

A PROBLEMÁTICA DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E LEGISLADOR DEMOCRÁTICO EM HABERMAS

[THE PROBLEMATIC DIVISION OF COMPETENCIES BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE DEMOCRATIC LEGISLATOR IN HABERMAS]

Mateus Salvadori *
Universidade de Caxias do Sul, Brasil

RESUMO: O problema da divisão de competências entre o tribunal constitucional e o legislador democrático tem sido objeto de intensos debates na filosofia do direito, especialmente quando examinado à luz da teoria de Habermas. Este artigo propõe uma análise detalhada dessa problemática, centrando-se na articulação das correntes teóricas que giram em torno da questão da compatibilização do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais com o princípio da soberania do povo. Nosso objetivo é examinar como as diferentes abordagens teóricas tratam esse problema crucial e como suas ideias se relacionam e se contradizem. Três pontos serão investigados: i) A crítica de Habermas sobre a prática decisória do Tribunal Constitucional, especialmente na Alemanha, que se apoia em uma leitura liberal da separação de poderes. Essa crítica destaca a ampliação das funções da justiça que competem com a legislação devido à evolução do Estado de direito liberal para um Estado intervencionista e de bem-estar; ii) O debate sobre a indeterminação do direito focado na jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão. Aqui, a crítica se dirige contra a autocompreensão metodológica desse tribunal, que equipara a orientação por princípios com a ponderação de bens; iii) A visão do Tribunal Constitucional como protetor do procedimento democrático de legislação, uma perspectiva especialmente prevalente nos

ABSTRACT: The problem of the division of competences between the constitutional court and the democratic legislator has been the subject of intense debates in the philosophy of law, especially when examined in light of Habermas' theory. This article proposes a detailed analysis of this issue, focusing on the articulation of theoretical currents that revolve around the issue of making the control of constitutionality exercised by the courts compatible with the principle of the sovereignty of the people. Our aim is to examine how different theoretical approaches address this crucial problem and how their ideas relate to and contradict each other. Three points will be investigated: i) Habermas' criticism of the decision-making practice of the Constitutional Court, especially in Germany, which is based on a liberal reading of the separation of powers. This criticism highlights the expansion of the functions of justice that compete with legislation due to the evolution of the liberal rule of law to an interventionist and welfare state; ii) The debate on the indeterminacy of law focused on the jurisprudence of the values of the German Constitutional Court. Here, the criticism is directed against the methodological self-understanding of this court, which equates guidance by principles with the weighing of goods; iii) The view of the Constitutional Court as protector of the democratic procedure of legislation, a perspective especially prevalent in

* *Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014) e PhD em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2020). É professor da Área do Conhecimento de Humanidades, lecionando no Curso de Graduação em Filosofia (Bach. e Lic.) e no Curso de Mestrado/Doutorado em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul. E-mail: mateusalvadori@gmail.com*

EUA. Esta abordagem remete à renovação de uma compreensão republicana do processo político, enfatizando a importância de um processo político não instrumental. Habermas, portanto, não se limita a uma simples dicotomia entre democracia popular e elitismo judicial ou entre tirania da maioria e juízes garantidores de direitos. Em vez disso, ele oferece uma crítica diferenciada, reconhecendo as complexidades e as múltiplas dimensões do papel do judiciário no controle da legislação nos Estados democráticos contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal constitucional; Legislador democrático; Jurisprudência dos valores; Direito; Habermas

the USA. This approach refers to the renewal of a republican understanding of the political process, emphasizing the importance of a non-instrumental political process. Habermas, therefore, is not limited to a simple dichotomy between popular democracy and judicial elitism or between tyranny of the majority and judges who guarantee rights. Instead, he offers a nuanced critique, recognizing the complexities and multiple dimensions of the judiciary's role in controlling legislation in contemporary democratic states.

KEYWORDS: Constitutional Court; Democratic legislator; Jurisprudence of values; Right; Habermas

INTRODUÇÃO

A divisão de poderes e a superação do modelo liberal clássico são temas centrais nas discussões sobre o ativismo judicial no Estado contemporâneo, particularmente na República Federal da Alemanha. As críticas a essa prática frequentemente se baseiam em uma interpretação liberal do esquema clássico de divisão de poderes, refletindo a evolução do Estado liberal de direito para um Estado intervencionista e de bem-estar social. Habermas, um dos principais teóricos contemporâneos, examina as múltiplas funções dos tribunais constitucionais, destacando as implicações de suas competências e as tensões inerentes à separação de poderes. Este artigo analisa, em um primeiro momento, como o Tribunal Constitucional alemão navega entre disputas políticas, controle da constitucionalidade e recursos constitucionais, propondo uma compreensão diferenciada da legitimidade da jurisdição constitucional em contraposição ao poder do legislador democrático.

O problema da legitimidade do controle de constitucionalidade pelo judiciário e a crítica à jurisprudência de valores têm sido objeto de intenso debate na teoria jurídica contemporânea. Habermas aborda a legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, não apenas do ponto de vista paradigmático, considerando a adequação do modelo de Estado baseado na divisão de poderes, mas também sob o aspecto metodológico, focando nos procedimentos e nos conteúdos das decisões judiciais. A crítica habermasiana é particularmente relevante em relação à concepção valorativa desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, que implica uma ordem concreta de valores, criando tensões e desafios para a legitimidade do direito e a separação de poderes. Este artigo examina, em um segundo momento, essas críticas, contrastando-as com as visões de outros teóricos, como John Hart Ely, e discutindo as implicações da jurisprudência orientada por valores versus uma abordagem procedimentalista na interpretação e aplicação da Constituição.

Na teoria constitucional contemporânea, o debate entre substancialismo e procedimentalismo destaca duas abordagens distintas para a proteção e a interpretação dos valores constitucionais. Enquanto o substancialismo defende a proteção de valores

substantivos pela Constituição e pelo sistema de controle judicial, o procedimentalismo propõe um modelo de democracia constitucional baseado em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, sem depender de valores compartilhados ou conteúdos substantivos. Habermas é um dos principais defensores do procedimentalismo. Ele examina três visões da jurisdição constitucional: liberal, republicana e procedimental, destacando a controvérsia entre ele e o professor de Direito Constitucional americano, Frank Michelman. Este artigo explora, em um terceiro e último momento, essas três perspectivas e discute como cada uma delas compreende o papel da jurisprudência constitucional na política.

1. A DIVISÃO DOS PODERES E A SUPERAÇÃO DO MODELO LIBERAL CLÁSSICO

Grande parte das críticas contra o ativismo judicial no Estado contemporâneo, especialmente na República Federal da Alemanha, apoia-se numa interpretação liberal do clássico esquema de divisão de poderes. A crítica apoia-se no desenvolvimento do Estado liberal de direito que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social. Segundo Habermas (2020, p. 309), os tribunais constitucionais geralmente exercem múltiplas funções ao mesmo tempo. No exemplo do Tribunal Constitucional alemão, três áreas de competência são distintas: disputas entre órgãos políticos, controle da constitucionalidade das leis e recursos constitucionais.

A competência relativa a recursos constitucionais e controle concreto das normas é a menos problemática sob o ponto de vista da divisão dos poderes. Aqui, o Tribunal Constitucional atua no sentido de uma uniformização do direito. O governo, como topo do Poder Executivo, exerce de modo semelhante a tarefa de autocontrole da administração. Mais problemática parece ser, segundo Habermas (2020, p. 309-10), a decisão do Tribunal Constitucional acerca de conflitos entre órgãos estatais em sentido amplo. Essa competência afeta a separação de funções do Estado, mas pode ser justificada de modo plausível em face da necessidade técnica de se resolver conflitos entre órgãos estatais cujo funcionamento depende da cooperação.

A lógica da separação de poderes não se mostra, nesses casos, abalada pela prática de um tribunal que carece de meios coercitivos capazes de impor suas decisões contra eventuais recusas por parte do Parlamento e do governo. O conflito entre o Tribunal Constitucional e o legislador democraticamente legitimado mostra-se, de fato, conforme Habermas (2020, p. 310), mais contundente no âmbito do controle abstrato das normas. Nesse caso, submete-se ao exame judicial a pergunta se uma lei aprovada pelo Parlamento está de acordo com a Constituição ou, pelo menos, não contradiz uma elaboração consistente do sistema dos direitos.

Na perspectiva da teoria do discurso habermasiana, a lógica da divisão de poderes requer uma assimetria no equilíbrio entre os poderes do Estado. O executivo, em sua função, não deve deter o monopólio das bases normativas da legislação e da justiça, estando sujeito ao controle tanto do parlamento quanto do judiciário. Assim, é excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, onde o executivo poderia supervisionar os outros dois poderes.

Quem pretendesse pôr o presidente, isto é, a cúpula do Executivo, no lugar de um Tribunal Constitucional como “guardião da Constituição”, como fez C. Schmitt em

sua época, salienta Habermas (2020, p. 311), estaria transformando o sentido que a separação de poderes possui no Estado democrático de direito em seu contrário. No período entre guerras, uma polêmica significativa entre dois renomados juristas dominou os estudos de direito constitucional. A controvérsia girava em torno do controle da constitucionalidade e colocava Hans Kelsen e Carl Schmitt em lados opostos. Schmitt (2007) argumentava que a defesa da Constituição deveria ser responsabilidade do Presidente do Reich. Em contraste, Kelsen (2003) criticava essa posição e defendia que a guarda da Constituição deveria ser confiada a um tribunal independente.^{1x}

A discussão proposta por Habermas aborda a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em contrapor o poder do legislador democrático. Um ponto amplamente aceito é a superação do modelo liberal clássico. Esse modelo clássico vinculava estritamente a justiça e a administração à lei, atribuindo ao legislador as decisões voltadas para o futuro, ao judiciário a função de aplicar fielmente a lei com decisões focadas no passado, e à administração o controle dos problemas emergentes no presente. Essa visão tradicional parece estar superada no contexto atual. Diz Habermas que “com a orientação por princípios normativos, a jurisprudência tem de dirigir seu olhar, que deveria estar voltado à história institucional da ordem jurídica, a problemas do presente e do futuro.” (2020, p. 316).

Conforme apontado por Habermas (2020, p. 316), Ingeborg Maus (1989) expressa a preocupação de que a justiça, por um lado, pode intervir em esferas legislativas nas quais não possui legitimidade democrática, enquanto, por outro lado, ela estabelece e consolida uma estrutura jurídica flexível que fortalece a autonomia do aparato estatal. Assim, a legitimação democrática do direito pode ser comprometida por essa dinâmica.

Conforme Habermas (2020, p. 316-7), críticos como Böckenförde (1991), Denninger (1990) e Maus (1989) identificaram nas decisões do Tribunal Constitucional uma dogmática subjacente dos direitos fundamentais. Esta dogmática reconhece que o sistema de direitos não pode mais se basear na ideia de uma sociedade econômica autossuficiente, que se desenvolve espontaneamente através das ações de sujeitos privados autônomos. Pelo contrário, deve ser realizado por meio da atuação de um Estado que exerce um papel reflexivo na direção da vida social, fornecendo infraestrutura e prevenindo riscos. Em outras palavras, um Estado que regula, facilita e compensa. Especialmente em sociedades complexas, com sistemas horizontalmente diferenciados e interconectados, a proteção dos direitos fundamentais não pode mais se limitar apenas ao poder estatal, mas deve, de modo geral, abranger também o poder das grandes organizações sociais. Além disso, essa proteção não deve ser entendida apenas como defesa contra intervenções, mas também como a garantia de pretensões positivas.

A questão que Habermas aborda tem como pano de fundo a divisão de poderes no Estado de Direito e a transição do Estado liberal para o Estado social. A insuficiência do modelo liberal clássico e a necessidade de um Estado mais envolvido na vida social demandaram uma nova configuração da tradicional divisão de poderes. Assim, surge o Tribunal Constitucional, cuja função é garantir a correta interpretação e aplicação da Constituição. Além de aplicar o direito, este tribunal também participa do processo de criação ou concretização das normas. Essa nova abordagem reflete uma série de fatores que passam a ser considerados, incluindo a noção objetiva dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Habermas cita Böckenförde (1991) em momento que ilustra bem a questão:

Em nome da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, chega-se – tipologicamente – a uma aproximação e convergência da produção do direito feitas pelo Parlamento e pelo Tribunal Constitucional. A primeira é rebaixada, deixando o papel de criação original do direito para o de sua mera concretização, ao passo que a segunda é elevada de sua função de aplicação interpretativa à concretização criadora de direito [...]. A diferença anteriormente qualitativa entre legislação e jurisdição é, desse modo, nivelada. Ambas exercem a criação do direito na forma de sua concretização, concorrendo entre si. Nessa relação de concorrência, o legislador tem a prioridade, mas o Tribunal Constitucional possui a primazia [...]. A questão a isso vinculada é a da legitimação democrática do Tribunal Constitucional. (HABERMAS, 2020, p. 319).

Para Böckenförde (1991), a “jurisdictio” possui um sentido pré-moderno, anterior à separação estabelecida no Estado de Direito entre normatização e aplicação do direito. Ele argumenta que a transição de um poder legal de natureza liberal para um poder baseado em uma legitimidade sancionada judicialmente representa um dilema inevitável, a menos que seja possível restaurar uma compreensão liberal do direito.

Böckenförde (1991), buscando proteger o princípio da separação de poderes e prevenir a judicialização excessiva do Estado, defende que os direitos fundamentais devem ser vistos apenas como liberdades subjetivas frente ao poder estatal, e não como normas objetivas vinculantes para todas as áreas do direito. Habermas, por sua vez, argumenta que essa visão não representa um retorno ao modelo liberal clássico, fundamentado nos princípios da economia política clássica, já criticados e superados por Marx.

É certo que o paradigma jurídico do Estado social, que se estabeleceu de lá para cá, não se mostra mais plenamente convincente. No entanto, as dificuldades desse novo paradigma, que Böckenförde analisa com perspicácia, não são motivos suficientes para a restauração do anterior. Nos EUA são amplamente perceptíveis os problemas gerados para a justiça em virtude de programas sociais da era New Deal e da brusca expansão de demandas vinculadas ao Estado social durante os anos 1960 e 1970 (...). Assim, por exemplo, C. R. Sunstein retira das consequências parcialmente contraproduzidas dos programas do Estado social apenas a lição de que é necessário alcançar um novo consenso acerca da maneira como os princípios constitucionais americanos podem ser realizados sob as condições de um Estado ‘regulador’.”(HABERMAS, 2020, p. 322).

Até o primeiro terço do século XX, o paradigma liberal do direito representou um consenso fundamental amplamente aceito entre os especialistas em direito, fornecendo um contexto de princípios interpretativos não questionados para a aplicação prática do direito. Isso levou, para Habermas (2020, p. 324), à sugestão difundida de que, nesse período, o direito poderia ser aplicado sem a necessidade de princípios sujeitos a interpretação e de “conceitos-chave” controversos. No entanto, na realidade, toda ordem jurídica que se baseia em princípios depende de interpretação construtiva e, portanto, do que Sunstein (1990) chama de “normas de fundo”. Todas as decisões relacionadas a princípios vão além da simples interpretação textual da lei e, portanto, requerem justificação externa. No entanto, salienta Habermas (2020, p. 324), que essa consideração deixa em aberto se o inevitável uso dessas “normas de fundo” não abre espaço para o Tribunal Constitucional realizar uma “criação do direito” de natureza

política, o que deveria ser reservado ao legislador democrático, conforme a lógica da separação de poderes.

2. CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DE VALORES E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO JUDICIÁRIO

Habermas aborda a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão não apenas do ponto de vista paradigmático, considerando a adequação do modelo de Estado baseado na divisão de poderes, mas também sob o aspecto metodológico, focando nos procedimentos e nos conteúdos das decisões do Tribunal Constitucional. Ao contrário dos Estados Unidos, na República Federal da Alemanha, a crítica pôde permanecer ancorada em uma doutrina da ordem dos valores (jurisprudência de valores) desenvolvida pelo próprio tribunal. Isso resultou em uma compreensão metodológica dos juízes que teve implicações problemáticas na determinação de precedentes importantes.

A crítica de Habermas se refere especificamente à concepção valorativa desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão em relação à Lei Fundamental. Para Habermas,

normas e valores se distinguem respectivamente: primeiro, por sua referência ao agir obrigatório (deontológico) e teleológico; segundo, pela codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; terceiro, por seu caráter vinculante absoluto ou relativo; e quarto, pelos distintos critérios que os sistemas de normas e de valores têm de satisfazer em seu conjunto. Dessas diferenças entre normas e valores relativas a suas propriedades lógicas, seguem-se também importantes diferenças no tocante a sua aplicação. (2020, p. 327).

Princípios ou normas superiores têm um sentido deontológico, justificando outras normas, enquanto valores possuem um sentido teleológico. Normas válidas impõem comportamentos igualitários e obrigatórios, atendendo expectativas generalizadas. Em contraste, valores são preferências intersubjetivamente compartilhadas, desejadas por determinadas coletividades e alcançadas por ações orientadas a um fim. Normas têm validade binária, sendo consideradas válidas ou inválidas, e aceitas ou rejeitadas. Valores determinam relações de preferência, tornando alguns bens mais atraentes que outros, e nosso assentimento a eles pode variar em grau.

Segundo Habermas, para o Tribunal alemão a Lei Fundamental constitui uma “ordem concreta de valores”. “Uma tal jurisprudência dos valores suscita, de fato, o problema de legitimidade que Maus e Böckenförde analisam em atenção à prática decisória do Tribunal Constitucional alemão.” (HABERMAS, 2020, p. 330). Ela requer uma forma de concretização de normas que implicitamente gera direito, conferindo à jurisprudência constitucional o status de uma legislação concorrente.

Assim, o Tribunal Constitucional se torna uma instância autoritária ao se deixar guiar pela concretização de valores materiais que são preexistentes ao direito constitucional. Quando todas as razões, em casos de conflito, podem adquirir o caráter de argumentos finalísticos, desaparece a barreira introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica das normas de direito e dos princípios fundamentais. “Na medida em que um Tribunal Constitucional adota a ‘doutrina da ordem dos valores’ e nela apoia sua práxis decisória, aumenta o perigo de juízos irracionais, pois com isso os

argumentos funcionalistas ganham primazia frente aos argumentos normativos.” (HABERMAS, 2020, p. 332).

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa determinar qual demanda e ação são corretas em um dado conflito – e não decidir sobre o melhor balanceamento de bens ou relacionamento entre valores. Certamente, normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações que a constituem podem se deslocar caso a caso; mas esse deslocamento está sujeito à reserva de coerência, que assegura que todas as normas se articulem em um sistema afinado e que admita para cada caso, segundo sua própria ideia, uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de uma obrigação, não o sentido teleológico daquilo que pode ser alcançável no horizonte de nossos desejos e em vista de circunstâncias dadas. Aquilo que em cada caso é o melhor para nós não coincide eo ipso com o que é igualmente bom para todos. (HABERMAS, 2020, p. 333).

O controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário é, segundo alguns autores, considerado um exercício que compromete a tripartição dos poderes, já que o judiciário, especialmente ao exercer esse controle, parece invadir esferas além de sua competência. Habermas, juntamente com outros autores como John Hart Ely (1980), faz esse alerta ao analisar como são conduzidas as deliberações e o processo de gênese das leis.

Segundo Habermas, o problema da legitimação do direito é esclarecido por Ingeborg Maus (1989):

Em nenhuma etapa do processo decisório, o poder político pode se legitimar só com base no direito que ele mesmo criou. O legislador se legitima, ao mesmo tempo, por meio da observação das disposições procedimentais da Constituição, bem como da atual vontade popular que o antecede, e não pelas leis ordinárias elaboradas por ele mesmo. Apenas as instâncias de aplicação jurídica se legitimam pelo direito comum, que elas, exatamente por isso, não estão autorizadas a criar. Essa estrutura garante também um desconhecimento escalonado dos destinatários concretos da decisão no conjunto de instâncias do Estado de direito. (HABERMAS, 2020, p. 334).

É com o objetivo de proteger os direitos que Ely (1980) se fundamenta em uma compreensão procedimentalista, onde o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos que garantem a autonomia privada e pública dos cidadãos. Dessa forma, o papel da Suprema Corte, na visão procedimentalista, é vigiar a manutenção da Constituição e assegurar que os procedimentos e normas organizacionais essenciais para a eficácia legislativa do processo democrático sejam seguidos. Para Habermas, são as condições processuais da gênese democrática das leis que garantem, acima de tudo, a legitimidade do direito.

A competência principal do tribunal constitucional é verificar se as condições processuais da gênese das leis foram democráticas. É nesse sentido que Habermas se posiciona:

o esquema clássico de separação e interdependência dos poderes estatais já não corresponde a essa intenção porque a função dos direitos fundamentais não pode mais se apoiar nas suposições teórico-sociais do paradigma liberal do direito, isto é, já não pode se restringir à proteção de uma autonomia privada supostamente originária dos cidadãos contra intervenções do aparato estatal. A autonomia privada também é posta em risco por posições de poder econômico e social (...).

Por isso, o Tribunal Constitucional tem de examinar o conteúdo das normas controversas em conexão principalmente aos pressupostos comunicativos e às condições procedimentais do processo democrático de produção normativa. (2020, p. 336).

Ely (1980) defende o controle abstrato das normas, com atenção à gênese das leis, para evitar que a vontade das maiorias tirânicas influencie o processo democrático. Em uma abordagem cética da atividade judicial, uma concepção impactante desenvolvida por J. H. Ely busca redefinir o papel da jurisprudência constitucional, desvinculando-a de orientações morais ou éticas. Ely argumenta que a Constituição dos Estados Unidos é primariamente um documento que regula questões de organização e procedimento, não sendo projetada para a distinção e implementação de valores fundamentais. De acordo com sua visão, a substância da Constituição não é composta por normas materiais, mas sim formais. Ely diz:

Nossa Constituição sempre esteve substancialmente envolvida com a preservação da liberdade (...). A questão (...) é como essa preocupação tem sido buscada. A resposta de princípio a isto é (...) por um conjunto bem extenso de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado, destinado a assegurar que, na tomada de decisões substantivas, o processo decisório esteja aberto a todos sobre uma base de igualdade, com a vinculação daqueles que decidem ao dever de levar em consideração os interesses de todos os afetados por sua decisão. (1980, p. 100).

A função da Suprema Corte na fiscalização do cumprimento da Constituição é essencial para preservar a legitimidade do processo democrático. Portanto, é vital que o tribunal se concentre nas normas de procedimento e organização, que são fundamentais para garantir a eficácia desse processo. A Suprema Corte deve assegurar a integridade dos mecanismos que permitem a formação inclusiva da opinião e da vontade dentro da comunidade jurídico-democrática. Esses mecanismos são os meios pelos quais a comunidade se autogerencia. Assim, a preservação desses canais é crucial para manter a saúde e a legitimidade do processo democrático como um todo.

Neste aspecto, os direitos de comunhão e participação, essenciais para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. Quando leis discriminam minorias, ocorre uma violação do princípio de tratamento igual, não apenas do ponto de vista do conteúdo, mas também porque essa desigualdade indica que o processo político foi distorcido nas suas condições procedimentais democráticas.

Mas como tais vozes poderão ser ouvidas? Por meio de “representação parlamentar equitativa de todos os grupos, posições de interesse e orientações axiológicas relevantes em cada caso”. (HABERMAS, 2020, p. 338). Isso nos remete ao amplo espectro de temas, argumentos e problemas, bem como aos valores e interesses que conseguem influenciar o debate parlamentar e serem levados em consideração na fundamentação das normas aprovadas. Em última análise, garantir uma representação diversificada e inclusiva no processo legislativo é fundamental para assegurar que todas as vozes sejam ouvidas e consideradas de maneira justa e equitativa.

Assim, para Ely (1980), o desrespeito ao procedimento ocorre devido às limitações concretas ao pluralismo das várias minorias. Em sua compreensão procedimentalista da constituição, Ely se opõe à teoria de interpretação construtiva de Dworkin, que utiliza a interpretação constitucional baseada em jurisprudência de

valores e orientação por princípios.

No entanto, a teoria de Ely (1980) não está isenta de críticas. Habermas e Dworkin apontam algumas falhas no procedimentalismo puro de Ely. Para Habermas, o ceticismo de Ely não apenas discorda de uma jurisprudência de valores, mas também de uma interpretação dirigida por princípios, conforme a interpretação construtiva de Dworkin (2010). Essa postura é incoerente, uma vez que Ely precisa pressupor a validade de princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito de procedimento democrático baseia-se em um princípio de justiça, que implica igual respeito por todos.

Mas disso não se segue de modo algum que os princípios que fundamentam a força legitimadora da organização e do procedimento da formação democrática da vontade, devido à sua natureza procedimental, não sejam suficientemente informativos e precisem ser complementados por uma teoria substancial dos direitos. Tampouco que, com isso, deixem de existir outras razões para uma posição cética em relação à atividade judicial. (HABERMAS, 2020, p. 339).

A crítica de Dworkin a Ely (2019) é que, em alguns conceitos, o Supremo Tribunal deve realizar uma interpretação substantiva, decidindo qual é a melhor concepção de democracia a ser utilizada. Dworkin argumenta que a teoria de Ely está distorcida. Se o Tribunal não pode fazer os julgamentos sobre processo que Ely recomenda, sem também fazer os julgamentos sobre substância que ele condena, então sua teoria está distorcida e seus próprios argumentos são inconsistentes.

3. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL NA COMPREENSÃO LIBERAL, REPUBLICANA E PROCEDIMENTAL DA POLÍTICA

Na teoria constitucional contemporânea, há um debate entre substancialismo e procedimentalismo. O substancialismo defende a proteção de valores substantivos pela Constituição e pelo sistema de controle judicial. Em contraste, o procedimentalismo propõe um modelo de democracia constitucional baseado em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, sem depender de valores compartilhados ou conteúdos substantivos. Habermas apoia o procedimentalismo.

Habermas refere-se a três visões da jurisdição constitucional: liberal, republicana e procedimental, de acordo com a tradição constitucional americana. Ele expõe a controvérsia entre ele e o professor de Direito Constitucional americano, Frank Michelman. Frank Michelman (1987-1988), que adota uma visão republicana, tem suas concepções resumidas por Habermas da seguinte maneira:

O conceito republicano de “política” não se refere aos direitos estatalmente garantidos das pessoas privadas à vida, à liberdade e à propriedade, mas primordialmente à prática de autodeterminação de cidadãos orientados ao bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperativa e autogerida. O direito e a lei são secundários diante do contexto de vida ética de uma pólis na qual a virtude da participação ativa nos assuntos públicos pode se desenvolver e estabilizar. Somente nessa prática cidadã o homem pode vir a realizar o tólos de sua espécie. Michelman busca então decifrar os traços desse republicanismo nos debates dos pais da Constituição norte-americana, no próprio texto constitucional e na jurisprudência constitucional de

seu tempo para, com isso, desenvolver um conceito normativo de processo político e suas condições procedimentais. (2020, p. 342-3).

Habermas argumenta que a diferença fundamental entre as concepções liberal e republicana do processo democrático está na compreensão do papel desempenhado por este processo. Segundo a visão liberal, o processo democrático tem a função de programar o Estado em benefício da sociedade, onde o Estado é visto como o aparato da administração pública e a sociedade como um sistema de trocas e trabalho social entre indivíduos privados, estruturado pela economia de mercado. Nesse contexto, a política, entendida como a formação da vontade política dos cidadãos, agrega e implementa os interesses sociais privados através de um aparato estatal especializado na utilização administrativa do poder político para fins coletivos.

Por outro lado, a concepção republicana não limita a política a essa função intermediadora. Em vez disso, a política é constitutiva do processo de socialização como um todo. Habermas descreve a política como uma forma de reflexão sobre um contexto de vida ético, onde os membros de comunidades solidárias tornam-se conscientes de sua interdependência. Nesse papel de cidadãos, eles configuram e desenvolvem, de maneira consciente e voluntária, as relações de reconhecimento mútuo em uma associação de parceiros do direito, livres e iguais.

Habermas discute as consequências das abordagens concorrentes para a avaliação do processo político, abordando quatro pontos principais:

a) **Conceitos de cidadão:** na visão liberal, a cidadania é baseada em direitos negativos, que protegem os interesses privados dos cidadãos contra intervenções excessivas do Estado. Nesse contexto, os direitos políticos são semelhantes aos direitos subjetivos privados, permitindo que os cidadãos atuem por meio de votações e órgãos parlamentares. Por outro lado, na perspectiva republicana, a cidadania abrange liberdades positivas, como a participação política e a comunicação, com o objetivo de transformar os cidadãos em autores autônomos de uma comunidade igualitária.

b) **Conceito de direito:** na concepção liberal, o propósito de uma ordem jurídica é permitir que se determine, em cada caso, quais direitos competem a quais indivíduos. Esses direitos subjetivos, segundo a perspectiva republicana, são vistos como derivações de uma ordem jurídica objetiva, que simultaneamente possibilita e garante a integridade de uma convivência autônoma, baseada na igualdade de direitos e no respeito mútuo. Enquanto na visão liberal a ordem jurídica é construída a partir dos direitos subjetivos, na visão republicana é dado primazia ao conteúdo jurídico objetivo.

c) **Natureza do processo político:** de acordo com a concepção liberal, a política é fundamentalmente uma disputa por posições que permitem o controle do poder administrativo. A formação da opinião e da vontade política no espaço público e no Parlamento é guiada pela concorrência entre agentes coletivos que agem estrategicamente para obter ou manter posições de poder. O sucesso é avaliado pelo consentimento dos cidadãos, medido pelo número de votos que candidatos e programas recebem. Os eleitores manifestam suas preferências através dos votos, e suas escolhas eleitorais seguem a mesma lógica dos atos de seleção no mercado. Essas decisões de voto conferem aos partidos políticos o acesso a posições de poder, onde competem com a mesma orientação voltada para o sucesso. Na concepção republicana, a formação da

opinião e da vontade política na esfera pública e no Parlamento não segue as estruturas dos processos de mercado, mas sim uma comunicação pública voltada para o entendimento. Nesse sentido, o paradigma da política, como prática de autodeterminação cidadã, não é o mercado, mas o diálogo.

d) *Condições procedimentais*: com base na compreensão republicana, é possível definir de forma mais precisa as condições procedimentais que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. Essas condições são específicas para garantir que o processo político possa sustentar a premissa de produzir resultados racionais. A competição pelo poder, apresentada segundo o modelo da concorrência de mercado (liberal), é determinada pela escolha racional de estratégias de otimização. Em contraste com o ceticismo liberal em relação à razão, a perspectiva republicana confia na força dos discursos políticos.

Embora inspirado na concepção republicana, Habermas propõe uma terceira opção: uma visão procedimental que se contrapõe à visão republicana-comunitária de Michelman:

Contrariamente a isso, uma interpretação segundo a teoria do discurso insiste que a formação democrática da vontade não extrai sua força legitimadora da convergência prévia de convicções éticas arraigadas, mas de pressupostos e procedimentos comunicativos que permitem que os melhores argumentos possam vir à tona no processo de deliberação. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia dos cidadãos; por isso não precisa reservar para condições excepcionais o modo da política deliberativa. E um Tribunal Constitucional que se orienta por uma compreensão procedimental da Constituição não precisa ir além de seu crédito de legitimação, podendo mover-se dentro das competências de aplicação do direito - claramente definidas segundo a lógica da argumentação - se o processo democrático que deve proteger não é descrito como um estado de exceção. (HABERMAS, 2020, p. 357).

Habermas destaca a dificuldade de conciliar um consenso ético com o pluralismo cultural e social das sociedades modernas, o que torna a cidadania ética proposta por Michelman uma solução romântica. Para os republicanos, os juizes do Tribunal Constitucional acabam se tornando os guardiões e regentes pedagógicos dessa comunidade ética, representada por uma esfera pública política. No entanto, o republicanismo tende a confundir ética e política, esquecendo-se da importância das condições processuais e do procedimento democrático. Habermas argumenta que, se a teoria republicana-comunitária reconhecesse a importância desses procedimentos, perceberia que, em vez de apostar em uma comunidade ética, seria mais adequado confiar no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que sustentam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais.

Habermas sugere que essa aposta teria mais chances de estabelecer um nexo com a realidade empírica, onde os compromissos necessários entre ações estratégicas no modelo deliberativo não seriam possíveis "num discurso racional que neutraliza o poder ou exclui o agir estratégico", ou seja, num discurso ético comum. Na concepção procedimentalista, o papel da jurisdição constitucional seria garantir essas "condições processuais" da política deliberativa. Dessa forma, a jurisdição constitucional se situaria em um ponto intermediário entre o ativismo e a restrição da atividade judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Habermas oferece uma visão crítica da função dos tribunais constitucionais, destacando a complexidade e as implicações da divisão de poderes no contexto do Estado de Direito contemporâneo. A transição do modelo liberal clássico para um Estado social requer uma reconfiguração das funções judiciais e legislativas, onde a jurisdição constitucional assume um papel fundamental na interpretação e aplicação das normas. As críticas de Habermas, bem como as preocupações expressas por outros teóricos, como Böckenförde, ressaltam a necessidade de equilibrar a autonomia judicial com a legitimidade democrática. A superação do modelo liberal clássico implica reconhecer que a proteção dos direitos fundamentais deve ser realizada através de um Estado reflexivo e regulador, capaz de adaptar-se às complexidades das sociedades modernas. A discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional reflete a busca por um novo consenso que permita a realização efetiva dos princípios constitucionais em um Estado regulador, mantendo a integridade e a separação de poderes.

A crítica de Habermas à jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão destaca a complexidade e os desafios da legitimidade do controle de constitucionalidade pelo judiciário. Habermas argumenta que a orientação valorativa pode comprometer a deontologia das normas jurídicas, levando a decisões potencialmente irracionais e funcionalistas. Em contrapartida, a visão procedimentalista, defendida por teóricos como John Hart Ely, enfatiza a importância da integridade dos processos democráticos e da igualdade na formação da vontade política. No entanto, essa abordagem também enfrenta críticas por sua aparente inadequação em lidar com questões substanciais de justiça. A discussão sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade revela a necessidade de um equilíbrio entre a autonomia judicial e a legitimidade democrática. Habermas sugere que os tribunais constitucionais devem focar nas condições processuais da gênese democrática das leis, garantindo que a interpretação e a aplicação das normas sejam coerentes com os princípios fundamentais da justiça. A crítica habermasiana, aliada às contribuições de outros teóricos, oferece uma perspectiva rica e multifacetada sobre os desafios contemporâneos na interseção entre direito e democracia, sublinhando a importância de um judiciário que respeite tanto os procedimentos democráticos quanto os princípios substantivos de justiça.

Habermas oferece também uma crítica detalhada das visões liberal e republicana da jurisprudência constitucional, propondo uma abordagem procedimentalista que enfatiza a importância de procedimentos democráticos robustos na formação da opinião e da vontade políticas. Ele argumenta que a visão procedimentalista permite que os melhores argumentos emergam no processo de deliberação, sem depender de uma convergência prévia de convicções éticas arraigadas, o que é particularmente relevante em sociedades pluralistas. A visão procedimentalista de Habermas sugere que a jurisdição constitucional deve focar nas condições processuais que garantem a racionalidade do processo democrático, evitando tanto o ativismo judicial excessivo quanto uma restrição que comprometa a proteção dos direitos fundamentais. Essa abordagem destaca a importância da comunicação pública orientada para o entendimento e a participação ativa dos cidadãos na política, promovendo uma democracia mais inclusiva e deliberativa. Em última análise, a proposta de Habermas oferece uma maneira de equilibrar a autonomia judicial com a legitimidade

democrática, garantindo que a jurisdição constitucional contribua para a formação de um sistema jurídico coerente e responsivo às necessidades e demandas de uma sociedade diversificada. Essa perspectiva procedimentalista não apenas respeita a divisão de poderes, mas também reforça a confiança no processo democrático como o meio mais adequado para alcançar decisões justas e racionais.

REFERÊNCIAS

- BÖCKENFÖRDE, E. W. Grundrechte als Grundsatznormen. In *Recht, Freiheit, Staat*. Frankfurt, 1991.
- DENNINGER, Erhard. Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe. In *Der gebändigte Leviathan*. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, R. *Uma questão de princípios*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- ELY, J. H. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAUS, I. Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts. *Rechtstheorie*. Berlin, 1989, Vol 20, Num 2, pp 191-210.
- MICHELMAN, Frank I. *Law's Republic*. Yale Law Journal, 1987-1988, vol. 97, n. 8, pp. 1493-1537.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.
- SUNSTEIN, C. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Harvard University Press, 1990.

NOTAS

- 1 A proposta de Schmitt é que o defensor natural da Constituição é o Presidente do Reich Alemão. Seu entendimento parte da interpretação do art. 48 da Constituição de Weimar, identificando os poderes excepcionais do Presidente com a função de defensor da Constituição. Na situação institucional da Constituição de Weimar figuram dois possíveis titulares do poder político: o Presidente do Reich e o Chanceler do Reich. Para Schmitt, enquanto este apoia sua autoridade na confiança do Parlamento, o Presidente do Reich detém a confiança de todo o povo alemão. Na argumentação desenvolvida por Schmitt, o Presidente do Reich assume no sistema parlamentar alemão uma autêntico poder neutro, mediador, regulador e tutelar, dentro da clássica divisão de poderes, tendo uma posição fixa na Constituição, com o objetivo de se constituir em um equilíbrio entre o Legislativo e o Executivo. Kelsen, ao polemizar com Schmitt, procura demonstrar o caráter ideológico das teses do Professor de Berlim,

resultante da confusão entre ciência e política, e em um sentido mais circunscrito, entre teoria jurídica e teoria política. Segundo Kelsen, os conceitos de pluralismo e Estado total utilizados por Schmitt não podem resistir a uma crítica sociológica.