes conforma o poder político, de maneira que o Poder Legislativo assume predominância ante os demais, enquanto o Judiciário é neutralizado; b) a neutralização judiciária decorre do princípio da legalidade, da proibição dos tribunais decidirem *contra legem*; c) o Poder Judiciário é reativo, só atua quando solicitado pelas partes ou por outros

setores do Estado; d) os litígios de que se ocupam os tribunais são individualizados e ocorrem entre indivíduos; e) na resolução dos litígios é dada total prioridade ao princípio da segurança jurídica; e) a independência dos tribunais reside no fato em estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei. De acordo com Santos,

(...) o Estado liberal, apesar de se ter assumido como um Estado mínimo, continha em si as potencialidades para ser um Estado máximo, e a verdade é que desde cedo – meados do século XIX na Inglaterra e na França, anos 30 do nosso século nos Estados Unidos – começou a intervir na regulação social e na regulação econômica, muito para além dos patamares do Estado policial. (1996, p.33).

O Estado-providência surge após a Segunda Guerra Mundial, objetivando a promoção do bem-estar-social aliado à repressão. O desempenho judicial, agora, deve ter uma relevância social. O Estado-providência distingue-se por seu forte componente promocional do bem-estar, sendo que “a consagração constitucional dos direitos sociais tornou mais ‘complexa’ e ‘política’ a relação entre a Constituição e o direito ordinário e os tribunais foram arrastados entre as condições do exercício efetivo desses direitos”. (SANTOS et all, 1996, p. 35).

Com efeito, a crise surge para o Estado-providência no final da década de 1970, quando também há uma crise de representação política, cujas manifestações, conforme Santos, são conhecidas: “incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal (...)”. (1996, p. 36).

Agravam-se, nesse período, do mesmo modo, as desigualdades sociais, enquanto o combate à corrupção confronta os próprios agentes políticos. Nessa seara, ao se fazer uma análise das escolas hermenêuticas do modelo liberal, ver-se-á que o trabalho hermenêutico dessa época é de não-intervenção. Há uma necessidade de execução das medidas ditadas pelo Poder Executivo (é o modelo napoleônico de Direito), sobressaindo-se o Código Civil como a grande arma. Em outras palavras, pode-se afirmar que é um modelo de Justiça que não cria Direito, pois um projeto liberal tem por conseqüência a sua neutralidade, ou seja, uma Justiça apolítica.

Na Europa, para o Estado liberal, a lei passa a ser direito, limite do Estado, pois este não pode causar intromissões indesejadas. Por isso, diz-se que o juiz desse período é a

“boca da lei”. Nas reflexões de Montesquieu “o juiz é um ser inanimado”. O Poder Judiciário desse período deve respeitar os limites do Poder Legislativo, sendo a lei a manifestação do povo, pois o juiz a aplica, mas não a interpreta.

Surge, nesse período, também, a Escola da Exegese, sendo importante ressaltar que o Código Civil francês não reconhecia o costume nem os princípios gerais do direito. A idéia liberal não pode trabalhar a idéia de costume (Estado Absolutista). Por isso, o tipo de litígio da sociedade liberal é individual. Esta sociedade não tem miséria, fato que começa a ocorrer com a agudização das relações de trabalho. Marx, em *O Capital*, mostra que a reforma agrária é de cunho capitalista, enquanto que, no *Manifesto Comunista*, o autor propõe a união do proletariado: “trabalhadores do mundo, uni-vos!”. (2005, p.56).

A partir do Estado-providência (*Wohlfartsstaat*), o direito começa a se tornar público. Depreende-se da leitura de Marx que há um processo brutal de alienação do homem no processo de trabalho. Surge, então, a constitucionalização dos direitos sociais e a Constituição passa a dar conteúdo ao Estado “referência”, no dizer de Habermas, idéia de direito liberal e idéia do Estado Social (Estado Democrático de Direito). O Estado de Direito pode ser democrático ou autoritário. No Brasil, durante o período da ditadura, não havia grande intensidade democrática. Nesse caso, se a máquina judicial auxilia a ditadura de forma política, a questão fica problemática.

Isso devido ao fato de que o Tribunal não julga contra o sistema, e os países periféricos procuram (preservam) as transições para não ter “respingos”, uma vez que os agentes da ditadura não são punidos, e a responsabilidade é objetiva do Estado. Os movimentos sociais são hostilizados no Brasil pela ausência de uma cultura democrática. A crise do Judiciário não é do Poder Judiciário, é da dogmática jurídica, conjunto de procedimentos de diversos direitos. Este é o quadro, pois ante o Estado-providência o Judiciário é acusado de exorbitar suas prerrogativas e, até mesmo, de interferir no processo legislativo, levando a cabo a judicialização da política. Consoante Faria,

como a ordem jurídica assim produzida não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critérios constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juizes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja,

ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores. Por isso, a tradicional divisão do trabalho jurídico no Estado de Direito é rompida pela incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras e sem lacunas, de respeitar os princípios gerais do direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente integração dos mercados. Isso propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à promotoria e à magistratura, levando assim ao protagonismo judicial na política e da economia. (2004, p. 109).

Para Faria (2004, p.117), a crescente autonomia dos diferentes setores da vida social, proporcionada pela globalização econômica, com racionalidades específicas e incompatíveis entre si, acabou por conduzir a Justiça a uma crise de identidade funcional. Os Tribunais, por sua vez, já não podem mais ambicionar disciplinar contextos sociais heterogêneos e complexos por meio de normas ou “constituições-dirigentes”. Como se pode notar, esse é o momento dos Tribunais nas sociedades contemporâneas, onde há um crescente protagonismo do Poder Judiciário na política e na economia, derivando-se daí o fenômeno que vem sendo intitulado de judicialização da política.

IV – A realocação do Direito moderno e o novo papel do Judiciário: em busca da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito

Em meio às perplexidades sociais e inquietações do início do século XXI, preocupa-nos, sobremaneira, uma possível desistência da democracia e a descrença no papel do Direito na construção da democracia e da cidadania no Brasil. De acordo com Santos (2007), a consciência de direitos é uma consciência complexa, por implicar não só a questão da igualdade, mas também a da diferença cultural, os direitos coletivos dos camponeses sem terra, dos povos indígenas e afro-descendentes.

Nunca, como na atualidade, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo, em um momento em que a política não consegue, às vezes, concretizar direitos já assegurados no texto constitucional. No contexto global, a par disso,

o neo-liberalismo revelou as suas debilidades. Não garantiu o crescimento, aumentou tremendamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a

insegurança e a incerteza na vida das classes populares, e, além disso, fomentou uma cultura de indiferença à degradação ecológica. (SANTOS, 2007, p.23).

Após a obra *Direito e democracia*, do filósofo alemão Jürgen Habermas, podemos visualizar uma proposta diferenciada acerca da questão da jurisdição constitucional, como alternativa aos modelos positivista e ativista judicial. Para o filósofo, não há autonomia pública sem autonomia privada no Estado Democrático de Direito, sendo que, para tanto, a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente.

A busca da efetividade das normas constitucionais não torna a existência dos Tribunais Constitucionais auto-evidente, sendo que, conforme observa Habermas, mesmo nos Estados de Direito em que eles existem há grandes controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional, bem como acerca da legitimidade de suas decisões. Se na Alemanha tal controvérsia faz parte da pauta dos debates da Teoria do Direito, no Brasil isso não seria diferente, uma vez que aqui nunca se viu tamanho protagonismo do Poder Judiciário enquanto intervenção na execução legislativa, o que vem se denominando de “judicialização da política”.

Segundo Habermas (2003, p.311-318), a Teoria do Discurso descobre o caráter derivativo de defesa conferido ao Estado, quando tão-somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmita também à relação que os parceiros do direito, inicialmente socializados de modo horizontal, mantêm com o executivo do Estado. O filósofo tece críticas aos posicionamentos teóricos da Teoria da Argumentação de Alexy, sustentando que aqueles que pretendem diluir a Constituição numa ordem de valores desconhecem seu caráter jurídico específico, pois, enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, bem como as regras morais, são formados segundo o modelo normativo de ação obrigatório e não ante o modelo de bens atraentes. Da mesma forma, os direitos fundamentais não podem cair sob uma análise dos custos e vantagens, devendo ser levado a sério o seu sentido deontológico. Para Habermas,

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. [...] Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. (2003, p.326).

De acordo com Cattoni (2005, p.09), a idéia do constitucionalismo democrático precisa de uma proposta de jurisdição constitucional compromissada com a democracia, capaz de garantir as condições processuais para o exercício da cidadania. A nosso ver, a Teoria do Discurso assume, inegavelmente, uma função importante no atual estágio do Estado Democrático de Direito, podendo estabelecer, de fato, a emancipação social, atribuindo ao Direito (via Judiciário) um novo e profícuo papel: o de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrática das leis, garantindo a legitimidade do direito moderno.

Tal função coloca o modelo deliberativo da prática de legislação não só frente ao aspecto ético das leis, mas também diante dos interesses parciais afirmados estrategicamente, ao mesmo tempo em que recupera princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores, nas próprias palavras de Habermas (2003, p.351). No momento em que a jurisdição consegue levar em conta os aspectos da aplicação, permite que emirjam diferentes tipos de argumentos existentes no processo de normatização, o que confere uma base racional à legitimidade do Direito.

O crescimento do papel de atuação do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas e o encolhimento da democracia e, porque não dizer, do próprio potencial democrático da nossa era, também vem sendo objeto de análise da autora alemã Ingeborg Maus, para quem a questão central, na referida discussão, é o princípio da soberania popular, sendo que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis deve ser analisado sob parâmetros de uma perspectiva radical de democracia. Para Maus, no momento em que a Justiça ascende “à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar

toda instituição do Estado, em uma forma de organização política democrática”. E ainda indaga a autora alemã: “não será a Justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?” (2000, p.187).

Para Maus, em uma sociedade órfã, a idéia da moralidade pública passa a ser “protegida” pelo Judiciário, o qual também passa a ser um “terceiro neutro”, o pai que assegura a contrapartida do déficit democrático das sociedades contemporâneas. Esta função da Justiça é, na visão de Maus, extremamente prejudicial ao princípio da soberania popular e, conseqüentemente, à autonomia dos sujeitos, sendo a ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade. A partir da leitura de Maus é importante esclarecer, entretanto, que sua crítica ao Poder Judiciário se faz especificamente ao Tribunal Constitucional Alemão e, lembrando então, não ao contexto brasileiro. Contudo, metodologicamente, não é difícil transpor tal realidade da Justiça alemã ao mesmo ativismo judiciário brasileiro, onde também já é possível notar certa hipertrofia desse poder.

A partir da reflexão de Maus, podemos concordar com ela quando afirma que “a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da ‘consciência social na Justiça’”. (2000, p.186). E, a partir daí, voltamos nossa reflexão novamente para a proposta teórica de Habermas, na qual os procedimentos de criação democrática do direito, garantindo a participação de todos nas discussões, levantando argumentos do tipo contrafactuais, naquilo que denomina de “comunidade ideal de comunicação” (*ideale Kommunikationsgemeinschaft*), torna-se imprescindível para a necessária legitimidade do controle jurisdicional das leis.

Consoante interpreta Galuppo (2002, p.152), é do próprio procedimento democrático e não de princípios materializados, *a priori*, que decorre a força capaz de legitimar, nas democracias modernas, o Direito. O procedimentalismo democrático revela que “a legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais” (HABERMAS, 1997, p.216).

V – CONCLUSÃO

O tema em questão nos coloca um desafio de duplo aspecto: jurídico, em um primeiro momento e, em segundo lugar, filosófico. Quanto ao aspecto jurídico, urge a necessidade de tratarmos diferentemente a proposta democrática de jurisdição constitucional, vinculando os próprios concernidos pela norma jurídica à sua elaboração. No aspecto filosófico, necessário se faz o resgate das promessas da Modernidade, tão significativamente levantadas pela[s] bandeira[s] da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – e deve ser oportunizado a partir da criação de espaço público para a emancipação social. Evidentemente, terá o Poder Judiciário importante papel na jurisdição cidadã; entretanto, devendo controlar até mesmo possível excessos intervencionistas, ainda que de caráter hermenêutico, a fim de não inflacionar o discurso jurídico pelo discurso hermenêutico, tão-somente.

Mesmo em sociedades complexas, multiculturais, carentes por vezes do aspecto substancial em matéria constitucional, devemos pensar, em longo prazo, nas consequências do encolhimento da democracia e do aumento constante do ativismo judicial que, frisamos, se admitido como necessário, não pode, por outro lado, instituir o Poder Judiciário como o “superego da sociedade”, no dizer de Ingeborg Maus. Nesse ínterim, conforme refere Habermas, também os direitos fundamentais não podem cair sob a análise de custos e vantagens, primando-se por seu viés deontológico, tão esquecido pela Teoria do Direito Contemporânea.

A busca pela efetivação dos chamados direitos fundamentais sociais é tarefa primeira, ao passo que os procedimentos democráticos de participação popular devem ser levados em conta como importante instrumento de legitimação do controle jurisdicional das leis. Com tal atitude estaria se evitando, inclusive, uma história política tragicamente marcada pelo domínio e pelo clientelismo político em relação às classes subalternas.

As alternativas de desenvolvimento dependem de transformações promotoras de justiça social, cidadania e democracia, não apenas com uma maior atuação (intervenção) judicial e pela jurisdição constitucional, via hermenêutica filosófica, mas sim com o

fortalecimento da democracia e da participação social coletiva, capaz de assegurar igual acesso ao espaço público, em iguais condições participativas.

Cabe referir, outrossim, que conforme exposto no texto por citação de Faria, a Justiça tem até mesmo uma crise de identidade funcional em razão da crescente autonomia de setores sociais a partir do processo de globalização econômica. Disciplinar, então, contextos sociais heterogêneos é tarefa difícil ao Judiciário, no que se necessita uma realocação deste importante poder da esfera federativa, em relação ao aspecto democrático e social atual.

Com isso, voltamos à questão inicial do presente texto: o Poder Judiciário dever “ser” espaço ou “criar” espaço? Aqui reside a compreensão de criar um projeto de Constituição de um Estado realmente Democrático de Direito. Nesse contexto, o direito e o Poder Judiciário assumem importante papel, qual seja, de assegurar procedimentos democráticos de participação, pois a teoria do discurso conta com a política, de um lado, e com o direito, de outro, uma vez que a comunicação se dará pela mediação discursiva por meio do direito, ao que Habermas denomina de *medium* do direito. A proposta de uma democracia procedimental não pode ser articulada sem a plena participação do direito, o qual irá assegurar o aspecto deliberativo da política.

Um dos propósitos do procedimentalismo democrático é ressaltar a legitimidade do controle jurisdicional da Constituição, além de imprimir o aprimoramento da gênese de construção democrática das leis. A superação do receituário neoliberal, em prol de maior justiça social, cidadania e fortalecimento democrático dependem de procedimentos democráticos contundentes, cuja efetivação pode ser trabalhada a partir da Teoria do Discurso, onde o Direito assume o importante papel de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrática das leis, garantindo a legitimidade do direito oriundo da modernidade. A autonomia privada garantida pela autonomia pública do cidadão na esfera pública, onde, de acordo com Habermas, “os direitos de comunhão e de participação adquirem um lugar privilegiado” (2003, p.327).

VI – REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 10.12.2005.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org) **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. In: **Estudos Avançados**. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. v.18. n.51, mai/ago 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **El ser y el tiempo**. Traducción de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LUCAS, Douglas Cesar. O Procedimentalismo deliberativo e o substancialismo constitucional: apontamentos sobre o (in)devido papel dos Tribunais. In: **Direito em revista**. Revista da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão – CESUL, n.7 V.4. 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Shurkamp, 1992.

HAMEL, Marcio Renan. **A política deliberativa em Habermas**: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira. Passo Fundo/RS: Méritos, 2009.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifest der Kommunistischen Partei**. Stuttgart: Reclam, 2005.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro Primeiro: O processo de produção do capital. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Novos Estudos Cebrap**, n.58, novembro de 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. n.30, fevereiro de 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.