O ESPAÇO PÚBLICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A APLICABILIDADE DA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Arnaldo de A. Machado Júnior, advogado, bacharel em Contabilidade, especialista em Direito Processual Civil pela Fanese, Mestrando em Direito Processual pela UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco) e professor da Fase (Faculdade de Sergipe).

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, ao estampar o princípio do Estado Democrático de Direito, incutiu no seio jurídico-normativo nacional a perspectiva de uma sociedade justa, igualitária, que prima pelo bem-estar social, segundo os padrões socioculturais da sociedade contemporânea. Nesse liame, destaca-se o relevante papel da jurisdição constitucional como guardiã dos preceitos insculpidos na Constituição Federal, que bem representa os anseios do Poder Constituinte Originário. A partir dessas premissas, o presente estudo elegeu como tema central o Espaço Público da Jurisdição Constitucional**,** com o objetivo principal de criticar a aplicabilidade da teoria de Jürgen Habermas em países periféricos, sobretudo tendo em vista suas carências sociais, políticas e econômicas, que fulminam a perspectiva autoral de espaço público democrático. A importância do tema remonta no fato de que, a depender do grau de desenvolvimento experimentado por determinado país, a concepção teórica escolhida será responsável por profundas modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, capazes de tutelar a tirania da maioria, fulminando qualquer perspectiva de ascensão para os menos favorecidos, ou de garantir os direitos fundamentais da minoria.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional; Espaço Público; Países Periféricos.

ABSTRACT: When the Federal Constitution of 1988 highlighted the principle of Democratic right of State, instilled in the national normative

jurisdiction the perspective of a fair society with equality standing out the social welfare according to the cultural patterns of contemporary society. The role of the constitutional jurisdiction as a guardian of the ruling foreseen in the federal Constitution that well represents the eagerness of Original Constitutional Power is highlighted in this bond. Based on these premises, this research selected as the main topic the Public Space of the Constitutional Jurisdiction and the main objective is to criticize the applicability of Jürgen Habermas´theory in peripheral countries especially taking into consideration their social political and economical needs that strikes down the civil rights of public democracy. The importance of the main topic brings to the fact that depending on the level of development experimented by a determined country, the chosen theoretical conception will be responsible for very deep social, economical, political and jurisdictional modifications, capable of protecting the tyranny of the majority, striking down any perspective of rising for the least favorable ones or to guarantee the fundamental rights for the minority.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction; Public Space; Peripheral Countries.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Jurisdição Constitucional; 3. Jurisdição Constitucional sob a ótica do Procedimentalismo de Jürgen Habermas; 3.1. O Papel do Espaço Público; 3.2. A Importância da Teoria Habermasiana para a Jurisdição Constitucional; 4. Críticas à Teoria Procedimentalista de Habermas; 4.1. O Espaço Público em Países Periféricos; 4.2. Os Direitos Fundamentais em Países Subdesenvolvidos; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao estampar o princípio do Estado Democrático de Direito, incutiu no seio jurídico-normativo nacional a perspectiva de uma sociedade justa, igualitária, que prima pelo bem-estar social, segundo os padrões socioculturais da sociedade contemporânea.

Nesse liame, destaca-se o relevante papel da jurisdição constitucional como guardiã dos preceitos insculpidos na Constituição Federal, que bem representa os anseios do Poder Constituinte Originário. A partir disso, reconhecendo a supremacia da Lei Fundamental, assim como a imprescindibilidade da jurisdição constitucional, renomados doutrinadores têm produzido trabalhos sobre o assunto, no sentido de melhor adequar a jurisdição constitucional às complexas necessidades da sociedade pós-moderna.

O presente estudo elegeu como tema central O ESPAÇO PÚBLICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: Uma Abordagem Crítica sobre a Aplicabilidade da Teoria de Jürgen Habermas em Países Periféricos; com o objetivo principal de criticar a aplicabilidade da teoria de Jürgen Habermas em países periféricos, sobretudo tendo em vista suas carências sociais, políticas e econômicas, que fulminam a perspectiva autoral de espaço público democrático.

O tema é de grande relevância para o cenário acadêmico, vez que a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional estão relutantes à procura da teoria que melhor justifique as decisões judiciais, sobretudo tendo em mira os postulados constitucionais. Destaca-se também que Habermas tem influenciado muito o estudo da jurisdição constitucional, a partir de sua concepção procedimentalista, inclusive no direito pátrio. A importância do tema também remonta no fato de que, a depender do grau de desenvolvimento experimentado por determinado país, a concepção teórica escolhida será responsável por profundas modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, capazes de tutelar a tirania da maioria, fulminando qualquer perspectiva para os menos favorecidos, ou de garantir os direitos fundamentais da minoria.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como bem lembrado por Gilmar Ferreira Mendes[1], o conceito de Constituição não se limita ao texto propriamente escrito, vez que abrange também os princípios formadores da unidade valorativa da Lei Fundamental, mormente os presentes em seu preâmbulo. Diante

[1] Ao fazer referência à jurisdição constitucional alemã, Gilmar Ferreira Mendes esclarece que: "O conceito de Lei Fundamental não se limita às

disto, pode-se afirmar que o Estado Democrático, comprometido com o pleno exercício dos direitos sociais, do bem-estar, da igualdade e da justiça, integra, indissociavelmente, o conceito da Constituição Federal de 1988.

Hodiernamente, a jurisdição constitucional tem a função precípua de estabilizar as relações sociais, consoante o conteúdo normativo estabelecido na Carta Magna, sem ignorar a complexidade do Estado, a fim de que as estruturas normativas abstratas possam regulamentar a realidade fática da sociedade[2].

Não se pensa mais na teoria tripartite dos poderes de Montesquieu[3] como algo absoluto, inflexível, segundo os moldes clássicos, que não atendem aos interesses hodiernos da sociedade, sobretudo quando se leva em consideração que cabe à jurisdição constitucional impor,

---

disposições singulares do direito constitucional escrito.
De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da fidelidade federativa, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e princípio do estado social. Por isso, estão compreendidos no conceito de Lei Fundamental não apenas disposições constantes do texto consti
tucional mas também as regras jurídicas nele formuladas, o preâmbulo da Lei Fundamental, os dispositivos da Constituição Weimar, incorporados expressamente ao texto da Lei Fundamental (art. 140), os princípios gerais inerentes ao sistema adotado e as idéias principais que inspiram o constituinte, ainda que não concretizadas numa determinada disposição ou preceito."(MENDES, Gilmar Ferreira.
Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112-113).

[2] AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19.

[3] De acordo com Montesquieu: "Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se o Poder Executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor". (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 166)

mormente aos demais poderes, irrestrita obediência ao texto constitucional[4].

De qualquer sorte, a reformulação da teoria da separação dos poderes passa por uma mudança ideológica considerável, a partir do comprometimento com a efetivação dos preceitos constitucionais essenciais, a fim de evitar que a norma fundamental tenha um valor meramente declaratório ou simbólico[5].

A jurisdição constitucional tem um papel fundamental no contexto contemporâneo, vez que atua como verdadeira guardiã dos postulados constitucionais, inclusive do princípio da separação dos poderes, permitindo assim um controle recíproco entre os órgãos, conforme os ensinamentos de Kelsen[6]:

> "(...) a expressão "divisão dos poderes" traduz melhor que a separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns com os outros. E isso não apenas para impedir a concentração que seria perigosa para a democracia -, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação deles".

---

[4] Sobre o tema, Canotilho, citando Eisenmann, esclarece que a Teoria Clássica de separação dos poderes foi um mito, já que o próprio Monstequieu estabeleceu a necessidade de ingerência recíproca entre os poderes. A título de exemplo, o autor menciona: "(...) reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto"*. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. 2. reimp. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003, p. 115).

[5] Utiliza-se a concepção de constitucionalização simbólica de Marcelo Neves: "A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata "se-então da "norma primária" e da "norma secundária" (programação condicional) não se concretiza regularmente". (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 49).

[6] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152.

Mesmo após as diversas transformações experimentadas pelo direito constitucional, o núcleo da Constituição permaneceu inabalado, qual seja: "a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem"[7]. Essa, inclusive, tem sido a justificativa encontrada para a existência, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos democráticos, de um procedimento especial para a reforma de normas constitucionais, que comporta condições bem mais difíceis de serem atendidas que as exigidas para a reforma de normas infraconstitucionais, de menor grau hierárquico, garantindo assim uma maior segurança aos preceitos da Lei Fundamental.

A partir da concepção sobre a supremacia da Carta Magna, defende-se a imediata concretude de suas normas, sob pena de gerar uma dicotomia entre os fatos sociais e os preceitos constitucionais, comprometendo, sem sombra de dúvidas, até mesmo, a credibilidade do texto constitucional. Os comandos constitucionais não podem ser vistos como simples declarações de intenções, sem qualquer cunho de obrigatoriedade, ou coercitividade, sob o risco de torná-los inócuos, o que ocasionaria a subversão do ordenamento jurídico e a insegurança jurídico-ética da sociedade.

Sobre a efetivação dos princípios constitucionais, menciona-se também a elucidativa passagem de Kelsen[8], o qual assevera:

> "A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta".

[7] Ibid. p. 130.
[8] KELSEN, op. cit., p. 132.

A jurisdição constitucional colima dar efetividade aos comandos constitucionais, com a pretensão de nivelar a Constituição formal à Constituição material, funcionando como um instrumento indelével de defesa da Constituição, uma vez que objetiva concretizar a carga axiológica agasalhada em seu texto, principalmente a que dá guarida aos direitos fundamentais.

Merece destaque também o fato da jurisdição constitucional se basear na legitimidade das normas constitucionais, emanadas do Poder Constituinte Originário. Convém lembrar que a Constituição é a norma que apresenta maior grau de participação (legitimidade) popular, eis que se origina de complexas conjecturas, de cunho social, político e econômico, razão pela qual não seria crível a existência de norma constitucional ineficaz, nem tampouco óbices legais à eficácia de seu conteúdo, mormente dos direitos fundamentais, sob pena de se configurar a ruína da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito[9].

A afirmação absoluta dos direitos fundamentais foi erigida ao patamar de principal escopo da jurisdição constitucional, por representar os valores consagrados como inalienáveis pelo Poder Constituinte. Nesse toar, a função primordial da jurisdição constitucional é garantir a tutela de direitos aos cidadãos, sobretudo nos casos em que um dispositivo constitucional não é efetivado. O objetivo maior da jurisdição constitucional é densificar a concretização dos direitos fundamentais, núcleo valorativo de maior relevância da Carta Magna[10].

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DO PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS

De acordo com Habermas, o direito subjetivo à participação, corolário da sistemática da soberania popular, deve ser capaz de assegurar a formação democrática da vontade, através da institucionalização da autodeterminação dos cidadãos, com igualdade

[9] AGRA, op. cit., p. 30.
[10] Ibid., p. 31-32.

de chances[11]. Sob essa ótica, apenas a institucionalização jurídica seria capaz de fornecer legitimidade ao processo de normatização.[12]

Segundo a tese autoral, o exercício da autonomia da vontade dos cidadãos perpassa pela problemática entre sociedade e democracia. Exige-se uma maior aproximação entre os personagens sociais, no intuito de proporcionar uma cultura política dissociada da malfadada estrutura de classes[13]. O processo democrático deve assegurar garantias às minorias, ou seja, reservas contra decisões absolutas da maioria. Parte-se da premissa de que a minoria só consente a maioria quando existe a possibilidade de que aquela possa vir a conquistar a maioria no futuro, com base nos melhores argumentos, isto é, podendo modificar a decisão ora tomada[14].

Como forma de garantir a coerência do sistema político-jurídico, as decisões da maioria devem ser limitadas pelos direitos fundamentais das minorias. Dessa forma, os cidadãos, fazendo uso da sua autonomia política, não podem proporcionar colisão com o próprio sistema que constitui essa mesma garantia[15].

Habermas entende que a racionalidade e os valores éticos devem integrar o processo comunicativo, de forma a orientar as perspectivas dos argumentos utilizados nos debates, proporcionando o consenso necessário para a tomada de decisões judiciais, sob a égide da segurança jurídica[16].

A respeito da teoria de Habermas, Walber Agra[17] esclarece:

> "A função das estruturas normativas e dos parâmetros ético-racionais é garantir a realização do consenso, todas as vezes que ele não puder ser

---

[11] HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v., p. 212.

[12] Segundo Habermas: "O conceito de institucionalização refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando". (Ibid., p. 221).

[13] Ibid., p. 218-219.

[14] Ibid., p. 224.

[15] Ibid., p. 224.

[16] AGRA, op. cit., p. 188.

[17] Ibid., p. 191.

> realizado pelo processo comunicativo. O direito, em Habermas, caracteriza-se pelas exigências concomitantes de positivação e fundamentação argumentativas, baseadas em parâmetros éticos morais, no que difere dos procedimentalistas tradicionais, que sustentam poder ser a legitimidade obtida apenas pelo procedimento, destituída de qualquer tipo de conteúdo material".

Consoante Habermas, o Tribunal Constitucional, com o fito de concretizar valores, não deve ter ingerência sobre os demais tribunais, sob pena de agir como uma corte autoritária, que desestimula movimentos de interação entre o indivíduo e o Estado, transformando os juízes e as leis nas únicas esperanças dos cidadãos. Propõe-se que a jurisdição constitucional deva ficar limitada à tarefa de compreensão procedimental do texto constitucional, com o objetivo de proteger o processo de criação democrática de Direito, relegando os valores substanciais. O Tribunal Constitucional deve zelar pelo fornecimento ao cidadão de amplas condições para solucionar os seus próprios problemas[18].

Como bem retrata Streck[19], a teoria procedimentalista de Habermas propõe:

> "um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos".

[18] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158-160.
[19] Ibid., p. 158 – 159.

Os direitos fundamentais da justiça[20] possuem uma posição de destaque no processo normativo-comunicativo. São considerados verdadeiros embriões dos demais princípios, motivo pelo qual a sua aplicação assegura um alto grau de aceitabilidade racional das decisões, bem como segurança ao direito.

Para Habermas, o procedimento deve se desenvolver através de atos jurídicos que colimam prestigiar o melhor argumento, do ponto de vista do consenso popular consciente e auto-responsável, tendo sempre em mira, também, os preceitos morais pertinentes ao caso. A força do melhor argumento deve ser reconhecida como preferível, desde que consentânea com a moralidade. Percebe-se, claramente, que a moral detém forte influência sobre o direito em Habermas, inclusive com condição de até mesmo legitimá-lo[21].

A jurisdição constitucional é baseada em argumentos racionais que prestigiam valores ético-jurídicos, mensurados a partir dos debates travados na intimidade do espaço público[22]. A autonomia privada é muito relevante para o ordenamento jurídico em Habermas, a ponto de ser considerada requisito essencial para a efetiva, e independente, participação do indivíduo no processo de formação do discurso racional.

A própria positividade do direito pressupõe que o processo democrático seja baseado no consenso racional das normas, vez que, sob esta vertente, o direito positivo representa a vontade legítima dos cidadãos politicamente autônomos[23].

---

[20] Percebe-se que, ao tratar de direitos fundamentais da justiça, Habermas faz referência aos princípios consentâneos ao Estado de Direito, relacionados ao procedimento, sobretudo os concernentes à autonomia privada; parte-se do pressuposto de que os indivíduos possuem legitimidade para autodeterminação, através da participação consciente e igualitária no processo de decisão. (HABERMAS, op. cit., p. 216).

[21] AGRA, op. cit., p. 191.

[22] Tratando sobre o espaço público em Habermas, Walber Agra define: "O agir comunicativo servindo-se da autonomia das vontades e do regime democrático constitui-se na força propulsora do espaço público. O espaço público é o elo de ligação entre a política e o Direito, onde os cidadãos respaldariam o melhor argumento para que este pudesse alicerçar a decisão." (Ibid., p. 192)

[23] HABERMAS, op. cit., p. 54.

A teoria procedimentalista de Habermas não defende, de forma peremptória, a prevalência da forma sobre o conteúdo, até mesmo porque são levados em consideração valores ético-jurídicos quando da realização do discurso racional. Em verdade, advoga que os procedimentos jurídicos sejam a única garantia de realização dos pressupostos necessários para o pleno funcionamento do espaço público.

3.1. O PAPEL DO ESPAÇO PÚBLICO

Para Habermas, o espaço público é um elemento fundamental de legitimidade da jurisdição constitucional, que proporciona o esclarecimento e a discussão das questões importantes para o cenário judicial, sobretudo através da razão comunicativa e da autonomia privada, garantindo assim que a decisão judicial corresponda sempre ao melhor argumento. Parte-se da premissa de que a autonomia privada assegura igualdade de condições a todos os indivíduos, a ponto de torná-los partícipes do processo comunicativo e, portanto, da elaboração das decisões.

Prega-se uma igualdade comunicativa no processo discursivo travado no espaço público, de modo que os membros da sociedade possam, juntos, construir as decisões judiciais, assegurando que o melhor argumento, ou seja, aquele que tenha um maior grau de consenso popular, seja sempre prestigiado[24].

Nessa linha, o espaço público atua como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional, agindo como uma espécie de caixa de ressonância da sociedade, no ímpeto de atuar em prol dos interesses conscientes da maioria, motivo pelo qual deve manter uma meticulosa simetria com o Poder Judiciário.

O procedimento democrático, inserto no espaço público, é visto como o verdadeiro limite para as deliberações da maioria, já que permite a participação de todos os cidadãos no processo de procura pelo argumento mais robusto, em igualdade de chances, tendo em vista a necessidade de que tal desiderato corresponda ao consenso

[24] AGRA, op. cit., p. 188.

comunitário. Reconhece-se a relevância do procedimento democrático para a jurisdição constitucional, sobretudo porque esta atua, inclusive, como instrumento legítimo de integração social, vez que intervém em vários seguimentos da sociedade[25].

Habermas defende a racionalização do procedimento construído no espaço público, através do sopesamento das questões levantadas e dos princípios ético-racionais que respaldam o melhor argumento do ponto de vista social. Não se admite decisões arbitrárias, imprevisíveis, alheias ao processo democrático de construção. Pugna-se pela coerência do ordenamento jurídico, de maneira que todos possam presumir, a partir do desenrolar do processo discursivo, o teor da decisão judicial vindoura.

Uma ampliação da jurisdição constitucional só seria legítima se colimasse garantir os direitos fundamentais típicos da autonomia privada, que fundamentam o procedimento democrático desenvolvido no espaço público. A jurisdição constitucional não teria aptidão para garantir os demais direitos fundamentais, mormente em virtude da impossibilidade de se alcançar o consenso necessário no espaço público, que lhe daria a almejada legitimidade, tendo em vista os diversos interesses sociais que seriam postos em discussão[26].

Merece destaque também o entendimento de Marcelo Cattoni[27] sobre a legitimidade das decisões judiciais, arrimado na concepção procedimentalista:

> "O que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão

[25] Ibid., p. 188.
[26] HABERMAS, op. cit., p. 346-347.
[27] 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: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.).
Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 49.

> judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados".

O processo democrático de Habermas, pela necessidade de consenso e participação popular, guarda uma relação muito íntima com o princípio maioritário, o qual exige a aplicabilidade dos princípios da igualdade democrática, da liberdade e da autodeterminação, eis que o ordenamento jurídico deve corresponder às pretensões da maioria. Todavia, a prevalência do consenso maioritário não significa o absolutismo da maioria ou até mesmo o seu domínio. Como preleciona Canotilho[28], "O *direito da maioria* é sempre um *direito de concorrência* com o *direito das minorias* com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maioria".

Consoante Habermas, as teses substancialistas não são aptas para concretizar a essência do texto constitucional, mormente porque não se pode ignorar o pluralismo político, econômico, social, cultural e religioso que integram a sociedade contemporânea; onde há, inclusive, ampla fragmentação de classes sociais, que impedem a formulação de um consenso a respeito do conteúdo a ser albergado pelas decisões judiciais, condição *sine qua non* para legitimidade e validade em Habermas.

3.2. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA HABERMASIANA PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A teoria de Habermas tem uma importância muito grande para a jurisdição constitucional, principalmente no tocante à discussão em torno da sua legitimidade, vez que o seu procedimento estabelece uma interação fundamental entre a vontade popular e o agir comunicativo, emanada no espaço público. Ou seja, defende-se a plena participação popular nas definições das políticas públicas. Rechaça-se a possibilidade

[28] CANOTILHO, op. cit., p. 329.

do direito substituir, a partir do momento em que desempenha atividades atípicas, a política.

Percebe-se que a sua teoria prima pela prevalência da autonomia privada, participativa e racional, ciente dos seus deveres e poderes no cenário nacional, no intuito de obter a resposta que corresponda ao melhor argumento, entendido como aquele advindo do consenso social.

Pretende-se estabelecer uma coerência ético-racional e democrática no sistema jurídico, respaldada no procedimento comunicativo que possibilita a igualdade de chances de participação dos membros da comunidade, em homenagem aos princípios democráticos da autodeterminação e do consenso maioritário.

Malgrado prestigiar o procedimento como forma de garantir decisões legítimas e justas, Habermas não deixa de reconhecer a importância dos direitos fundamentais para a Constituição, bem como para o processo discursivo que precede a decisão judicial. Entretanto, colimando obstaculizar abusos e arbítrios, prega a prevalência dos princípios fundamentais relacionados apenas à autonomia privada, vez que prestigia a força legitimadora do consenso social; o que, no seu entender, não seria alcançado com os demais direitos fundamentais, mormente em virtude do pluralismo que integra a sociedade contemporânea.

Destaca-se também a menção feita ao espaço público, como sendo o local propício ao debate popular sobre os interesses da sociedade, durante o processo comunicativo. Doutrinariamente, Habermas, de certa forma, restabelece os postulados embrionários da democracia participativa no processo de construção da decisão.

Merece também destaque a preocupação com a tirania da maioria. Segundo o referido autor, processo justo seria apenas aquele que possibilitasse igualdade de condições entre os partícipes do processo comunicativo, evitando decisões imprevisíveis, bem como arbitrárias, arrimadas em consensos minoritários ou circunstanciais.

Doutra forma, a partir da concepção de que as decisões seriam construídas diante da participação da sociedade, através da autonomia privada, acaba-se com a necessidade de seguir um padrão fixo de conteúdo, o que possibilitaria uma adaptação mais ágil e consentânea

ao dinamismo da sociedade contemporânea, responsável pela reformulação diuturna das expectativas sociais[29].

4. CRÍTICAS À TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS

Apesar da relevância da teoria habermasiana, a doutrina majoritária faz sérias críticas à sua construção procedimentalista da jurisdição constitucional. Dessa forma, passa-se a criticar, de forma objetiva, os principais aspectos levantados por Habermas sobre a jurisdição constitucional, levando-se em consideração as características peculiares aos países periféricos.

4.1. O ESPAÇO PÚBLICO EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Segundo Habermas[30], as decisões judiciais só se legitimam através de uma normatização politicamente autônoma e racional, que permita às partes uma correta compreensão da ordem jurídica, sobretudo a partir da concepção de que, além de destinatárias, são verdadeiras protagonistas do processo de criação do direito. Advoga-se a co-responsabilidade de todos os cidadãos pelo exercício e concretização dos direitos, inclusive dos fundamentais.

Todavia, deprende-se que a teoria de Habermas deixou de levar em consideração as características imanentes aos países periféricos, sobretudo as concernentes ao esgarçamento do tecido político, econômico e social. Como se poderia legitimar a jurisdição constitucional através da malferida autonomia privada dos países periféricos? A título de reflexão, menciona-se o nosso pleito eleitoral, que evidencia, sem espaços para incertezas, a prevalência econômica em detrimento da ideologia política.

Falar em legitimidade da jurisdição constitucional através da participação popular, em países periféricos, sabidamente destituídos do proclamado mínimo existencial, seria o mesmo que pretender "tirar

[29] AGRA, op. cit., p. 128-229.
[30] HABERMAS, op. cit., p. 157.

leite de pedra". Não há igualdade de chances, nem tampouco consenso real, onde, para significativa parcela da população, não existe educação, habitação, emprego, saúde, estudo, etc. O consenso alcançado, com toda certeza, seria aquele almejado pela classe economicamente dominante, porque não há autodeterminação em uma sociedade de excluídos.

Alavancar a autonomia privada nos países periféricos ao patamar de legitimadora da jurisdição constitucional, através dos debates proporcionados no suposto espaço público, além de proporcionar uma expectativa social fantasiosa, também engendraria atos preparatórios para uma "tirania da maioria". Isto porque em países periféricos, compostos por números alarmantes de indigentes, onde a cidadania ainda é uma ficção sociojurídica, o espaço público serviria apenas às aspirações da classe prestigiada.

Como bem preleciona Canotilho[31]:

> "Mais modernamente, o *procedimento justo* tende a densificar-se como *procedimento comunicativamente* (ou informativamente) *justo,* que obrigará, por exemplo, à criação de comunicações pré-procedimentais como consultas ou fases preliminares do procedimento a instâncias de parte, institucionalização de 'mesas redondas' sob a forma de conferência de interessados, cooperação informal através de avisos, informações, esclarecimentos, criação de mediadores privados entre a administração e os interessados".

Todavia, não se pode denegar a constatação de que as sociedades modernas têm como característica imanente o pluralismo, que impossibilita a existência de um discurso racional que proporcione um consenso amplo sobre as questões essenciais do texto constitucional[32].

---

[31] CANOTILHO, op. cit., p. 514.

[32] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada – España: Comares, 2005, p. 63-67.

Devem-se levar em consideração as peculiaridades experimentadas pelos países periféricos, sob pena de legitimar, teoricamente, a "tirania da maioria"; apesar de não ser esta a pretensão da teoria em comento. Tratar igualmente os desiguais, fomentando ainda mais a desigualdade, representaria uma involução sem precedentes para o direito constitucional.

4.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS

Em uma sociedade pós-moderna, complexa por sua natureza, a jurisdição constitucional atua como instrumento de concretização dos princípios materiais do regime democrático, sobretudo dos direitos fundamentais, que representam a carga valorativa assumida pelo Poder Constituinte. A partir do Estado Democrático de Direito, o antigo dogma da igualdade formal perde espaço para o compromisso de materialização dos preceitos constitucionais, sob pena de malversação da jurisdição constitucional.

Partindo-se da premissa de pluralidade, bem como da desigualdade social, cultural e econômica presentes em nossa sociedade pós-moderna, sobretudo em países periféricos, a jurisdição constitucional desenvolve um papel imprescindível para a esfera de direitos das minorias. Em uma sociedade pluralista como a contemporânea, como já advertiu Luhmann, "um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas"[33].

Apesar do princípio da maioria representar uma das vértebras da coluna do regime democrático, devem-se viabilizar mecanismos de controle, aptos a obstaculizar qualquer tipo de absolutismo, que pretenda fulminar direitos fundamentais da minoria, sabidamente protegidos pela Lei Fundamental.

É sobre esse cenário que se sobressai a jurisdição constitucional, a partir do compromisso de assegurar a concretização dos comandos constitucionais, mesmo daqueles pertinentes aos direitos fundamentais

[33] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político.* Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 37.

das minorias, mesmo quando flagrantemente contrapostos aos interesses da maioria. Como bem arremata Walber Agra: "As minorias devem acatar as decisões políticas tomadas pela maioria, desde que não atinjam os direitos considerados essenciais pela Constituição"[34].

Consoante Habermas, apenas os direitos fundamentais relativos à autonomia privada deveriam ser prestigiados pelo ordenamento jurídico, a fim de que os indivíduos pudessem participar efetivamente do processo de construção da decisão, em paridade de oportunidades, prestigiando o melhor argumento. Entretanto, como já mencionado, tal pretensão não encontra amparo prático nos países subdesenvolvidos, sobretudo diante da desigualdade socioeconômica. Qualquer pressuposição de igualdade de participação nos debates travados no espaço público em países periféricos, em verdade, legitimaria, através de um discurso inocente, o pleno domínio da maioria, fulminando, inclusive, os direitos fundamentais das minorias, previstos no texto constitucional.

A partir da teoria procedimentalista de Habermas, que relega para um segundo plano o conteúdo essencial da norma fundamental, a jurisdição constitucional deixaria de ter o compromisso de concretizar os postulados previstos pelo Poder Constituinte Originário, verdadeiro legitimador de sua atuação, para permitir a supremacia do Poder Ordinário, detentor de menor grau de legitimador. Os valores consagrados pelo Poder Constituinte Originário, reconhecidamente objeto de maior participação popular, seriam superados pelos valores do Poder Ordinário, muitas vezes manipulados pela maioria, mormente em países periféricos.

Como bem preleciona Canotilho[35]:

> "A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a idéia de direito, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico. Consequentemente, a constituição não representa uma simples

[34] AGRA, op. cit., p. 36.
[35] CANOTILHO, op. cit., p. 1439.

> positivação do poder. É também a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade. Quando uma lei constitucional logra obter validade como ordem justa e aceitação, por parte da colectividade, da sua bondade 'intrínseca', diz-se que uma constituição tem legitimidade".

A jurisdição constitucional é um instrumento muito valioso de controle do Estado Democrático de Direito nos países subdesenvolvidos, capaz de rechaçar possíveis tiranias da maioria. Ignorar os comandos axiológicos do texto constitucional seria o mesmo que legitimar a tirania da maioria.

Enquanto o mundo contemporâneo discute sobre mínimo existencial, proibição de retrocesso social e concretização de direitos fundamentais sociais, a construção teórica de Habermas relega para um segundo plano tal debate, esquecendo-se do esgarçamento social, político e econômico experimentado pelos países periféricos. Enquanto o mundo contemporâneo busca, através da jurisdição constitucional, densificar a força normativa dos dispositivos constitucionais, o procedimentalismo de Habermas pretende reduzir a esfera de atuação da jurisdição constitucional[36].

5. CONCLUSÃO

Hodiernamente, a jurisdição constitucional tem como função precípua estabilizar as relações sociais, a partir da concretização dos preceitos constitucionais, em respeito à legitimidade auferida através do Poder Constituinte Originário. A partir disso, reconhece-se a supremacia *Lex Matter*, e a imediata aplicabilidade dos seus preceitos, sobretudo dos direitos fundamentais.

Não se pensa mais na teoria da separação dos poderes como algo estanque, inflexível, estranho à realidade social, consoante a concepção clássica. Diante de uma mudança ideológica, entende-se que a jurisdição

[36] AGRA, op. cit., p. 230.

constitucional tem verdadeiro compromisso com a efetividade dos postulados constitucionais. Não se admite que as normas constitucionais sejam meramente simbólicas ou declaratórias, sem nenhum mecanismo de exigibilidade imediata. Os direitos fundamentais passaram a ocupar um papel importante na jurisdição constitucional, vez que representam valores consagrados como inalienáveis pelo Poder Constituinte Originário.

De acordo com a teoria de Habermas, o direito não pode ingerir na política, nem tampouco resolver todos os problemas do Estado. Ao contrário, deve assegurar o direito subjetivo à participação dos indivíduos, corolário da sistemática da soberania popular, através da institucionalização da autodeterminação dos cidadãos, com igualdade de chances, contribuindo assim para a formação democrática da vontade no espaço público. Apenas os direitos fundamentais relativos à autonomia privada ganham destaque em Habermas, tendo em vista que os demais, no seu sentir, não seriam capazes de obter o grau de consenso necessário para a tomada de decisões judiciais, mormente em virtude do pluralismo contemporâneo, o que proporcionaria a prática de abusos e arbítrios.

Na teoria habermasiana, o espaço público é um elemento fundamental de legitimidade da jurisdição constitucional, que proporciona o esclarecimento e a discussão das questões importantes para o cenário judicial, sobretudo através da razão comunicativa e da autonomia privada, garantindo assim que a decisão judicial corresponda sempre ao melhor argumento.

Consoante Habermas, a jurisdição constitucional deva ficar limitada à tarefa de compreensão procedimental do texto constitucional, com o objetivo de proteger o processo de criação democrática de Direito; a fim de prestigiar o melhor argumento, do ponto de vista do consenso popular consciente e auto-responsável, relegando os valores substanciais.

A teoria de Habermas tem uma importância muito grande para a jurisdição constitucional, sobretudo no tocante à discussão em torno da sua legitimidade, vez que o seu procedimento estabelece uma interação fundamental entre a vontade popular e o agir comunicativo, emanada no espaço público, a partir do prestígio da autonomia privada. Todavia, tem como pressuposto necessário para a sua viabilização a igualdade de chances de participação dos membros da comunidade,

em homenagem aos princípios democráticos da autodeterminação e do consenso majoritário.

Depreende-se que a teoria de Habermas deixou de levar em consideração as características imanentes aos países periféricos, sobretudo as concernentes ao esgarçamento do tecido político, econômico e social. Como se poderia legitimar a jurisdição constitucional através da malferida autonomia privada dos países periféricos?

Não há igualdade de chances, nem tampouco consenso real, onde, para significativa parcela da população, não existem, nem mesmo, educação, habitação, emprego, saúde, estudo, etc. Essa linha de raciocínio, além de proporcionar uma expectativa social fantasiosa, também engendraria atos preparatórios para uma verdadeira "tirania da maioria".

Em uma sociedade periférica, complexa e desigual por natureza, a jurisdição constitucional é um instrumento imprescindível para a concretização dos princípios materiais do regime democrático, sobretudo dos direitos fundamentais, que representam a carga valorativa assumida pelo Poder Constituinte.

A jurisdição constitucional deve assegurar a concretização dos comandos constitucionais, mesmo daqueles pertinentes aos direitos fundamentais das minorias, até mesmo quando flagrantemente contrapostos aos interesses da maioria.

Qualquer pressuposição de igualdade de participação nos debates travados no espaço público em países periféricos, em verdade, legitimaria, através de um discurso inocente, o pleno domínio da maioria; fulminando, inclusive, os direitos fundamentais das minorias. A jurisdição constitucional deixaria de ter o compromisso de concretizar os postulados previstos pelo Poder Constituinte Originário, verdadeiro legitimador de sua atuação, para permitir a supremacia do Poder Ordinário, detentor de menor grau de legitimidade.

Perorando, reconhece-se a importância da teoria procedimentalista de Habermas para a jurisdição constitucional, sobretudo por levantar a questão da democracia participativa, pretendendo transferir para os indivíduos, diante da autodeterminação da autonomia privada, a responsabilidade pelo conteúdo das decisões judiciais. Todavia, conclui-

se que os países periféricos não apresentam as condições necessárias para a viabilização da teoria procedimentalista de Habermas, sobretudo diante do esgarçamento social, político e econômico experimentado por esses países.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal : densificação da jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro : Forense, 2005.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia.* Tradução José Antônio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada – España: Comares, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. 2. reimp. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 1 v.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político.* Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* Coleção a obra-prima de cada autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

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: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 47 - 78.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.