CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: ENTRE LIBERALISMO E COMUNITARISMO

CONSTITUTION AND DEMOCRACY: BETWEEN LIBERALISM AND COMUNITARISM

João Paulo Allain Teixeira*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente trabalho tem como foco central o debate estabelecido entre liberais e republicanos, apresentando como pano de fundo a expansão do pluralismo e suas conseqüências para a democracia. Diante desse quadro, é importante discutir o papel da Constituição e qual o modelo hermenêutico mais adequado para permitir a conformação das instituições democráticas com a pluralidade de valores e concepções de vida existentes na sociedade. A perspectiva da hermenêutica liberal enfatiza a necessidade de garantir a esfera privada através da defesa dos direitos individuais. Em perspectiva oposta, os comunitários atribuem especial relevância à construção de uma esfera pública, mediante a proteção dos valores partilhados pela comunidade. Uma concepção e outra pecam pelo excessivo reducionismo, não percebendo o potencial de uma eventual combinação construtiva entre os dois pontos de vista em torno de um modelo conciliatório. A proposta da democracia deliberativa parece fornecer elementos que viabilizam a realização da democracia em sociedades pluralistas reconhecendo simultaneamente o valor da esfera privada e o valor da esfera pública em torno da permanente abertura procedimental da Constituição.
Palavras-Chave: Pluralismo Político – Procedimentalismo - Democracia

Abstract: The present text has as central focus the debate established between liberal and republican, presenting as background the expansion of pluralism and its consequences for democracy. Ahead of this picture, it is important to investigate the role of the Constitution and which hermeneutic model seems to allow conformation of the democratic institutions in the context of plurality and different conceptions of social life. The point of view of liberal hermeneutics emphasizes the necessity to guarantee the private sphere defending above all, the individual rights. On the other hand, the communitarian approach emphasizes the relevance of a public sphere, bound to protecting those shared values on the group. One conception and another seem to be inappropriate for the extreme unilateralist views. Both are not able in perceiving the huge democratic potential of an eventual constructive combination around a conciliatory model. The proposal of the deliberative democracy seems to supply elements that simultaneously make possible the accomplishment for democracy in today's pluralist societies, recognizing both the value of the private sphere and the value of the public sphere around the permanent procedural opening of the Constitution.
Key Words: Political Pluralism - Procedimentalism - Democracy

Introdução

As sociedades contemporâneas, apresentando a característica da complexidade e do pluralismo, trouxeram à discussão a necessidade do estabelecimento de parâmetros político-institucionais que permitam a convivência entre pessoas num ambiente marcado pela diferença crescente[1].

Ainda que esta discussão tenha adquirido impulso naquelas sociedades do leste europeu e da América Latina, recém saídas de regimes autoritários, e ainda em processo de aprendizagem e consolidação democrática, o problema parece atingir indistintamente os países "centrais" e "periféricos", em um processo de "periferização do centro"[2].

* Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía, Professor da Universidade Católica de Pernambuco e das Faculdades Integradas Barros Melo.

É dentro desse contexto que orgulhos nacionais são afirmados com cada vez mais força, impulsionando a intolerância e fundamentalismos diversos, trazendo permanentes desafios à prática democrática.

De certo modo, acreditou-se que o triunfo da ideologia liberal-democrática pudesse sepultar definitivamente os conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas, afastando-os para um passado cada vez mais distante. (Mouffe, 1999: 11) No entanto, é preciso considerar os limites de qualquer racionalidade[3] sobre as paixões e emoções como forças capazes de operar significativas transformações sociais. (Mouffe, 1999: 11-12).

Por outro lado, o desaparecimento da oposição entre totalitarismo e democracia, binário que servia para distinguir quem era "amigo" e quem era "inimigo" levou a uma certa perplexidade e incerteza. Daí a necessidade de redefinição de uma "nova fronteira política" como forma de superação da crise estabelecida[4].

Desde o advento do constitucionalismo, evidenciou-se o relevante papel a ser desempenhado pelas Constituições na disciplina das relações de poder no âmbito do Estado. Nesse sentido, é tarefa da Constituição, a potencialização da Cidadania mediante a garantia dos direitos fundamentais notadamente naquelas sociedades marcadas pela diferença. Assim, a existência de uma Constituição pluralista exige uma jurisdição constitucional voltada para a garantia do "livre desenvolvimento das diversas forças sociais e políticas existentes na sociedade" (Sampaio, 2002: 72).

O presente ensaio tem como foco central o debate estabelecido entre liberais e republicanos a respeito dos desafios democráticos contemporâneos. Diante desse quadro, a questão que se põe é a de saber em que medida a interpretação da Constituição pode potencializar a conformação das instituições democráticas com a pluralidade de valores e concepções de vida socialmente existentes.

As recentes concepções liberais entendem que o ideal de justiça antecede qualquer concepção do bem, e por isso, uma sociedade democrática precisa ser configurada a partir deste pressuposto. Daí a preocupação com soluções universalmente válidas.

Em campo oposto, os comunitaristas defendem a tese da contextualização histórica do indivíduo, sendo, portanto impossível falar em democracia sem levar em consideração os aspectos relativos aos diferentes valores e concepções do bem partilhados pelos diferentes grupos sociais.

A meio-caminho do liberalismo e do comunitarismo, apresenta-se a tese da democracia deliberativa, buscando combinar aspectos universalistas do liberalismo com aspectos relativistas do comunitarismo. Através deste modelo, a compreensão do papel da Constituição e também da hermenêutica constitucional adquire contornos significativamente importantes para a configuração de um modelo democrático.

A interpretação da Constituição deve assim favorecer e proteger permanentemente os procedimentos nela inscritos como forma de comunicação entre o jogo político que se desenvolve na arena social e a sua representação jurídico-institucional. Isto permite que nenhum grupo (com suas respectivas opções de vida boa) possam ocupar permanentemente as funções estratégicas do Estado. A abertura procedimental e o permanente debate político caracterizam o regime democrático em uma sociedade complexa e pluralista contemporânea.

1. Constituição e Hermenêutica: O Papel do Juiz Constitucional

A partir da verificação das peculiaridades inerentes às normas constitucio-

nais, procurou-se estabelecer contemporaneamente uma discussão no sentido de estabelecer um marco hermenêutico especificamente voltado à interpretação constitucional.[5] Sob certo sentido esta temática procura, a partir da percepção da natureza específica das normas constitucionais, aproximar a função jurisdicional, notadamente no que se refere à jurisdição constitucional, da realizabilidade da democracia.

Nesse sentido, indaga-se sobre a existência de modelos hermenêuticos favoráveis à realização da democracia. Para tal fim, estariam os tribunais inarredavelmente vinculados ao caráter estritamente normativo estabelecido pela Constituição, ou apoiando-se nos contextos ético-substantivos, poderiam compensar o hiato entre a realidade constitucional e a soberania popular? Seriam as normas constitucionais comandos obrigatórios, ou valores capazes de expressar preferências partilhadas? (Cittadino, 2000: 218)

Esta discussão é importante por evidenciar os limites e possibilidades da atuação do magistrado no desenvolvimento de suas prerrogativas institucionais. Assim, questiona-se sobre o poder de criação dos juízes, especificamente no tocante a uma eventual supressão de prerrogativa inerente ao poder legislativo. Contra tal argumento, contudo, opõe-se à constatação de que as sociedades democráticas contemporâneas exigem do poder judiciário cada vez mais uma postura ativa.

O debate reflete a antiga disputa entre objetivistas e subjetivistas na hermenêutica clássica, cada uma das duas tendências a reivindicar a primazia do seu ponto de vista sobre a outra. É nítida aqui a tonalidade adquirida pela temática no que se refere aos arranjos institucionais entre a distribuição de prerrogativas entre o poder judiciário e o poder legislativo. Este tema é bastante discutido no âmbito da teoria hermenêutica ao tratar da interpretação dos textos normativos no plano da busca de uma suposta vontade do legislador, postura subjetivista que confere proeminência ao papel do Poder Legislativo, ou vontade da lei, postura objetivista que confere relevo ao papel do Poder Judiciário.

Como quer que seja, parece difícil negar a existência de uma esfera discricionária do magistrado, que tem diante de si, uma certa variedade de marcos teóricos a possibilitar a modelagem de sua missão institucional.

2. O Enfoque da Hermenêutica Liberal

Sob o ponto de vista da hermenêutica liberal, importa adotar uma perspectiva de neutralidade orientando a prestação jurisdicional "por uma compreensão deontológica das normas e dos princípios jurídicos" (Cittadino, 2000: 183).

Nesse sentido, a preocupação de Rawls é traduzida sob a perspectiva da "Constituição-garantia", como forma de assegurar aos indivíduos a possibilidade da realização dos projetos individuais de cada um[6]. O *judicial review* enquanto, prerrogativa atribuída aos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo ou legislativo, aparece como o mecanismo mais adequado para alcançar tal fim. Assim, "... o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem" (Rawls, 2000: 284)

Daí a importância de compreender a Constituição como um sistema de direitos a serem protegidos contra maiorias eventuais que ameacem o desacordo razoável, fixando um espaço de liberdade imune a interferências externas. (Cittadino, 2000: 183).

Assim, a Constituição representa um procedimento político compatível com a

concepção de justiça política, realizando os valores da "razão pública". A essência da Constituição resta assim afastada das decisões majoritárias, sendo um procedimento que tem no povo o seu autor (Cittadino,2000: 184). Para Rawls, o povo é quem confere o através do *judicial review* o poder que tem a Suprema Corte de declarar a inconstitucionalidade das leis (Cittadino, 2000: 184). Há que se lembrar ainda que a Suprema Corte decidindo de acordo com a "razão pública" delimita, afirma, e explicita o seu conteúdo. Assim, a Suprema Corte desempenha um duplo papel: de um lado, cumpre uma missão educativa *situando os valores políticos no centro do debate político*, de outro lado, dá vida à *razão pública* na esfera do debate público. Como se percebe a perspectiva liberal da democracia tem no *judicial review* um importante instrumento de realização.

Esta concepção é partilhada em certa medida por Ronald Dworkin, que estabelecendo uma vigorosa defesa dos direitos individuais, constrói uma concepção segundo a qual os direitos individuais são "trunfos" que não podem ser desconsiderados pelos tribunais[7]. Nesse sentido, Dworkin defende que os "levar os direitos a sério" consiste em reconhecer a força normativa de tais direitos, que se expressam ora como regra, ora como princípio.

Para Dworkin:

"A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (Dworkin, 2002 : 39).

Continua Dworkin explicando que: "Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam... aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia" (Dworkin, 2002: 42).

Resolvem-se as colisões de regras através da aplicação dos mecanismos de compatibilização horizontal e vertical de que dispõe o sistema jurídico, já que "Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida" (Dworkin, 2002: 43). Assim, no plano horizontal, aplicam-se os critérios cronológico e o da especialidade, traduzidos respectivamente pelos brocardos latinos *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*. No plano vertical aplica-se o critério hierárquico, através do qual *lex superior derogat inferior*. No tocante ao conflito de princípios a solução será necessariamente diferente. Em havendo conflito de princípios, não é possível a aplicação dos critérios supramencionados, pois os princípios não são de cronologia distinta e nem possuem grau de especialidade diferenciada. Expressando igualmente direitos fundamentais, também não estão em escalões normativos distintos, razão pela qual é necessário buscar outros critérios para o deslinde da questão.

Assim, no processo de interpretação da Constituição, a opção por um princípio em detrimento do outro, não provoca a sua exclusão do sistema, representando inegavelmente em uma opção diante da aplicabilidade das normas no caso concreto. Daí a expressão acertada de Bonavides para quem o conflito de regras se resolve no plano da

validade, enquanto a colisão de princípios se resolve na dimensão do valor, demandando a verificação do "peso" dos princípios em jogo (Bonavides, 1999: 251).

Para o positivismo clássico, isso significaria que a decisão nesses casos depende de uma faculdade discricionária, importando uma ponderação de valores diante do contexto a que se destina.

Dworkin, porém, encontrando nos princípios jurídicos um sentido de validade deontológico, rejeita a tese da discriocionariedade dos juízes, tão cara ao positivismo clássico (Cittadino, 2000: 189-190).

Tais situações levam preferencialmente àquelas situações designadas por Dworkin de "casos difíceis" (*Hard cases*). Diante de um *hard case*, Dworkin defende a tese segundo a qual "... mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente" (Dworkin, 2002: 127).

Tal tarefa demandaria do juiz capacidades sobre-humanas, daí a metáfora do juiz-Hércules[8]. O juiz teria nesse caso, a difícil tarefa de reconhecer a diferença entre os "direitos preferenciais" (*ground rights*), e "direitos institucionais". Para Dworkin os direitos preferenciais são aqueles que "fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato", enquanto os direitos institucionais são aqueles que "oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica". (Dworkin, 2002: 145). Dworkin exemplifica essa situação recorrendo a uma situação hipotética: "Suponhamos que minha teoria política afirme que todo homem tem direito à propriedade de outro desde que dela necessite mais. Eu posso ainda admitir que ele não tem um direito legislativo com o mesmo sentido; em outras palavras, eu posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a que a presente legislatura promulgue uma lei que viole a Constituição, algo que uma tal lei presumivelmente faria. Também posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a uma decisão judicial que perdoe o roubo. Mesmo que eu faça essas concessões, posso manter minha alegação inicial, argumentando que as pessoas, em seu conjunto, têm uma justificação para emendar a Constituição com o fito de abolir a propriedade, ou talvez para se rebelar e derrubar por completo a atual forma de governo. Eu posso alegar que cada homem possui um direito preferencial residual que pode justificar ou exigir tais atos, mesmo que eu conceda que ele não tem direito a decisões institucionais específicas, quando se considera como essas instituições estão atualmente constituídas" (Dworkin, 2002: 145-146).

Assim como Rawls ao elaborar o conceito de "razão pública", Dworkin entende que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição são decorrentes de princípios morais que decorrem do ideal de justiça e de equidade, fixando limites ao executivo e ao legislativo. Daí a necessidade de que a interpretação da Constituição passe por uma "leitura moral" (Cittadino, 2000: 191-192).

3. O Enfoque da Hermenêutica Comunitária

Se os liberais defendem o instituto do *judicial review* como mecanismo indispensável à democracia, em posição diversa estão os comunitários para quem a possibilidade de controle da legislação pelos tribunais representa uma limitação ao processo deliberativo democrático.

Para os comunitários a defesa do *judicial review* é amplamente incompatível com os desígnios de uma política de

reconhecimento igualitário, sufocando as distintas identidades culturais (Cittadino, 2000: 194).

Em severa crítica ao *judicial review*, Charles Taylor entende que o modelo adotado pela perspectiva liberal acaba por criar padrões de homogeneidade que neutralizam a necessidade de diferenciação entre os diversos grupos sociais, reduzindo seus respectivos espaços de autonomia[9].

Para demonstrar a sua tese, Taylor traz a situação dos franceses de Quebec e o seu relacionamento com o Canadá inglês. A província de Quebec, como se sabe, guarda a especificidade de conservar as suas tradições francesas desde a colonização em contraste com a maioria inglesa no Canadá. Além dos conflitos de índole social, decorrentes da convivência no mesmo país entre culturas plurais distintas, o Estado canadense tem sobre si a pressão de manter a integração social. Daí a relevância das instituições democráticas e o desenvolvimento de estratégias legitimadoras como fator de coesão.

Uma dessas estratégias repousa na chamada *notwithstandig clause* ou cláusula não obstante. Em 1982 o Canadá estabeleceu em nível constitucional a sua carta de direitos com a finalidade de garantir os direitos fundamentais aos canadenses. Para tanto estabeleceu os direitos liberais clássicos, tais como a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, e garantias processuais diversas, tal como o devido processo legal. Impôs tratamento igualitário a todos os canadenses vedando quaisquer distinções em virtude de sexo, raça ou religião (Cittadino, 2000: 195).

O problema posto: como compatibilizar os interesses de sobrevivência e autonomia das minorias, notadamente a minoria francesa com a universalidade pretendida pela Constituição canadense?[10]

A violação dos direitos fundamentais enseja *judicial review* em qualquer das esferas governamentais como forma de assegurar o tratamento igualitário aos canadenses. No que se refere, porém ao estabelecimento de legislação pelas Províncias, a Constituição submete o *judicial review* aos limites da cláusula *notwithstanding*.

Assim, uma certa variedade de normas provinciais foram editadas como forma de garantir a sobrevivência da cultura francesa na província de Quebec[11]. Como lembra Gisele Cittadino:

"foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec: a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa; a que obriga uma administração em língua francesa das empresas com mais de 50 empregados e a que impede o uso de idiomas diferentes do francês em documentos comerciais" (Cittadino, 2000: 195).

A defesa das legislações provinciais amparadas na *notwithstanding clause* é o caminho adotado por Taylor. Assim, como forma de sobrevivência da comunidade franco-canadense em Quebec, os governantes da Província podem impor restrições aos seus cidadãos.

Isto é possível dado que Quebec representa uma "sociedade distinta" no contexto canadense[12]. Daí que as declarações no sentido de desconsiderar tal peculiaridade não representam senão uma equivocada e inadequada pretensão homogeneizante.

Assim, Taylor entende que uma sociedade democrática não pode estabelecer em primeiro plano os direitos individuais e provisões não discriminatórias, deixando os objetivos comuns de uma sociedade na condição de coadjuvantes. Acusando a tradição liberal difundida principalmente por John Rawls e Ronald Dworkin[13], Taylor reclama como fundamental para a construção de uma sociedade pluralista e democrática a necessidade de observar as

peculiaridades dos distintos projetos de vida compartilhados pelos diferentes grupos que compõem uma sociedade.

Nesse sentido, a interpretação da Constituição pelos comunitaristas revela uma necessária preocupação com a tutela dos valores partilhados por um grupo social específico, e o papel do tribunal constitucional ganha um perfil de atuação contramajoritária.

4. Para Além da Dicotomia Liberalismo *versus* Comunitarismo: A Alternativa do Procedimentalismo Democrático

Se por um lado os liberais enfatizam a primazia da justiça sobre o bem, por outro lado os comunitaristas enfatizam a primazia do bem sobre a justiça.

Com efeito, o comunitarismo desponta como uma teoria satisfatória para aquelas sociedades onde não exista um elevado grau de diferenciação social, caracterizada por uma certa homogeneidade política. Para essas sociedades, a concepção do bem comum antecede qualquer concepção de justiça. Daí a opção comunitarista de priorizar a igualdade sobre a liberdade.

As sociedades contemporâneas, porém, estão muito distantes do referencial de homogeneidade que caracterizava as sociedades antigas. As sociedades dos nossos dias são marcadas pelo pluralismo e pela diversidade. Dada a necessidade de garantir a realização dos diferentes projetos de vida fruto das diferentes concepções individuais, o liberalismo estabelece a prioridade da liberdade sobre a igualdade.

Como se percebe, a busca por uma alternativa capaz de proporcionar um equilíbrio entre os extremos pode ser bastante interessante para o desenvolvimento da democracia contemporânea. Tal alternativa teria que combinar as virtudes tanto do liberalismo como do comunitarismo, proporcionando de um lado, a observância da contextualização sócio-histórica na qual se inscreve o indivíduo, e de outro lado, adotando princípios de universalização que permitam a convivência entre pessoas diferentes.

Em desenvolvimento à teoria da ação comunicativa, Habermas propõe a concepção de democracia procedimental. A virtude da concepção habermasiana reside no fato de, estabelecendo um diálogo com liberais e comunitários, procurar uma via alternativa para a questão democrática contemporânea. O caminho de Habermas consiste em elaborar um modelo procedimental que tem como característica a compatibilização entre o processo político deliberativo dos comunitários com o modelo hermenêutico deontológico, típico do liberalismo. Habermas procura assim criar um modelo democrático com "conotações normativas mais fortes que o modelo liberal, porém mais débil que o modelo republicano" (Habermas, 1998: 374).

Na perspectiva da democracia procedimental, a Constituição adquire a prerrogativa de funcionar como baliza dentro da qual os procedimentos no Estado democrático de direito devem acontecer. Tal concepção permite, por um lado, a manifestação das diversas forças sociais em sua plenitude, em atenção ao pluralismo que marca as sociedades contemporâneas, e por outro lado, permite que o próprio jogo político se encarregue de alçar ao poder aqueles grupos (ou concepções) que melhor consigam mobilizar a opinião pública.

Exige-se, assim um modelo que permita o "acesso igualitário" dos diferentes valores e modos de vida aos procedimentos institucionalizados no plano jurídico e político. Daí que a prevalência de um determinado modo de vida só pode ser justificada enquanto seja relativa. Para tanto, é fundamental a garantia da permanente abertura dos procedimentos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, tais como

os procedimentos eleitoral, jurisdicional e administrativo (Neves, 2001: 342).

É claro que uma tal concepção não pode ser construído à margem de um referencial de tolerância. Impõe-se como fundamental a necessidade de "respeito recíproco às diferenças étnicas e éticas de grupos e indivíduos" (Neves, 2001: 242).

O Estado assim, pode ser entendido como um espaço procedimental em que os princípios democráticos são afirmados com vigor.

Com isso, como explica Neves:

"a legitimação que advém da esfera pública não resulta do consenso em torno do resultado dos procedimentos, seja esse consenso suposto, fático ou hipotético-racional. O relevante é que os procedimentos constitucionais, independentemente de seus resultados, permaneçam abertos para a diversidade de expectativas, valores e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados. Os procedimentos atuam seletivamente, mas não terão força legitimadora se ignorarem a continuidade do dissenso na esfera pública. Os canais de mutação devem permanecer abertos para o fluxo de informações que advêm contraditória e conflituosamente do mundo da vida e dos diversos sistemas sociais autônomos... Nesse sentido, o que se impõe (dever-ser) para a manutenção de uma esfera pública pluralista é o consenso em torno dos procedimentos constitucionais" (Neves, 2001: 352).

Uma aplicação desse entendimento está na concepção hermenêutica de Peter Häberle, para quem a aplicação da Constituição depende de um esforço para o qual concorrem uma pluralidade de agentes.

Häberle estabelece a distinção entre interpretação e intérpretes constitucionais "em sentido estrito" e "em sentido amplo".

"A interpretação em sentido estrito é uma atividade consciente dirigida à compreensão e aplicação de uma norma. A interpretação em sentido amplo compreende qualquer 'atualização' da Constituição (qualquer exercício de um direito constitucional, de uma função constitucional, etc.). Assim, a colocação em prática da Constituição representa interpretação constitucional em sentido amplo, processo do qual participam todos os cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais, proporcionando materiais hermenêuticos aos intérpretes em sentido estrito" (Araujo 1994: 83).

Daí que a interpretação da Constituição é tarefa de uma "sociedade aberta de intérpretes", sendo uma atividade na qual intervém a sociedade inteira e não apenas de um grupo fechado de juristas. Nas palavras de Häberle:

"no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição" (Häberle, 1997: 13).

Como elemento de articulação entre instituições e sociedade, Häberle aponta a "opinião pública", entendida como

"...media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada..., igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais" (Häberle, 1997 : 22-23).

Esta concepção de "opinião pública" depende do entendimento de que o povo é essencialmente pluralista e dinâmico, e não algo compacto, homogêneo e uniforme. Assim, o povo não manifesta uma vontade única, mas uma pluralidade de vontades que interagem entre si (Araújo, 1994, 86).

Daí que o entendimento de democracia a partir de Häberle não se fundamenta na tradicional idéia de que o povo entendido como conjunto unitário tem uma vontade soberana. De modo diverso, a concepção fragmentada do povo permite a Häberle demonstrar a permanente possibilidade da minoria vir a converter-se em maioria.

Sendo a democracia fundamentalmente um processo aberto às alternativas existentes, sua garantia representa proteger os mecanismos que permitem a configuração de alternativas, proporcionando-lhes chances para que possam ser postas em prática (Araújo, 1994: 86).

É oportuno considerar que a perspectiva de Häberle difere consideravelmente do enfoque luhmanniano da "legitimação pelo procedimento". Para Luhmann, os procedimentos são mecanismos que geram presunção de legitimidade substituindo consensos materiais[14] diante da necessidade de redução de complexidade em uma sociedade marcada pela hipercomplexidade, contingência e incerteza. O compromisso de Luhmann é assim com a redução de alternativas como forma de aumentar a previsibilidade e a segurança.

Häberle por outro lado tem em mente a idéia oposta, qual seja a do aumento de possibilidades mediante a "abertura" dos canais democráticos, viabilizando o surgimento de alternativas. Daí que o foco de Häberle recai sobre a legitimação *do* procedimento e não *através* do procedimento como em Luhmann. (Araújo, 1994:87)

Sintetizando, é possível admitir que:

"... o Estado democrático de direito legitima-se enquanto os seus procedimentos absorvem sistemicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. Como modelo jurídico-político, ele legitima-se enquanto é capaz de intermediar consenso procedimental e dissensso contenudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito das diferenças na sociedade global supercomplexa da contemporaneidade" (Neves, 2001:353).

Nesse sentido, o papel do tribunal constitucional é o de garantir a permanente abertura dos processos institucionais e sociais. Deste modo, para aquelas leis que tenham sido objeto de grande debate social, com participação dos diversos setores interessados, é de se presumir que a sua elaboração está submetida a um certo controle social. Daí que no exame da sua constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, observando tal peculiaridade deve autoconter-se (Araújo, 1994: 88).

Outrossim, naquelas hipóteses em que o conteúdo da legislação em exame revelar um forte dissenso social, o Tribunal terá como tarefa garantir a força integradora da Constituição, procurando refletir o dissenso existente na sociedade. Finalmente, o Tribunal deverá levar em conta, tanto quanto possível, os interesses que não tenham sido representados, velando pelo caráter eqüitativo da participação (Araújo, 1994: 88).

5. Conclusão

Os desafios apresentados às sociedades contemporâneas têm levado à rediscussão sobre os parâmetros dentro dos quais a democracia pode ser potencializada. Desde o projeto moderno de conduzir à felicidade através de modelos de racionalidade centrados na individualidade do sujeito até as crises demonstradas pelos déficits da teoria impostos pela realidade, tornou-se evidente que o ideal de unidade e coesão teria que superar a tensão no sentido da fragmentação. Nesse sentido, várias propostas se apresentaram como solução para o problema.

O liberalismo, pretendendo enxergar o indivíduo de modo universal e imutável, buscou enfatizar o aspecto da autonomia

moral, criando uma esfera privada na qual o indivíduo fosse livre para buscar a realização dos seus projetos individuais de vida. Para isso, procurou enfatizar a prioridade da justiça sobre as concepções individuais do bem.

O comunitarismo por sua vez, procurando enfatizar a importância do debate público, contrapôs-se radicalmente à concepção individualista liberal, antes reconhecendo a importância da realização da justiça através do consenso em torno das concepções do bem.

Uma concepção e outra trabalham com as noções de pluralismo e tolerância de maneira diversa. Enquanto para o liberalismo o pluralismo se reflete na diversidade de concepções individuais do bem, para o comunitarismo o pluralismo se refere à uma pluralidade de concepções grupais do bem. Assim, para os liberais a idéia de tolerância deve se referir ao respeito para com as diversas concepções individuais do bem. Para os comunitaristas, a tolerância deve se referir ao respeito às diversas concepções grupais do bem.

A concepção do processualismo democrático enxerga as duas matrizes como reducionistas, já que tanto os princípios universalistas que proporcionam a autonomia individual como os princípios que reconhecem a inserção social do indivíduo em uma comunidade implicam-se reciprocamente. Assim, uma concepção verdadeiramente comprometida com a realização da democracia precisa necessariamente promover a interação mútua entre esfera privada e esfera pública em torno dos procedimentos que informam a ação comunicativa. Ainda que a perspectiva liberal envolva também aspectos inequivocamente procedimentais, como aquela estabelecida por Rawls, o modelo resultante não consegue articular de modo satisfatório a esfera pública com a esfera privada. O que se busca é a simultânea garantia de espaço tanto para o universalismo como para os particularismos.

O modelo habermasiano busca conferir relevância a ambos os aspectos: de um lado o universalismo, tão caro aos liberais, é importante para a construção de um consenso mínimo em torno aos procedimentos institucionalizados pelo Estado Democrático de Direito; de outro lado o relativismo tem o seu indiscutível papel no que se refere à construção dos conteúdos normativos, dentro do processo argumentativo que se desenvolve no âmbito social.

A interpretação da Constituição dentro desses diversos contextos teóricos adquire matizes sensivelmente distintos. Se para a hermenêutica liberal a defesa do *judicial review* como garantia dos direitos fundamentais individuais é uma referência teórica importante, para os comunitaristas a defesa do *judicial review* de modo absoluto não se compadece com a necessidade de respeitar as peculiaridades e diferenças existentes nos diversos contextos sócio-históricos-culturais.

Assim, a interpretação da Constituição em um regime comprometido com a democracia deve se deixar influenciar pela perspectiva que a enxerga como um marco procedimental, estabelecendo balizas dentro das quais o debate democrático deve ocorrer. Daí a importância dos procedimentos legislativo, eleitoral e judiciário, como formas de acesso das diferentes concepções do bem às estruturas de mando.

É preciso assim que estes procedimentos estejam permanentemente abertos, sem jamais consolidar um conteúdo específico, antes permitindo que o próprio jogo político-democrático se encarregue de determinar os seus conteúdos de modo que grupos hoje minoritários possam em um momento posterior serem alçados à condição de majoritários.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Jose Antonio Estevez (1994). *La Constitución como Proceso y la Desobediência Civil*. Barcelona: Trotta.

CITTADINO, Gisele (2000). *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.* 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DWORKIN, Ronald (2002). *Levando os Direitos a Sério.* São Paulo: Martins Fontes

HÄBERLE, Peter (1997). *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HABERMAS, Jürgen (2002). *A Inclusão do Outro* – Estudos de Teoria Política. São Paulo: Loyola

HABERMAS, Jurgen (1998). *Facticidade e Validade***.** Barcelona: Trotta

LUHMANN, Niklas (1980). *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: UnB.

MACINTYRE, Alasdair (2001). *Depois da Virtude.* Bauru: Edusc

MOUFFE, Chantal. (1999). *El Retorno de lo Político*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós

NEVES, Marcelo (2001). *Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa*. *in*: *Democracia Hoje – Novos Desafios Para a Teoria Democrática Contemporânea.* SOUZA, Jessé (org.). Brasília: UnB.

RAWLS, John (2000). *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática

RAWLS, John (1997). *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes.

TAYLOR, Charles (1994). *The Politics of Recognition in: Multiculturalism***.** Princeton: Princeton University Press.

TEIXEIRA, João Paulo Allain (2002). *Racionalidade das Decisões Judiciais.* São Paulo: Juarez de Oliveira.

SAMPAIO, José Adércio Leito (2002). *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey

SANDEL, Michael J. (1998). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

VIEIRA, Oscar Vilhena (2002). *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política.* São Paulo: Malheiros

WALZER, Michael (1983). *Spheres of Justice*. s/c: Basic Books.

NOTAS

[1] As diferenças se manifestam tanto entre os povos dos diversos Estados como dentro do povo de um mesmo Estado. Vale lembrar nesse sentido que a intolerância se manifesta com relação ao outro, aquele que é diferente. Nesse sentido, na realidade brasileira, são vítimas da intolerância grupos diversos tais como o índio, o negro, o nordestino.

[2] "O problema deixa de ser uma singularidade dos chamados 'países periféricos', em que o Estado democrático de direito, a rigor, nunca se realizou de maneira satisfatória, e estende-se aos 'países centrais', especialmente àqueles da América do Norte e da Europa ocidental desenvolvida, nos quais o modelo de Estado democrático de direito como Estado de bem-estar teve um êxito considerável. Nesse sentido, cabe falar mesmo ode tendência a uma 'periferização do centro'. Problemas sociais típicos que se relacionam com a 'exclusão' social tendem a se expandir em escala global, de tal maneira que mesmo a concepção do primado da diferenciação funcional na sociedade mundial se torna questionável". (Neves, 2001: 354)

[3] Para uma discussão sobre a racionalidade moderna e seus impactos no direito e nas decisões judiciais, ver Teixeira 2002.

[4] "A desaparição da oposição entre totalitarismo e democracia, que havia servido como principal fronteira política para discriminar entre amigo e inimigo, pode conduzir a uma profunda desestabilização das sociedades ocidentais. Com efeito, afeta o sentido mesmo da democracia, pois a identidade desta dependia em grande parte da diferença se havia estabelecido a respeito do outro que a negava, portanto é urgente redefinir a identidade democrática e isso não pode ser feito senão através do estabelecimento de uma nova fronteira política" (Mouffe, 1999: 12).

[5] Esta discussão foi introduzida no Brasil há alguns anos principalmente a partir da influência da doutrina alemã sobre a interpretação dos direitos fundamentais. Destaca-se nesse debate principalmente, na Alemanha, Robert Alexy, e no Brasil, Paulo Bonavides e Daniel Sarmento dentre outros.

[6] Para Rawls, "...a ênfase inicial recai sobre a constituição, ao especificar um procedimento

político justo e viável sem quaisquer restrições constitucionais em relação a resultados legislativos. Mas essa ênfase inicial não é, evidentemente a ultima palavra. As liberdades fundamentais associadas à capacidade de ter uma concepção do bem também devem ser respeitadas, e isso requer restrições constitucionais adicionais contra a violação da igual liberdade de consciência e da liberdade de associação (assim como as liberdades restantes que lhes dão garantia)" (Rawls, 2000: 394).

[7] "Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano" (Dworkin, 2002: XV).

[8] "Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como os juristas, aplica-se ao caso em juízo" (Dworkin, 2002: 165).

[9] Para Taylor, "The fact is that there are forms of this liberalism of equal rights that in the minds of their own proponents can give only a very restricted acknowledgment of distinct cultural identities. The notion that any of the standard schedules of rights might apply differently in one cultural context than they do in another, that their application might have to take account of different collective goals, is considered quite unacceptable. The issue, then, is whether this restrictive view of equal rights is the only possible interpretation. If it is, then it would seem that the accusation of homogenization is well founded" (Taylor, 1994: 52).

[10] "The issue came to the fore because of the adoption in 1982 of the Canadian Charter of Rights, which aligned our political system in this regard with the American one in having a schedule of rights offering a basis for judicial review of legislation at all levels of government. The question had to arise how to relate this schedule to the claims for distinctness put forward by French Canadians, and particularly Quebeckers, on the one hand, and aboriginal peoples on the other. Here what was at stake was the desire of these peoples for survival, and their consequent demand for certain forms of autonomy in their self-government, as well as the ability to adopt certain kinds of legislation deemed necessary for survival" (Taylor, 1994: 52).

[11] "For instance, Quebec has passed a number of laws in the field of language. One regulates who can send their children to English-language schools (not francophones or immigrants); another requires that businesses with more than fifty employees be run in French; a third outlaws commercial signage in any language other than French. In other words, restrictions have been placed on Quebeckers by their government, in the name of their collective goal of survival, which in other Canadian communities might easily be disallowed by virtue of the Charter*"* (Taylor, 1994: 52-53).

[12] "The issue was finally raised by a proposed constitutional amendment, named after the site of the conference where it was first drafted, Meech Lake. The Meech amendment proposed to recognize Quebec as a "distinct society", and wanted to make this recognition one of the bases for judicial interpretation of the rest of the constitution, including the Charter. This seemed to open the possibility for variation in its interpretation in different parts of the country" (Taylor, 1994: 53.)

[13] "Those who take the view that individual rights must always come first, and along with nondiscrimination provisions, must take precedence over collective goals, are often speaking from a liberal perspective that has become more and more widespread in the Anglo-Ame-

rican world. Its source is, of course, the United States, and it has recently been elaborated and defended by some of the best philosophical and legal minds in that society, including John Rawls, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, and others" (Taylor, 1994: 56).

[14] Para Niklas Luhmann as decisões valem e adquirem força coativa não exatamente pelo seu conteúdo, mas por passarem por um procedimento estabelecido consensualmente. Note-se que o consenso a que se refere Luhmann não é estabelecido sobre o conteúdo da decisão, mas sobre os critérios que devem orientar a tomada de decisão (procedimento). Esta idéia é esboçada e desenvolvida em *Legitimation durch Verfahren*, de 1969. Para Luhmann *"..* tem de se assegurar que decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento, sem que se possa especificar com antecedência quais as decisões concretas que serão tomadas. A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de obtenção do consenso" (Luhmann, 1980:31). Para que isso ocorra é necessário ter em mente as diferenças que existem entre a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão (cf. Luhmann, 1980:32). Com isso a "legitimidade depende assim, não do reconhecimento 'voluntário', da convicção de responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como conseqüências duma decisão pessoal mas sim como resultados do crédito da decisão oficial" (Luhmann, 1980: 34).