

# 8

## O CONSTITUCIONALISMO COMUNITÁRIO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DILEMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

---

**Carolina de Oliveira Pedrosa**

Mestre em Direito pela UFPE.

Técnico Judiciário do TRT6

### **Sumário:**

1. Introdução - Judicialização da política ou politização do jurídico? Um tema multifacetado;
2. O comunitarismo e a recusa à tradição liberal-racionalista;
3. O Poder Judiciário e a realização do projeto constitucional na perspectiva comunitária;
4. A objeção habermasiana: autodeterminação democrática e poder comunicativo;
5. Uma abordagem pragmática do problema à luz da realidade política brasileira (à guisa de conclusão);
6. Referências.

### **I. INTRODUÇÃO – JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM TEMA MULTIFACETADO**

Pode parecer que, do ponto de vista semântico, falar em judicialização da política, politização do jurídico ou ativismo judicial não faça qualquer diferença; todas as denominação apontam para um mesmo processo, ligado à expansão do papel do Poder Judiciário nos estados democráticos contemporâneos. Mas não nos parece que seja assim. As diferentes formas de nomear o problema não refletem um desacordo casual; elas traduzem diferentes enfoques, razão pela qual a escolha por uma delas e sua utilização homogênea há de ter, no mínimo, uma importância metodológica.

O protagonismo do Poder Judiciário é tema que compõe, atualmente, a pauta de investigação de todos os campos das chamadas ciências sociais (e essa observação é um lugar-comum presente em todo e qualquer trabalho sobre o tema). Olhares que partem de diferentes saberes apresentam, inevitavelmente, diferentes diagnósticos e conclusões. Alguns cientistas políticos, por exemplo, têm identificado, sob o nome de judicialização da política, uma crescente incorporação dos métodos decisórios do Poder Judiciário no exercício das atividades de outros poderes do estado. Outros chamam da mesma forma um processo que estende ao Poder Judiciário a prerrogativa de tomar determinadas decisões antes afetas, exclusivamente, ao âmbito do Executivo ou do Legislativo. José Eisenberg, analisando a questão, propõe o termo *tribunalização da política*<sup>1</sup> para designar o primeiro movimento, de modo que *judicialização* possa ser utilizado, de modo específico, para designar esse processo de ampliação do espaço de ação do Judiciário.

Essa ampliação, por sua vez, parece avançar em duas frentes. Em primeiro lugar, através da ampliação das possibilidades de controle por parte do Judiciário das normas e atos emanados dos demais poderes. Essa face do processo de judicialização desencadeia uma relação conflituosa entre justiça e legislador constitucional, motivando a maior parte das críticas dirigidas ao problema. A ampliação se percebe, também, na atividade de aplicação das normas constitucionais e realização de direitos. O foco de tensão, aqui, se estabelece, preponderantemente, entre Executivo e Judiciário. Essa questão perpassa toda a discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais, que, todavia, não poderemos abarcar dentro dos limites deste trabalho. Importante

---

1 Cf. EISENBERG, José. "Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 47.

ressaltar que essa diferenciação também passa por uma questão de método, pois, num nível mais profundo de análise, difícil sustentá-la.

Por estar no centro das discussões, tem se formado sobre o tema da judicialização um vasto material analítico e - o que é extremamente importante - um material transdisciplinar. É preciso admitir, todavia, que isso acrescenta uma dificuldade a mais ao nosso trabalho: como fazer um recorte claro, como definir os limites de nossa investigação (sem contar com a dificuldade de trabalhar tão vasta e bem elaborada bibliografia).

Considerando tudo isso, optamos por abordar o tema da judicialização da política – preferimos chamá-lo assim – a partir das idéias do chamado constitucionalismo comunitário<sup>2</sup> e das críticas formuladas por Jürgen Habermas. Privilegiaremos esse autor pela ampla difusão e importante influência de suas idéias.

A organização do trabalho é simples e se estrutura em três momentos. Como não poderia deixar de ser, começaremos com a abordagem sucinta de algumas premissas que estão na base da leitura comunitária da política da constituição; só após, trataremos do papel do Poder Judiciário visto a partir dessa perspectiva. Em seguida, refletiremos sobre as objeções habermasianas às teses comunitárias e ao processo de judicialização da política, procurando enfatizar a idéia de autodeterminação. Como esta nos conduz ao tema clássico da vontade popular e da vocação democrática do Legislativo, reputamos importante tecer algumas considerações sobre a problemática da divisão dos poderes.

As críticas habermasianas à ampliação do Poder Judiciário têm dificultado sobremaneira a defesa, no plano teórico, de um tal processo, bem como têm exigido um esforço maior de argumentação

---

2 Gisele Cittadino refere-se assim a um constitucionalismo de vocação não-liberal, que defende a existência de um fundamento ético para a constituição, incorporando, sem reticências positivistas a linguagem dos valores e da realização dos direitos fundamentais. Outros autores preferem falar em posturas substancialistas diante da constituição, ou ainda democráticas. Optamos pela denominação dada pela autora, em primeiro lugar, pela remissão direta e evidente às idéias comunitárias, que ultrapassam a teoria constitucional; em segundo lugar, porque a expressão substancialista parece sempre impregnada de uma enorme carga metafísica e a expressão democrático é demasiado ampla e imprecisa para tal propósito. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, pp. 14 e ss. Cf. tb. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

por parte daqueles que vêm a questão com, digamos, bons olhos. Fomos levados, por essas razões, a procurar na faticidade da vida política de democracias que, tal como a brasileira, não são qualificadas assim sem discussão, elementos que nos permitissem esboçar algumas conclusões (despretensiosas e revogáveis). Daí falarmos, ao final, numa abordagem pragmática do problema: ela, de fato, só adquire significado se inserida no contexto poliarquias<sup>3</sup> como o Brasil.

## 2. O COMUNITARISMO E A RECUSA À TRADIÇÃO LIBERAL-RACIONALISTA

A linguagem das classificações tornou-se linguagem *suspeitosa* desde a revolução anticartesiana operada no campo da filosofia e também da política no curso do século XX. Desaconselha-se a procura por qualquer sorte de elementos comuns ou traços essenciais: ela traz sempre a deixa perfeita para uma ação dissimulada de nossa racionalidade manipuladora, sempre em busca de identidades...

Devidamente advertidos, ainda assim, desconfiamos que não chega a ser um equívoco – uma simplificação, talvez – dizer que a grande marca da filosofia do último século é crítica a uma espécie de racionalidade desprendida<sup>4</sup>, capaz de *ver* o mundo a partir de um lugar privilegiado, fora do espaço e livre do tempo. Sobre aquilo que se convencionou chamar tradição da modernidade, foram lançados olhares críticos tão profundos que a afirmação de uma mudança paradigmática transformou-se num lugar-comum que atravessa todos os saberes. O redimensionamento do papel da linguagem, a inclinação antimetafísica e antiessencialista, o reconhecimento da complexidade e do pluralismo, a mitigação das certezas

---

3 A expressão é do cientista político argentino Guillermo O'Donnel. Ele a utiliza para caracterizar aqueles estados em que a democracia se verifica somente num sentido estritamente político (democracia-regime). Discutiremos essa idéia no último ponto. Cf. O'DONNELL, Guillermo. "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. Tradução de Otacílio Nunes. In MENDÉZ, Juan, O'DONNELL, Guillermo e PRINEHIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 337 e ss.

4 É Charles Taylor quem fala numa razão desprendida como uma construção tipicamente moderna. Cf. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 73 e ss..

e dos exageros racionalistas e uma espécie de apologia do sujeito engajado, preso ao contexto, são elementos que perpassam a *quase* totalidade dos discursos da pós-modernidade (para não dizer pós-modernos), sejam filosóficos, políticos ou mesmo jurídicos.

Tendo diante dos olhos essas questões, somos levados a afirmar que o comunitarismo é uma teoria assumidamente *do seu tempo*. O que queremos dizer é que ela traduz em termos político-constitucionais aquelas características a que nos referíamos, deslocando a ênfase num sujeito livre e racional (autônomo) para um contexto formador de identidades sociais e culturais. Assim, contra a tradição liberal-racionalista, predominante na filosofia política desde os tempos pós-revolucionários, os teóricos do comunitarismo vão dizer que existem determinadas concepções partilhadas acerca do bem (ou do que é bom para a comunidade) que explica a reunião de indivíduos e lastreiam os pactos políticos, antes mesmo da elaboração racional dessas concepções. A participação numa forma de vida específica, uma espécie de situacionalidade fundamental, antecedem e justificam orientações políticas, pelo que não podem ser suplantadas por deliberações racionais e supostamente imparciais, sobretudo no trato das questões relativas ao tema da justiça.

Os desdobramentos dessa compreensão são incontáveis. Na teoria política, por exemplo, tema do pluralismo recebe um tratamento totalmente diverso do tratamento liberal. Para estes, as democracias contemporâneas são marcadas pela existência de diversas concepções individuais acerca do bem e, por essa razão, a única idéia de justiça possível é aquela que garante a cada um a possibilidade de perseguir o seu projeto pessoal. Para comunitaristas, essa compreensão está totalmente equivocada. É possível, sim, pensar a justiça com base não num (irrealizável) ideal de imparcialidade, mas com base numa espécie de “consenso ético”, pois o pluralismo, aqui, significa diversidade de identidades sociais e culturais, e não de propósitos individuais.<sup>5</sup> Dessa forma, os comunitaristas permitem-se “esperar também do Estado de direito a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver”.<sup>6</sup>

Mais claro, a partir daqui, o jogo de oposições presente numa e noutra concepção. Na origem do pensamento comunitário está a recusa a um

---

5 Tomamos de Gisele Cittadino essas explicações sobre o tema do pluralismo para liberais e comunitaristas. Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, pp. 5-6.

6 HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”. Tradução de Paulo Astor Soethe. In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p.233.

liberalismo calcado numa visão um tanto mitificada – sim, a modernidade também produziu seus mitos - da subjetividade, sempre racional e capaz de decidir com imparcialidade, e que sempre privilegiou uma análise da vida social a partir do e para o indivíduo.

Concretamente, o comunitarismo nasceu do debate que atravessou a década de oitenta a respeito da obra de John Rawls *Uma Teoria da Justiça*<sup>7</sup>. A partir de então, passou a reunir a atenção daqueles teóricos que desconfiavam da idealidade da metáfora de Rawls acerca de uma *posição originária* em que se encontrava o indivíduo apartado das circunstâncias e contingências de sua vida (posições, objetivos, interesses, inclinações etc.) por um *véu de ignorância* que, ganhando espaço fora dos círculos intelectuais anglofônicos.

Na Alemanha, todavia, o comunitarismo deparou-se, logo de início, com uma enorme barreira *semântica*: a expressão *comunidade* trazia sempre uma intolerável sombra nacional-socialista, dado o seu uso recorrente (estratégico) nos discursos tradicionalistas do nazismo. “Na Alemanha, cada uso positivo do termo ‘comunidade’ encontrará igual ceticismo dos que suspeitam de suas possibilidades antidemocráticas”. Mas o fato é que essa resistência inicial, algum tempo depois, cedeu lugar a uma ampla aceitação. Num artigo intitulado “O comunitarismo: uma perspectiva alemã”, Hans Joas, investigando quanto às razões dessa assimilação, identifica, dentre outras importantes, o colapso do comunismo em fins dos anos 90. Ele explica que,

Mesmo os social-democratas mais declaradamente anticomunistas dividiam com o marxismo a ênfase em um Estado forte e centralizado como ator importante nas reformas sociais. (...) Assim que as esperanças utópicas de uma ordem social diferente da democracia ocidental, capitalista, foram abandonadas, debates dentro desse tipo de sociedade ganharam grande interesse.<sup>8</sup>

---

7 Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, capítulo terceiro.

8 JOAS, Hans. “O comunitarismo: uma perspectiva alemã”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001, p. 99.

Tanto é verdadeira essa recepção alemã das idéias comunitárias que, no campo do direito – em que focaremos nossa atenção, a partir daqui – vem da Alemanha parte considerável das formulações que as relacionam, sobretudo, à teoria da constituição. A bem da verdade, o constitucionalismo alemão, desde os debates de Weimar, construiu uma concepção acerca da constituição que privilegiava sua dimensão ético-valorativa, antecipando muitos e importantes elementos do chamado constitucionalismo comunitário e favorecendo uma *apropriação* comunitária dessa tradição.

### 3. O PODER JUDICIÁRIO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA

Como dizíamos, o chamado constitucionalismo comunitário incorporou o discurso da teoria da constituição e dos direitos fundamentais gestado durante o debate que sucedeu a promulgação da Constituição de Weimar. Desse debate, impulsionado, sobretudo, pela preocupação em elaborar um instrumental teórico adequado às inovações da nova Carta, expressão paradigmática do modelo normativo do Estado Social, resultaram importantes construções. Até hoje, estas permeiam grande parte das reflexões acerca da concretização e efetividade dos direitos constitucionais, sobretudo nos países de tradição romanística ou continental.

Sem perder de vista a necessidade concreta de ver realizado o novo projeto, os alemães edificaram uma doutrina constitucional que tomava a constituição antes como vontade do que como razão<sup>9</sup>. Em virtude desse compromisso original com a efetividade, a necessidade de recrudescimento da ação do Poder Judiciário apresentava-se como uma conseqüência não-problemática (ou, pelo menos, não tão problemática como nos dias atuais). Voltaremos a essa questão mais adiante.

Para a chamada jurisprudência dos valores – que, como observa Habermas<sup>10</sup>, é mais uma espécie de *autocompreensão metodoló-*

---

9 Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 24.

10 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 214-215.

gica do Tribunal Constitucional Alemão do que uma *teoria* no sentido clássico - os direitos fundamentais consagrados no texto da Constituição são expressão genuína de valores que estão presentes no seio de uma comunidade política, assim como a Constituição ela mesma, se interpretada de uma maneira englobante e não fragmentária.<sup>11</sup> Princípios e normas constitucionais equiparam-se a valores, e a Constituição, concebida como uma projeto, “traduz uma identidade e história comuns, e também um compromisso com certos ideais compartilhados”.<sup>12</sup>

Essa compreensão acerca da constituição e dos direitos que ela incorpora irradiou-se sobre o constitucionalismo português e espanhol, chegando, por esse caminho, ao pensamento constitucional brasileiro. A Carta de 1988 incorpora, em grande medida, linguagem e metódica presentes nas Constituições de 1976 e 1978, de Portugal e da Espanha, respectivamente. Essa afinidade, dentre outras razões, deve-se ao fato de que esses três países “atravessaram longos períodos de autoritarismo político e elaboraram Constituições com vistas à implementação e consolidação de regimes democráticos”.<sup>13</sup>

Dentro dessa tradição constitucional, portanto, há (houve?) uma grande *aposta* nas possibilidades emancipatórias dos textos constitucionais, ou seja, a confessada expectativa de que a concretização da constituição seria capaz de engendrar uma realidade social marcada, em primeiro lugar, por um nível maior de igualdade. Como consequência disso, o discurso comunitarista, em mais uma faceta de sua vocação antiliberal, sai em defesa das chamadas liberdades positivas,

---

11 Extremamente interessante, nesse contexto, a resolução do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do ano de 1973, citada por Habermas: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 303.

12 CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002, p. 23.

13 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 22.

consubstanciadas no texto constitucional em normas que, na maior parte das vezes, demandam uma atuação protetiva ou mesmo prestacional por parte do Poder Judiciário.

Ocorre, assim, no plano teórico, um deslocamento de interesses: as clássicas liberdades civis deixam o lugar central da teoria constitucional, que passa a ser ocupado pelos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, sobretudo pelos direitos de cunho social-programático.<sup>14</sup> A nota essencial do constitucionalismo do Estado social é a ampliação da idéia daquilo que é fundamental ao indivíduo, ou melhor, ao cidadão, e que, portanto, deve figurar nos textos constitucionais com diferenciada dignidade. As liberdades positivas – liberdade por meio do Estado e não, simplesmente, perante o Estado – traduzem de diferentes formas o valor igualdade, que, num determinado momento histórico, alçou-se sobre os demais, não por ser mais importante, mas por ser mais elementar.

Mas a consagração dessa gama de novos direitos e o superdimensionamento do valor igualdade pressupunha uma compreensão renovada acerca das tarefas e deveres do Estado, bem como acerca dos sujeitos incumbidos de implementá-los e fiscalizá-los. Isso porque, mais uma vez, aqueles direitos que possuem uma dimensão mais acentuadamente social diferem substancialmente dos direitos de primeira geração, ou de defesa, por demandarem, para além de uma atitude meramente abstencionista por parte do Estado – que para o liberalismo clássico representava a ameaça, sempre à espreita, do arbítrio e da intrusão na esfera de liberdades do indivíduo – uma atitude *positiva*, equivalentes, muitas vezes, à verdadeiras prestações materiais.

Necessário, percebeu-se, afiançar um *mínimo* de condições para que o exercício das liberdades individuais deixasse de ser uma *quimera* democrática e se fizesse efetivo. Não era mais suficiente assegurar a liberdade-autonomia, liberdade frente ao Estado, mas a liberdade através do Estado. A proteção à liberdade e à igualdade precisava extrapolar a dimensão meramente jurídico-formal, para que a igualdade de oportunidades pudesse se converter em “liberdade real

---

14 Sobre a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, capítulo II, principalmente; cf. também, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000, capítulo 16.

de exercício e autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da sociedade”.<sup>15</sup>

Por todas essas razões, os entusiastas do constitucionalismo comunitário costumam sair em defesa da necessidade de um maior compromisso com a realização dos programas constitucionais, ainda que, para isso, tenham que advogar em favor daquilo que hoje ganha o nome de *ativismo judicial*; movimento que é (vide introdução) uma das facetas do complexo processo de judicialização da política. Sistematizando posicionamentos variados, vimos que o ativismo defende a expansão das atividades do Poder Judiciário em, basicamente, duas frentes: na ampliação do controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes do Estado e na garantia da efetivação das normas definidoras de direitos fundamentais, sobretudo as que contemplam medidas *promovedoras*.

Partindo dessa perspectiva, há, inclusive, quem afirme que cada momento vivenciado pelo Estado implica a projeção de uma de suas funções (típicas) sobre as demais, considerando os objetivos traçados. Dessa forma, o Estado liberal resultou na prevalência do Poder Legislativo, tendo em vista que a segurança dos cidadãos dependia de uma eficaz manancial jurídico delimitador das atividades estatais, identificado na figura da lei. O Estado social pode ser caracterizado por um extenso rol de direitos e garantias, notadamente os de natureza prestacional, que envolvem ampla participação do Estado, sobretudo através da formulação de políticas públicas. Como conseqüência, verificou-se o incremento das funções do Poder Executivo, paralelamente ao relaxamento dos mecanismos de controle sobre esse poder. Da crise do estado social, e sem que ainda seja possível adjetivar o estado contemporâneo senão como *contemporâneo*, há quem sustente que das tensões decorrentes deste momento resultará um fortalecimento da atividade do Poder Judiciário.<sup>16</sup>

Não estamos seguros da pertinência dessa explicação,

---

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, p. 193.

16 Esse panorama é apresentado no livro de Lênio Streck e Luiz Bolzan de Moraes intitulado *Ciência política e teoria geral do estado*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000, pp. 35-38.

desconfiamos fortemente de seu caráter simplificador. Mas o fato é que ela traz algumas virtudes analíticas. Nela, podemos visualizar com nitidez a questão que pretendemos discutir: o protagonismo de um poder diante dos demais acomoda-se bem aos esquemas democráticos? Na verdade, incontáveis questões estão implicadas nessa indagação, pelo que surge a necessidade de limitarmos nossa abordagem a algumas poucas, sob pena de não conseguirmos, ao final, alinhar quaisquer conclusões. Nossa ênfase será nas objeções levantadas pelo procedimentalismo habermasiano, sobretudo no que toca à idéia de autodeterminação democrática e sua relação com o princípio da divisão de poderes do Estado.

#### **4. A OBJEÇÃO HABERMASIANA: AUTODETERMINAÇÃO DEMOCRÁTICA E PODER COMUNICATIVO**

As idéias comunitárias acerca do compromisso político-constitucional, apesar de seu fortíssimo apelo social, sempre foram objeto de severas críticas, e não só por parte dos teóricos comprometidos com o liberalismo (em sua forma clássica ou relida), seus interlocutores originais, mas por parte de todos aqueles que desconfiavam das possibilidades antidemocráticas de um protagonismo do Judiciário.

Dito de uma outra forma, se outrora as críticas à perspectiva comunitária vinham de setores mais, digamos, conservadores, geralmente comprometidos com uma hermenêutica constitucional restritiva e com uma cultura jurídica individualista e privatista, hoje elas vêm, também, daqueles que acreditam que a ampliação do poder dos tribunais é correlativa da diminuição do poder soberano do povo<sup>17</sup>, de seu direito de autodeterminar-se.

A crítica procedimentalista de Jürgen Habermas segue por este último caminho. Antes de qualquer coisa, ele questiona com veemência a *realidade* da idéia (basilar para a tese comunitarista) de uma comunidade de valores partilhados capaz de sustentar os

---

17 Cf. CITTADINO, Gisele. CITTADINO, Gisele. "Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002, p. 19.

compromissos políticos contidos na constituição. Habermas rejeita a existência de uma dimensão ético-material na constituição (ou pelo menos como uma dimensão prevalecente) por compreender que a complexidade e heterogeneidade das sociedades contemporâneas desautorizam uma tal leitura.<sup>18</sup> Por trás de visões desse tipo, adverte, há uma forte confiança nas tradições e práticas constitucionais, pois aqueles que, ao contrário, não vivenciaram semelhante experiência democrática, não ousariam preferi-las. “Nos contextos em que não se pode apelar para um republicanismo cívico ou para uma comunidade de princípios que compartilha tradições e valores históricos e culturais, a visão substantiva da democracia constitucional deve ser substituída por uma visão procedimental da democracia constitucional.”<sup>19</sup>

Assim, pessimista quanto às *tradições* e cauteloso quanto às *identidades*, Habermas vai propor um distanciamento reflexivo e vigilante diante de ambas (confessando o seu antigo compromisso com a teoria crítica e com o esclarecimento). Ele teme as concepções que se articulam em torno desses dois elementos por entendê-las inclinadas para o autoritarismo, pois sobrelevam o papel dos valores que emergem de contextos tradicionais e identitários em detrimento da idéia de autonomia do indivíduo. Concepções comunitaristas tendem a legitimar a imposição de determinadas compreensões supostamente fundadas num consenso de natureza ética sobre a liberdade de autodeterminação de uma sociedade política, diminuindo a importância das expressões do poder formado comunicativamente.

Por recusar a possibilidade mesma de uma comunidade ética e relativamente homogênea quanto a valores, Habermas critica a equiparação comunitarista destes às normas, defendendo a diferenciação de suas funções na lógica da argumentação. Diz ele que, de fato, temos a opção de orientarmos a nossa conduta segundo normas ou segundo valores, todavia, “a orientação da ação não é a mesma nos dois casos.

---

18 Habermas fala no esfacelamento, nas sociedades pluralistas, de imagens de mundo integrativas de tipo moral e de éticas coletivamente vinculativas. Cf. HABERMAS, Jürgen. “Sobre a coesão interna entre direito e democracia”. In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: ensaios de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 288.

19 CITTADINO, Gisele. CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002, p. 21.

(...) À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte dos valores, é possível saber qual comportamento é recomendável.”<sup>20</sup> Assim, se um tribunal assume a idéia de que o importante é a realização dos valores consagrados nos texto constitucional, corre o risco de tornar-se autoritário, pois abre a possibilidade para que argumentos funcionalistas, por exemplo, passem a contar mais que argumentos normativos.<sup>21</sup>

O discurso da concretização não necessita andar de par com a tese da constituição como ordem de valores. Para Habermas, basta que os direitos fundamentais sejam levados a sério do ponto de vista deontológico. E isso vale, inclusive, para as normas abertas, ou seja, normas “não formuladas com um sentido específico de aplicação.” Na hipótese de elas colidirem com outras normas jurídicas, não é necessário invocar os valores que estão por trás para mensurar em que medida são realizados. A tarefa de aplicação dessas normas não é essencialmente diferente das demais, ela consiste em encontrar, “entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.”<sup>22</sup>

A constituição não pode mais ser tomada como um instrumento de mediação da relação entre indivíduo e Estado. Se pretendemos – diz Habermas - manter o compromisso com o Estado democrático de direito, é preciso rechaçar essa concepção, típica do constitucionalismo liberal. Mas tampouco parece adequada, em substituição, a tese que toma a constituição como uma ordem concreta, destinada a imposição de uma determinada forma de vida.

Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de auto-

---

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322.

21Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 321-322.

22HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322.

determinação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (...). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa concepção democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão dos poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública do cidadão.<sup>23</sup>

Para a preservação da autonomia pública do indivíduo, necessária a preservação da liberdade de decisão e conformação do Poder Legislativo, expressão institucional da idéia de autodeterminação e soberania popular. É nesse contexto teórico que Habermas defende a necessidade de que haja uma assimetria na divisão de poderes do Estado da seguinte forma: deve haver controle tanto do legislativo quanto do Judiciário sobre a ação do Poder Executivo. Entretanto, o inverso não pode ocorrer. Deve haver mecanismos para o autocontrole do Legislativo e do Judiciário, e não uma interferência recíproca entre ambos, tudo de modo a garantir que será garantida a expressão do poder gerado comunicativamente. Ele afirma de maneira enfática que o controle abstrato da constitucionalidade é função do legislador, embora possa seguir uma forma semelhante à do processo judicial.<sup>24</sup>

Esse desenho assimétrico proposto por Habermas é uma releitura do princípio da separação de poderes; uma releitura que tem a finalidade de devolver-lhe sua função mais importante, a de garantir a liberdade do indivíduo, consubstanciada no princípio da autonomia e defendida, sobretudo, pela ação do Legislativo. É por isso que a crítica à jurisdição constitucional a apresenta, quase sempre, como uma intromissão indesejada na esfera de competências do Legislativo ou

---

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

24 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 300-301.

como uma ameaça à liberdade do legislador ordinário - compreendida, em última análise, como a liberdade do indivíduo. A crítica à jurisdição constitucional, que é a crítica ao processo de judicialização da política, aparece, de uma forma ou de outra, como “uma disputa pelo princípio da separação dos poderes”.<sup>25</sup>

Mais indicado, frente a essa relação problemática que tem se estabelecido entre o legislador democrático e a justiça (não-democrática), a melhor saída é a formação de mecanismos de controle baseada numa diferenciação funcional auto-referencial, de modo que o controle dos atos do Legislativo pudesse operar dentro do próprio poder, e da mesma forma com o Judiciário. Essa forma, diz Habermas, é recomendada, quando se toma como ponto de partida que a divisão de poderes visa submeter, em primeiro lugar, a administração ao poder gerado comunicativamente, que é opinião da maioria construída comunicativamente.<sup>26</sup>

## 5. UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DO PROBLEMA À LUZ DA REALIDADE POLÍTICA BRASILEIRA (À GUIA DE CONCLUSÃO)

A premissa que subjaz à recusa habermasiana à ampliação da jurisdição constitucional é a seguinte: o poder legítimo é aquele gerado discursivamente, no curso do processo político, e exprimido pelas decisões do Poder Legislativo. É por essa fundamental razão que os atos do legislador democrático não podem ser afastados por ação de um poder não-democrático, ou seja, que não canaliza a expressão da vontade popular. Aliás, dentro da teoria habermasiana, as categorias tradicionais (do liberalismo) são reformuladas e renomeadas para melhor compatibilizarem-se ao discurso filosófico pós-*virada lingüística*. O *poder gerado comunicativamente*, por exemplo, sucede, com muita vantagem, a idéia de vontade popular, pois na própria expressão está destacada a necessidade de que esse poder, para que possa ser

---

25 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 298.

26 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 300.

identificado com o poder que emana do povo, deve ser gerado dentro dos cânones de uma racionalidade discursiva e dos procedimentos institucionalizados que ela reivindica.

Do ponto de vista teórico, é forçoso reconhecer que, depois (sobretudo) de Habermas, advogar em defesa de um protagonismo do Poder Judiciário tornou-se tarefa mais difícil. A consistência de suas idéias e a acuidade de suas análises incrementam, sobremaneira, o dever de argumentação por parte de quem não interpreta o processo de judicialização como um processo negativo, do ponto de vista democrático. Habermas não retroage, de maneira pura e simples, ao paradigma do liberal, tomando como argumentos, sem as necessárias mediações, idéias construídas num contexto político radicalmente diferente do atual. Não é necessário nem possível, aqui, discorrer sobre essas transformações. Ao mesmo tempo, ele ultrapassa a concepção comunitária naquilo que ela tem de mais frágil: a equiparação das normas a valores (embora saibamos que a ênfase nessa equiparação é típica de sua vertente alemã), reforçando o sentido deontológico das prescrições e buscando, também por essa via, revalorizar sua origem democrática.

Mas, tendo diante dos olhos a realidade (da) política brasileira, achamos que esses elementos merecem um redimensionamento pragmático. É bom esclarecer que, quando falamos em *pragmático*, queremos nos referir a uma postura contextualizante e consequencialista, e não a outro sentido qualquer que acompanhe essa expressão em seu uso comum. Reconhecemos todas as virtudes teóricas da proposta habermasiana para, todavia, desconfiar de suas (boas) possibilidades numa democracia, ou melhor, numa poliarquia como é o Brasil.

Em seus estudos sobre a vida democrática na América Latina, Guillermo O'Donnell<sup>27</sup> lança mão do termo poliarquia para criar uma fratura dentro do conceito tradicional de democracia. Ele argumenta que, em determinados países, tamanho é o grau de ineficácia e violação dos direitos básicos que seria um pouco temerário caracterizá-los como países democráticos. Embora não concorde com conceituações ampliadas

---

27 Cf. O'DONNELL, Guillermo. "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. Tradução de Otacílio Nunes. In MENDÉZ, Juan, O'DONNELL, Guillermo e PRINEHIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, pp. 338-341, especificamente.

de democracia, que abarcam também características do Estado e da sociedade, O'Donnell também não acata uma conceituação politicista, ou seja, de democracia como regime. Numa real democracia, explica o autor argentino, além de eleições competitivas e programadas, livre organização de partidos políticos, liberdade de expressão e outras características de um regime democrático, deve haver um grau básico de cidadania civil e de responsabilidade pública.<sup>28</sup> Onde esses mínimos elementos não estão presentes, é preferível falar em poliarquia e não democracia.

É característico das poliarquias que a irrealização dos direitos fundamentais obste o exercício de uma cidadania civil. E sem cidadania civil, difícil falar em autonomia ou autodeterminação; difícil, portanto, pensar habermasianamente. A oposição da fragilidade de nossa democracia - ou melhor dizendo, de nossa condição de poliarquia - ao projeto de Habermas é um lugar-comum do qual, felizmente ou não, não conseguimos fugir.

O problema é que a ênfase do procedimentalismo na idéia de autonomia é demasiado grande, de modo que não há como pensarmos sequer em um modelo adaptado antes de neutralizarmos alguns déficits elementares. No caso brasileiro, ainda não é possível – acreditamos – abrir mão da tese que toma a constituição como um projeto a ser materialmente realizado. É nesse contexto que se justifica a defesa de uma jurisdição constitucional que tenha mesmo uma inspiração tutelar, de defesa dos compromissos estabelecidos no texto da constituição e não só dos procedimentos asseguradores da formação democrática de leis, ao menos enquanto esses compromissos continuarem a refletir uma não-realidade.<sup>29</sup>

A idéia de uma constituição como *contraponto conservador* não nos parece antidemocrática quanto encaramos o fato de que as deliberações do legislador ordinário não são, senão num sentido metafórico, genuína expressão da vontade popular. Ao contrário, considerando que esse contraponto não é absoluto, pois presente a possibilidade de serem modificadas as balizas constitucionais, do

---

28 O'Donnell fala *accountability*, expressão que não encontra tradução adequada para o português.

29 Sobre a idéia de constituição como negativo da sociedade, cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171.

controle da constitucionalidade dos atos do legislador decorre um acréscimo na necessidade de ampliação (inclusiva) da discussão sobre aquilo que sempre pretende normatizar e de que forma se dará essa normatização. Esse incremento no dever de argumentação faz gerar uma presunção maior em favor do caráter democrático dessas deliberações, ou pelo menos mais consistente de que se formou, em torno delas, um acordo real entre as forças político-representativas.

Desconfiamos que a fiscalização da atividade do legislador à luz das disposições constitucionais, incluídas as disposições sobre procedimentos, evidentemente, favorece, para falar em termos habermasianos, a prevalência do poder comunicativo sobre outras formas de poder, como o poder econômico. Pragmaticamente, o controle serve à proteção do projeto constitucional contra as contingências do processo político, contra maiorias que se formam e desformam no curso das legislaturas, dificultando pseudo-adesões forjadas segundo as leis do mercado das trocas políticas, que, quase sempre absolvidas pelas formas procedimentais, só encontram limites na materialidade dos compromissos constitucionais.

Mas, o fato é que todas as questões tratadas até aqui dizem respeito, de modo mais evidente, à judicialização da política em seu aspecto *controle*. Como dizíamos na introdução deste trabalho, achamos por bem diferenciar duas faces desse processo de expansão da ação do Judiciário: a ampliação da chamada jurisdição constitucional, consubstanciada basicamente no controle da constitucionalidade, e o fortalecimento de uma postura realizadora de direitos fundamentais. De forma simplificada, a primeira delas gera uma tensão mais evidente com o poder legislativo, enquanto a segunda face, com o Poder Executivo; mas em ambos os casos, fala-se em usurpações de competências e violação do princípio da separação de poderes.

É preciso, então, saldar a dívida e tecer alguns comentários finais sobre a questão negligenciada.<sup>30</sup>

Após tudo que se disse, é possível perceber que as críticas habermasianas atingem a judicialização, mais diretamente, no em seu

---

30 Abordaremos a questão de modo bastante sucinto e superficial, somente como uma faceta de um processo mais amplo. A intenção não é, nem poderia ser, analisar do tema da efetividade dos direitos fundamentais que, pela sua complexidade, faria jus a um trabalho monográfico específico.

aspecto controle, deixando mais ou menos a salvo o aspecto efetivação.<sup>31</sup> Os argumentos articulados em torno das idéias de autonomia (do indivíduo) e autodeterminação (popular), não são suficientes para afastar, no plano teórico, as possibilidades de uma atividade judicial mais realizadora, do ponto de vista material, inclusive.

A impressão que temos é que, no final das contas, esse aspecto foi mais poupado pelas críticas de Habermas (que nos interessam especificamente), nos deixando em melhores condições para defendê-lo. Aliás, em sua crítica à interpretação dos direitos fundamentais como valores, ele próprio sinaliza para as possibilidades do discurso concretizador, quando diz que para a aplicação das normas constitucionais que consagram programas não é necessária uma ponderação dos valores em jogo, pois o teor deontológico de tais normas autoriza a sua aplicação como as demais. Essa interpretação pode estar equivocada, pois baseada em pequeno fragmento da vasta obra habermasiana, mas gostaríamos que não estivesse, pois acreditamos que, decisão constituinte como as demais, as normas de natureza programática devem ser aplicadas pelo Judiciário como direitos fundamentais que são, sempre que instados para isso, ainda que essa aplicação implique uma prestação material concreta.

Discordamos da idéia de que, ao agir assim, o Poder Judiciário estaria a usurpar competências do executivo. Discordamos, também, da idéia de que ações desse tipo favorecem a formação de uma cidadania clientelista,<sup>32</sup> principalmente se estivermos diante de contextos em que se verifica um nível tão elevado de inefetividade de direitos básicos que a cidadania, num grau fundamental, não passa de um projeto irrealizado.

Na verdade, o recrudescimento da ação do Judiciário no que diz respeito à efetivação de direitos acumula uma iniludível função de controle. Pensar o controle entre os poderes segundo o esquema clássico do princípio da separação é retirar a força de um modelo

---

31 Estamos atentos, todavia, para o fato de que esses dois aspectos, que destacamos, sobretudo, para facilitar análise do tema, estão entrelaçados, num nível um pouco mais profundo. Não raro a atividade de concretização passa pelo controle da constitucionalidade de normas e atos dos demais poderes, e aí as críticas devem ser tomadas como dirigidas ao problema visto de forma global.

32 Cf. EISENBERG, José. "Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 45.

concreto, desenhado no texto da constituição, em função do apego a um esquema abstrato, pensado pelo liberalismo do século XVIII.<sup>33</sup> Uma leitura contemporânea desse princípio o compreende não como uma fórmula de isolamento, mas como um modelo de “horizontalidade orgânica e circularidade procedimental”.<sup>34</sup> Ou seja, o princípio da divisão de poderes do Estado não pode implicar uma relação de independência absoluta entre eles, mas numa relação de coordenação – tolerante em relação a interferências reguladoras de um poder sobre outro sempre que se fizer necessário, na medida da constituição.

E essa interferência, que para nós se materializa na fiscalização das leis e na realização de promessas, tem um certo caráter compensatório, uma função equalizadora, ou, com Habermas, uma função de tutela. Se não é possível, ainda, falar numa prática consistente de autodeterminação, pois dependente de uma ainda irrealizada cidadania política ativa, é preciso criar condições para que ela possa, enfim, afirmar-se sobre o jogo de uma política decaída. Enquanto isso e para isso, não nos parece possível prescindir de uma atuação vigorosa e consequencialista do Poder Judiciário.

## 6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. 10 ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Unb, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça*

---

33 A divisão dos poderes do estado de acordo com as funções exercidas foi pensada com a finalidade de criar um sistema de exercício moderado de poder. Foi com Montesquieu que o princípio notabilizou-se como garantia da liberdade, considerando a tendência ao abuso do poder por parte de que o detenha, e passou a integrar o núcleo essencial do modelo liberal do estado. Assim, o princípio nunca teve um fim em si mesmo, ao contrário, sempre teve um nítido propósito de controle em favor do indivíduo, finalidade que pode bem ser preservada, mesmo dentro de uma necessária reformulação. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 401; BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: Unb, 1998, pp. 39-65.

34 NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001, p. 151.

*distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

EISENBERG, José. “Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”. Tradução de Paulo Astor Soethe. In HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. “Sobre a coesão interna entre direito e democracia”. In HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: ensaios de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JOAS, Hans. “O comunitarismo: uma perspectiva alemã”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001.

NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001.

O´DONNELL, Guillermo. “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. Tradução de Otacílio Nunes. In MENDÉZ, Juan, O´DONNELL, Guillermo e PRINEHIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*:

*uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.