

Democracia e Jurisdição: A Legitimidade da Jurisdição Constitucional na Democracia Procedimental de Jürgen Habermas¹

MARCOS CÉSAR BOTELHO

Mestrando em Direito e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP/DF, Advogado da União, Coordenador-Geral de Contencioso Judicial na Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa.

DOI: 10.11117/22361766.19.01.05

RESUMO: O presente estudo visa apresentar o conceito de democracia procedimental de Jürgen Habermas, centrando a discussão na legitimação do controle de constitucionalidade efetuado pelas Cortes Constitucionais, demonstrando que a jurisdição constitucional obtém a sua legitimidade através da possibilidade de construção racional das decisões, fundada na participação de sujeitos que, partindo de um consenso sobre as pretensões de legitimidade, buscam o entendimento sobre algo no mundo.

ABSTRACT: The present study seeks to present the concept of Jürgen Habermas' procedural democracy, centering the discussion in the constitutional control legitimacy by the Constitutional Courts, showing that the constitutional jurisdiction gets its legitimacy through of the possibility of the rational construction of the decisions, who is built in the popular participation, starting by consensus about legitimacy pretensions, searching a understanding about something in the world.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia procedimental; 2 Controle de constitucionalidade e legitimidade das decisões das cortes constitucionais: uma leitura a partir da democracia procedimental de Habermas; 2.1 Teoria dos atos de fala; 2.2 Pretensões de validade; 2.3 Discussão do tema; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional encontra-se às voltas com novos desafios. Desafios estes que provêm do contexto social, econômico e político por que passa o mundo.

¹ Texto apresentado como requisito parcial para conclusão da matéria Jurisdição Constitucional, ministrada pelo Ministro Gilmar Mendes no curso de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Esse contexto aponta para uma crise do Estado nacional, motivado pela globalização e, principalmente, pela formação de blocos econômicos que vieram a mitigar a soberania estatal interna.

Significa, em outros termos, que o Estado nacional tem parte de sua legislação proveniente de órgãos além de suas fronteiras, o que claramente demonstra a submissão de parcela da soberania interna à normatividade externa.

O ordenamento jurídico de uma determinada nação sofre influxos provenientes do direito supranacional, trazendo uma natural tensão entre o direito interno e o supranacional, tornando real a ameaça de desestabilização da identidade nacional e da soberania de um povo², além de mitigar ou mesmo eliminar qualquer possível eficácia de normas constitucionais de um determinado país.

Esse quadro reforça o papel da Jurisdição Constitucional, mais especificamente das Cortes Constitucionais, que assumem relevante função de proteção do ordenamento jurídico interno e de sua conformação frente aos imperativos supranacionais. Significa que a Corte Constitucional não apenas atua como “guardiã da Constituição” no sentido proposto por Kelsen, mas também como aquela que vai proporcionar um diálogo construtivo e necessário do ordenamento jurídico interno com o arcabouço normativo externo³.

A importância da Constituição e, por conseguinte, de sua defesa, que é executada em diversos países, a exemplo do Brasil, por uma Corte Constitucional, expõe a necessidade de se perquirir acerca da legitimidade deste órgão.

Portanto, a questão que se nos apresenta pode ser assim formulada: em sede de controle de constitucionalidade, partindo-se da idéia de democracia, são legítimas as decisões das Cortes Constitucionais?

Inicialmente, tratarei do conceito de democracia procedimentalista formulada por Habermas, através de sua leitura da democracia liberal e a

2 “En la época de la globalización, el futuro de cada país depende cada vez menor de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tomadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales.” Idem, *ibid.*, p. 110.

3 Faller, ao tratar do Tribunal Constitucional Alemão, afirma: “El Tribunal Constitucional debe interpretar el orden constitucional en pronunciamientos que tienen el carácter de obligatorios; debe garantizar la cooperación entre los diversos órganos estatales de la Federación y de los Länder según el espíritu de la Constitución; controlar que los poderes públicos permanezcan dentro de sus límites frente a cada ciudadano, y defender los fundamentos del orden democrático en un régimen de libertad contra los ataques de fuerzas anticonstitucionales”. FALLER, Hans Joaquim. *Defensa constitucional por mérito de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania*, p. 50.

republicana, mostrando como o filósofo alemão formula um modelo de democracia que funde aquelas concepções.

Delimitado o conceito de democracia e estabelecido o referencial teórico em Habermas, será feita uma análise da teoria dos atos de fala, utilizada por Habermas para o desenvolvimento de sua teoria discursiva. Também será feita uma breve excursão sobre as pretensões de validade elencadas pelo filósofo alemão.

Por fim, procurarei demonstrar como o modelo habermasiano de democracia procedimentalista fundado na teoria discursiva pode contribuir para a legitimação das decisões das Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, na medida em que possibilita a construção racional dessas decisões, pressupondo o acordo acerca de pretensões de validade criticáveis, expondo, contudo, problemas não solucionados pelo filósofo tedesco.

1 DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL

Considerando a existência de inúmeros modelos referentes ao tema democracia, será feita, nesta primeira parte, uma delimitação do tema, abordando a questão sob a ótica proposta por Habermas.

Inicialmente, parte Habermas da análise dos conceitos empiristas e normativistas de democracia. Isso porque, ao expor o seu modelo de democracia, Habermas pretende desenvolver a sua teoria do Direito sob um viés externo da facticidade e da validade. No primeiro, legitimidade do direito e necessidade de legitimação não são descritas a partir da perspectiva dos participantes⁴. Já no segundo, as práticas democráticas são legitimadas a partir da perspectiva dos próprios participantes⁵.

Posteriormente, Habermas faz uma análise dos modelos democráticos liberal e republicano. Essa análise é importante na medida em que Habermas irá formular a democracia procedimental pela união daqueles dois modelos.

Na visão liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses, sendo que as regras da formação do compromisso devem assegurar a equidade dos resultados. A perspectiva

4 “[...] o mesmo não acontece com uma teoria da democracia, delineada normativamente, cujos conceitos empiristas e cujo olhar objetivador são tomados de empréstimo às ciências sociais. Ela pretende demonstrar que as práticas democráticas podem ser legitimadas através de uma decisão empirista, na visão dos próprios participantes.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II, p. 11.

5 Ibid., mesma página.

republicana assevera que a formação política da opinião, bem como da vontade das pessoas privadas é que constitui o *medium*, através do qual a sociedade irá se constituir como uma unidade estruturada politicamente. Logo, a ótica republicana postula a existência de vontades e finalidades homogêneas na sociedade, o que torna necessário apenas o estabelecimento de um diálogo entre os cidadãos – a chamada deliberação política –, que possibilita a construção de um processo de autoconscientização dos valores sociais, obtendo-se a integração social.

Desses dois modelos, Habermas irá formular o seu modelo de democracia procedimental, pois, segundo ele, a teoria do discurso assimila elementos de ambas as perspectivas, integrando-os em um modelo procedimental ideal para a deliberação e tomada de decisão. Em seu entender, “esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e eqüitativos”⁶.

O ponto de integração entre as perspectivas liberal e republicana, segundo Habermas, ocorre no fato de que a teoria do discurso irá atribuir ao processo democrático uma maior conotação normativa do que é atribuído no modelo liberal e mais fraca do que é atribuído no modelo republicano.

Por isso é que em sua visão procedimentalista o êxito da política deliberativa irá depender da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes e não da ação coletiva dos cidadãos⁷:

“O problema, pois, acerca do fundamento, deslocado, agora, para a pergunta de uma emergência da legitimidade através da legalidade, é reconstruído procedimentalmente, enquanto institucionalização jurídica das condições comunicativas sob as quais o próprio Direito seria legitimamente produzido e, no contexto de uma sociedade complexa, todos os afetados pelas normas jurídicas poderiam, em princípio, ser considerados co-autores dessas mesmas normas.”⁸

Nessa intersubjetividade, os processos democráticos estruturam-se através de um laço lingüístico. A linguagem, aqui especificada como o Direito, é o *medium* de atuação e desenvolvimento desses processos orientados para a construção racional das decisões acerca de problemas que afetam toda a sociedade. Essa construção racional, lingüísticamente mediada,

6 Ibid., p. 19.

7 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Op. cit., p. 61.

8 Ibid., mesma página; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II, p. 22.

visa uma solução cooperativa dos problemas, atuando de forma distinta do *overlapping consensus* proposto por Rawls⁹. Em seu entender:

“A geração de poder comunicativo e de direito legítimo torna necessário que os cidadãos não recorram a seus direitos democráticos exclusivamente como se eles fossem liberdades subjetivas, ou seja, a partir de interesses próprios, mas sim enquanto autorizações legítimas a um emprego público das liberdades comunicativas, ou seja, a um emprego delas orientado pelo bem comum.”¹⁰

Adverte Habermas que essa política deliberativa fundada em uma democracia procedimentalista deve assegurar o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, propiciando o surgimento da força do melhor argumento¹¹. Segue asseverando que “em face de um procedimento como esse, legitimamente reconhecido, ainda se pode fazer valer a diferença entre um resultado ‘válido’ e um resultado ‘racionalmente aceitável’ (no âmbito institucional dado)”¹².

À guisa de conclusão desta parte, o que podemos afirmar é que na democracia procedimentalista não há lugar totalmente para a visão republicana, na medida em que esta reforça o papel do Estado, estabelecendo uma sociedade com vontades e finalidades homogêneas, com valores dados *a priori*, fazendo-se necessário apenas que os atores sociais, através da comunicação, desvelem esses valores preexistentes¹³. Também não há lugar para a perspectiva liberal, pois a democracia não pode ser reduzida a um governo legitimado pela maioria, cujo paradigma é a idéia de mercado, com a autonomia pública considerada como meio para possibilitar a autonomia privada.

Na mescla entre os dois modelos, Habermas propõe uma democracia que parte da visão heterogênea da sociedade, acolhendo, a outro giro, a necessidade de deliberação formulada pela visão republicana, rejeitando, contudo, o modelo de certeza postulado por essa tradição, afirmando que a

9 Cf. ARAYA, Óscar Godoy. Democracia y razón pública en torno a John Rawls. In: *Estudios Públicos*, n. 81. Disponível em: http://www.puc.cl/icp/webcp/papers/o_godoy/rev81_godoy.pdf. Acesso em: 24 out. 2007.

10 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política, p. 380.

11 Idem, *ibidem*, p. 341.

12 Ibid., p. 343. “O discurso de legitimação de uma democracia não só obriga a mesma a ser democrática no seu conteúdo – abstraindo do fato de que o significado desse adjetivo ‘democrático’ pode ser matéria de grandes controvérsias. Ele deveria sobretudo realizar também no seu próprio procedimento o que designa, deveria, portanto, ser correlativamente estruturado, i.é: não formular afirmações em bloco, que se imunizam contra a discussão, não apresentar-se qual dedução cogente, não falar por intermédio de resultados antecipados. Muito pelo contrário, a legitimidade – como também a normatividade jurídica – é um processo e não uma substância, uma essência ou mesmo uma qualidade de textos”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*: a questão fundamental da democracia, p. 107.

13 ALMEIDA, Andréa de. Op. cit., p. 55.

força legitimadora reside na institucionalização de procedimentos e das condições de comunicação, contribuindo para a formação da vontade e opinião pública, estabelecendo uma política deliberativa que se apóia na formação democrática da vontade e na formação informal da opinião.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA LEITURA A PARTIR DA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DE HABERMAS

Para entender de que forma a democracia procedimental de Habermas pode contribuir para a legitimação das decisões das Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, faremos uma breve análise da teoria dos atos de fala, de Austin, utilizada por Habermas para fundamentar seu pensamento. Após, discutiremos as pretensões de validade do discurso propostas pelo filósofo tedesco, culminando com uma análise sobre a aplicação de seu modelo de democracia às Cortes Constitucionais.

2.1 TEORIA DOS ATOS DE FALA

Habermas irá propor a chamada Pragmática Universal. Segundo ele, a função da Pragmática Universal é efetuar a identificação e reconstrução das condições universais de possível compreensão mútua (*Verständigung*)¹⁴.

Para tanto, ele parte da teoria dos atos de fala que, segundo ele, “[...] tem dado origem a idéias que podem servir de base aos pressupostos fundamentais da pragmática universal”¹⁵.

O que Austin propõe é um método de análise que “[...] leva em conta o contexto de uso das expressões e elementos constitutivos do contexto, superando a abordagem abstrata da linguagem em sua estrutura formal”¹⁶, fato que rompe com a barreira existente entre a linguagem e o mundo.

Austin irá classificar os atos de fala basicamente em três formas: os primeiros são os atos locucionários, que pressupõem a referência contida no ato. Ou seja, os atos locucionários compreendem a enunciação efetiva dos fonemas, sílabas e palavras do falante, sendo, portanto, o ato de dizer alguma coisa. São elementos considerados básicos constituintes do discurso.

14 HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*, p. 9.

15 Ibid., p. 45-46.

16 LORENSKI, Nelson. *Da semântica à pragmática: a questão do significado em Habermas*, p. 77.

Os atos ilocucionários compreendem o significado que o falante tentou associar ao seu ato locucionário e que está tentando transmitir ao ouvinte. O ato ilocucionário é a força que “[...] corresponde à tentativa de conseguir o entendimento”¹⁷. Por isso é que Habermas vai dizer que “[...] os objectivos ilocutórios não podem ser definidos independentemente dos meios de entendimento”¹⁸.

Por fim, Austin fala dos atos perlocucionários, consistente no efeito produzido no ouvinte pelo ato ilocucionário. Consiste nos efeitos ocasionais no ouvinte em função da enunciação de um ato de fala.

Habermas vai dizer que todos os atos ilocutórios contêm efeitos perlocutórios. Todavia, mesmo nas formas fracas do agir comunicativo, as pretensões ilocutórias dominam os efeitos perlocutórios.

A partir desse modelo proposto por Austin, Habermas vai elaborar um modelo de comunicação que apresenta três modos de comunicação: cognitivo, interativo e expressivo.

O modo cognitivo apresenta um tipo de ato de fala constativo, de conteúdo proposicional, cuja pretensão de validade é a verdade. O modo interativo é formado por um tipo de ato de fala regulativo, expressando uma relação interpessoal, com pretensão de validade de acerto ou adequação. Por fim, o modo expressivo, composto de confissões como tipo de ato de fala, expressa intenções do agente, com pretensão de veracidade (ou sinceridade).

Chega-se, portanto, à situação em que os atos de fala irão extrair a sua força ilocucionária das pretensões de validade que devem ser levantadas pelo falante e ouvinte, pretensões essas que devem ser reconhecidas por ambos como sendo justificadas. Segundo Habermas:

“As pretensões de validade constituem o ponto de convergência para o reconhecimento intersubjetivo por parte de todos os participantes no acto de comunicação, desempenhando uma função pragmática na dinâmica da oferta dos atos de fala e da tomada de posição do ouvinte através do seu ‘sim’ ou ‘não’.”¹⁹

2.2 PRETENSÕES DE VALIDADE

Quando um participante na comunicação age visando obter um entendimento com alguém sobre algo no mundo, emprega frases que são do-

17 LORENSKI, Nelson. Op. cit., p. 80.

18 Ibid., p. 193.

19 HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*, p. 121.

tadas de inteligibilidade e que apresentem três pretensões de validade. Por isso, o compreender uma expressão é “[...] saber como utilizá-la de forma a entendermo-nos com outrem a respeito de algo”²⁰.

Inicialmente Habermas havia apresentado quatro pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, retidão e veracidade. Contudo, percebeu o filósofo de que se uma frase não fosse inteligível, a comunicação entre falante e ouvinte não seria possível de ser concretizada, razão por que passou Habermas a postular a inteligibilidade não como pretensão de validade, mas sim como condição para a realização de qualquer ato de fala²¹.

Na inteligibilidade, os participantes do discurso tornam compreensível ou inteligível tanto o sentido da relação interpessoal como o sentido da componente proposicional de sua manifestação. A inteligibilidade é condição para a realização de qualquer ato de fala.

Na pretensão de verdade, falantes e ouvintes reconhecem a verdade do enunciado realizado como ato de fala, isto é, a verdade de seu componente proposicional. Na pretensão de retidão (ou adequação) reconhecem a retidão da norma com cujo cumprimento pode-se entender o ato de fala executado em cada caso, isto é, a retidão de seu componente realizativo. Na pretensão de veracidade não põem em dúvida a veracidade dos sujeitos implicados, ou seja, acerca da intenção que o falante manifesta.

2.3 DISCUSSÃO DO TEMA

Estabelecido o arcabouço teórico é possível discutir o tema democracia e jurisdição constitucional, enfocando a legitimidade das decisões emanadas pelas Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade.

A discussão parte da seguinte questão: O juiz constitucional aplica o direito do qual não é autor. Logo, a sua atividade de interpretação da lei pode ser vista como criação do Direito?

Segundo Rousseau, o juiz constitucional pode ser visto como uma “boca da Constituição”, pois sua função é apenas a de comparar texto da lei com a Constituição e verificar adequação da primeira com a segunda. As-

20 HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*, p. 122. “As condições de compreensão, na medida em que têm de ser satisfeitas nas práticas comunicativas do cotidiano, apontam assim para a suposição de um jogo de argumentação em que o falante – enquanto proponente – poderá convencer o ouvinte, como oponente, de que uma pretensão de validade suscetível de ser problemática é justificável.” LORENSKI, Nelson. Op. cit., p. 82.

21 Ibid., mesma página.

sim, o juiz constitucional não inventa nada. O sentido da norma é dado anteriormente²².

Outros, porém, entendem que as disposições constitucionais são apenas marcas de papel, que não tem um significado objetivo que determine com segurança o conteúdo da lei²³.

Salienta Rousseau o papel de criação do Direito. Segundo ele “*en el ámbito del Derecho, interpretar un texto significa outorgar vida jurídica*”²⁴. A interpretação é vista como um ato que implica poder de decisão.

Para ele, o trabalho jurisdicional constitucional tem todas as características de um trabalho político. Aqui surge a primeira questão relativa à legitimidade: o poder de criação normativa dos parlamentos fundamenta a sua legitimidade na eleição de seus membros por sufrágio, situação esta que não serve para justificar tal poder aos juízes²⁵.

Uma outra questão envolve o papel do juiz constitucional como legislador parcial. Ou seja, julgar a constitucionalidade das leis evoca outra questão acerca da legitimidade dos Tribunais. O Parlamento vota uma lei e o juiz controla a sua conformidade com a Constituição

O juiz constitucional, portanto, através das operações próprias do controle de constitucionalidade, participa do processo de elaboração da lei, na medida em que obriga o legislador, nos casos de declaração total ou parcial da inconstitucionalidade, a reformar seu trabalho, motivando aquilo que Rousseau chamou de uma Reescritura constitucional da lei, submetendo a aprovação da constitucionalidade de uma lei aos limites e fundamentos impostos pela decisão de inconstitucionalidade anterior.

Por esta razão, Rousseau vai dizer que a lei que realmente se aplica não é aquela produzida pelo legislador, mas sim aquela que o juiz constitucional completa, precisa e neutraliza, assumindo aquilo que os italianos e alemães chamam de “microconstitucionalidade”.

Cita, ainda, Rousseau, que os Tribunais Constitucionais participam da elaboração das leis pela simples existência de sua jurisprudência que, im-

22 ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*, p. 20-31.

23 Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta*, p. 101.

24 Ibid., p. 22.

25 Mauro Cappelletti assevera que a legitimidade dos tribunais é extraída do grau de “exposição” ao público. Segundo ele: “Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*, p. 98-99.

plicitamente, supõe um limite para o legislador quando elabora e discute as leis.

Portanto, a segunda questão acerca da legitimidade é: é legítimo o controle de constitucionalidade das leis, *a priori* ou *a posteriori*, feito pelos Tribunais, que os leva a desempenhar um trabalho de legislador negativo ou positivo, participando do sistema de produção de normas?

Sob a ótica da democracia procedimental de Habermas, é fácil ver que o Tribunal Constitucional pode ter sua legitimidade aferida em sede de controle de constitucionalidade.

Ao pressupor que a democracia ocorre em uma sociedade heterogênea, Habermas irá postular uma legitimidade das decisões construída por todos os participantes ou atores sociais. Não é, portanto, uma legitimidade construída pela decisão da maioria, o que *per si*, não possibilita uma construção racional dessas decisões.

O entendimento da sociedade como heterogênea e, portanto, formada de diversos seguimentos impõe a adoção de uma base normativa consensual para o exercício das faculdades argumentativas no espaço público.

A Corte Constitucional, portanto, é o espaço público adequado para discussões relativas ao controle de constitucionalidade, pois possibilita a defesa dos direitos fundamentais, entendidos por Habermas como necessários para possibilitar o desenvolvimento do agir comunicativo.

A outro giro, rejeitando a idéia republicana de valores dados *a priori*, Habermas possibilita que as discussões efetuadas em sede de controle de constitucionalidade produzam um direito atual, construído racionalmente, com base em um consenso assumido sobre as pretensões de validade e que, portanto, tem maior eficácia e aceitação social.

Se as relações político-parlamentares são carregadas de visões subjetivas e particulares, de defesa de posições partidárias, que nem sempre correspondem ao ideal dos eleitores, na jurisdição constitucional, segundo uma idéia procedimentalista, é possível estabelecer, não apenas a inteligibilidade como condição para os discursos nele desenvolvidos, mas, ainda, as pretensões de validade enunciadas por Habermas.

Logo, não há espaço no controle de constitucionalidade para um processo subjetivo²⁶, pois como espaço público em que se processam os atos

26 Nos processos subjetivos, prevalece um teor perlocucionário dos atos de fala, orientado para conseqüências. Nos atos de fala perlocucionários, as pretensões de validade são deixadas de lado, já que se enunciam atos com aparência de ilocucionários, mas que, em verdade, tem outras intenções, afastando, por completo a pretensão de verdade e a de veracidade.

de fala ilocucionários, a busca pelo entendimento acerca dos temas tratados exige a assunção de um procedimento intersubjetivo, compatível com um controle de constitucionalidade de índole objetiva.

Por isso o controle de constitucionalidade exige uma jurisdição-participativa, capaz de propiciar a construção racional das decisões, partindo-se de um consenso prévio sobre as pretensões de validade²⁷.

Essa jurisdição-participativa fundada em uma democracia procedimental é capaz de produzir decisões racionalmente construídas pelos atores sociais, capazes, portanto, de se verem como autores e destinatários do controle de constitucionalidade produzido pelas Cortes Constitucionais.

Logo, muito mais do que uma legitimação por sufrágio universal, fato que, *per si*, não legitima o parlamento, sobretudo quando se vê uma dissociação entre eleitos e eleitores²⁸, a legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais em sede de jurisdição constitucional, sob a ótica da democracia procedimental de Habermas, é construída pelo fato de que as Cortes Constitucionais tornam-se espaços públicos em que importantes decisões afetas à interpretação e aplicação da Constituição são submetidas a amplo debate²⁹.

E, neste contexto, as pretensões de validade formuladas por Habermas aparecem como elementos balizadores para a caracterização das Cortes Constitucionais como espaço público por excelência, onde questões de índole constitucional serão debatidas e decididas.

Todavia, essa formulação de Habermas apresenta um problema: essa abertura procedimental naturalmente exige uma decisão, sob pena de eternizar-se o debate, pondo abaixo qualquer possibilidade de construção racional da decisão. Essa questão parece não ter sido resolvida de forma satisfatória por Habermas. Segundo Mônia Leal:

“De outro lado, é claro que este debate não pode se estender ao infinito, isto é, por mais controvertidas que sejam estas questões e por mais que elas precisem

27 Importante ressaltar que o agir comunicativo em Habermas é orientado para o entendimento e não para o consenso. O consenso em Habermas é acerca das pretensões de validade. Entendimento implica em construção racional de decisões, situação em que os atingidos por ela tornam-se também seus autores.

28 Cf. ROUSSEAU, Dominique. Op. cit., p. 26-27.

29 “Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participativo de todos os processos da atividade pública.” CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 100.

permanecer sempre abertas ao debate, em algum momento elas precisam ser decididas ‘como se’ uma conclusão tivesse sido alcançada.”³⁰

O fato é que a construção racional da decisão, a possibilidade de ampliação do debate público, não pode ser feito sem qualquer limite ou, em outras palavras, sem qualquer foco em um resultado final, que é a decisão. Não se entra em um discurso simplesmente pelo prazer de debater; há implicitamente uma pretensão que chamo de decidibilidade.

Essa pretensão indica que os sujeitos participam do discurso visando não apenas um entendimento (aqui entendido, inclusive, como a possibilidade do dissenso), mas, sobretudo, objetivando a decisão sobre a matéria posta em discussão.

A consideração habermasiana com respeito à finalidade do debate, que é o entendimento, não é suficiente para limitar a abertura discursiva da Constituição (aqui falando-se em sede de jurisdição constitucional). Isso porque o entendimento pressupõe uma decisão, que, por seu turno, pressupõe um sujeito, um “alguém” que decida. Segundo Habermas:

“Um entendimento discursivo garante o tratamento racional de temas, argumentos e informações; todavia ele depende dos contextos de uma cultura e de pessoas capazes de aprender.”³¹

Embora entenda que a argumentação acima é correta, não posso deixar de ponderar que essa dependência dos contextos de uma cultura a que Habermas alude implica em que esses participantes do discurso sabem, de antemão, que alguém deve dar a última palavra sobre o tema debatido.

Essa atribuição não pode ser outorgada no decorrer do discurso a um dos sujeitos. Se isso ocorresse, o debate e, mais especificamente, o texto constitucional estaria ameaçado por uma abertura *ad infinitum*. Isso pelo fato de que haveria a necessidade de uma espécie de “pré-entendimento” dos participantes do processo discursivo sobre quem teria a competência para decidir, situação que faria necessária a existência de um outro “alguém” para dar a última palavra sobre essa competência, levando a um círculo vicioso.

Por esta razão, esse “entendimento” sobre quem deve decidir ou quem deve dar a palavra final sobre a questão deve ser considerado como uma pretensão de validade, situada juntamente com aquelas outras a que

30 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Op. cit., p. 181.

31 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. II, p. 53.

Habermas alude (verdade, retidão e veracidade). E é neste ponto que as Cortes Constitucionais obtêm a sua legitimidade.

Na seara da jurisdição constitucional, embora admita a abertura do texto constitucional e a necessidade de construção racional das decisões sobre controle de constitucionalidade, entendo que os participantes do discurso, ao aceitarem as “regras do jogo”, devem aceitar, outrossim, o papel de última instância decisória atribuída pela Constituição à Corte Constitucional.

No caso brasileiro, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, em seu papel no sistema de controle de constitucionalidade, exerce o mister de órgão constitucionalmente legitimado para dar a última palavra.

Seu papel, portanto, além de espaço público por excelência em que as questões constitucionais são debatidas, com vistas à construção racional da decisão, aponta para ele como órgão constitucionalmente imbuído de decidir, isto é, pôr um fim ao debate, possibilitando um entendimento palpável e não apenas possível sobre as questões debatidas.

Daí porque a argumentação de que as Cortes Constitucionais não têm legitimação democrática, porque seus integrantes não foram eleitos diretamente pelo povo, não apresenta qualquer consistência.

De fato, se se aferisse a legitimidade somente pelo sufrágio, as Cortes Constitucionais não teriam nenhuma. Todavia, não se pode considerar somente o voto o instrumento legitimador, sobretudo quando se fala em jurisdição constitucional.

Sua legitimidade, pelo contrário, advém do fato de que ele é o espaço público por excelência em que as questões constitucionais podem ser democraticamente debatidas, onde os sujeitos interessados podem, em uma relação comunicativa e sob a força do melhor argumento, contribuir para a construção racional das decisões e, portanto, para a sua aceitação, mesmo que haja dissenso, pois o entendimento buscado pela teoria discursiva de Habermas não significa consenso acerca do conteúdo da decisão, mas sim que ela foi fruto do debate democrático dos participantes.

Como bem asseverou Habermas, “[...] o poder que nasce do uso público das liberdades comunicativas dos cidadãos do estado irmana-se à criação legítima do direito”³². e isto significa que esse uso público a que alude Habermas é que irá dar suporte legitimador à decisão proferida pelas Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, já que tais de-

32 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*, p. 380.

cisões são fruto de uma pretensão de validade (decidibilidade), bem como do entendimento construído ao longo do debate público.

Por isso que Habermas vai dizer que “em coisas práticas, apesar do dissenso permanente, é preciso que se decida; mas as decisões devem ser tomadas de tal modo que elas possam valer como sendo legítimas”³³. o que nos aponta para o fato de que o melhor modo dessas decisões serem tomadas é justamente outorgando à Corte Constitucional o mister de decidir, de dar a última palavra sobre as importantes questões constitucionais, que são objeto da jurisdição constitucional.

Assim, as Cortes Constitucionais, ao invés de apresentarem um déficit de legitimidade, conforme propõem alguns estudiosos, encarnam a real legitimidade sob a ótica de uma democracia efetiva e não apenas abstrata e retórica, sendo o espaço público por excelência em que a emancipação social, mediante a participação discursiva na construção das decisões em sede de jurisdição constitucional, dá-se de forma mais clara e dramática e onde a força do melhor argumento tem amplas e reais possibilidades de desenvolvimento.

CONCLUSÃO

De fato, os modelos eminentemente substancialistas de jurisdição constitucional são limitados no tocante à legitimação do papel das Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade.

Não bastam conteúdos para legitimar tal mister. O procedimento possibilita que os maiores interessados nesse controle – os cidadãos – participem de forma efetiva. Em outras palavras, o povo a ser visto em uma dimensão efetiva e participativa na construção racional das decisões que lhe afetam, passando de mero destinatário das normas para a condição de autores das mesmas.

O consenso acerca das pretensões de validade propostas por Habermas estabelece-se, então, como o ponto de partida para o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional aberta, em que são levados a sério os argumentos nele apresentados, possibilitando atos de fala ilocucionários, ou seja, atos que possibilitam uma democracia procedimentalista intersubjetiva, que busca um entendimento (não consenso) sobre algo no mundo.

Todavia, esse modelo habermasiano não resolve uma questão importante: qual o limite dessa abertura da jurisdição constitucional? Nesse ponto

33 Ibid., p. 326.

é que alude-se à necessidade de fixação de uma pretensão de decidibilidade, ou seja, os participantes de um discurso, ao aceitarem as “regras do jogo”, aceitam, outrossim, a necessidade de que se busque, além de um entendimento, uma decisão sobre o que se discute.

Ademais, não basta apenas que se queira decidir sobre algo no mundo. É necessário que se outorgue, previamente, a alguém o papel de decidir por último.

Neste ponto é que se vislumbra a legitimidade das Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, como decorrente desse mister, de dar a última palavra nas questões constitucionais, que é possibilitada pela aceitação dos participantes do discurso do papel que é previsto na Constituição Federal àqueles tribunais, eliminando qualquer possibilidade de se questionar o caráter democrático da atuação das Cortes Constitucionais que, apesar de não terem seus membros eleitos pelo voto direto, tem a sua atuação avaliada e fiscalizada pelos cidadãos quando efetivamente se exerce uma jurisdição aberta à participação de todos os interessados no processo de construção das decisões constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ARCAYA, Óscar Godoy. Democracia y razón pública em torno a John Rawls. In: *Estudios Públicos*, n. 81. Disponível em: <http://www.puc.cl/icp/webcp/papers/o_godoy/rev81_godoy.pdf>. Acesso em: 24 out. 2007.
- ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación em el estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.
- FALLER, Hans Joaquim. Defesa constitucional por médio de la jurisdiccion constitucional en la República Federal de Alemania. Madrid: *Revista de estudios políticos*, n. 7, p. 47-68, 1979.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.
- _____. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996.
- _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.
- _____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LORENSKI, Nelson. *Da semântica à pragmática: a questão do significado em Habermas*. Programa de Pós-graduação em Filosofia. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana, 2000.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.