

5. Uma aplicação da teoria: à guisa de conclusão

O longo caminho histórico e teórico que se percorreu até aqui pretendeu demonstrar como a evolução do direito contemporâneo, tanto do ponto-de-vista de sua mudança sócio-política, quanto de sua mudança teórico-metodológica, desembocando na teoria pós-positivista e neoconstitucionalista, criou as bases para um novo foco de enfraquecimento das dinâmicas democráticas que têm lugar nos contextos de reprodução simbólica da esfera pública (e da privada) do mundo-da-vida. A distinção entre evolução histórica (sócio-política) e evolução teórica é, obviamente, de mero valor analítico. Teoria e contexto histórico se misturam e implicam mutuamente e dependem um do outro para ganhar consolidação no tempo e no espaço, como vimos com referência à epistemologia pós-empirista¹.

O neoconstitucionalismo pós-positivista, especificamente no Brasil, se mistura diretamente com o já longo predomínio da comunidade dos juristas na história político-social. O único dado novo, talvez, seja que, ao invés de uma adaptação dos juristas ao exercício do poder estatal diretamente pela via da política, o pós-positivismo permitiu que o jurista, na sua formação técnica, domine – ou, de qualquer modo, possa dominar – esta política, concentrando-a na sua comunidade fechada de intérpretes da constituição (simbólica). O jurista deixa de ser o manancial predominante de funcionários da administração pública e de membros do poder legislativo, para passar, na qualidade de jurista, a (poder) dominar o próprio exercício da administração e da legislação; agora que a jurisdição representa a sempre potencial última palavra no exercício do poder².

¹ Cf., por todos, Bohman (1993) e Vattimo (2001); demais do capítulo 2, acima.

² É ilustrativo deste novo domínio dos juristas um trabalho que escreveu um atual ministro do Supremo Tribunal Federal, embora na qualidade de professor e pesquisador do direito constitucional. O título do trabalho é “Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas”. O potencial ilustrativo está menos no texto em si – que previsivelmente defende o predomínio da constituição sobre a legislação e a “subsidiariedade da atividade legislativa”. O que faz tal trabalho tão metonimicamente adequado para o que aqui vimos dizendo é o seu apêndice: um roteiro de perguntas de precaução que o “legislador” deve previamente responder para ter (alguma) segurança acerca da um posterior reconhecimento da constitucionalidade de sua lei pelo poder judiciário. Além de incluir perguntas estapafúrdias para um processo político democrático plural, ao desviarem-no do objeto do processo legislativo para considerações “técnicas” do sistema jurídico (“A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados?”), o questionário não garante a constitucionalidade da lei. Afinal, sempre poderá haver um princípio constitucional implícito não previsto no questionário... O artigo em questão é de Gilmar Ferreira Mendes (1999b).

Este tipo de constatação, apesar de relativamente novo no Brasil, é secular nos EUA. Acostumados com o *judicial review* desde o século XIX, os norte-americanos já viram muitas decisões para todos os lados, invalidando partes relevantes do seu direito legislado, quer na forma de normas gerais e abstratas, que na de atos administrativos que trouxessem grandes políticas públicas – no nível federal ou estadual. Além disso, a formação jurídica da *common law* lá vigente favorece a que o foco do direito – ainda que sob uma constituição escrita juridicamente suprema que a Inglaterra nunca conheceu – seja posto no trabalho da jurisdição. Não à toa, Stephen Griffin (1996) escreveu uma obra inteiramente dedicada a demonstrar que o constitucionalismo americano não se podia resumir às decisões dos tribunais sobre matéria constitucional, mas envolvia um processo político de grande desenvoltura – calcado na “política constitucional” – da qual mesmo a Suprema Corte era apenas um dos ingredientes.

Ainda assim, no entanto, a ênfase posta na jurisdição constitucional nos EUA (cf. WALDRON, 2006) transforma aquele país num grande modelo que o pós-positivismo neoconstitucionalista quer fazer seguir por países sem esta tradição de protagonismo judiciário em qualquer esfera do direito – privado ou público. E, de fato, nada obstante os convincentes argumentos de Griffin, muito da teoria constitucional americana ainda se faz sobre os termos das decisões da Suprema Corte.

Na Alemanha (cf. CRUZ, 2005) ou na Itália, a ascensão do prestígio do tribunal constitucional foi rápida e aparentemente irrefreável, como já mencionado. No Brasil, entretanto, dado que a nossa última constituição data ainda de 1988, o fenômeno é recente. Nem por isso desconsiderável. Cada vez mais desde que recebeu amplos poderes em 1988 – e os interpretou ainda para ampliá-los – o Supremo Tribunal Federal vem assumindo o protagonismo que a teoria pós-positivista e neoconstitucionalista dele espera. Também os tribunais e juízes pelo país afora, autorizados a controlar a constitucionalidade difusamente, parecem utilizar cada vez mais este poder, ainda que seja só para dar interpretação heterodoxa de dispositivos legais ou para aplicar diretamente a constituição – inclusive nas relações privadas.

O fato de que no Brasil os processos judiciais, mesmo no Supremo Tribunal Federal, sejam predominantemente reconhecidos por um número de registro – e não pelo nome das partes como nos EUA – talvez dificulte a retenção simbólica dos casos mais importantes julgados pelo nosso poder judiciário. Por outro lado, embora sob este aspecto qualitativo poucos julgados do Supremo Tribunal Federal se estendam no imaginário social como *leading cases* – nos moldes, digamos de um *Brown v. Board of Education* na sociedade norte-americana – o aspecto quantitativo de ações propostas não deixa de impactar: desde que pularam de 11 em 1988 para 159 em 1989, parece haver até 1998 um patamar constante da ordem de 200 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) distribuídas *por ano* perante o Supremo Tribunal Federal (cf. WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 52) – que não esgotam, contudo, os processos objetivos de controle de constitucionalidade, haja vista, por exemplo, desde 1999, a presença da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Note-se, ademais, ainda no aspecto quantitativo, que esta tendência de crescimento das ADIs parece ter-se acelerado desde então: dez anos depois, já há mais de 4000 ADIs distribuídas³.

Com todas as dificuldades de falta de tradição e simbolização dos grandes casos do Supremo Tribunal Federal, ainda assim, ao menos a comunidade jurídica brasileira vem cada vez mais estudando e prestando atenção às decisões do nosso tribunal mais elevado. Vários casos rumorosos e plenos de conseqüências políticas já foram julgados nestes 20 anos e, como eles, muitas decisões políticas importantes foram forçadas ou invalidadas pela atuação do Supremo Tribunal Federal – e de tribunais inferiores.

Não é nosso escopo, nem caberia no presente trabalho uma análise minuciosa de vários julgados em que houve possível judicialização da política⁴. Tampouco traria qualquer contribuição relevante uma amostragem numerosa destes casos. No entanto, um caso especialmente importante e adequado parece servir, não para empiricamente provar, mas para metonimicamente confirmar a

³ Pesquisa feita no sítio do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br).

⁴ Cf., para isso, principalmente, Werneck Vianna et al., 1999. Também Streck (2006b, *passim*) procura defender a atuação política do poder judiciário citando vários processos, especialmente os em que tal atuação fora criticada.

correção e o potencial de diagnóstico, global e particular, passado e futuro, do esquema teórico-conceitual defendido no presente trabalho.

5.1.

Um caso paradigmático: a Lei n.º 11.105 de 24.03.2005

A Lei n.º 11.105 de 24.03.2005 foi um dispositivo legal de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Criada para regulamentar uma ampla gama de situações jurídicas relativas à bioética⁵ – não somente com relação a pesquisas envolvendo matéria viva de seres humanos –, esta lei acabou alcunhada “Lei de Biossegurança”. Teve ela origem na presidência da república, através da Mensagem n.º 579, de 03.10.2003 que encaminhou o projeto de lei que iniciou o seu processo legislativo (cf. BARROSO, 2006c, p. 30). Depois de quase dois anos de tramitação, que envolveram a aprovação de mais de um substitutivo, acabou prevalecendo, na volta à Câmara dos Deputados, o substitutivo do Senado que retomou o projeto inicial em que figurava o artigo que mais nos importa aqui (art. 5º).

Assim, no dia 24 de março de 2005 foi promulgada a lei em questão, depois de aprovada duas vezes na Câmara e uma no Senado. Dentre os 37 artigos com os quais acabou promulgada, um deles, o art. 5º, previa a autorização legal para a pesquisa com células-tronco embrionárias e os requisitos para tais pesquisas, que incluíam a doação dos donos do embrião respectivo, a sua inviabilidade ou não-aproveitamento para inseminação artificial bem como aprovação da pesquisa por comitês de ética científica. A redação específica do dispositivo ou as suas particularidades importam pouco aqui e servem só para compor o quadro do ato que torna tal lei o melhor estudo de caso do funcionamento da tecnocracia jurídica até agora disponível no Brasil.

⁵ Como faz notar sua igualmente ampla ementa:

“Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.”

Pois bem, no ato que aqui mais interessa, no dia 31 de maio de 2005, pouco mais de dois meses depois de promulgada a lei em questão, depois de tramitação legislativa de quase dois anos, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fontelles, utilizando-se da legitimidade ativa de que dispõe pelo art. 103, VI da Constituição Federal de 05.10.1988, fez distribuir uma ADI – que recebeu o n.º 3.510 – impugnando precisamente este art. 5º da Lei n.º 11.105/2005, ao argumento jurídico que tal lei violaria o direito à vida (art. 5º, cabeça) e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ambos expressos na Constituição Federal de 05.10.1988⁶. Por baixo deste argumento jurídico, estava uma pretensão (pressuposta) de verdade científica – depois reafirmada em parecer pela Procuradoria-Geral, pelo próprio subscritor da petição inicial (cf. FONTELLES, 2006) –: a de que a vida humana começa desde a fecundação e a partir daí deveria ser considerada para fins de significado jurídico do direito à vida.

De novo, o exame específico do argumento jurídico – e mesmo da verdade da afirmação do início da vida a partir da fecundação – não importa aqui. Até porque, o mérito da ação ainda não foi julgado – isto sim, vai interessar mais adiante para o argumento aqui expendido. O que importa é, na verdade, uma circunstância anterior a esta propositura de ADI, que será agora elucidado.

O estudo do processo legislativo, de uma perspectiva sócio-política, é escasso no Brasil. Isso, todavia, é ainda mais válido para o processo judicial, muito estudado sob o prisma jurídico normativo, mas pouquíssimo visto sob o prisma sócio-empírico. Em todo caso, com base nos precedentes históricos de ilegitimidade, autoritarismo e patrimonialismo no exercício da coisa pública no Brasil, aliadas às evidências de falta de autonomia e atividade cívico-democrática⁷, normalmente se assume que o grosso do processo legislativo brasileiro, especialmente em questões de grande transcendência política, se dê,

⁶ A bem da sinceridade, o exemplo seria ainda mais perfeito se o parâmetro de controle da constitucionalidade da referida lei fosse algum princípio “implícito” na constituição. Mas isso não chega a fazer perder o interesse neste estudo de caso.

⁷ Cf. cap. 2, acima.

principalmente, segundo uma lógica interesseira e fisiológica, que, na melhor das hipóteses, barganha em torno de interesses minimamente públicos e legítimos⁸.

Nada obstante, em alguns casos legislativos brasileiros – talvez não muito numerosos, certo – este modelo pessimista-realista não se aplica. O caso da Lei de Biossegurança parece ser um deles. Como Luís Roberto Barroso (2006c, p. 30-31) fez notar na petição de habilitação como interessado (*amicus curiae*) representando uma associação, o trâmite do que viria a ser a Lei 11.105/2005 foi, se é que alguma lei pode ser assim chamada, exemplar.

Nos quase dois anos de tramitação do projeto, substituído mais de uma vez, emendado outras tantas, houve sua avaliação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados para apreciá-lo especificamente, houve consulta pública no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, houve parecer de várias comissões e entidades da sociedade civil, houve aprovação por diversas comissões temáticas permanentes, houve diversas audiências públicas com a oitiva de diversas pessoas, muitas dos quais especialistas de reconhecida posição central nos círculos acadêmicos especializados. Houve, por fim, diversas manifestações em plenário, no Senado e na Câmara quando da discussão e votação do projeto. Ao final, foi ele aprovado no Senado pela expressiva maioria de 53 votos a 2 e por 307 a 78 (com uma abstenção) na Câmara dos Deputados. E o Presidente da República sancionou a maior parte do projeto com um veto menor a questões que não estão aqui no foco.

Pois bem. Eis que, quando a comunidade científica, em sua maioria, comemorava a aprovação da lei, dois meses depois da sua promulgação, repetindo, sob roupagem jurídica, argumentos já ventilados no processo legislativo, o Procurador-Geral da República, reconhecidamente um católico praticante (cf. FONTELLES, 2006, p. 17) – embora negue que isto tenha fundamentado a causa de pedir da ADI que tentou –, ajuíza perante o Supremo Tribunal Federal a mencionada ADI n.º 3.510 e pede que o Supremo Tribunal Federal nulifique a dita lei.

⁸ Casos, portanto, “não-centrais” ou “não-nucleares” de potenciais controles de constitucionalidade, no dizer de Waldron (2006). Este é, como vimos, um pressuposto explícito do pós-positivismo neoconstitucionalista brasileiro e sua virada ao judiciário. Cf. cap. 3.3.

Embora restasse pouca dúvida sobre a exemplaridade democrática do processo de aprovação da lei sob comento – o que a própria dissidência na Câmara dos Deputados, onde há notoriamente uma bancada cristã relativamente grande e atuante, faz ainda mais legitimar –; embora houvesse pouca dúvida a este respeito, o Supremo Tribunal Federal não só reconheceu o interesse de agir na mencionada ADI, mas também, seguindo requerimento preliminar do próprio autor da ação, determinou a realização de audiência pública – efetivamente realizada no dia 20 de abril de 2007 – para discutir os pressupostos científicos envolvidos na pesquisa de células-tronco embrionárias. Muitos dos presentes naquela audiência, inclusive, já haviam sido ouvidos em uma das várias realizadas no âmbito do Congresso Nacional. Também várias – talvez todas – das entidades que acabaram admitidas como interessadas (*amici curiae*) na dita ADI tiveram oportunidade de se manifestar perante o poder legislativo, seja através dos pareceres enviados via Ministério de Ciência e Tecnologia, seja diretamente nas audiências públicas ou no encontro direto com os representantes por eles eleitos.

E, no entanto, nada obstante, lá estavam todos, de novo, repetindo dois ou três anos depois o que já haviam dito, só que agora em linguagem técnico-jurídica, e com o concurso de juristas – neste caso, advogados – que o veiculassem em prol de seus valores éticos, das normas morais que acreditavam corretas e dos interesses pragmáticos que legitimamente defendiam.

É difícil deixar de concluir que o processo legislativo acabou em grande parte repetido perante o Supremo Tribunal Federal, durante período de tempo ainda maior e, na prática, ainda indefinido⁹; todavia com algumas diferenças dignas de nota: (i) a repetição do processo se deu em dinâmica mais lenta, com substituição de muitos dos debates atuais por trocas de argumentos escritos em petições jurídicas, concebidas, ao menos em parte, em linguagem técnico-funcional; (ii) por causa desta dinâmica mais lenta do processo judicial, desenhada para resolver lides, não para gerar normas gerais, ou, de qualquer maneira, para avaliá-las em abstrato, a já estranha produção de provas e argumentos extrajurídicos ficou confinada a um ato processual – a dita audiência pública –

⁹ Já que o julgamento final foi interrompido em 05 de março de 2008, depois do voto do relator, por um pedido de vista do Min. Menezes Direito, que, a rigor, conta com um prazo impróprio para apresentar seu voto-vista, a esta altura já não-cumprido.

contra várias no Congresso Nacional; (iii) menos membros da sociedade civil, especialmente aqueles com menos recursos para sustentar as despesas de contratação de advogados e preparação do processo, puderam ter alguma espécie de participação neste processo; (iv) mesmo para aqueles que participaram, tudo o que puderam fazer foi tentar convencer os ministros que julgarão a ADI da correção *jurídica* – ao menos em primeiro lugar – de seus argumentos; afinal, a autoridade legitimatória e funcional que tais participantes têm sobre os ministros é tendente a zero, haja vista que não são estes eleitos ou dependentes de apoio político, em princípio; (v) por fim, enquanto o processo legislativo chegaria ao final, caso ainda persistente o desacordo em torno da verdade, da correção e do valor do projeto de lei e de suas premissas, a pelo menos *duas* votações – neste caso, *três* –, envolvendo ao todo *mais de 400 parlamentares* de diferentes origens e formações, todos investidos em sua autoridade pela eleição popular; o processo judicial, se igualmente não houver consenso quanto à decisão final, será decidido por votação majoritária – absoluta que seja – *de 11 ministros*, todos juristas de formação, não-eleitos, e com parte da atenção voltada para a sistematicidade jurídica da decisão.

Nada disso, no entanto, parece ter impedido muitos dos envolvidos de afirmar que o Supremo Tribunal Federal “teria de se manifestar na matéria”, em cumprimento da “missão” a ele “reservada” (cf. FONTELLES, 2006, p. 23), ou de que este seria um “julgamento histórico” ou de que seria a “causa mais importante da história do Supremo Tribunal Federal” (cf. BRITTO, 2008). Tampouco no longo voto de 72 laudas¹⁰ que fez para julgá-la improcedente, o relator da ADI n.º 3.510 sequer cogitou da efetiva necessidade democrática de que o Supremo Tribunal Federal, pelo voto de seus 11 membros, efetivamente revisasse a deliberação de centenas de parlamentares, os quais, obviamente também debateram questões morais, éticas e jurídicas; e não o fez mesmo que timidamente provocado neste sentido ao menos por um *amicus curiae* (cf. BARROSO, 2006c, p. 51-54).

¹⁰ Aliás, 72 laudas de uma belíssima decisão judicial. Mas 72 laudas que, sem embargo, não têm o condão de, não importa o quão iluminadas e líricas, rivalizar em densidade democrática, com a decisão coletiva de centenas de parlamentares investidos pelo voto popular.

5.2.

O Direito brasileiro, a comunidade de intérpretes e a (im)possibilidade democrática

Depois desta esquisita viagem, vêm inevitavelmente à lembrança algumas advertências de Waldron sobre a caracterização do que ele chamou “controle de constitucionalidade forte” [*strong judicial review*]¹¹:

“Em países que não permitem que a legislação seja invalidada desta maneira [pelo poder judiciário, no controle de constitucionalidade *a posteriori*], as pessoas, elas mesmas, podem finalmente decidir, pelo procedimento legislativo ordinário, se eles querem permitir aborto, ação afirmativa, *vouchers* escolares, ou casamento gay. Elas podem decidir entre si se terão leis punindo a expressão pública de discurso de ódio racial ou restringir o gasto de campanha de candidatos. Se eles discordarem sobre qualquer destas matérias, eles podem eleger representantes para deliberar e resolver a discórdia votando no legislativo. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, na Inglaterra na década de 1960, quando o Parlamento debateu a liberalização da lei do aborto, a legalização do homossexualismo entre adultos conscientes [*consenting adults*], e a abolição da pena de morte. Em cada um destes assuntos, uma ampla deliberação pública foi espelhada em debates sérios na Casa dos Comuns. A qualidade desses debates (e debates similares no Canadá, na Austrália, Nova Zelândia, e alhures) torna sem sentido a pretensão de que legisladores são incapazes de conduzir tais questões responsabilmente – assim também os resultados liberais destes procedimentos trazem dúvidas na comum proposição de que as maiorias populares não vão garantir os direitos das minorias¹².

Constrastantemente, nos Estados Unidos as pessoas ou seus representantes no legislativo estadual e federal podem conduzir estas questões se quiserem, mas eles não terão qualquer certeza de que suas decisões prevalecerão. Se alguém que discordar da decisão legislativa resolver trazer o assunto perante a corte, a visão que finalmente vai prevalecer é aquela dos juízes. Como Ronald Dworkin diz – e ele é um *defensor* do controle de constitucionalidade – em ‘intratáveis, controversas, e profundas questões de moralidade política que filósofos, homens de estado, e cidadãos debateram por muitos séculos’, as pessoas e seus representantes simplesmente terão de ‘aceitar as decisões de uma maioria de juízes [*justices*], cuja percepção [*insight*] sobre estas grandes matérias não é particularmente especial.’” (WALDRON, 2006, p. 1349-50, grifos no original)

Waldron, como no presente trabalho, pressupõe um conceito de democracia deliberativa que conecta as deliberações informais do mundo-da-vida através de

¹¹ Waldron (2006, p. 1353-59) define o controle de constitucionalidade num espectro que vai de forte a não-existente, passando por fraco e fraquíssimo. Para o que nos interessa, o controle forte é o que há nos EUA, por exemplo, em que um tribunal pode, por decisão sua, invalidar uma norma que, a princípio, fora legalmente promulgada. O Brasil talvez fosse uma versão fortíssima deste controle, já que permite a invalidação difusa ou concentradamente, em abstrato ou em concreto, por ação direta ou por incidente.

¹² Com relação aos EUA, Griffin (1996, p. 104 *et seq.*) promove interessante debate sobre o papel da Suprema Corte na democracia americana e inventaria uma significativa série de leis aprovadas pelo Congresso Nacional daquele país na proteção de direitos fundamentais – inclusive de minorias – em uma progressão histórica crescente a partir dos anos 1980 (cf. um quadro histórico em IBIDEM, p.117).

mecanismos diversos – mas principalmente através de grandes debates midiáticos, e da promoção de diversas concepções éticas, morais e pragmáticas pela sociedade civil – com as deliberações políticas já no plano do estado¹³. A conexão entre uma esfera pública política informal – contendo o espaço público em geral (atual ou virtual) – e uma esfera pública formal – os debates políticos – gera uma legitimação contínua do exercício do poder político, porque permite que os sujeitos e grupos sociais influenciem, através da dinâmica comunicativa do mundo-da-vida, a reprodução funcional do poder no subsistema do estado. Num mecanismo inverso ao de colonização, o mundo-da-vida pode legitimar e racionalizar comunicativamente – isto é: pelo uso dos discursos lingüísticos voltados ao entendimento – o exercício do poder, libertando-o da lógica exclusiva da reprodução e estabilização funcional pela coerção pura.

Pela própria natureza de seu exercício, em um órgão multipessoal, deliberativo, e com membros eleitos por voto popular, direto, igual e universal, o poder legislativo é o mais poroso à esfera pública informal, não só através das eleições mesmas, mas através de reivindicações por outros mecanismos não (tão) institucionalizados como grupos de atuação parlamentar, associações, movimentos sociais e toda uma série de manifestações possíveis pela dinâmica de reprodução simbólica do mundo-da-vida. Obviamente, o poder legislativo paga o preço desta porosidade com reduzida capacidade para ação imediata. Para isso, especialmente, conta o poder executivo – também eleito no seu chefe, ao menos – com grande aparato burocrático, que, no entanto, para ser legítimo, tem de obedecer às restrições normativas e ao escrutínio constante do poder legislativo.

¹³ Cf., no que segue, a teoria da democracia deliberativa em Habermas (2001a, p. 287 *et seq.*; 2001b; 2000). O debate sobre a democracia deliberativa ganhou muita densidade desde o final dos anos 1980, quando o conceito foi formulado. Em geral se admite um núcleo comum da necessidade de uma legitimação do poder estatal que passe pela atuação contínua dos cidadãos na vocalização de suas preferências a partir de um espaço público ao qual sejam responsivos os mecanismos do exercício do poder, mas há divergências sobre os melhores métodos para alcançar esta participação e sobre o mecanismo que a tornaria legitimadora do poder. É digno de nota que esta concepção parece fazer convergir tradições filosófico-políticas distintas, como o neo-republicano Pettit (2003) que investe em uma “política deliberativa”. Não é objetivo deste trabalho problematizar a democracia deliberativa, de modo que o que já foi e será dito obedece, basicamente, ao modelo habermasiano, um modelo procedimentalista, e, no máximo, epistemologicamente fraco e formal – embora procure Michelman (1997) demonstrar o contrário. Para uma visão geral sobre o debate da democracia deliberativa, cf. Bohman e Rehg (1997). No Brasil, o assunto foi pioneiramente tratado por Souza Neto (2006), se bem que este autor procure uma fusão problemática de Habermas com Rawls em que, devido ao modelo fortemente epistemológico deste último, acaba por legitimar em parte a tecnocracia jurídica em torno de uma forte atuação do Supremo Tribunal Federal.

O poder judiciário, neste contexto, tem reduzidíssima porosidade à esfera pública, com a qual não se conecta institucionalmente senão por vias muito indiretas – no processo de nomeação dos ministros de tribunais superiores, por exemplo. A garantia da atuação fiscalizadora e resolvedora de lides do poder judiciário é, justamente, a sua independência em relação à pressão popular ou política. Esta mesma independência, no entanto, faculta ao poder judiciário uma legitimação democrática quase inexistente, e uma conexão, no máximo, precária com as estruturas do mundo-da-vida. Sua única grande função política somente pode consistir em procurar fiscalizar a atuação patológica dos outros poderes, do ponto-de-vista das garantias que o próprio direito coloca para que as dinâmicas comunicativas do mundo-da-vida possam se produzir e reproduzir da maneira mais livre de coerção possível.

Esta proteção do direito ao mundo-da-vida, no entanto, advém da própria criação do mundo-da-vida para sua (auto-)proteção, num movimento de legitimação circular (cf. HABERMAS, 2001a, p. 82 *et seq.*) em que o poder judiciário não pode assumir nenhuma espécie de protagonismo – ao menos, não sem os efeitos patológicos sérios aqui apontados. Para todos os efeitos, o judiciário continua ligado à lógica funcional de exercício do poder no subsistema estatal e maneja a aplicação da coerção derivada deste poder, não importa o quão belas argumentativamente sejam suas decisões. Com o agravante já dito de que, ao contrário dos demais órgãos de exercício deste mesmo poder coercitivo, sua conexão com as dinâmicas legitimadoras do mundo-da-vida sejam indiretas, descontínuas, e sempre precárias.

Por estas razões, tanto Habermas (2001a, p. 240 *et seq.*) quanto Waldron (2006, p. 1401 *et seq.*) partem do princípio de que não deveria caber ao poder judiciário *qualquer* controle de constitucionalidade, especialmente de normas abstratamente consideradas. A concessão feita por estes dois autores radica no que se pode ler como patologias quanto à legitimidade do funcionamento democrático dos órgãos politicamente competentes nas suas respectivas áreas de competência –

o que, como já mencionado¹⁴, Waldron chama casos “não-nucleares” ou “não-centrais” de controle de constitucionalidade.

Habermas (2001a, p. 247 *et seq.* e *passim*) procura, a partir da constatação pragmática e realista de que muitas vezes a atuação política do legislativo e do executivo desconecta-se da legitimação advinda do mundo-da-vida e assume um funcionamento autônomo puramente funcional, aceitar a atuação corretiva da jurisdição constitucional. Para isso, usa, de um lado, o modelo primeiro avançado por Ely para os EUA, da corte que assegura os pressupostos jurídicos de um processo democrático¹⁵; e, de outro, uma lógica argumentativa de separação dos poderes que permite ao judiciário apenas acesso parcial às razões que justificaram a edição dos parâmetros jurídico-normativos e que serão aplicados para corrigir a patologia democrática detectada.

Waldron (*loc. cit.*), por sua vez, ainda concedendo a possibilidade de atuação do poder judiciário em casos patológicos – o que, para ele, em casos não-patológicos seria, sob qualquer modo, inaceitável –, ainda assim se mostra cético quanto à possibilidade de que tal atuação seja melhor para a patologia do que, por exemplo, um lento e paciente trabalho de uma cidadania ativa.

A discordância parcial entre Habermas e Waldron não precisa ser dirimida aqui. A concessão habermasiana, como já visto, deriva do fato de que o próprio direito tem de assumir esta dupla função de organizar estruturalmente um mundo-da-vida cada vez mais vazio de estoques culturais e substantivos prévios, além de garantir a eficácia do fluxo comunicativo dali oriundo em relação às dinâmicas não-comunicativas dos sistemas sociais parcialmente autônomos. Neste ponto, o direito contribui para a própria coesão do mundo-da-vida ao mesmo tempo que

¹⁴ Cf. nota 195, acima.

¹⁵ Como mencionado na nota 199, acima, este é pressuposto a partir do qual também Souza Neto critica a teoria da constituição dirigente, bem como um excessivo ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em alguns casos – e a timidez dele, em outros. De novo, embora mereça aplausos pelo pioneirismo em tratar do assunto sob o ponto-de-vista da democracia deliberativa, Souza Neto parece afinal algo seduzido pela possibilidade de o jurista conduzir as concepções de bem social, quando abraça a teoria rawlsoniana de derivação de princípios de justiça e requisitos procedimentais fortes *prévios* e *limitadores* do posterior conceito de razão pública. Sobre esta concepção de Rawls, cf., além da boa reconstrução em Souza Neto (2006, p. 97 *et seq.*), um elucidativo texto do próprio Rawls (1997)

assume a posição de instrumento de reação deste mundo-da-vida contra as dinâmicas sistêmico-colonizadoras do poder – e do dinheiro.

O radicalismo de Waldron, no entanto, tem a vantagem de apontar para o fato de que as ameaças às dinâmicas democráticas serão tão menos temíveis quanto essas próprias dinâmicas puderem se estruturar por si mesmas, sem a necessidade de um salvador externo (potencialmente paternalista) – que seja o judiciário, hoje, ou um ditador em outro momento. Agora com os olhos voltados para o Brasil, é preciso perceber que a falta histórica do estabelecimento de uma dinâmica democrática minimamente próxima do modelo regulativo aqui delineado; a fragmentação histórica do mundo-da-vida brasileiro; a fraqueza histórica do poder legislativo de suas relações clientelistas com a cidadania; a constante colonização estamental das lógicas comunicativas da esfera pública – e, em muitos momentos, também da esfera privada – brasileira; enfim, a história sócio-política do Brasil sugere a necessidade de uma lenta (re)construção da autonomia (privada e) pública de cidadãos ativos, que possam, com isso, se ver democraticamente como “autores e destinatários” de suas próprias normas.

“Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, ele se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. [...]”

[...] Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores, é preciso, portanto, implementar e inscrever seus princípios em nossa história política. Para isso, o processo de ‘judicialização da política’ não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista do Poder Judiciário. [...]” (CITTADINO, 2003, p. 39)

No processo da ADI n.º 3.510, o poder judiciário, mesmo incitado a reconhecer que o processo (legislativo) político democrático havia funcionado naquele caso específico, optou, mais uma vez, por se fazer voz dos vencidos no dito processo¹⁶. Optou por julgar e repetir o processo democrático, perante um

¹⁶ Como muito bem coloca Arantes (2001, p. 87): “Aqueles que hoje pregam a concentração do poder de revisão judicial das leis no Supremo Tribunal Federal buscam se livrar do incômodo causado pelo lado difuso do sistema e imaginam que isto reforçará a governabilidade. Todavia parecem desconsiderar que estão fortalecendo um órgão que se encontra fora da arena política e se destina a acolher as demandas das minorias políticas, convertidas em questões judiciais depois de derrotadas como propostas políticas.

corpo independente de técnicos do direito, organizados apenas em conexão com uma restrita comunidade de intérpretes (técnicos) do direito. Com isso, retirou do amplo debate, formal e informal, da esfera pública a decisão final sobre uma questão que já havia sido ali resolvida, através da consolidação institucional em um corpo de normas jurídicas – a própria Lei de n.º 11.105/2005 – de síntese parcial dos debates em torno de concepções sobre valores (éticos), sobre normas universais (morais) e sobre interesses contrapostos (pragmáticos). Colocou esta decisão nos termos de um acertamento sistêmico da correspondência dos resultados deste complexo processo político com os “valores” (fetichizados) da constituição; acertamento a cargo final da decisão – também majoritária – de 11 ministros, segundo sua formação técnica acerca do próprio direito.

E, ao fazer isso, o Supremo Tribunal Federal criou ao menos duas ordens de sérios problemas para o funcionamento da já vulnerada e tibia democracia brasileira. Do ponto-de-vista pragmático, no mínimo atrasou em três anos o início da vigência plena desta importante lei – já que, socialmente, sua eficácia ainda está sob dúvida, nada obstante o “princípio da presunção de constitucionalidade das leis” – tal como, em muitos outros casos, também o fez ou pôde fazer: de qualquer maneira, não há realmente maneira de saber quanto tempo demorará o Supremo Tribunal Federal para resolver uma questão¹⁷ que, no tempo político, obedece – ou pode obedecer, pelo menos – às pressões democráticas da esfera pública. Do ponto-de-vista teórico-político, deu singular mostra do mecanismo de apropriação tecnocrática do direito retirado das dinâmicas espontâneas e democratizantes do mundo-da-vida. E de todos os problemas sérios para a construção da democracia real no Brasil que daí podem resultar.

De outro lado, a oposição tem atuado para maximizar a função contramajoritária do sistema de controle constitucional, desconsiderando a possibilidade de um dia ela própria se tornar maioria política. [...]”

¹⁷ A maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal tem, certo, prazo regimental para ocorrer. Mas este prazo é impróprio – não há sanção para seu descumprimento – e freqüentemente descumprido. Uma maneira de resolver a lentidão causada por esta circunstância – há decisões que ficam anos para serem prolatadas – é o julgamento de medidas cautelares em ADI e outros processos de controle abstrato de constitucionalidade. Tendo em linha de conta que a maioria destas medidas são, em verdade, antecipatórias de tutela, o que este fenômeno traz de resultado é uma proliferação de suspensões precárias da eficácia de atos normativos vários, gerando mudanças às vezes irreversíveis na ordem jurídica brasileira, mas também uma proliferação de julgamentos de cautelares em processos objetivos, que tomam a pauta do Supremo Tribunal Federal e se substituem a decisões definitivas, na prática.