

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
NÚCLEO DE MONOGRAFIAS

**(RE)PENSANDO O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
REFLEXÕES A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO NINO**

CURITIBA
2008

HELOISA CONRADO CAGGIANO

**(RE)PENSANDO O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
REFLEXÕES A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO NINO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

HELOISA CONRADO CAGGIANO

(RE)PENSANDO O CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE: REFLEXÕES A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO
NINO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no
Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADORA: _____
Professora Vera Karam de Chueiri
(Departamento de Direito Público)

Professor Clèmerson Merlin Clève

Professora Katya Kozicki

Curitiba, 05 de novembro de 2008

À minha Irma. Minha amiga,
minha aliada.

AGRADECIMENTOS

Antes e acima de tudo agradeço àqueles a quem dedico minha vida, àqueles a quem mais amo. Minha família, meu refúgio nos momentos difíceis.

A meus pais, que mesmo distante nos últimos anos, sempre fizeram-se presente. Agradeço por todo apoio, compreensão e – sobretudo - pela dedicação e amor incondicionais.

À minha irmã, que pelo simples fato de existir faz os meus dias mais felizes.

À minha orientadora, minha mestra, Professora Dr^a Vera Karam de Chueiri. Exemplo de brilhantismo e humildade. Agradeço a ela pelo incentivo e pela confiança que depositou neste projeto.

A todos aqueles que, de uma forma ou de outra, estiveram ao meu lado durante a realização deste trabalho.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	iv
SUMÁRIO.....	v
RESUMO	viii
INTRODUÇÃO.....	1
I. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	3
I.1. As três dimensões de uma Constituição Complexa.....	3
<i>I.1.1. Dimensão histórica: a Constituição enquanto prática social.....</i>	<i>4</i>
<i>I.1.2. A dimensão Ideal de Constituição</i>	<i>10</i>
<i>I.1.3. A dimensão democrática do Constitucionalismo</i>	<i>15</i>
I.2. A relação complexa entre Constituição e Democracia: dialéticas.....	16
II. O MODELO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA PROPOSTO POR CARLOS SANTIAGO NINO.....	19
II.1. Os fundamentos da democracia deliberativa: o conceito de valor epistêmico.....	22
II.2. Os limites e possibilidades de um modelo deliberativo de democracia	29
<i>II.2.1. A democracia direta em questão</i>	<i>33</i>
<i>II.2.2. Participação efetiva e a questão da apatia política.....</i>	<i>43</i>
<i>II.2.3. A qualidade do debate público e os meios de comunicação</i>	<i>45</i>
<i>II.2.4. A regra da maioria e a descentralização da soberania popular: questões temporais, espaciais e funcionais.....</i>	<i>47</i>

III. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO NINO.....	54
III.1. O controle judicial de constitucionalidade como “garantidor” do procedimento democrático	62
III.2. O controle judicial de constitucionalidade como proteção à autonomia pessoal ...	66
III.3. O controle judicial de constitucionalidade como instrumento de preservação da constituição histórica	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
BIBLIOGRAFIA.....	78

INTRODUÇÃO

“A menos que sejamos imensamente ingratos, temos que reconhecer nossa enorme gratidão àqueles que conceberam grandes pensamentos; eles nasceram para nós; eles nos brindaram uma boa forma de vida e nos ajudaram a superar os estritos limites da debilidade humana”. Carlos Santiago Nino foi um deles¹.

Carlos Santiago Nino, filósofo e político argentino, destacou-se não apenas por suas grandes idéias e profundas reflexões, mas pelo modo como buscou incessantemente, ao longo de toda a sua atuação política, uma forma de ver realizado aquilo em que acreditava.

Participou de modo direto e decisivo para a restauração da democracia em países como a Bolívia, na década de 80, e, sobretudo, na Argentina, após um período de ditadura sem precedentes na história do País. Foi o criador, para tanto, do Conselho para a Consolidação da Democracia, em 1985, e atuou como conselheiro do Presidente eleito Raúl Alfonsín, sempre em defesa dos direitos humanos e dos ideais democráticos.

Apaixonado pela filosofia e movido por ideais, foi sempre fiel àquilo que defendia em suas obras. Suas investigações cuidadosas, resultado de uma inteligência única, contribuíram em grande medida para o desenvolvimento da filosofia moral, da filosofia política e da filosofia do direito, e ainda, da teoria constitucional, dos direitos humanos e do direito penal.

Um “intelectual público”, como bem o definiu Owen Fiss², preocupado não apenas em desenvolver teorias, mas em vê-las aplicadas.

Estes elementos se fazem presentes em toda a sua obra e, de modo peculiar, em *La Constitución de la democracia deliberativa*, no qual o autor procura conciliar suas crenças na existência de uma verdade moral, na democracia deliberativa e no Estado de Direito, não sem antes reconhecer as dificuldades que se colocam diante de sua realização.

¹ Parafrazeando Sêneca, assim encerra Ernesto Garzón Valdés as palavras preliminares da obra *Homenaje a Carlos S. Nino*. Coord. Marcelo Alegre; Roberto Gargarella; Carlos F. Rosenkrantz. Buenos Aires:Laley, Facultad de Derecho, 2008, p.XVIII.

² FISS, Owen. *The death of a public intellectual*, p. 1191. In: Yale Law Journey, vol 104, nº 5, mar. 1995. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/DeathPublicIntellectual.pdf>. Acesso em 03/10/2008.

Leitor de filósofos que vão desde Kelsen a Habermas, Nino desenvolve ao longo de sua obra conceitos de Democracia e de Constituição que refletem a tentativa de conciliar os elementos da realidade política no cenário internacional e os ideais de um homem consciente, mas otimista.

O modo como compreende a complexidade da Constituição; a certeza com que defende um modelo Democrático-Deliberativo ideal, mesmo reconhecendo as dificuldades de se alcançar uma participação plena, uma deliberação pública e, a partir disso, um consenso político; a preocupação em conciliar, no plano teórico, o constitucionalismo e a democracia; as reformas que a partir disso propõe para o aperfeiçoamento do desenho institucional das Democracias Constitucionais; e o cuidado especial com que estuda a atuação do Poder Judiciário - sobretudo no controle de constitucionalidade - como forma de fortalecer, e não de debilitar, a realização da soberania popular são algumas das contribuições de Carlos S. Nino para o Direito e a política presentes em *La Constitución de la Democracia Deliberativa*.

Neste trabalho que ora se inicia, pretende-se analisar cada um destes elementos, numa tentativa de compreender as profundas reflexões e o raciocínio muitas vezes complexo de Carlos Santiago Nino, para a partir disso (re)pensar não apenas a democracia e a Constituição, mas um dos elementos essenciais do Direito Constitucional brasileiro para a realização de ambos: a atuação judicial no controle de constitucionalidade.

I. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Carlos Santiago Nino inicia sua obra *La Constitución de la Democracia deliberativa* problematizando as chamadas Democracias Constitucionais. Enquanto sistema de governo pensado para conjugar soberania popular e respeito aos direitos individuais, este modelo estendeu-se rapidamente pelo Mundo nas últimas décadas do século XX, sobretudo com o fim das ditaduras na Europa e na América Latina, e a derrocada do império comunista no Leste Europeu e na União Soviética³.

Não obstante constituir, à primeira vista, um “feliz matrimônio”⁴, estes sistemas de governo parecem apresentar, entretanto, uma série de tensões em sua estrutura, pelo fato de surgir da combinação entre dois ideais distintos – democracia e constitucionalismo. Ora, uma democracia parece requerer, em última análise, ausência de restrições à vontade da maioria. Por outro lado, toda Constituição, ao prever procedimentos para formação dessa vontade, acaba conferindo-lhe limites. Daí o “caráter complexo da Democracia Constitucional” apontado por Nino.

Para que se possa compreender, entretanto, no que consiste esta complexidade, é pressuposto que se estabeleça o que Carlos S. Nino entende por governo democrático, e qual a interpretação que faz do conceito de Constitucionalismo.

I.1. As três dimensões de uma Constituição Complexa

Segundo Carlos Santiago Nino, o termo “Constitucionalismo” compreende uma série de concepções, podendo ser mais ou menos “robusto” conforme as características que apresente. Em geral, parece estar sempre vinculado à idéia de Governo limitado⁵.

Assim, para o autor, um primeiro significado de Constitucionalismo pressupõe a simples existência de uma Constituição – escrita ou não – como base do sistema jurídico, que se limita a organizar o poder político e a regular a relação entre cidadãos e o Estado, impondo restrições à atividade legislativa (“*rule of law*”). Neste sentido, confere aos cidadãos

³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999, p.13.

⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.13.

⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.15.

garantias mínimas face às arbitrariedades do Governo. No entanto, por não levar em consideração aspectos substanciais (acerca do conteúdo do texto constitucional) pode legitimar tanto Governos democráticos como ditatoriais. Aqui se justifica o caráter “débil” deste primeiro significado⁶.

Por outro lado, uma concepção forte de Constitucionalismo está, para Nino, associada à idéia de Democracia Constitucional. Não se reduz à existência de uma Constituição que regula a organização do poder e da relação entre Estado e cidadão. Antes, e acima de tudo, como será visto, pressupõe um “processo político participativo” na tomada de decisões que dizem respeito à vida pública, bem como requer a proteção de direitos individuais e o respeito à constituição histórica. A princípio, portanto, sintetiza-se em três elementos: a observância de uma constituição histórica, a proteção de direitos individuais e a observância de um processo democrático-participativo⁷.

1.1.1. Dimensão histórica: a Constituição enquanto prática social

O respeito à constituição histórica é um dos elementos da concepção de Constitucionalismo adotada por Carlos Santiago Nino. Trata-se de uma série de “prescrições” que constituem ou não um documento escrito, e que refletem uma regularidade de condutas tomadas por cidadãos ao longo do tempo – por isso deve ser interpretada à luz da história do país⁸. Sua observância é fundamental para legitimar ações e decisões tomadas por juízes, legisladores, funcionários públicos e cidadãos, já que o respeito às decisões tomadas em momento pretérito garantem em certa medida a eficácia das decisões tomadas no presente e no futuro.

Mas a Constituição só será relevante para o processo de tomada de decisões se for possível superar a indeterminação do seu texto (decorrente das dificuldades do uso da

⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 17.

⁷ Vale destacar que a ordem em que as dimensões do constitucionalismo são aqui expostas refletem a seqüência a partir da qual, para Nino, as ações e decisões são empreendidas na experiência social: o respeito à constituição histórica; a observância máxima da constituição ideal; e a promoção do ideal democrático-participativo. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 27.

⁸ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 36.

linguagem) e a superfluidade de seu conteúdo moral (quando se entende que os intérpretes recorrem - em última análise - a razões morais para justificar suas ações e decisões, e não ao texto da Constituição). Isto porque o texto por si só não possui significado⁹. Somente a partir do momento em que se determina o seu conteúdo é que se torna possível atribuir ou não valor e relevância a ele. Enquanto texto indeterminado e supérfluo, a Constituição - ainda que retoricamente denominada *Lei Suprema, Sagrada ou Fundamental* -, reduz-se a uma mera “ficção do mundo ocidental”¹⁰.

A **indeterminação**, neste sentido, decorre da dificuldade de se extrair do texto das normas constitucionais o raciocínio prático que conduz à tomada de decisões, tendo em vista as dificuldades inerentes ao uso da própria linguagem. Para superá-la, Nino propõe a transformação do texto em proposições, por meio de um procedimento interpretativo que recorre a juízos morais não contidos nas normas. Tal procedimento é constituído por cinco etapas¹¹.

Num primeiro momento, é necessário selecionar um critério para atribuir sentido aos atos lingüísticos que compõem o texto constitucional. Uma primeira corrente denominada originalista acredita que ao interpretar um enunciado da Constituição deve-se investigar a intenção daqueles que a elaboraram, a mensagem que desejavam transmitir aos seus destinatários¹². Por outro lado, construtivistas defendem que para cada termo lingüístico existe um significado previamente estabelecido por meio de convenções sociais, cabendo ao

⁹ Para Paolo Grossi, esta idéia de que o texto da lei é auto-suficiente e completo é uma das “mitologias jurídicas da Modernidade”, que deve ser superada. Alerta o autor para os problemas decorrentes desta visão reducionista, do Direito enquanto texto legal: “O direito é mais aplicação do que norma. Seria um desastre se um comando fosse imobilizado, ainda mais se o comando encontra a sua própria imobilização em um texto; seria um desastre se a regra jurídica se tornasse e permanecesse somente em um pedaço de papel. O provável risco é que se separe da vida”. GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 91.

¹⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 31.

¹¹ Vale mencionar que em seu artigo *Derecho, Moral e Política*, Carlos S. Nino fala em sete etapas: duas empíricas, duas lógicas e três valorativas. O autor, porém, não explica quais seriam cada uma destas sete etapas, daí porque limita-se o presente texto a analisar apenas as cinco etapas descritas em *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.32-41. Para detalhes: NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política*, DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, nº 14, 1993, p.35-46. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/68093865381792117498380/cuaderno14/doxa14_03.pdf. Acesso em 30.09.2008.

¹² Para uma análise acerca da concepção originalista, DWORKIN, Ronald. *Freedom's law – the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p.265-275.

intérprete do texto empregar aquele sentido atribuído no momento de sua aplicação. Trata-se de uma interpretação progressiva, em que o significado do enunciado pode variar conforme o momento e o local em que é interpretado. Em síntese, neste primeiro momento o intérprete define se confere maior relevância ao contexto em que a norma foi editada ou àquele em que está sendo aplicada¹³.

Selecionado um destes critérios procede-se a sua aplicação, cabendo ao intérprete investigar a intenção do autor ou o uso comum da linguagem empregada – conforme o critério adotado. Esta segunda etapa revela as dificuldades do uso de atos lingüísticos, suas indeterminações semânticas e sintáticas causadas – sobretudo - pelo caráter vago e ambíguo que possuem, aquilo que Hart denomina *textura aberta da linguagem*¹⁴.

É preciso, portanto, superar tais indeterminações. A terceira etapa, assim, consiste em recorrer inevitavelmente a considerações valorativas para selecionar, por exemplo, um entre dois ou mais significados atribuíveis aos termos analisados¹⁵.

No quarto passo, cabe ao intérprete extrair das normas identificadas através das etapas anteriores suas conseqüências lógicas. Neste momento, podem ser identificadas lacunas (quando o texto não aborda certa matéria ou situação) e contradições no documento constitucional (caso em que diferentes normas do texto conduzem a conclusões incompatíveis). Para Nino, também neste momento a solução envolve o uso de juízos valorativos. Argumenta o autor que até mesmo as regras *lex superior*, *lex posterior* e *lex specialis*, ao fim, recorrem àqueles, já que muitas vezes entram elas mesmas em contradição¹⁶.

Por fim, estabelecido o conteúdo da norma e previstas todas as suas conseqüências lógicas, cabe ao intérprete definir os contornos fáticos do caso para, em seguida, extrair da

¹³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 34.

¹⁴ Ao pensar o direito enquanto conjunto de “ordens coercitivas” que se manifestam – sobretudo - na forma de regras, Hart aponta a dificuldade de se extrair destas regras um conteúdo certo e determinado que permita a perfeita regulação de condutas. Isto porque “... há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”. As palavras, assim, possuem uma *textura aberta*, o que implica a textura aberta das próprias regras (constituídas por palavras), e do próprio Direito (quando pensado enquanto conjunto de regras). HART, Herbert L. A., *O conceito de Direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p.137-144.

¹⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 38.

¹⁶ Por exemplo, casos em que uma lei especial é anterior a uma lei geral. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 40.

norma que regula tal situação as conseqüências aplicáveis estritamente ao caso em questão¹⁷.

A necessidade, portanto, de recorrer a estes cinco passos revela por si só a indeterminação radical da constituição entendida como um documento, incapaz de determinar por si mesma o raciocínio prático dos destinatários do seu texto. O que Nino propõe, portanto, é que se entenda a Constituição não apenas como um documento sancionado, mas enquanto prática que se constitui com o tempo, e que permite a evolução e a determinação do seu próprio texto. A Constituição histórica, portanto, é o resultado do seu uso e aplicação ao longo dos anos¹⁸.

Esta concepção de Constituição enquanto prática social ou convenção permite, ainda, a superação do paradoxo da sua **superfluidade** ou irrelevância moral. Isto é essencial para que o texto constitucional se torne de fato um guia aos funcionários públicos e cidadãos na tomada de decisões.

Esta superfluidade decorre da idéia de que a Constituição só é legítima e, portanto, vinculante, quando seu conteúdo está em consonância com princípios morais previamente estabelecidos. No entanto, se sob esta perspectiva o que confere validade à Constituição é a obediência a princípios morais, ela torna-se perfeitamente dispensável (supérflua), pois as justificativas para ações e decisões tomadas por cidadãos e juízes podem ser inferidas diretamente daqueles princípios¹⁹, sem a necessidade da intermediação do texto constitucional.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 41.

¹⁸ Embora esta concepção de Constituição histórica seja mais adequada a Constituições como a norte-americana (sancionada há mais de duzentos anos), não se pode negar que a Constituição Federal 1988, apesar dos seus "ainda" 20 anos, pode também ser analisada sob a perspectiva de uma Constituição histórica. Pense-se, por exemplo, na atividade desempenhada por Juízes e na ampla jurisprudência daí resultante, que contribui para definir os contornos de um texto constitucional muitas vezes vago e indeterminado. Além disso, não se pode negar que ao longo destes 20 anos foram muitos os estudos e contribuições doutrinários dedicados a interpretar e reinterpretar o sentido e o alcance das normas constitucionais, ampliando suas possibilidades. Por fim, a própria atividade legislativa, em certa medida, é responsável por precisar o significado de algumas expressões constantes das normas constitucionais. Nas palavras de Eneida Desiree Salgado, parece inegável que "o projeto democrático brasileiro, que tem suas bases na Constituição de 1988, é construído e reconstruído todos os dias, a partir das práticas de poder e das conquistas da cidadania". SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo num desenho (quase) lógico: vinte anos da construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.258.

Daí porque o autor entende que não é a observância de princípios morais o fator essencial que torna o texto constitucional vinculante na tomada de ações e decisões. Se assim fosse, Constituições como a Norte-Americana ou a Argentina (de 1853) não seriam relevantes para o raciocínio prático de juízes e legisladores uma vez que o procedimento que lhes deu origem não foi legítimo (ao excluir a participação de negros e de mulheres, por exemplo)²⁰. Esta concepção de Constituição que reconhece direitos fundamentais e regula o procedimento democrático com base em princípios morais constitui aquilo que Nino denomina “Constituição Ideal” – outra dimensão do constitucionalismo -, e que não necessariamente coincide com a Constituição histórica de um País.

Para afirmar a importância da constituição histórica para o raciocínio prático, portanto, Carlos Santiago Nino recorre mais uma vez ao seu caráter convencional. A Constituição, neste sentido, deve ser entendida não apenas enquanto texto escrito, mas, sobretudo, enquanto resultado da atividade interpretativa empregada, a partir deste texto, por juízes, legisladores e funcionários públicos ao longo do tempo, e que, em assim procedendo, contribuem para a conformação **coletiva** do significado da Constituição²¹.

Esta idéia de trabalho coletivo para o constante desenvolvimento do conteúdo da Constituição aproxima-se em grande medida do conceito de *Direito enquanto cadeia (chain of law)*, desenvolvido por Ronald Dworkin. Ensina o autor norte-americano que:

Ao decidir um novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção²².

¹⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 46.

²⁰ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, p. 34

²¹ “La constitución histórica, que es relevante para el razonamiento práctico, no es un mero texto o documento, sino que está constituida por la regularidad de las conductas, actitudes y expectativas de sucesivas legislaturas, funcionarios de gobierno y generaciones de ciudadanos generadas a partir de la sanción de aquel texto”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 55.

²² DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238.

A Constituição histórica, portanto, não é apenas o produto de um Poder Constituinte²³, tampouco a decisão que a partir dela tomam alguns juízes diante de casos concretos, mas a soma destas e de outras contribuições que estão igualmente condicionadas por práticas sociais pretéritas, pelas expectativas criadas através de decisões judiciais e legislativas anteriores, e pela própria evolução do direito. Percebe-se, portanto, que as medidas legislativas e as decisões judiciais se desenvolvem num contexto de trabalho coletivo e integram a própria ordem jurídica de que advém. Se a Constituição enquanto texto pouco diz (já que as palavras possuem conteúdo indeterminado), ela só se torna relevante na tomada de decisões quando interpretada. Logo, na medida em que esta prática conjunta de interpretação se desenvolve é que o conteúdo da Constituição vai sendo determinado. Disso decorre, pois, a importância e a necessidade da preservação desta prática.

Afirmar, no entanto, que não é a observância de princípios morais o fator essencial que torna o texto constitucional vinculante na tomada de ações e decisões não significa dizer que estes fatores são considerados dispensáveis por Nino²⁴. Ser o resultado de um consenso democrático, de uma ampla e livre deliberação, e reconhecer direitos fundamentais que constituem até mesmo pré-requisito para o processo democrático é não apenas útil como desejável para qualquer Constituição – constituem, por isso, dimensão do constitucionalismo. No entanto, o autor destaca que tais critérios que garantem certa legitimidade a qualquer texto constitucional, na prática, devem ser analisados com parcimônia, uma vez que alternativas mais realistas de Constituição, em regra, não satisfazem integralmente tais pré-requisitos, e este fato não pode por si só justificar a não preservação da Constituição histórica.

Desta forma, na medida em que a Constituição histórica se aproxime minimamente de uma “Constituição ideal”, ou ao menos apresente potencial para alcançar um maior grau de satisfação daqueles ideais, ela torna-se legítima e digna de preservação por parte de seus destinatários/aplicadores. Apenas em uma circunstância Nino aceita a possibilidade de que uma decisão – à luz da “Constituição ideal” - não preserve a Constituição histórica e, ainda

²³ Esta seria para Nino a “constituição original”, ao redor da qual normalmente o processo de construção do direito se desenvolve, mas na qual não se esgota. *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.55.

²⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 60.

assim, mantenha-se moralmente justificada: quando esta Constituição histórica constituir uma prática de tal modo “precária” que não possa sequer passar por um processo de aperfeiçoamento tendo em vista a Constituição ideal²⁵. Nas demais situações, reconhece o autor que o fato da tomada de decisão se tratar de uma ação coletiva requer muitas vezes que se abra mão da solução que na visão particular do aplicador seria a “melhor”, entendida como ideal, para que possa contribuir com o processo de aperfeiçoamento do próprio trabalho coletivo em que se insere²⁶.

Em síntese, portanto, entende-se que a Constituição histórica, como prática ou convenção em constante desenvolvimento e construção coletiva, é não só aplicável por juízes, legisladores, cidadãos e funcionários públicos²⁷, como sua observância constitui um dos elementos essenciais do constitucionalismo – sua dimensão histórica.

²⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 57. Neste sentido, por exemplo, pode-se pensar a Constituição da República brasileira de 1967 (instituída durante o período da ditadura militar), cujo próprio texto já expressava – de certa forma - a tendência autoritária que tão logo seria confirmada por meio de uma prática arbitrária de poder. Assim, o art. 76 que previa a eleição indireta para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República (*Art 76 - O Presidente será eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão, pública e mediante votação nominal*), e ainda, o art. 75, § 3º (que após a Emenda Constitucional nº 8 de 1977 passou a estabelecer um mandato de seis anos para o cargo de chefe do Poder Executivo), revelavam o fortalecimento do Poder Executivo em detrimento das esferas legislativas e jurisdicionais, implicando expressa violação ao princípio da Separação dos Poderes. Criava-se, portanto, um cenário jurídico-constitucional favorável à instauração de um Governo ditatorial e arbitrário. Se havia dúvidas acerca das virtudes do texto constitucional, “o poder arbitrário do sistema desnudou suas reais intenções, exatamente quando os dispositivos formais do texto que garantiram a liberdade de expressão, de reunião e de imprensa, foram violentados pela censura e pela repressão policial”. BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, s.d.

Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, s.d., p. 448. Daí porque se entendeu que a superação deste sistema só poderia ocorrer a partir da elaboração de uma nova Constituição, com base na qual seria desenvolvida uma nova prática constitucional adequada aos ideais sociais de Justiça e igualdade.

²⁶ Este raciocínio é denominado por Nino de o “segundo melhor”, pois o primeiro seria aquele em que os sujeitos decidissem com base em modelos ideais que, no entanto, pouco contribuiriam para o aperfeiçoamento da prática constitucional. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 54

²⁷ Em relação à aplicação da Constituição, trata-se não apenas de utilizá-la como critério para decidir conflitos. Respeitar seu conteúdo, agir cotidianamente conforme suas prescrições e exigir dos demais cidadãos que assim procedam é, também, uma forma de aplicá-la. Daí porque não apenas os órgãos do Poder Judiciário são considerados aplicadores das normas constitucionais.

I.1.2. A dimensão Ideal de Constituição

Conforme analisado anteriormente, a Constituição histórica de um País exerce um papel importante na tomada de ações e decisões envolvendo problemas constitucionais, tendo em vista que reflete o trabalho e esforço contínuo de milhares de sujeitos que contribuíram com a sua construção e desenvolvimento.

No entanto, Carlos Santiago Nino sustenta que a própria legitimidade desta “prática ou convenção” decorre inevitavelmente da observância de considerações de ordem moral, de modo que, em última análise, todas aquelas ações e decisões justificam-se em princípios morais²⁸. Nas palavras do próprio autor, “*es imposible justificar una acción o decisión que verse sobre materias en las que estén en conflicto intereses de diversos individuos sin apelar en última instancia a un conjunto de principios ideales, o sea a la Constitución en este sentido.*”²⁹ Assim, para o autor, além da Constituição histórica de cada País há uma “Constituição Ideal”, composta por princípios morais dos quais decorrem direitos fundamentais individuais, e que consiste na segunda dimensão do constitucionalismo – dimensão libertária.

Mas aceitar a existência de um conjunto mínimo essencial de direitos individuais requer a difícil tarefa de atribuir validade àqueles, justificando seu caráter “fundamental”. Para Nino, não se pode considerar que o conteúdo de princípios morais (e dos direitos que deles se extraem) é justificado porque decorrente de convenções, ou porque imposto por alguma autoridade (ambos passíveis de críticas). Tampouco se justifica a adoção de alguns princípios por preferências subjetivas, já que estas se contrapõem. O que, afinal, para o autor, confere sólido fundamento aos direitos individuais é o fato de constituírem requisito para a prática da discussão moral³⁰. Assim, para que se possa discutir coletivamente acerca

²⁸ (...) “las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.70.

²⁹ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, p. 18.

³⁰ Neste sentido: APEL, Karl-Otto. *Fundamentação última não-metafísica?* In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. (org). Petrópolis: Vozes, 1993. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I, 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 2003.

de questões que envolvem toda a sociedade é necessário que a cada indivíduo envolvido sejam atribuídos direitos mínimos que viabilizem a deliberação. Disso decorre a validade de tais direitos, pois participar daquela prática e negar os direitos que constituem requisito para a participação consistiria em uma “inconsistência pragmática”³¹.

A prática desta discussão pressupõe, por exemplo, a **livre** aceitação dos princípios morais que constituem a própria deliberação, o que significa reconhecer que os sujeitos envolvidos no debate atuam conduzidos apenas pela sua própria razão³². Para Nino, estes princípios que constituem pré-requisito para a discussão moral são a *autonomia*, a *inviolabilidade* e a *dignidade da pessoa*. Percebe-se a partir daí que Carlos S. Nino adota uma postura liberal³³, na medida em que confere valor à autonomia moral dos indivíduos.

O princípio da autonomia significa, em primeiro lugar, reconhecer que os sujeitos são livres para adotar quaisquer planos de vida e ideais de excelência pessoal, uma vez que esta decisão interfere apenas na qualidade de vida do próprio agente. Assim, toda ação cujo efeito recaia exclusivamente sobre a vida de seu agente deve ser tomada de forma individual, sem interferência de terceiros³⁴ (isto reforça o caráter liberal da teoria de Nino).

No que se refere, entretanto, às ações individuais que podem atingir interesses e bem-estar de outros indivíduos, o princípio da autonomia ganha contornos diferentes. Neste sentido, está-se tratando de princípios de moral intersubjetiva, o que requer um equilíbrio entre a autonomia conferida aos indivíduos e sua limitação, para que se possa preservá-la³⁵.

Deste princípio da autonomia é possível inferir a necessidade de proteção de alguns bens individuais como a vida psicológica, a integridade física e mental, algumas

³¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.74.

³² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 75.

³³ Por liberalismo, entende Nino, uma concepção moral específica da sociedade, que pressupõe ser neutro acerca dos ideais de bem pessoal. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 143.

³⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 76. Neste sentido as teorizações de Habermas em *Teoria della Morale*, que permitem pensar a existência de um conjunto de decisões a serem tomadas individualmente, determinantes do modo de vida de cada sujeito, mas alheias a qualquer interferência porque não submetidas a juízos morais. “*Se a forma de vida de um grupo ou indivíduo é, no conjunto, mais ou menos exitosa ou completamente alienada, esta não é uma questão que se possa responder moralmente. Aproxima-se, antes, de uma questão ‘clínica’ - sobre como avaliar a constituição física ou psíquica de uma pessoa – do que a questões morais – se uma norma ou ação é justa*”. (Tradução livre). HABERMAS, Jürgen. *Teoria della Morale*. Tradução: Vinci-Enzo Tota. Roma: Laterza, 1994, p. 45-46.

³⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 76.

liberdades (como a de movimentos, de expressão, de associação, de trabalho e de religião), o acesso a recursos materiais mínimos e a possibilidade de gozar de tempo livre. Garantir a proteção e o acesso a estes bens significa, para Nino, assegurar as condições necessárias para a eleição e a realização de planos de vida, o que só é possível a partir do reconhecimento de direitos individuais, que decorrem, portanto, do próprio princípio da autonomia.

O segundo princípio que viabiliza – para Carlos Santiago Nino - a discussão moral é o da inviolabilidade das pessoas.

Reflexo, também, de uma concepção liberal de sociedade, parte da idéia de independência e separação dos sujeitos para reconhecer, ao final, que os pontos de vista de alguns não podem se sobrepor aos de outros numa discussão moral, como se tivessem graus de importância distintos. Antes, devem ser igualmente considerados os pontos de vista de todos os sujeitos afetados. Trata-se, em última análise, de reconhecer a todo cidadão o *direito a igual respeito e consideração* de que fala Dworkin, e que compreende – sobretudo – o *direito a ser tratado como igual* no momento da tomada de decisões políticas:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. (...) O Governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão³⁶.

Há, assim, uma esfera mínima inviolável e irrestringível de autonomia pessoal que deve ser respeitada.

Deste princípio da inviolabilidade infere-se, ainda, que o conjunto de direitos atribuídos deve ser pensado tendo em vista a proteção dos interesses de sujeitos, e não de uma entidade supraindividual ou de uma coletividade abstrata. Isto não significa adotar ideais

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...*, p. 419-420.

anticomunitários ou antiigualitários que, por desconsiderar o fato da coexistência entre indivíduos, resultam num individualismo exacerbado que acarreta a opressão do próprio indivíduo. Pensar os direitos *a priori* a partir de sujeitos é, antes, resgatar o *valor moral do indivíduo*, expressão de uma filosofia humanista fundada numa nova concepção de homem, capaz de fazer escolhas e transformar o Mundo³⁷. Significa, em última análise, reconhecer que "o homem é a medida de todas as coisas"³⁸, inclusive para o ordenamento jurídico.

A partir da análise destes dois princípios - da autonomia e da inviolabilidade – poder-se-ia concluir que a autonomia de um indivíduo não poderia ser deliberadamente sacrificada sequer para incrementar a autonomia de outro, de modo que decisões individuais que restringissem a autonomia do agente mesmo seriam inaceitáveis³⁹. Ora, acatar esta idéia é adotar uma perspectiva antiliberal.

Para evitar a conclusão anterior é necessária a adoção de um terceiro princípio que componha a concepção liberal de sociedade defendida por Nino. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa.

Este princípio "restringe" o princípio da inviolabilidade na medida em que autoriza limitações à autonomia individual sempre que houver o consentimento dos próprios indivíduos afetados. Isto significa afastar o determinismo normativo e reconhecer que os sujeitos são capazes de controlar suas condutas, tornando-se responsáveis por elas e pelos efeitos que delas decorrem. Não se admite, no entanto, que haja limitação à autonomia quando um indivíduo manifesta sua vontade influenciado por fatores que operam desigualmente sobre o restante do grupo social, por exemplo, sob coação ou em estado de perturbação mental⁴⁰.

³⁷ A expressão "valor moral do indivíduo" foi extraída da obra de Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico Moderno*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 571. Para uma análise da filosofia humanista: ABRÃO, Bernadette Siqueira. *A História da Filosofia*, São Paulo: Nova Cultural, 2004, p.125 - 241.

³⁸ "Si el individualismo es despojado de estas asociaciones con posiciones egoístas y atomistas, él se limita a expresar el humanismo sintetizado en el famoso apotegma de Protágoras acerca de la dimensión humana como patrón de medida". NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, p. 173.

³⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 80.

⁴⁰ NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, p. 176.

Diante do exposto, verifica-se a impossibilidade de operar estes três princípios de forma isolada, uma vez que entre eles há não apenas uma relação de “limitação sucessiva”, mas de verdadeira conformação – eles fixam muitas vezes o próprio alcance dos demais.

Destes três princípios – autonomia, inviolabilidade e dignidade da pessoa – é possível extrair um conjunto de direitos individuais considerados essenciais, e que integram o conteúdo daquela mencionada “Constituição ideal”. Trata-se da “dimensão ideal substantiva de uma constituição complexa”⁴¹. A atribuição destes direitos morais é incondicionada, para Nino, e estende-se a todos os sujeitos, ainda que o gozo de seus benefícios dependa de algumas contingências⁴². Quanto à defesa e preservação destes direitos, é também universal, de modo que, inicialmente, todos, inclusive (e, sobretudo) os agentes do Estado devem, na medida de suas possibilidades, promovê-los.

Assim, o que Carlos Santiago Nino defende como conteúdo de uma Constituição ideal é um conjunto de direitos universalmente válidos que garantam autonomia pessoal aos indivíduos. Isto significa atribuir-lhes ampla liberdade para que possam desenvolver os planos de vida que julgarem convenientes. Esta liberdade é tomada não apenas no sentido negativo (proibindo ações que interfiram na sua esfera de autonomia), mas também positivo, já que prover meios para incremento desta autonomia é também requisito da concepção adotada⁴³.

Assim, considera-se que toda conduta que limite a autonomia individual - diretamente ou impedindo acesso às condições que a viabilizem⁴⁴ - é inaceitável. Por consequência, os direitos que decorrem desta concepção de sociedade são não apenas os individuais clássicos, mas - por extensão - também os “direitos sociais” como à saúde, pressupostos

⁴¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 82.

⁴² “...el reconocimiento de derechos debe necesariamente ser universal, no obstante que el hecho de que la eficacia de tal reconocimiento es sólo limitada al territorio nacional”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 84.

⁴³ Assim, Nino considera essencial para o desenvolvimento desta autonomia, por exemplo, conferir às pessoas liberdade para relacionar-se com os demais sujeitos, vivendo em comunidade e estabelecendo laços. Neste sentido, a concepção liberal adotada pelo autor não desconsidera a importância da vida em comunidade para a formação e desenvolvimento pessoal - crítica comum por parte dos comunitaristas.

⁴⁴ “...la autonomía de una persona no está solo dañada por acciones que evitan que la gente adquiera ciertos bienes necesarios para tal autonomía sino también a través de no proveer a las personas de esos bienes que son el contenido de los derechos de bienestar”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 96.

para o exercício da autonomia individual nesta ótica liberal igualitária⁴⁵. Este raciocínio permite afastar as críticas igualitárias ao liberalismo (defendido por Nino).

1.1.3. A dimensão democrática do Constitucionalismo

Tendo em vista que a Democracia será objeto de análise no capítulo seguinte, o que se intenta por hora é apenas justificar a opção do mencionado autor em situar a democracia como dimensão do próprio constitucionalismo⁴⁶.

A importância desta visão concentra-se em duas considerações principais que refletem, em última análise, a intensa relação existente entre as dimensões histórica e libertária do constitucionalismo e o processo democrático.

Por um lado, sustenta-se a relevância do procedimento democrático para atingir aqueles princípios morais dos quais decorre o conteúdo da Constituição ideal de direitos. A democracia, neste sentido, seria uma extensão regulamentada da discussão moral, ou seja, submetida a um conjunto próprio de regras, e constituiria também um modelo ideal de Constituição. Assim, por razões que adiante se analisará, o procedimento democrático parece ser para Nino a melhor alternativa na busca de soluções moralmente corretas, de modo que observá-lo quando da elaboração de uma Constituição confere a esta mesma uma maior legitimidade⁴⁷.

Em relação à dimensão ideal de direitos, só é justificável para o autor enquanto pressuposto para um processo político-participativo de discussão moral. Isso significa que apenas porque se adota o regime democrático como a melhor alternativa para tomada de decisões é que se pode estabelecer um rol de direitos individuais mínimos, entendidos, assim, como condições para a realização da democracia. Sem democracia, portanto, não há justificativa para o caráter fundamental daqueles direitos⁴⁸.

⁴⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.94.

⁴⁶ Por hora, entenda-se democracia como processo de tomada de decisões políticas em que a todos os que possam por estas ser afetados é atribuído igual direito de expressão, e cujo resultado decorrerá em última análise da vontade da maioria. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 19 e 25.

⁴⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.58.

⁴⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 166.

Por hora, essas duas observações parecem suficientes para justificar a opção do autor em inserir o procedimento democrático na concepção complexa de Constituição. Uma vez que o constitucionalismo baseia-se nas dimensões histórica e libertária, e que a democracia relaciona-se diretamente com estas dimensões (pois o respeito à Constituição histórica permite atribuir eficácia às decisões democráticas anteriores, e porque é a partir da democracia que se pode estabelecer um rol de direitos essenciais), o constitucionalismo não pode ser compreendido sem esta dimensão.

I.2. A relação complexa entre Constituição e Democracia: dialéticas

Após a experiência trágica da Segunda Guerra mundial e dos regimes ditatoriais e comunistas do final do século XX, a convicção em favor dos regimes democráticos foi fortalecida, razão pela qual diversos filósofos e cientistas políticos têm-se dedicado, desde então, não apenas a identificar em que consiste a Democracia e quais as condições necessárias para sua implementação, mas a pensar em meios para garantir sua proteção e estabilidade. Carlos S. Nino enquadra-se dentre eles, e encontra no constitucionalismo uma possibilidade.

O autor desenvolve um conceito de Constituição complexa que compreende não apenas a Constituição histórica e a Constituição ideal de direitos e de poder, mas o próprio processo democrático-participativo. O constitucionalismo, nesta ordem de idéias, compreenderia, portanto, os direitos individuais⁴⁹ e a estrutura de poder estabelecidos pela prática social que se desenvolve a partir do texto constitucional; os direitos individuais e a estrutura de poder concebidos a partir de uma noção ideal de Constituição; e por fim o procedimento democrático, que organiza a atividade política de uma sociedade⁵⁰.

Percebe-se, deste modo, que o autor associa as noções de constitucionalismo e democracia. Destaca, entretanto, que tal associação é repleta de tensões, e as expõe a partir

⁴⁹ Leia-se direitos individuais clássicos, direitos políticos e direitos sociais, em virtude da concepção liberal igualitária adotada pelo autor.

⁵⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 26.

da identificação de duas dialéticas decorrentes do fato de a democracia constituir elemento do constitucionalismo.

A primeira dialética surge a partir da relação entre os aspectos ideal e real (ou histórico) de Constituição. Por um lado, a dimensão ideal de direitos funciona como parâmetro para a justificação e interpretação da sua dimensão real, que deve – na medida do possível – estar de acordo com aquele ideal, constituindo o conteúdo *a posteriori* dos direitos pensados aprioristicamente. Por outro lado, a constituição histórica causa impacto no modo como é pensada a dimensão ideal, pois permite a percepção concreta dos seus limites e possibilidades⁵¹.

A segunda dialética decorre da relação entre a constituição dos direitos e a democracia. Tanto os direitos pensados idealmente quanto aqueles historicamente estabelecidos refletem, para Carlos S. Nino, condições essenciais para a realização da democracia, cuja satisfação, por isso mesmo, constitui pré-requisito para o funcionamento adequado do processo democrático - conforme observados tais direitos é que se determinam as virtuosidades de um processo democrático de tomada de decisão, o seu valor epistêmico. Por outro lado, uma deliberação democrática parece ser, para Nino, o método mais confiável para determinar tais direitos, pois permite que se conheçam os interesses dos sujeitos que integram a sociedade. Há, portanto, uma dificuldade em estabelecer os limites entre o que deve ser decidido *a partir* de um processo democrático e o que deve constituir pré-requisito para sua prática (sendo - por isso - retirado da esfera de discussão)⁵².

Mas uma terceira relação dialética pode ser pensada entre o processo democrático de tomada de decisões e a constituição histórica. Quando esta prática social é respeitada, atribui eficácia às decisões democraticamente tomadas, e isso assegura, de certo modo, que também as decisões tomadas no presente e no futuro serão respeitadas e preservadas - isto contribui para a estabilidade do sistema. Ainda, quando realizada a deliberação e respeitados os direitos individuais, a prática social se torna tal que o consenso em relação à sua continuidade é reforçado, garantindo sua continuidade⁵³.

⁵¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 300.

⁵² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 301.

⁵³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 302.

Assim, antes mesmo de uma tensão, o que há entre estes três elementos do constitucionalismo para Carlos S. Nino é uma relação de apoio recíproco, e entre os ideais de constitucionalismo e democracia, um “feliz matrimônio” – basta, para tanto, acomodá-los, abrindo mão de parte de um ou de outro destes ideais para que se possa conciliá-los⁵⁴. Nas palavras do próprio autor:

El desafío para todos aquellos que estén comprometidos con el ideal del constitucionalismo es equilibrar estos tres elementos cuando entran en conflicto. A través de la búsqueda de ese equilibrio aspiramos a alcanzar el umbral donde los vicios, el debilitamiento y los antagonismos mutuos se convierten en un apoyo virtuoso, fortificador y libertador⁵⁵.

⁵⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 14.

⁵⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 302.

II. O MODELO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA PROPOSTO POR CARLOS SANTIAGO NINO

Carlos Santiago Nino parece não ter dúvida de que a Democracia é o melhor sistema político já desenvolvido⁵⁶, e enquadra-se dentre aqueles que situam a política no domínio da moral, pois entende que a participação num processo político adequado é capaz de transformar interesses individuais em preferências moralmente aceitáveis⁵⁷.

O autor, no entanto, defende uma concepção “normativa” de democracia, que se contrapõe a duas outras concepções - por ele consideradas equivocadas - acerca do que seria tal regime: a hiperrealista e a utopia legítima.

A teoria “hiperrealista” adota uma visão descritiva do regime democrático. Os ideais acerca do que deveria ser uma democracia deixam de ter importância uma vez que os teóricos limitam-se a descrevê-la conforme suas características fácticas. Nesta ótica, a legitimidade subjetiva do regime (sintetizada na crença do povo no Governo e em suas diretrizes) é constitutiva da própria democracia, na medida em que não se concentra num ideal a ser alcançado, mas naquilo que ela efetivamente é. O equívoco destas idéias consiste em que, para que qualquer democracia seja legítima, basta que adote mecanismos institucionais mínimos capazes de desenvolver na consciência popular a justificação moral do regime, independentemente de quaisquer condições ou valores que poderiam constituir um “dever-ser” para o processo democrático.

⁵⁶ “Debemos tratar de mostrar que, imperfectas como son, las prácticas sociales de las democracias actuales se encuentran más cerca del estado democrático ideal que los sistemas que non tienen ningún rasgo democrático”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.24. Ainda, “Por cierto, el procedimiento democrático es extremadamente falible y es tanto más falible, cuanto más se aleje de exigencias de participación, discusión amplia y justificación, pero aun así es menos falible que otros métodos de decisión colectiva, como la reflexión aislada de una sola persona o de un pequeño grupo de personas”. NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral e Política*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994, p. 183.

⁵⁷ NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política*, DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, nº 14, 1993, p.35-46, Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/68093865381792117498380/cuaderno14/doxa14_03.pdf. Acesso em 30.09.2008.

Em outro extremo situa-se a “utopia ilegítima”⁵⁸, que não apenas incorpora ideais ao conceito de democracia, mas nele concentra todas as expectativas de uma sociedade, de modo que sua realização torna-se impossível em qualquer sistema. Utópico, portanto, porque de difícil concretização; e ilegítima por não permitir uma graduação de regimes conforme a aproximação àquele ideal - todos são, desde logo, reprováveis porque - de uma forma ou de outra – não satisfazem o modelo teórico de democracia estabelecido.

Carlos Santiago Nino, entretanto, acredita que “o que a democracia é não pode estar dissociado do que ela deve ser”⁵⁹ (daí porque defende uma teoria *normativa* de democracia). Mas o que ela ‘deve ser’ precisa ser pensado a partir daquilo que ela ‘é’, de suas possibilidades. Isto significa que descrever a realidade das democracias existentes não é suficiente para se teorizar acerca de quais instituições constituem a essência de um regime democrático (postura que permitiria tantas opções quantos fossem os modelos empregados), mas que é a partir destas condições reais que uma teoria deve ser pensada, para que se torne guia para o aperfeiçoamento da prática. O que confere importância a um desenho institucional teórico, portanto, é a possibilidade de – através dele - aperfeiçoar-se o modelo atual, caminhando em direção à realização de certos fins ou valores previamente adotado. Conclui-se, assim, que a prática deve ser orientada pela realização de ideais, e, na medida em que os realiza, legitima-se⁶⁰.

Acreditar, portanto, que a democracia é o mais legítimo regime de governo já desenvolvido requer, antes, que se defina qual a teoria democrática adotada. Isto porque conforme se atribua maior importância ao procedimento ou ao resultado alcançado, e ainda, conforme a relação que se estabeleça entre política e moral, diversa será a noção de Democracia.

⁵⁸ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional...*, p. 11.

⁵⁹ SARTORI, Giovanni. *Democratic Theory*, Detroit: Wayne State University Press, 1962, p.4-5.

⁶⁰ “Em síntesis, no podemos decidir cuál diseño institucional es mejor para asegurar la legitimidad subjetiva y, por lo tanto, la estabilidad de las instituciones democráticas, sin articular una teoría completamente desarrollada que explique los elementos esenciales que le dan valor a la democracia”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 24.

Em relação a estas questões, as teorias democráticas podem adotar enfoques diversos, sobretudo no que diz respeito à incorporação de questões de ordem moral nas explicações e justificações de uma democracia.

Há teorias que entendem a política como espaço em que pessoas e facções atuam na defesa de seus próprios interesses e preferências. Por entender que não há razões objetivas que permitam julgar um interesse como moralmente bom ou moralmente ruim, preferências individuais não poderiam ser desqualificadas em virtude de seu conteúdo. Da mesma forma, as decisões e o resultado alcançados através do procedimento democrático seriam insuscetíveis de juízo de moralidade. Esta postura cética ou relativista em matéria de valores conduz à crença de que procedimento algum é capaz de transformar interesses individuais em preferências altruístas. A democracia, nesta ótica, seria o regime mais adequado por “acomodar” da melhor forma aqueles interesses particulares ou de facções, sem – no entanto - apreciar seu conteúdo moral⁶¹.

Por outro lado, há quem acredite – e Nino enquadra-se neste grupo - que um procedimento político adequado é capaz de transformar interesses individuais em preferências moralmente aceitáveis. Esta visão otimista a respeito da natureza humana pressupõe a possibilidade de se emitir juízos acerca do conteúdo de interesses e resultados. Deste modo, a própria democracia seria um meio para alcançar resultados moralmente corretos, e nisso residiria sua justificação⁶².

Não obstante assumir a existência de concepções mistas de democracia (e em certa medida entender a sua própria teoria como mista⁶³) Carlos Santiago Nino enquadra-se dentre aqueles que situam a política no domínio da moral. O autor constrói um modelo dialógico de democracia – Democracia Deliberativa – cuja importância reside justamente no

⁶¹ As teorias utilitaristas, elitistas, pluralistas e consensualistas seriam bons exemplos, para Nino, deste enfoque. NINO, Carlos Santiago, *La Constitucion de la Democracia Deliberativa...*, p.102 e 104-132.

⁶² Neste sentido, destacam-se as teorias democráticas de Rousseau e John Stuart Mill. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato social*. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 2005. E ainda, MILL, John Stuart, *Considerações sobre o Governo Representativo*. Tradução: Manoel Innocêncio de L.Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

⁶³ Por concepções mistas entenda-se aquelas que aceitam o fato de que apenas algumas preferências estão sujeitas a transformações. NINO, Carlos Santiago, *La Constitucion de la Democracia Deliberativa...*, p. 143.

seu poder para transformar, por meio da deliberação, interesses individuais em preferências moralmente aceitáveis.

Ainda, pressupondo a existência de *princípios morais de caráter intersubjetivo*, Nino deposita a confiabilidade do procedimento democrático na capacidade para alcançar tais princípios, sem – no entanto – recair em um perfeccionismo, por diferenciar *standards* morais intersubjetivos de *standards* morais individuais (estes, não passíveis de imposição)⁶⁴.

É, sobretudo, a partir destas teorizações que Carlos S. Nino constrói os fundamentos para sua concepção de Democracia-Deliberativa.

II.1. Os fundamentos da democracia deliberativa: o conceito de valor epistêmico

A democracia é entendida, por Nino, como um sucedâneo institucionalizado da discussão moral informal⁶⁵, e ambos constituem métodos para tomada de decisões coletivas. Enquanto a discussão moral procura atingir o consenso através de um processo de argumentação e convencimento, a democracia limita-se a satisfazer a vontade da maioria, já que a necessidade de tomada de decisões em determinado lapso temporal impõe restrições ao processo de debate e argumentação, inviabilizando - em regra - o alcance da unanimidade.

Mas mesmo distante de um consenso, a democracia como regra da maioria parece ser, ainda, o meio mais apto para alcançar decisões moralmente corretas. Isto não ocorre por questões meramente quantitativas (“a maioria é mais próxima da unanimidade que a minoria”), mas porque, para Nino, a maioria preserva em maior medida o requisito da imparcialidade que outros sucedâneos do discurso moral⁶⁶. Esta capacidade da discussão

⁶⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitucion de la Democracia Deliberativa...*, p. 154.

⁶⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitucion de la Democracia Deliberativa...*, p. 167.

⁶⁶ Esta diferenciação é fundamental, pois é partir dela que Nino expressa a necessidade de se atentar para os resultados da discussão democrática, e não apenas para o procedimento: não basta que ela atinja o apoio da maioria, é necessário que seja também imparcial. Como não se pode, entretanto, determinar o que é imparcial (ou aceitável por todos) individualmente, este resultado só será de fato imparcial quando alcançado coletivamente – daí porque se entende que, a partir desta afirmação, a teoria democrático-deliberativa de Carlos S. Nino poderia superar a distinção entre procedimentalistas e substancialistas, pois parece que para ele procedimento e resultado não podem ser entendidos separadamente (ainda que ele não afaste, mais por uma

coletiva e da decisão majoritária para alcançar decisões moralmente corretas é denominada por Nino de *valor epistêmico* da democracia, e constitui o principal argumento em favor da adoção dos regimes democráticos.

Esta opção do autor pela Democracia pressupõe que a imparcialidade e a correção moral são não apenas possíveis na tomada de decisões coletivas, como constituem elementos de um modelo ideal de procedimento e resultado. A imparcialidade de uma decisão significa, em última análise, que ela não privilegia apenas os interesses de um ou de alguns dos sujeitos envolvidos, mas procura equilibrar as preferências de todos. Tendo em vista que Nino adota uma postura liberal igualitária que privilegia a autonomia pessoal na eleição de interesses e preferências, parece que quanto mais sujeitos aderirem e aceitarem livremente uma decisão (porque ela converge com seus interesses), mais próxima da imparcialidade ela estará⁶⁷. Isto justifica o entendimento do autor de que o valor da democracia como regra da maioria consiste na preservação do requisito ideal da imparcialidade, da correção moral.

Entretanto, vale ressaltar que o valor epistêmico não é algo inerente à democracia. Antes, está associado a alguns fatores que, quando observados, maximizam a tendência à imparcialidade. Para Nino, a observância destes fatores pode ser assegurada por meio de regras que orientam o procedimento democrático, com o objetivo de tornar seu resultado um guia confiável para o alcance de princípios morais.

Um primeiro fator condicionante da imparcialidade é o *conhecimento dos interesses alheios*. Uma decisão imparcial deve levar em consideração e procurar equilibrar na melhor medida os interesses de todos os sujeitos envolvidos. Para isso, no entanto, é necessário conhecer os interesses de cada indivíduo envolvido, e (para Nino) ninguém está mais apto a determinar seus próprios interesses que cada sujeito.

Daí porque um governo ditatorial, por exemplo, não satisfaz o requisito de imparcialidade. Seja porque atua egoisticamente, ou porque parte de uma concepção perfeccionista (de que os indivíduos não são capazes de escolher o melhor para si),

questão de prudência do que de crença, a possibilidade hipotética de que um juízo individual alcance a imparcialidade).

⁶⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitucion de la Democracia Deliberativa...*, p. 166.

normalmente um agente político isolado ignora os interesses reais dos demais indivíduos, decidindo de forma parcial. Mas a principal razão para tal parcialidade deve-se à dificuldade em compreender corretamente os interesses dos setores da sociedade que estão mais distantes da sua própria realidade. Ainda que o governante esteja de fato preocupado em alcançar decisões moralmente corretas, comete alguns equívocos durante a tomada de decisões. Por exemplo, ao decidir pode tomar como base seus próprios interesses pessoais, generalizando-os; ou ainda, ignorar as situações concretas ou os valores de um certo grupo de indivíduos, fatores determinantes para as escolhas. Nestes casos, mesmo que o ditador ou o governo da minoria proceda a uma investigação para tentar minimizar estas “distâncias”, é provável que não incluam todos os possíveis atingidos pela decisão a ser tomada.

Um prejuízo ainda maior causado por este processo de tomada de decisão decorre do fato de que ele impede a discussão, que - de acordo com Nino - é essencial para assegurar a confiabilidade do resultado alcançado. Quando um sujeito é individualmente questionado acerca de seus interesses, não tem oportunidade de confrontá-los com a opinião dos demais, e isso pode fazer toda a diferença tendo em vista que ao conhecer os interesses alheios muitos podem alterar suas escolhas, por não confiar em seu próprio juízo ou por perceber que a sua primeira escolha não era de fato a melhor. Além disso, ao confrontar interesses, alguns sujeitos deparam-se com o problema de ações coletivas, em que a sua escolha pode ser determinante para o sucesso ou o fracasso da escolha alheia, de modo que o acordo entre as escolhas passa a ser relevante para seu sucesso⁶⁸.

Por essas razões, a democracia - enquanto espaço de discussão e deliberação coletiva - parece ser o regime de Governo mais confiável e com maior tendência à imparcialidade. Nela, cada sujeito envolvido tem oportunidade para manifestar, diretamente ou por meio de representantes, seus interesses e expor seus argumentos, gerando um

⁶⁸ Dentre os problemas de ação coletiva destacam-se o Dilema do Prisioneiro e a teoria dos jogos. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 168-170.

processo de interação capaz de, em tese, equilibrar e aperfeiçoar as próprias escolhas individuais⁶⁹.

Um segundo fator que contribui para a imparcialidade do processo de tomada de decisões está relacionado à *justificativa* dos interesses apresentados.

Para Carlos S. Nino, as opções individuais devem ser expostas aos demais por meio de um processo de argumentação, que racionalize em certa medida o debate (não obstante a influência de fatores emocionais na determinação dos interesses). Acredita o autor que em toda discussão moral autêntica é necessário que os participantes justifiquem suas propostas frente aos demais, demonstrando que se trata de uma proposta real e genuína, aparentemente aceitável por sujeitos imparciais (ainda que não seja considerada válida ao fim da discussão)⁷⁰.

Mas há dificuldade em determinar o que constitui um argumento genuíno. Pode-se, no entanto, prever alguns argumentos que são desde logo inaceitáveis em qualquer discussão moral. Por exemplo, argumentos baseados em desejos (“isto é o que eu quero”) ou em costumes e tradições (“sempre se decidiu desta forma”). Desejos não atribuem relevância a um interesse, e tradições podem sempre ser questionadas. Ainda, argumentos que refletem inconsistências pragmáticas (porque incompatíveis com a conduta do próprio sujeito naquela ou em outra circunstância), ou que não levem em conta interesses de indivíduos, mas de abstrações supraindividuais. Por fim, argumentos cuja aplicação limita-se a uma única situação (inaceitável, assim, a recusa de uma solução geral pelo simples fato de que ela não poderia ser aplicada neste ou noutro caso)⁷¹.

Ainda que estes requisitos não assegurem a ausência de propostas exclusivamente auto-interessadas (já que estas podem ocultar-se em proposições aparentemente imparciais), eles impõem, em certa medida, limites à exposição de argumentos

⁶⁹ Nesse aspecto as reflexões de Carlos Santiago Nino aproximam-se da concepção de “esforço coletivo”, desenvolvido por Jürgen Habermas em: HABERMAS, Jürgen. *Discourse Ethics: notes on a program of philosophical justification*, in LENHARDT, Christina; NICHOLSEN, Sherry Weber, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge: The MIT Press, 1990.

⁷⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 171.

⁷¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 171-172.

expressamente falsos. Deste modo, contribuem para a imparcialidade, pois permitem a superação de posições egoísticas e o progresso da discussão.

Mas o valor epistêmico da democracia é também ampliado na medida em que ele pressupõe um processo de discussão que viabiliza a *detecção de erros fáticos e lógicos* no raciocínio individual.

É certo que *“No hay garantías de que la mayoría tenga siempre mayor razón ...”*⁷², pois é provável que um estudioso de certa área do conhecimento esteja mais apto a tomar decisões moralmente corretas no que diz respeito ao seu objeto de estudo do que uma maioria pouco informada. Mas é comum que ao tomar decisões individualmente, cometa-se algumas incoerências lógicas ou desconheça-se condições fáticas determinantes para a correção moral da decisão. Isto revela, portanto, a importância e a virtude da deliberação em qualquer processo decisório. Independentemente do objeto em análise, todos possuem as mesmas faculdades para detectar incoerências na solução proposta, de modo que há muito mais chances de se corrigir estes erros pensando coletivamente do que de forma isolada⁷³. Esta possibilidade de detectar erros fáticos e lógicos constitui o terceiro fator capaz de ampliar o valor epistêmico da democracia.

Não obstante todos estes fatores constituírem uma tentativa de “racionalizar” o debate por meio de regras, é importante destacar o papel auxiliar desempenhado por *fatores emocionais* no busca da imparcialidade.

Ainda que eles possam prejudicar o descobrimento de respostas moralmente corretas por meio da chamada “psicologia de massas”, ou do carisma e habilidade retórica de alguns face à timidez de outros (o que dificulta a análise imparcial de argumentos), é necessário apontar de que forma elementos emocionais podem contribuir, quando tomados em sério, para a ampliação do valor epistêmico do debate.

São os fatores emocionais, por exemplo, que impulsionam a discussão moral e a tentativa de convencer os outros acerca da correção das nossas próprias posições. Além

⁷²“... no és mi intencion defender una teoría consensual o mayoritaria de la verdad fáctica, lógica o filosófica. Lo que intento defender es sólo una teoría consensual o mayoritaria del conocimiento de ciertos tipos de asuntos morales”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 174.

⁷³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 174.

disso, é a existência destes fatores que leva os sujeitos a justificar suas ações e decisões perante os demais. No que se refere, ainda, à imparcialidade, vale ressaltar a influência do fator emocional no momento de avaliar os interesses e identificar a situação alheia, o que requer alguma empatia pela condição do outro. Por fim, o receio de que a exposição de argumentos falsos, inconsistentes e egoísticos implique o isolamento ou o desprezo social parece uma importante razão pela qual os sujeitos tenderiam a emitir argumentos genuínos e imparciais. O resultado da soma destes e de outro fatores emocionais, portanto, é capaz de motivar posições imparciais, de modo que também estes fatores são condição para ampliar o valor epistêmico da democracia⁷⁴.

Mas é comum que em processos de deliberação os sujeitos exerçam certa pressão sobre os demais, na tentativa de convencê-los a apoiar seus argumentos e fazer prevalecer seus interesses. Neste sentido, desenvolve-se um processo nocivo à imparcialidade, qual seja, a negociação de interesses.

É possível, ainda assim, extrair desta prática alguns elementos que podem contribuir para a imparcialidade da discussão democrática. Pense-se, por exemplo, nas ameaças oriundas de uma negociação, como o risco de que aqueles que apóiam uma proposta hoje venham a ser convencidos a mudar de opinião. Isto faz com que a tentativa de persuadir o maior número de pessoas nunca se esgote, ainda que já haja apoio da maioria. Esta consideração pode ser aplicada ao processo democrático, pois neste há igualmente a necessidade constante de persuadir os demais (através da argumentação, entretanto). Na medida em que se busca adesão, os participantes são motivados a prestar atenção nos interesses alheios, como forma de tornar sua proposta interessante. Esta consideração pelo interesse alheio é justamente um dos elementos que contribuem para a imparcialidade dos argumentos, de modo que a *negociação* subjacente a qualquer deliberação pode ser entendida – em última análise – como fator para a ampliação do valor epistêmico da Democracia⁷⁵.

Em síntese, a consideração pelos interesses alheios, a necessidade de justificação, a capacidade para detectar erros fáticos e lógicos nos argumentos dos demais, a

⁷⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 175-176.

⁷⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 177.

interferência de alguns fatores emocionais e a necessidade constante de buscar apoio são fatores que trazem imparcialidade às propostas lançadas individualmente para tomada de decisões, e na medida em que estão presentes em processos de deliberação democrática, atribuem valor à democracia.

Mas a imparcialidade pode ser pensada também em nível coletivo. Neste aspecto, acredita-se que a Democracia seja o regime de Governo mais adequado por entender que há uma *tendência coletiva à imparcialidade*, ou seja, que em muitos casos, quanto mais próximo da unanimidade se estiver, tanto mais próximo se estará da imparcialidade⁷⁶.

É certo que muitas vezes a maioria pode tomar decisões parciais (um único voto dissidente, por exemplo, pode, ainda assim, revelar graves desvios de correção moral). Há situações em que a “agregação utilitarista” de satisfação de preferências não é suficiente para determinar a correção moral da decisão, como quando há conflito de direitos em que um deles vincula-se ao valor da autonomia. Nestes casos, não há dúvida para Carlos S. Nino de que a decisão moralmente correta a se adotar deve privilegiar o princípio da autonomia, independentemente da maioria assentir ou não, pois a importância da preservação do princípio da autonomia é tal que não se pode – sequer – submetê-lo à discussão, evitando o risco de que uma maioria eventualmente parcial venha a afastá-lo .

Pode-se dizer, então, que a tendência coletiva à imparcialidade não é absoluta. Ainda assim, parece verdadeira nos casos em que não há hierarquia entre as soluções a serem adotadas. Nestas circunstâncias parece ser possível afirmar que o melhor critério para atribuir imparcialidade à decisão é o apoio da maioria, que revela, em última análise, a satisfação de interesses do maior número de pessoas – aceito o fato de ser praticamente impossível satisfazer o interesse de todos⁷⁷.

Feitas essas reflexões teóricas acerca do valor epistêmico da democracia, é possível concluir que o modelo ideal de democracia proposto por Carlos S. Nino baseia-se, sobretudo, na participação política plena e na realização de uma discussão coletiva. Assim, para o autor, toda democracia real deve procurar satisfazer ao máximo os requisitos de *participação* e *discussão coletiva*, o que ocorre, sobretudo, quando se implementa um modelo de

⁷⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 179.

⁷⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 179-180.

democracia direta (sem representação), em que há **interesse das pessoas pela política** (ausência de abstenções e de apatia política), para que se possa realizar efetivamente um **debate público** que viabilize às pessoas igual oportunidade para manifestar e defender seus interesses⁷⁸.

A institucionalização deste modelo teórico, entretanto, encontra alguns obstáculos diante das condições e características das sociedades atuais. Torna-se, assim, indispensável (re)pensar o seu alcance e as possibilidades (ou dificuldades) para a sua aplicação, para que não se reduza a mais uma “utopia ilegítima” e seja, de fato, uma diretriz na transformação do processo democrático.

II.2. Os limites e possibilidades de um modelo deliberativo de democracia

Dos ideais de participação direta e discussão coletiva é possível, para Carlos S. Nino, extrair alguns fatores que condicionam o valor epistêmico da democracia, de modo que o grau de satisfação destes implica a variação da capacidade epistêmica da democracia. Assim, a participação direta no processo de deliberação deve também ser livre e igual, e consistir na possibilidade efetiva de expressar e expor argumentos de forma justificada. Para que possam prevalecer, estes argumentos - além de genuínos - devem gozar do apoio de um número considerável de pessoas. Esta maioria, entretanto, deve variar conforme o assunto em questão, revelando a ausência de minorias isoladas ou aquilo que Nino denomina de “maiorias congeladas” (casos nos quais o debate é irrelevante porque os votos são previamente definidos por um grupo de sujeitos). Ainda, a não interferência de emoções extraordinárias seria uma condição para o valor epistêmico da democracia⁷⁹.

Reconhece-se, entretanto, que são raros (senão inexistentes) os casos em que os Governos democráticos satisfazem plenamente estas condições - em regra, as democracias possuem baixo valor epistêmico. Daí porque a idéia de Valor epistêmico como justificativa para a adoção do modelo democrático pode ser criticada, porque ela é capaz de justificar

⁷⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 202-253.

⁷⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 180.

apenas em parte as democracias existentes, somente na medida em que elas preenchem aquelas condições. Trata-se, portanto, de um “ideal regulativo”⁸⁰ que funciona antes como guia para democracias em transformação, e não como reflexo fiel da realidade dos Governos democráticos⁸¹.

Mas não obstante o baixo valor epistêmico das democracias existentes, este valor é, ainda assim, superior ao dos demais modelos de tomada de decisões, como a reflexão individual⁸². Tendo em vista que é extremamente difícil descobrir a partir da própria reflexão os interesses dos demais sujeitos, pode-se dizer que uma discussão democrática, ainda que dotada de baixo valor epistêmico, é mais apta a alcançar decisões moralmente corretas, em virtude da participação dos indivíduos interessados.

Há casos, entretanto, em que não obstante a observância de algumas condições de imparcialidade, a discussão coletiva desrespeita os interesses de alguns indivíduos de tal modo que até mesmo a reflexão individual poderia conduzir a uma solução mais imparcial⁸³. Nestas situações, é possível que os indivíduos em desacordo com a maioria levantem objeções, reabrindo o debate, pois ainda que se acredite que a discussão coletiva seja o modo mais confiável para conhecer princípios morais, “*esta confiabilidad no puede excluir completamente la confianza en nuestra propia reflexión individual para expresar argumentos en la discusión*”⁸⁴. Caso reaberto o debate, mas mantida a decisão adotada, ainda assim

⁸⁰ Expressão utilizada por Chantall Mouffe para caracterizar a situação ideal de fala proposta por Jürgen Habermas (HABERMAS, J. *Between Facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1996). MOUFFE, Chantall. *Por um modelo Agonístico de democracia*. Tradução: Pablo Sanges Ghetti, in *Revista de Sociologia e Política*, nº 25, jun. 2006, p. 165-175.

⁸¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 180.

⁸² O artifício da reflexão individual é apresentado como meio adequado para se decidir acerca de questões morais ou de justiça por John Rawls, em *Uma teoria da Justiça*. Em síntese, entende o autor inglês que existem diversas concepções de justiça, e que cada sujeito adota como parâmetro de conduta uma ou outra concepção, conforme os seus interesses e convicções. “*A questão é: quem deve decidir? A resposta é: todos devem decidir, cada um refletindo por si só, e, com razoabilidade, cortesia e sorte, o resultado será com frequência satisfatório. Assim, numa sociedade democrática, reconhece-se que cada cidadão é responsável pela sua interpretação dos princípios da justiça e pela sua conduta à luz dos mesmos*”. RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. Tradução: Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 109.

⁸³ Conforme será visto no capítulo III (p.69), esta idéia é fundamental na teoria de Carlos S. Nino para justificar o controle judicial de constitucionalidade em uma democracia deliberativa.

⁸⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 198. Especificamente neste ponto, a idéia defendida por Nino aproxima-se das reflexões desenvolvidas por John Rawls em *Uma teoria da*

acredita Nino que ela deverá ser respeitada, porque há crença no valor epistêmico geral de que, em regra, a decisão coletivamente tomada é capaz de fornecer a melhor resposta para a sociedade⁸⁵.

Si ignoramos el resultado de la discusión colectiva y la decisión mayoritaria cada vez que nuestra reflexión em forma aislada nos dice que ella está equivocada, estamos dando prioridad a la reflexión y obedeciendo la decisión de la mayoría sólo cuando esta coincide con nuestro próprio pensamiento⁸⁶.

Condutas como essa prejudicariam a democracia e corresponderiam à negação tácita de que ela é o melhor regime de Governo.

Além do baixo valor epistêmico das democracias existentes, e da possibilidade de que a maioria cometa equívocos, há um terceiro limite à concepção de valor epistêmico da democracia, que decorre da impossibilidade de aplicá-lo a certos temas. Reconhece-se, assim, que no tocante a assuntos científicos, religiosos ou filosóficos, por exemplo, o apoio de uma maioria não implica sua correção, tampouco o aproxima da imparcialidade, porque há nas sociedades modernas uma pluralidade de valores e interesses sobre os quais não é possível haver consenso, como convicções filosóficas ou crenças religiosas⁸⁷.

Justiça..., p. 300, quando expõem o autor inglês que “Não pode haver qualquer interpretação jurídica ou socialmente aprovada a cuja aceitação estejamos sempre moralmente vinculados, nem mesmo quando seja feita por um tribunal supremo ou por uma assembleia legislativa”.

⁸⁵ Este mesmo argumento justifica a técnica decisória denominada por Nino de “segunda melhor”, mencionada no início do presente estudo (p.11). Ela consiste, em última análise, na preservação da Constituição Histórica pelos seus aplicadores (ainda que para estes ela não pareça a solução mais adequada) tendo em vista que esta Constituição histórica deriva de um conjunto de decisões coletivamente tomadas em momento pretérito. Para Nino, como a democracia é dotada de valor epistêmico, as decisões que a partir dela são tomadas – definindo os contornos de uma

Constituição histórica – devem ser respeitadas: abre-se mão da melhor opção pensada individualmente, em prol daquela que parece a “segunda melhor” porque fruto de uma concepção democrática dotada de valor epistêmico.

⁸⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución e la Democracia Deliberativa...*, p. 181.

⁸⁷ Esta idéia parece guardar alguma semelhança com o conceito de “visões abrangentes” desenvolvido por John Rawls. Para elaborar seus princípios de Justiça, Rawls reconhece a existência de uma pluralidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais na sociedade, “razoáveis”, porém, incompatíveis entre si, mas a partir das quais seria possível - ainda assim - estabelecer uma sociedade livre e justa, através do que denomina “consenso sobreposto”. RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 25.

Mas o valor epistêmico da democracia também não pode ser aplicado no que diz respeito a decisões que se situam na esfera da moralidade privada. Retomando, assim, a distinção entre *standards* morais intersubjetivos e *standards* morais pessoais, Carlos S. Nino reconhece que, em se tratando de condutas cujos efeitos recaem exclusivamente sobre a qualidade de vida do agente, não há que se falar em valor epistêmico como fundamento para a tomada de uma decisão. Trata-se de decisões que não requerem o equilíbrio de interesses de diversas pessoas para aproximar-se do imparcial, pois sua “correção moral” vincula-se exclusivamente à satisfação dos interesses do próprio agente - o que ocorre em grau máximo quando o indivíduo decide autonomamente, sem interferência de terceiros.⁸⁸.

A implementação de uma democracia deliberativa enfrenta, ainda, outras dificuldades. Qualquer modelo de democracia que se pretenda aplicável depara-se atualmente com questões de grande complexidade, como a dimensão das comunidades políticas, as diferenças consideráveis entre os indivíduos⁸⁹, a indisponibilidade de tempo para participação política, o avanço tecnológico (que torna os assuntos públicos a serem discutidos cada vez mais técnicos e mais distantes do conhecimento geral) e a formação de pequenos grupos fechados (*facções*), que procuram defender os interesses de seus membros sem submetê-los à discussão no espaço público. Estes e outros fatores impedem a participação direta dos sujeitos, inviabilizam uma discussão efetivamente coletiva e, portanto, um debate público de qualidade. É preciso enfrentar cada uma destas questões e pensar em alternativas para superá-las, para que a democracia se torne de fato um regime de governo dotado de algum valor epistêmico.

II.2.1. A democracia direta em questão

⁸⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 182-183.

⁸⁹ Este, aliás, o principal fundamento pelo qual autores como Chantall Mouffe criticam as concepções deliberativas. Mouffe, por exemplo, desenvolve aquilo que denomina modelo “agonístico” de democracia. Pressupondo a existência de antagonismos inerentes às relações humanas, em síntese, propõe a autora uma democracia baseada na transformação destes antagonismos em *agonismos*, a partir do reconhecimento do outro enquanto adversário legítimo, e da impossibilidade de se alcançar um consenso racional na esfera política. MOUFFE, Chantall. *Por um modelo agonístico de democracia...*, p. 165-175.

O primeiro problema que se coloca, portanto, é a dificuldade de se operar nas sociedades atuais uma democracia *direta*.

Tendo em vista a dimensão das comunidades políticas, a falta de tempo disponível entre os cidadãos para dedicar-se a assuntos públicos, a complexidade dos assuntos discutidos e tantos outros fatores que inviabilizam o debate público direto no cenário político, são freqüentemente apontados como mecanismos para viabilizar a participação popular e, logo, ampliar o valor epistêmico das democracias existentes, *o sistema de representação política* (que permite, em tese, uma participação popular indireta), a atuação dos *partidos políticos* (como forma de organizar os interesses das pessoas) e os *instrumentos de participação direta* (como plebiscitos, referendos e iniciativas populares no processo legislativo).

O sistema de representação foi inicialmente pensado como forma de superar a dificuldade da tomada de decisões coletivas em grandes sociedades, sem – no entanto – desvirtuar completamente a noção de soberania popular. Acreditava-se que, já que não era possível efetuar um debate direto entre todos os sujeitos que compunham a sociedade, todos deveriam eleger um número mínimo de representantes para atuar em seu nome no processo de tomada de decisões. Este sistema não só facilitaria a discussão e a decisão (já que se desenvolveria entre um número restrito de pessoas), como, acreditava-se, permitiria que ao menos indiretamente todos os sujeitos pudessem participar do processo decisório, elegendo seus representantes.

Não obstante tais argumentos em favor do sistema representativo, quando pensado a partir da noção de Valor epistêmico este sistema só pode ser visto como um “mal necessário”⁹⁰, pois prejudica - senão elimina - seu elemento central, qual seja, a participação direta na tomada de decisões. É esta participação que possibilita a tomada de decisões imparciais, na medida em que, ao participar, cada indivíduo (re)pensa seus interesses e os manifesta – sem intermediações - por meio de argumentos. Já no sistema representativo, as possibilidades de conhecimento e consideração dos interesses dos demais envolvidos são praticamente inexistentes, seja porque o representante não possui experiência necessária

⁹⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 235.

para colocar-se no lugar do outro, seja porque ao agir, sobrepõe os seus próprios interesses aos interesses da coletividade⁹¹.

Diante destas considerações, a questão colocada por Nino é como construir uma concepção de representação política que minimize tais desvios.

A alternativa proposta pelo autor, é pensá-la enquanto delegação através da qual os eleitores conferem aos representantes a competência para prosseguir a discussão iniciada durante a campanha eleitoral. Isso pressupõe que as campanhas sejam compreendidas enquanto situações nas quais candidatos expõem valores e idéias, submetendo-os a uma série de debates com os demais candidatos e com os próprios eleitores, e ao final das quais elegem-se por meio do voto as propostas de um ou de alguns candidatos que se comprometem, assim, a implementar tais propostas durante o exercício do mandato⁹². Em se tratando de cargos individuais, caberia ao representante eleito desenvolver as idéias lançadas e pensar os meios mais adequados para realizá-las. Já em cargos coletivos, deveriam os representantes conjuntamente dar continuidade à deliberação iniciada durante a campanha eleitoral antes mesmo de implementá-las⁹³.

Aceito, portanto, o fato de não ser efetivamente possível instituir uma participação direta, é preciso garantir que ao menos o requisito da discussão para a tomada de decisões democráticas seja observado, pois se a representação é um modo (ainda que precário) de contornar a questão da participação popular no Governo, ela pode não ser suficiente para satisfazer o ideal de deliberação e discussão democrática. Neste sentido, a segunda alternativa sugerida por Carlos S. Nino como forma de aperfeiçoar o sistema representativo

⁹¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 184.

⁹² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 184.

⁹³ Uma das críticas que se faz a esta concepção de representação como delegação é a dificuldade de definir as “margens de liberdade” atribuídas ao representante/delegado. Se se entende que durante seu exercício (ao prosseguir o debate e ao tomar decisões) o representante deve ser absolutamente fiel às posições pré-fixadas, suas possibilidades de mudança de opinião são eliminadas e, portanto, não há efetivamente uma deliberação (que pressupõe a possibilidade de alterar posições diante de bons argumentos), mas negociação (em nome dos eleitores os representantes negociariam interesses). Por outro lado, atribuir esta margem de liberdade poderia prejudicar a justificativa do sistema representativo em uma democracia deliberativa, pois enquanto não vinculados às posições tomadas durante a campanha, haveria grandes chances de os representantes não corresponderem aos anseios dos eleitores. Neste sentido, o artigo de Alfredo Stolarz: STOLARZ, Alfredo. *Representación, democracia directa y valor epistémico: cuestiones acerca de la teoría deliberativa de Carlos S. Nino.*, p. 2. Disponível em: <http://www.stafforini.com/nino/representacion.htm>, acessado em 23/07/2008.

consiste na adoção de sistemas mistos de governo, em detrimento dos sistemas presidencialistas ou parlamentaristas puros.

Tendo em vista a teoria do valor epistêmico, o autor aponta uma série de deficiências inerentes aos sistemas presidencialistas, tanto funcionais quanto morais, e que levam a uma preferência por sistemas parlamentares. Em primeiro lugar, problematiza a falta de legitimidade subjetiva (leia-se apoio popular) dos Presidentes eleitos. Isto porque quando eleitos por maioria simples, seu apoio é insuficiente para garantir a estabilidade do sistema, e ainda que haja um segundo turno (instrumento comumente utilizado para amenizar as dificuldades de se eleger um Presidente por maioria simples), este cria, quando muito, uma “maioria artificial” e circunstancial, já que muitos cidadãos vêm-se obrigados a votar em candidatos que não são sua primeira opção. Isto resulta, em última análise, na ausência de apoio popular⁹⁴.

O autor menciona também o caráter disfuncional do sistema presidencialista em períodos de crise política e sócio-econômica. Nestes casos, a responsabilidade por eventuais problemas políticos ou econômico-sociais concentra-se na figura do Presidente. Se à primeira vista destituí-lo parece ser a melhor solução para contornar a crise, isto acarreta, entretanto, o colapso de toda a estrutura democrática, já que ele centraliza o poder do Estado. Resgatar sua credibilidade, por outro lado, e a credibilidade nas instituições políticas, é difícil tendo em vista que o partido político que poderia apoiá-lo diante das críticas da oposição prefere, em regra, abster-se, para não perder também sua credibilidade⁹⁵.

Além disso, a figura centralizada do Presidente acarreta uma personalização do poder que enfraquece toda a estrutura do Estado. Qualquer problema que resulte em seu afastamento (seja relacionado à perda de popularidade, seja uma dificuldade física ou psicológica) incide negativamente sobre toda a estrutura institucional do Estado. Nestes casos, a figura do vice-presidente pode ser vista como uma alternativa, mas não se pode desconsiderar o fato de que o vice-presidente, normalmente, é eleito mais por razões políticas do que vinculadas à sucessão presidencial. A centralização do poder é ainda uma questão delicada tendo em vista que amplia as possibilidades de abuso autoritário e

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 242.

⁹⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 245.

corrupção por parte do Presidente, bem como a possibilidade de que, em situações de apoio majoritário, sinta-se ele desobrigado a cumprir as promessas feitas durante a campanha⁹⁶.

Em sistemas presidencialistas ocorre, ainda, uma situação de rivalidade acirrada e confronto excessivo entre os Partidos, já que a indivisibilidade do cargo central do poder cria uma disputa entre os partidos pela presidência. Esta disputa prejudica a estabilidade e a funcionalidade do sistema, pois resulta na tentativa constante da oposição em derrubar o Presidente, e na paralisação do sistema, sempre que a maioria do poder legislativo for constituída por membros do partido da oposição. Se, por outro lado, o Presidente obtém apoio da maioria dos membros do legislativo, isto implica a submissão do Congresso às suas decisões⁹⁷.

Esta rivalidade excessiva entre os partidos também prejudica a estabilidade do sistema porque dificulta a formação de coalizões entre eles, o que poderia facilitar a superação de crises institucionais. Uma vez que não há como compartilhar a presidência, tampouco meios de a oposição participar do governo através de cargos políticos auxiliares não eleitos, não há cooperação entre partidos da oposição e da situação, pelo contrário, cria-se um cenário constante de críticas e ataques à figura do Governo e do Presidente que acabam por prejudicar a estabilidade de todas as instituições democráticas⁹⁸.

Diante destas considerações, um sistema Parlamentarista parece mais eficiente e estável que o presidencialista, para Carlos S. Nino. Em situações de crise política ou sócio-econômica, por exemplo, há a possibilidade de dissolução do Parlamento como “válvula de escape” que permitiria a conservação das demais instituições democráticas, ao contrário do que ocorre no sistema presidencialista, em que destituir o Presidente é não só mais difícil (pela rigidez do sistema) como acarretaria o colapso de todas as demais instituições que dependem daquela figura central de poder⁹⁹.

Além disso, em sistemas parlamentaristas, o fato de o Poder Executivo não se concentrar nas mãos de uma só pessoa, mas ser compartilhado pelos diversos sujeitos que

⁹⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 246.

⁹⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 244.

⁹⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 245.

⁹⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 243.

compõem o Parlamento, evita desvios decorrentes da concentração do poder (como o abuso de autoridade). Esta atuação conjunta e compartilhada traz ainda a vantagem de permitir que vários partidos participem do governo simultaneamente, o que não só ameniza a situação de competição entre os partidos, como permite uma deliberação mais efetiva no sistema representativo, já que um corpo coletivo de representantes amplia as possibilidades de deliberação e torna possível que sejam levados em consideração um maior número de interesses, conforme a variedade de ideologias adotadas pelos membros do Parlamento¹⁰⁰. Quando a decisão, entretanto, é tomada individualmente por um Presidente, estas possibilidades tornam-se praticamente inexistentes¹⁰¹.

Outra vantagem dos sistemas parlamentaristas diz respeito à maior estabilidade do Governo quando se adota um “parlamentarismo racionalizado” em que há meios, como a “censura construtiva” (que impede que a maioria censure o governo quando enquanto não houver apoio suficiente para a formação de um novo governo), que atenuam as possibilidades de instabilidade institucional. Além disso, em sistemas parlamentaristas, uma eventual instabilidade no Governo não acarreta necessariamente a instabilidade de todo o sistema democrático – como ocorre no presidencialismo em virtude da centralização do poder¹⁰².

Não obstante tais possibilidades, Carlos S. Nino reconhece que também os sistemas Parlamentaristas possuem limitações (como as situações de empate entre os partidos mais importantes no Parlamento, que acarreta uma pressão por parte dos partidos menores –

¹⁰⁰ Não obstante fazer estas considerações, o próprio Carlos S. Nino pondera as dificuldades de se implementar uma deliberação efetiva nos sistemas parlamentaristas atuais, pois o Parlamento muitas vezes reduz-se a um lugar “*donde reina la politiquería y la verbosidad, con lobbistas operando detrás de la escena y con un*

funcionamiento permanentemente ineficiente y lento. Sin embargo, parte de esta imagen es producto de deficiencias reales en la composición y funcionamiento de los parlamentos. Deberían adoptarse mecanismos que asegurasen la eficiencia y la apertura, tales como la aprobación de leyes en las comisiones parlamentarias, convertir en públicas las reuniones de las comisiones y permitir la sanción de una ley con la aprobación de una de las cámaras si la otra no toma intervención dentro de un determinado período de tiempo”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 237.

¹⁰¹ Em verdade, sabe-se que nos sistemas presidencialistas o Chefe do Poder Executivo não toma as decisões políticas individualmente. Conta, em regra, com assessores e Ministros cuja função é justamente auxiliá-lo no exercício do Governo. No Brasil, por exemplo, o Presidente é auxiliado não apenas pelos Ministros do Estado (CF/88, art. 76) como pelos membros do Conselho da República, instituição cuja finalidade precípua é servir de órgão consultivo ao Presidente da República, nos termos do art. 89 da CF/88.

¹⁰² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 248.

convocados para desempatar a votação). Daí porque a preferência do filósofo argentino por sistemas mistos de governo¹⁰³.

Estes sistemas mistos são compostos por um Presidente - com apoio popular suficiente para impedir a censura ilimitada do Parlamento – e pelo Parlamento, que afasta os riscos de personalização do poder pelo Presidente. Quando claramente delimitadas as suas funções, evitam-se tensões políticas decorrentes, por exemplo, da interferência do chefe de Estado na atuação do chefe de Governo, e torna-se possível um equilíbrio entre estas esferas, o que otimiza a estabilidade e a eficiência do sistema. Pense-se em situações em que o Presidente, na metade do exercício de seu mandato, perde apoio popular. Em um sistema presidencialista, isto levaria à descrença em todas as instituições democráticas; já num sistema parlamentarista, acarretaria a dissolução do órgão central do Poder Executivo. Em um sistema misto, no entanto, seria possível preservar a estabilidade institucional através da formação de um novo Parlamento – pois as eleições para seus membros ocorrem (em regra) na metade do mandato presidencial. Esta nova formação poderia ser fundamental para resgatar o prestígio e a crença popular no Governo, conferindo oportunidade para que o Presidente iniciasse um novo ciclo eleitoral sem, no entanto, precisar abrir mão do seu cargo¹⁰⁴.

O fato de as eleições para Presidente e membros do Parlamento não ocorrerem no mesmo período traz ainda uma segunda vantagem aos sistemas mistos, qual seja, a extensão do debate público, que se torna praticamente contínuo (ou ao menos mais freqüente). Isto permite um fortalecimento do Governo na medida em que abre espaço para uma maior participação popular na configuração do Poder (ora elegendo o Presidente, ora alterando a formação do Parlamento)¹⁰⁵.

Não obstante todas estas especulações, feitas a partir da observação atenta dos diversos sistemas de Governo existentes, Carlos S. Nino reconhece que não se pode criar uma concepção abstrata de Governo sem atentar para as características históricas, culturais e sociológicas de cada contexto, bem como à funcionalidade dos desenhos institucionais já

¹⁰³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 248.

¹⁰⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 249.

¹⁰⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 249.

implementados em uma sociedade. Seu estudo, portanto, é acima de tudo uma referência para compreensão das diversas falhas existentes nos regimes democráticos atuais, a partir das quais se pode pensar em alternativas para ampliar a qualidade epistêmica destes regimes¹⁰⁶.

Mas paralelamente à adoção de um sistema de representação *parlamentarista ou misto* (concebido enquanto *delegação*), Carlos S.Nino aponta, a partir da noção de valor epistêmico, uma terceira alternativa para o fortalecimento do sistema de representação. Trata-se do papel desempenhado pelos partidos políticos no processo democrático.

Enquanto grupos organizados que defendem concepções ideológicas, valores e modelos de sociedade (e não meros interesses), estes partidos oferecem aos indivíduos (que não têm tempo de refletir acerca de filosofias morais e políticas) uma série de concepções ideológicas às quais eles podem associar-se livremente. Na medida em que se associam, passam a compartilhar dos mesmos princípios lançados pelos candidatos do partido em questão, de modo que este candidato, quando eleito, ao atuar em defesa dos ideais do partido, estará (em tese) defendendo conseqüentemente os ideais dos seus associados. Este argumento fortalece o sistema de representação, já que permite pensar os partidos políticos como intermediários do processo democrático e veículos para a promoção do debate público baseado em valores, princípios e ideologias¹⁰⁷.

Entretanto, pondera Carlos S. Nino que esta visão ideal da atuação político-partidária apresenta distorções crescentes na maior parte dos Estados democráticos atuais. Os partidos funcionam, antes, como grupos corporativos que atuam apenas na defesa de seus próprios interesses. Em sistemas presidencialistas, ainda, o acirramento da disputa pelo Poder implica a formação de coalizões “amorfas” (ideologicamente indefinidas) entre partidos com pouca ou nenhuma afinidade ideológica. Some-se a isso o fato de a adesão aos partidos ser atualmente mais uma questão de tradição familiar, lealdade pessoal ou de competição (quase esportiva) do que de compromisso ideológico. Ainda, a competição pessoal interna estabelecida entre os candidatos de um mesmo partido faz com que os assuntos nacionais sejam praticamente ignorados. Por fim, cabe destacar o sentimento

¹⁰⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 250.

¹⁰⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 238.

inevitável de que a intermediação partidária “limita” as opções ideológicas dos indivíduos¹⁰⁸. É preciso rever a atuação dos partidos-políticos, aproximando-os daquele ideal de *intermediários do processo democrático e veículos para a promoção do debate público baseado em valores, princípios e ideologias*.

Mas além destes desvios na atuação dos partidos políticos e das deficiências existentes em sistemas representativos, há - para Carlos S. Nino – um terceiro fator que permite compreender porque um regime democrático pode, ainda assim, apresentar graves falhas do ponto de vista moral: trata-se do sistema eleitoral adotado. Sempre pensando a partir das condições que asseguram valor epistêmico à democracia, o filósofo argentino questiona, por exemplo, a dimensão dos distritos eleitorais (para facilitar o debate, parece razoável que as unidades políticas sejam menores)¹⁰⁹.

Mas todas estas alternativas (a adoção de um sistema parlamentarista ou misto, o melhoramento da atuação dos partidos políticos e as mudanças no sistema eleitoral) são apenas meios de aperfeiçoar o “mal necessário” da representação, que, sabe-se, não é a melhor forma de assegurar uma democracia efetivamente deliberativa. Repensar, portanto, e procurar alternativas para a participação direta dos sujeitos envolvidos no processo político parece ser, ainda, a melhor forma de ampliar o valor epistêmico de uma Democracia. Daí porque é essencial, para Carlos S. Nino, repensar os métodos usuais de participação popular no processo político.

Estes mecanismos de participação direta são, sobretudo, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular¹¹⁰, todos previstos, no caso brasileiro, pela Constituição Federal de 1988 e regulamentados pela Lei 9.709 de 1998.

No sistema brasileiro, o plebiscito consiste em realizar uma consulta prévia aos cidadãos acerca de projeto de lei ou medida administrativa de grande relevância que se pretende implementar, como por exemplo, a criação de um Município ou a incorporação de um Estado. Através deste instrumento, os indivíduos diretamente interessados são

¹⁰⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 238.

¹⁰⁹ Esta idéia será desenvolvida adiante.

¹¹⁰ No caso brasileiro, todos estes instrumentos estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 14 e incisos: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”.

convocados a *deliberar*, aprovando ou denegando, por meio de voto direto e secreto, o ato cuja apreciação lhes foi submetida¹¹¹.

O referendo, por sua vez, consiste na ratificação ou rejeição popular, através do voto, de ato legislativo ou medida administrativa já implementados e de grande relevância. Sua convocação pode ser feita no prazo de trinta dias após a promulgação da lei ou adoção de medida administrativa¹¹².

Em relação à iniciativa popular, trata-se de mecanismo através do qual atribui-se à população brasileira, excepcionalmente, a legitimidade para submeter projetos de lei à apreciação da Câmara dos Deputados¹¹³.

Não obstante viabilizarem a participação popular direta na tomada de decisões, constituindo possível alternativa diante da necessidade de um sistema representativo, todos estes mecanismos são objeto constante de críticas e controvérsia. Fala-se, por exemplo, na falta de informação ou de preparo intelectual dos cidadãos para compreender assuntos muitas vezes complexos, que exigem algum estudo para que se possa opinar a respeito. Ainda, na facilidade com que a opinião popular pode ser manipulada por grupos com acesso aos meios de comunicação ou no potencial destas consultas populares para violar direitos das minorias¹¹⁴. Mas as críticas de Carlos S. Nino, particularmente, a estes mecanismos de participação são pensadas a partir da noção de Valor epistêmico.

De acordo com esta concepção, amplia-se o valor epistêmico da democracia na medida em que se satisfazem as condições ideais de deliberação. Uma destas condições ideais é a participação direta dos sujeitos num processo de discussão em que se formulam perguntas e expressam-se – por meio da argumentação – interesses. Participação, portanto,

¹¹¹ Exemplo de plebiscito ocorreu no Brasil em 21 de abril de 1993, em virtude da previsão do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Determinava este artigo que o eleitorado definisse, através de plebiscito, a forma e o sistema de Governo a serem adotados pelo País (resultado disso é o atual modelo republicano presidencialista).

¹¹² Recentemente, o *caput* do art. 35 da Lei 10.826/03 (Estatuto do desarmamento) foi submetido à consulta popular por previsão constante da própria Lei¹¹². O referendo foi convocado por meio de Decreto legislativo, realizou-se em 23 de outubro de 2005, e resultou na rejeição (por 64% do eleitorado) do artigo 35 da Lei em questão - o qual previa restrição à venda de armas.

¹¹³ Este projeto deve circunscrever-se a um só assunto e ser subscrito por pelo menos 1% do eleitorado nacional, distribuído, no mínimo, dentre cinco Estados, “com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles” (Art. 13, *caput* e parágrafos, da Lei n.9.709/1998).

¹¹⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 207.

não se limita à reflexão individual seguida de voto, ela requer confronto de idéias e discussão efetiva, e neste ponto reside a falha dos mecanismos de participação direta para Nino, porque não obstante instigar a reflexão individual, eles não geram necessariamente um debate coletivo. O que se observa, normalmente, é a exposição de idéias por parte dos políticos, sobretudo através dos meios de comunicação, e a resposta “monossilábica” dos cidadãos nas urnas (dizendo “sim” ou “não” à proposta apresentada)¹¹⁵.

Se o que se deseja, portanto, é ampliar a tendência destes instrumentos de participação à imparcialidade, é necessário pensar em formas de ampliar a discussão no processo político, procurando superar as reconhecidas dificuldades decorrentes da complexidade das sociedades atuais.

A proposta apresentada por Carlos S. Nino, para tanto, é a descentralização política em unidades suficientemente pequenas a ponto de permitir a discussão “cara a cara” entre os indivíduos. Caberia então a grupos locais discutir e decidir acerca de temas de grande relevância como impostos, serviços sociais, educação e segurança pública. A vantagem deste sistema, além de permitir a participação direta e a discussão efetiva, seria criar a possibilidade de se tomar decisões atentando para as peculiaridades de cada localidade. Por outro lado, ele poderia prejudicar a cooperação entre as localidades e ampliar as diferenças sociais e econômicas existentes entre elas¹¹⁶.

Mas o próprio autor destaca a insuficiência desta proposta, que deve ser vista apenas como um ponto de partida. Acredita Nino que o ideal é implementar a discussão direta em outras esferas mais amplas de tomada de decisão, como nos locais de trabalho; entre usuários e prestadores de serviço público (como hospitais, escolas), através da gestão e do controle administrativo compartilhado; e até mesmo entre setores da sociedade cujos interesses entram em conflito (as audiências públicas e assembléias populares podem ser, neste caso, uma solução).

De nada adiantará, entretanto, criar meios que permitam uma maior participação popular no Governo e na política se não houver interesse em participar. O sistema de representação, a atuação dos partidos políticos e os meios de participação popular direta são

¹¹⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 209.

¹¹⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 212 -213.

alguns dos desafios que se colocam às democracias deliberativas, mas não são os únicos. É preciso enfrentar também a questão da *apatia política*.

II.2.2. Participação efetiva e a questão da apatia política

Um segundo desafio à implementação de uma democracia deliberativa diz respeito à atual “crise da democracia”¹¹⁷. Consiste esta, basicamente, no desapareço dos indivíduos pela política, e acarreta a falta de interesse pelo espaço público e de motivação para participação no processo político. Isto significa que, não obstante a tentativa de criar meios para ampliar a participação dos cidadãos no processo político, o ideal de deliberação jamais poderá ser alcançado enquanto não for superada a apatia política que lastreia as sociedades atuais.

Carlos S. Nino não nega esta dificuldade, pelo contrário. Reconhece que ela constitui um dos principais obstáculos atuais à efetividade dos regimes democráticos e ao seu ideal de deliberação. Onde há apatia não há comunicação entre representantes e representados, não há expressão de interesses e opiniões e não há, conseqüentemente, participação política e deliberação. Daí porque coloca o autor a necessidade de se criar meios que incentivem a condição ideal de participação¹¹⁸.

Mas o fato de as teorias deliberativas requererem a participação individual no processo político pode parecer, sob certa perspectiva, uma exigência perfeccionista. Carlos S. Nino, entretanto, afasta esta possibilidade por entender que há outras razões que justificam a necessidade de participação, que não a imposição de um ideal de cidadão. A participação, em primeiro lugar, é necessária tendo em vista que a democracia enquanto regime de governo é por ele considerada um bem público, que beneficia a toda a sociedade, de modo que não seria moralmente correto que poucos se dedicassem a ela enquanto todos se usufruíssem os resultados alcançados. Além disso, a participação pode ser vista como

¹¹⁷ Sobre o tema: CROZIER, Michel J.; Huntington, Samuel P.; WATANAKI, Joji. *The crisis of Democracy: Report to the governability od Democracies to the Trilateral Comission*, New York: New York University Press, 1975.

¹¹⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 214-222.

uma questão de solidariedade entre indivíduos que compartilham dos mesmos interesses, e cujos ideais podem ser mais bem protegidos quando todos se mobilizam para defendê-los. Por fim, a imposição da participação política é vista por Nino com um ato de *paternalismo não perfeccionista*, que exige a participação por crer que ela levará (em virtude da imparcialidade alcançada) ao benefício de todos aqueles que, voluntariamente, talvez não optassem por participar da esfera pública¹¹⁹.

A partir deste esclarecimento, é possível perceber que a ausência de participação popular, para Nino, traz graves deficiências aos regimes democráticos, gerando prejuízos aos seus próprios membros. Daí porque entende ser justificável a imposição da participação política, enquanto forma de estimulá-la, beneficiando os próprios cidadãos¹²⁰.

Mas a questão da participação e da superação da apatia política requer uma análise cuidadosa do ponto de vista da estabilidade das instituições democráticas. Não obstante constituir um ideal a ser alcançado, é preciso reconhecer que esta transição (de uma situação de apatia política para uma de participação plena) pode gerar reflexos negativos quando pensada a partir das sociedades atuais. Isto porque, como todo processo de transformação, ela pressupõe mudança, o que pode ir de encontro aos interesses de uma minoria que se vê beneficiada pelo estado atual de coisas. Esta situação normalmente resulta em golpes de Estado (como tentativa da minoria de manter-se no poder) que definitivamente colocam em risco a estabilidade das instituições democráticas. Daí porque insiste Carlos S. Nino na cautela com que a participação política deve ser implementada, não obstante constituir um dos objetivos permanente das sociedades que se propõem

¹¹⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 216.

¹²⁰ Bastante polêmica parece a aceitação, por Carlos S. Nino, da instituição do voto obrigatório como forma de impor e estimular a participação popular. Entende o autor que tal obrigatoriedade permitiria a superação da ausência de participação política, o que conseqüentemente ampliaria o valor epistêmico da democracia (afastando em grande medida o risco de decisões políticas parciais). Além disso, não acarretaria prejuízo aos indivíduos uma vez que o tempo e o esforço necessários para participação por meio do voto são mínimos. Quanto àqueles legitimamente favoráveis ao abstencionismo como forma de manifestação diante da atuação dos políticos e dos partidos, ressalta Nino que através do voto nulo seria também possível expressar tal descontentamento. Por fim, caberiam algumas exceções à instituição de tal obrigatoriedade, como nos casos em que o ideal de plano de vida individual (comum em algumas seitas religiosas) impedisse a participação por meio do voto - esta exceção parece revelar, em última análise, o constante respeito do autor ao princípio da autonomia pessoal dos indivíduos, não obstante a aceitação desta imposição de participação política. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 216-217.

efetivamente democráticas - um dos objetivos porque, além do ideal de participação, as democracias deliberativas requerem discussão entre os participantes do processo político, outro desafio para as sociedades democráticas atuais.

II.2.3. A qualidade do debate público e os meios de comunicação

Se para Carlos S. Nino o ideal de democracia requer participação direta e deliberação efetiva entre os sujeitos envolvidos (características do discurso moral de que a democracia deliberativa é sucedâneo institucionalizado), não basta repensar apenas os limites e possibilidades de uma participação direta dos indivíduos. É necessário também refletir acerca das condições atuais de deliberação.

A situação do debate público atual, entretanto, é inegavelmente debilitada. Para Carlos S. Nino, tal empobrecimento deve-se, sobretudo, a três aspectos, quais sejam, a existência de sistemas presidencialistas; a forma como operam os meios de comunicação em massa e o modo como se desenvolvem as campanhas eleitorais¹²¹.

Em relação ao sistema presidencialista - já analisado -, Nino considera haver uma tendência à centralização das campanhas eleitorais na pessoa do candidato, e não em suas idéias e propostas. Sua vida familiar, *hobbies* e preferências pessoais parecem ser, muitas vezes, mais relevantes do que suas posições acerca de questões políticas, sociais e econômicas (ainda que isto possa ocorrer em sistemas parlamentaristas, para Carlos S. Nino, dá-se em menores proporções). A discussão nos sistemas presidencialistas parece também reduzida tendo em vista que na esfera de representação não há um órgão coletivo, mas individual. Ainda que o Presidente conte com acessores e membros de Conselhos consultivos, sabe-se que nestas funções dificilmente são alocados sujeitos com ideologias e valores distintos dos do Presidente. Este fato contribui da mesma forma para o empobrecimento do debate nas esferas últimas de tomada de decisão¹²².

¹²¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 222-228.

¹²² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 222.

Quanto aos meios de comunicação em massa, a princípio, deveriam operar em favor do debate público de qualidade, por permitir uma aproximação entre os sujeitos que participam do processo político (representantes e representados) e uma maior difusão de informações entre os cidadãos. Entretanto, sobretudo na televisão, o que se observa atualmente é a transformação de fatos e debates em espetáculos, políticos em artistas, propostas em demagogias e política em entretenimento, o que inviabiliza um debate moral sério¹²³. Além disso, a discussão política por meio dos instrumentos de comunicação em massa é também limitada tendo em vista o acesso desigual de políticos e partidos àqueles, seja porque os meios de comunicação concentram-se em mãos privadas, seja porque controlados pelo Governo¹²⁴. No primeiro caso, o acesso é restrito não apenas em virtude do poder econômico daquele que deseja adquirir um espaço na mídia, mas também em razão dos interesses do proprietário do meio de comunicação (que leva em consideração a eficiência e os benefícios da escolha de certa programação ou edição, em matéria de audiência e venda). Se, por outro lado, os meios de comunicação encontram-se sob o controle do Governo, o acesso e a transmissão de informações é também limitado tendo em vista que, em última análise, encontram-se sob o controle do partido a que pertencem os membros do Governo. A solução para Carlos S. Nino, nestes casos, parece ser a combinação de um sistema misto, em que haja controle tanto por parte de entidades públicas quanto privadas, e ainda, em que as entidades públicas possam interferir no espaço privado e vice-versa¹²⁵.

Por fim, um terceiro elemento que empobrece o debate público, para Carlos S. Nino, é o modo como se desenvolvem as campanhas eleitorais nas sociedades contemporâneas. Atualmente, estas campanhas são basicamente publicitárias, e as propagandas eleitorais verdadeiros comerciais de produtos e serviços, o que requer o dispêndio de quantias exorbitantes de recursos. Disso resulta a problemática questão do financiamento das

¹²³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 224.

¹²⁴ FISS, Owen. *The irony of free speech*, Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 50-77.

¹²⁵ Poder-se-ia, por exemplo, aceitar que o Estado determinasse espaços obrigatórios para divulgação de assuntos coletivos em meios de comunicação privados, ou ainda, que atuasse subsidiando o acesso aos meios de comunicação de grupos minoritários ou desprovidos de poder econômico. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 227.

campanhas que, se por um lado é privado, cria uma espécie de comprometimento entre candidatos eleitos e entidades financiadoras; se, por outro lado, é público, acarreta uma grande despesa aos cofres públicos. Não obstante esta última colocação, a solução mais adequada, para Carlos S. Nino, parece ser a proibição do financiamento privado (em prol da imparcialidade), o financiamento público razoável e o acesso obrigatório e equânime dos políticos e partidos aos meios de comunicação.

Operando desta forma e repensando o regime de governo, a distribuição do controle dos meios de comunicação e o desenvolvimento das campanhas eleitorais, parece possível aperfeiçoar o debate público, permitindo uma participação popular mais adequada no processo político, e a conseqüente ampliação do valor epistêmico da Democracia.

II.2.4. A regra da maioria e a descentralização da soberania popular: questões temporais, espaciais e funcionais

Todos os limites até então apresentados, bem como as possibilidades de uma democracia deliberativa - no que diz respeito à participação direta e efetiva, e à realização de um debate público qualificado – partem, no entanto, do pressuposto de que o regime democrático é o procedimento mais adequado para a tomada de grande parte das decisões coletivas. Mas tão ou mais importante do que fazer tais questionamentos é repensar a técnica última em que se baseia um regime democrático: a regra da maioria¹²⁶.

Em *Direito e democracia*, Celso Fernandes Campilongo descreve uma série de *limites e aporias* que se colocam à regra da maioria, entre elas: quem deve decidir? Como delimitar o universo de sujeitos possivelmente afetados pela decisão? A respeito de quais

¹²⁶ A regra da maioria enquanto técnica é apresentada por Celso Fernando Campilongo, em *Direito e democracia*, São Paulo: Max Limonad, 1997. p.38. "... a regra da maioria é uma técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida".

assuntos podem tais sujeitos decidir? Todas as decisões tomadas com apoio da maioria são aceitáveis? Até que ponto uma decisão tomada majoritariamente deve prevalecer¹²⁷?

Da mesma forma, Carlos S. Nino revela certa preocupação no que diz respeito ao assunto. Sua abordagem, entretanto, parte daquilo que denomina “*soberania dispersa*”, ou seja, a dificuldade de se determinar a “vontade da maioria” com base na qual devem ser tomadas as decisões democráticas. Esta dificuldade decorre, sobretudo, de aspectos temporais, espaciais e funcionais¹²⁸.

Diz-se que devem participar do processo de tomada de decisão todos os sujeitos que por ela possam vir a ser afetados. Ainda que do ponto de vista teórico esta posição seja defensável, sua aplicação constitui verdadeiro desafio. Isto porque, do modo como se configura atualmente o cenário internacional, as políticas internas adotadas por alguns Estados podem muitas vezes interferir - propositadamente ou não - de modo direto na vida de indivíduos situados em outros Estados e que, no entanto, não participaram do processo de tomada de tal decisão¹²⁹.

Nestes casos, uma possível solução apontada por Carlos S. Nino seria adotar uma concepção descentralizada de comunidade política, a qual permitiria que o conjunto de indivíduos interessados não ficasse necessariamente restrito a esferas políticas pré-determinadas (como Estados ou entes federados). A superação destas fronteiras geográficas no que diz respeito a algumas decisões políticas viabilizaria a criação de subgrupos dentro de comunidades políticas e até mesmo de grupos formados por membros de diversas comunidades, conforme exigisse o assunto em questão¹³⁰.

Uma segunda dificuldade na delimitação dos sujeitos que devem participar da tomada de decisões decorre da sobreposição de esferas de representação dentro do próprio

¹²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Direito e democracia...*, p. 43-54.

¹²⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p.228-235.

¹²⁹ Esta situação é resultado daquilo que Robert DAHL, citado por CAMPILONGO, denomina “o terceiro dilema da democracia”: “*A democracia teria vivido duas grandes transformações: a primeira, do governo de poucos ao governo de muitos (a democracia grega); a segunda, da democracia na cidade-estado à democracia no Estado-nação. Estaremos vivendo um terceiro período? Do Estado-nação para o sistema global?*” CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Direito e democracia...*, p. 43-54. O novo desafio que se coloca, portanto, aos defensores do regime democrático é pensar em mecanismos e procedimentos que permitam a realização de uma democracia também neste contexto internacional globalizado.

¹³⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 185-186.

Estado. Em sistemas presidencialistas, por exemplo, em que há ao menos duas instâncias responsáveis pela tomada de decisões – o Presidente (poder executivo) e o Congresso (poder legislativo) – é possível que haja discordância entre eles acerca da melhor solução a ser adotada. Do ponto de vista da legitimidade, ambos são igualmente capazes de representar a vontade da maioria (já que eleitos por voto popular), entretanto, percebe-se que tal vontade está “dispersa” nestas esferas de representação sobrepostas. O mesmo pode ocorrer entre os representantes dos diferentes centros de poder dos Estados Federativos. É possível que a vontade da maioria dentro de um estado, quando representados por s

eu Governador, seja uma; e quando representados em esfera federal por um Deputado, seja outra - isto é um desvio inerente ao sistema representativo¹³¹.

Numa tentativa de amenizar estas dificuldades decorrentes do sistema representativo no que diz respeito à determinação da vontade da maioria, Carlos S. Nino propõe algumas reformas. Primeiramente, a adoção de um sistema preferencialmente unicameral, em que não haja Senado e, conseqüentemente, em que a representação seja estritamente proporcional à população de cada estado ou território, para que possa refletir da melhor maneira possível a distribuição de interesses na sociedade. Outra possibilidade seria manter o sistema bicameral, mas limitar as funções do Senado àqueles assuntos que dizem respeito especificamente a direitos individuais e à autonomia dos Municípios, atribuindo aos senadores apenas o poder para vetar as leis aprovadas pela Câmara dos Deputados¹³².

Além destas reformas, uma terceira alternativa para Carlos S. Nino seria corrigir estas distorções do sistema representativo instituindo aquilo que denomina “federalismo cooperativo”, cuja principal característica reside em separar os processos de decisão e de implementação. Tendo em vista a relevância de uma participação direta, o ideal seria que as decisões fossem tomadas, primeiramente, em esferas locais de decisão (províncias ou Municípios), pelo poder legislativo ou através de consultas populares. A partir daí, os representantes das diversas localidades, reunidos, discutiriam as possibilidades de se implementar aquelas decisões locais em nível estadual e até mesmo nacional. Assim, estas

¹³¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 229.

¹³² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 234.

últimas esferas de poder (estadual e federal), porque mais distantes dos interesses das pessoas, ficariam responsáveis apenas por receber e implementar as decisões tomadas localmente, na medida de suas possibilidades¹³³.

Mas a questão da soberania dispersa enfrenta ainda uma terceira dificuldade: a dispersão temporal. É notório que ao longo dos anos as decisões majoritárias adquirem um déficit democrático, pois não apenas os interesses pessoais sofrem uma mudança, mas o universo de pessoas interessadas também. Neste sentido, questiona-se o valor epistêmico de um sistema em que prevalecem decisões tomadas por maiorias passadas, e não atuais.

Carlos S. Nino, entretanto, entende que é possível manter uma decisão tomada anteriormente desde que seja permitido a uma maioria atual reverter o *status quo*, ou seja, desde que aquela decisão prevaleça porque aceita tacitamente, e não porque imposta. Um modo de se aferir da sociedade esta concordância seria conferir aos Tribunais a competência para remeter à revisão pelo Poder legislativo uma lei anterior cuja legitimidade pareça questionável¹³⁴.

Mas o principal argumento apresentado pelo filósofo argentino para justificar o respeito a decisões tomadas por uma maioria passada está vinculado ao processo de deliberação que confere legitimidade a uma decisão do ponto de vista do valor epistêmico. Isto significa que o equilíbrio entre as maiorias passadas e atuais é importante (deve-se impedir o domínio destas sobre aquelas), mas também é preciso preservar a estabilidade das decisões anteriores, até mesmo para que se garanta, em certa medida, a estabilidade futura das decisões tomadas no presente. Esta estabilidade e respeito decorrem da crença na legitimidade das decisões tomadas por meio de um processo razoável de deliberação. Assim, se por um lado é preciso preservá-las, por outro é preciso garantir que possam ser alteradas sempre que sua legitimidade seja questionada¹³⁵.

¹³³ O próprio autor reconhece que este sistema aproxima-se do chamado “centralismo democrático” defendido por Macpherson. MACPHERSON, C. B. *The Life and times on liberal democracy*, Oxford: Oxford University Press, 1977. p. 108-109.

¹³⁴ Esta proposta antecipa, em certa medida, o sentido e a finalidade de um controle judicial de constitucionalidade para Carlos S. Nino, conforme será visto no capítulo III.

¹³⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 252-253.

O reconhecimento pelo próprio autor de todos estes limites que se colocam diante de uma concepção deliberativa de democracia revelam que a sua proposta (concentrada na noção de valor epistêmico) não ignora, pelo contrário, incorpora elementos da prática dos regimes democráticos. Isto possibilita a construção de uma teoria consistente e efetivamente aplicável às democracias existentes, não obstante as imperfeições que elas apresentam. Se o ideal de uma prática informal de discussão para tomada de decisões, por um lado, parece distante da realidade das democracias, por outro, parece indicar o alcance e a direção das reformas institucionais a serem implementadas.

Estas reformas, entretanto, não se limitam às esferas legislativas ou executivas de poder. Elas alcançam, ainda, o próprio Poder Judiciário, visto nesta ótica como parte integrante e essencial do desenho democrático-institucional de uma sociedade. É preciso resgatar o papel desempenhado pelos órgãos deste Poder no marco de uma Constituição complexa - como propõe Carlos S. Nino - e repensar de que forma sua atuação pode contribuir para a promoção de uma democracia deliberativa.

III. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DE CARLOS SANTIAGO NINO

As Democracias Constitucionais encontram-se estruturadas, tradicionalmente, sobre um modelo tripartido de poder estatal, distribuído entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais atuam simultaneamente e de modo peculiar para a promoção dos fins constitucionalmente previstos, num verdadeiro sistema de *freios e contrapesos*.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, entendia-se de início que deveria atuar na aplicação do direito aos casos concretos, “a fim de dirimir conflitos de interesse”, para utilizar a expressão de José Afonso da Silva¹³⁶. Entretanto, com o desenvolvimento (no início do século XVII) do chamado sistema de controle judicial de constitucionalidade, sua esfera de competências e atribuições foi ampliada no cenário democrático-constitucional.

Primeiramente estabelecido em via difusa (conforme as teorizações do Juiz Marshall, no julgamento do caso *Marbury vs Madison*¹³⁷), e mais tarde em sede de controle concentrado (modelo idealizado por Hans Kelsen¹³⁸), este verdadeiro sistema de fiscalização garantia, em última análise, a revisão dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo pelos órgãos do Poder Jurisdicional, com fundamento, sobretudo, na Supremacia da Constituição e na atribuição do papel de “Guardião da Constituição” aos órgãos do Poder Jurisdicional.

Mas esta concepção do Poder Judiciário enquanto “Guardião da Constituição” tem sido alvo de uma série de objeções. Carl Schmitt, por exemplo, já em seu *O Guardião da*

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.108.

¹³⁷ Para uma análise do caso: MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 09-10.

¹³⁸ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução: Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. Para uma análise comparativa das idéias de Kelsen e Marshall: BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19; NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999, p.261-269.

Constituição, publicado em 1929, questionava a atribuição desta função, tendo em vista que isto transferiria ao Judiciário poderes legislativos, o que acarretaria sua politização¹³⁹.

A fiscalização judicial da constitucionalidade de leis sancionadas por órgãos democráticos pode ser questionada também do ponto de vista da sua legitimidade. Atente-se para os casos em que esta fiscalização é feita por um Tribunal Constitucional cujos membros são, em regra, designados, e não eleitos por voto popular. Disso decorreria, para John Hart Ely, seu caráter contra-majoritário, que implicaria um “déficit democrático” nas decisões judiciais de (in)constitucionalidade das leis sancionadas democraticamente¹⁴⁰.

Mas além da falta de legitimidade, este “déficit democrático” suscita uma outra questão no que diz respeito ao sistema judicial de controle de constitucionalidade, vinculada à noção de valor epistêmico.

Quando Carlos S. Nino sustenta que a democracia parece ser o melhor procedimento até então existente para a tomada de decisões coletivas, o faz com base na crença de que a participação de todos os possíveis atingidos no processo decisório gera uma tendência à imparcialidade. Esta noção de “valor” (epistêmico), entretanto, não se aplica somente ao regime democrático de governo (que constitui apenas um dos sucedâneos da discussão moral). Do contrário, estende-se a qualquer procedimento de tomada de decisões coletivas, e isto inclui o procedimento com base no qual declara-se a (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Tendo em vista, entretanto, a realidade dos atuais sistemas de controle de constitucionalidade (em que há inegável déficit democrático), parece possível afirmar que as decisões daí decorrentes carecem de valor epistêmico. Isto porque, não obstante suas decisões operarem efeitos *erga omnes*, não há participação efetiva de toda a sociedade ao longo do julgamento em questão. Esta distância entre julgadores e possíveis atingidos, nos casos em que há nítido interesse coletivo (como os de controle de constitucionalidade), é

¹³⁹ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad: Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Destaque para as páginas 221-234, em que o autor problematiza a falta de independência dos órgãos Jurisdicionais para garantia da Constituição e atribui (polemicamente) tal competência ao então denominado Presidente do *Reich*.

¹⁴⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 259. Ainda: ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza*. Tradução: Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

indesejada a partir da perspectiva do valor epistêmico, pois normalmente a reflexão isolada do julgador atua como elemento prejudicial à imparcialidade (já que desconsidera os argumentos de um grande contingente de sujeitos que serão, em maior ou menor medida, atingidos pelos efeitos da decisão). Nas palavras do próprio Nino, “es imposible alcanzar esa imparcialidad cuando lo que está en juego son los intereses de una multitud de individuos cuyas experiencias son muy diferentes de las del juez”¹⁴¹.

Mas ainda que se questione a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade - e, em relação à teoria de Nino, seu valor epistêmico - são poucos os que de modo fundamentado propõe sua extinção, talvez porque haja uma intuição forte em favor do controle judicial, ou porque já se esteja adaptado a este sistema. De qualquer modo, o desafio nesta matéria tem sido, há muito, encontrar justificativas e fundamentos para a sua realização em regimes democráticos de Governo, baseados na idéia de soberania popular e na regra da maioria.

Há quem entenda que estes juízes e membros de Tribunais seriam dotados de uma destreza intelectual que os diferenciaria da maioria e, portanto, dos próprios membros do legislativo, colocando-os numa posição privilegiada para alcançar decisões moralmente corretas¹⁴². Esta, entretanto, é uma visão elitista inaceitável, pois:

el simples hecho de que los jueces de la Corte Suprema son hombres e mujeres de considerable sabiduría y cultura, no se desprende necesariamente que ellos se encuentran en mejor posición que aquellos directamente responsables ante las personas cuyos intereses están en juego para definir el alcance y jerarquía de sus derechos¹⁴³.

Assim, não há garantia alguma de que sujeitos isolados (tais como os membros do Judiciário) não possam, tanto quanto a maioria, ver-se tentados a violar direitos individuais. Além disso, uma vez que não são representantes eleitos pela sociedade, ainda que entre eles haja algum debate em torno da questão a ser decidida, as decisões finais carecem de

¹⁴¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 259.

¹⁴² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 260.

¹⁴³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 285..

valor epistêmico porque a condição ideal de deliberação entre todos os envolvidos não é satisfeita, sequer através do “mal e necessário” sistema de representação.

Neste sentido, a justificativa ‘clássica’ para o controle de constitucionalidade em regimes democráticos foi desenvolvida em 1803 pelo Juiz norte-americano - então presidente da Corte Suprema -, John Marshall, no julgamento do paradigmático caso *Marbury vs. Madison*¹⁴⁴.

Para Marshall, toda Constituição a que se atribuísse caráter supremo atuaria como verdadeiro limite à atividade do legislador, de modo que leis contrárias a ela careceriam de *validade*, seriam destituídas de *força obrigatória*, e por isso *não existiriam* como lei, *não pertenceriam* ao ordenamento. Nesta medida, se mesmo contrária à Constituição uma lei fosse sancionada, não deveria (para Marshall) ser aplicada pelo Poder Judiciário porque reputada inexistente - logo, inválida e não obrigatória. Portanto, Marshall entendia que todo sistema dotado de uma “Lei Maior” requereria a proteção desta através da não aplicação pelo Judiciário de “leis” contrárias a ela. O controle judicial seria – assim – inerente à noção de Constituição Suprema, seria uma “conseqüência lógica do caráter supremo” atribuído à Constituição¹⁴⁵.

Carlos S. Nino, porém, identifica algumas falhas na tese desenvolvida por Marshall, e o fato de questionar-se até os dias de hoje a legitimidade da atuação judicial em sede de controle de constitucionalidade parece confirmar, para ele, a insuficiência do raciocínio de Marshall.

A análise de Nino parte das considerações feitas por Kelsen de que o sistema jurídico seria uma pirâmide cujas normas inferiores (mais próximas à base) só seriam *válidas* se estivessem em conformidade com as demais normas superiores a elas, mais próximas do topo da pirâmide. Ao desenvolver esta idéia, Kelsen deparou-se com a questão conceitual entre validade, existência e obrigatoriedade das normas jurídicas. Observou o austríaco que a declaração de contrariedade de uma norma em relação à outra superior, na prática, não implica a inexistência da primeira, pois freqüentemente uma lei que contraria cláusulas

¹⁴⁴ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia...*, p. 09-10.

¹⁴⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,262.

constitucionais é, ainda assim, considerada aplicável e obrigatória por operadores do direito¹⁴⁶.

Kelsen propôs duas alternativas para solucionar este impasse¹⁴⁷. A primeira procurava condicionar a validade de uma norma à decisão judicial que a declarava. Este enfoque subjetivista admitiria que a validade de uma norma não estaria relacionada ao fato objetivo de ela respeitar a forma e o conteúdo previstos em normas superiores, mas à existência de uma declaração judicial que aplicasse aquela norma: se aplicada, portanto, seria válida¹⁴⁸.

Uma segunda alternativa proposta por Kelsen foi admitir a existência de “cláusulas tácitas” no sistema, as quais autorizariam indiretamente a vigência de uma norma inferior mesmo quando contrária a outras superiores¹⁴⁹. Exemplificando, as normas que prevêm um modo específico para ‘anular’ leis inconstitucionais (como o art. 52, X, CF/88) - em última análise – permitiriam tacitamente, para Kelsen, que leis consideradas inconstitucionais vigorassem no sistema - neste caso, até que o Senado suspendesse sua execução. Assim, aquelas normas seriam sim inválidas e inconstitucionais, pois elaboradas em desconformidade com o prescrito na Constituição. Porém, poderiam ser obrigatórias e aplicáveis enquanto não fossem anuladas de acordo com a forma estabelecida pelo próprio sistema¹⁵⁰.

Disso resulta que também para Kelsen a validade das normas inferiores decorreria da conformidade com as previsões de forma e conteúdo explicitamente trazidas pelas

¹⁴⁶ Esta dificuldade é tratada por Nino como ‘o problema de Kelsen’. (NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 263). Ocorre, por exemplo, no sistema brasileiro, em sede de controle difuso, quando um Juiz afasta a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional, e - no entanto - ela continua sendo considerada válida para todos os demais casos, já que seus efeitos não se operam *erga omnes* até que o Senado suspenda – se o fizer - a execução da lei

¹⁴⁷ Em verdade, Kelsen propôs duas alternativas. A primeira seria reconhecer que a validade está relacionada à declaração de constitucionalidade das leis pelos juízes. Esta posição é criticada por confundir a validade e a força obrigatória da lei com o caráter vinculante da decisão que faz coisa julgada. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 260.

¹⁴⁸ Para críticas a esta concepção subjetivista de validade: NINO, Carlos Santiago. *La Validez del derecho*.

¹⁴⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, 268. É o caso de normas declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso, e que mantêm sua força obrigatória até que os efeitos desta decisão se estendam a todos (no caso brasileiro, até que o Senado suspenda sua execução -art. 52, X, CF/88).

¹⁵⁰ Em última análise, as normas que prevêm um modo específico para ‘anular’ leis inconstitucionais (como o art.52, X, CF/88, por exemplo) tacitamente permitiriam que leis consideradas inconstitucionais vigessem durante período indeterminado.

normas superiores (constitucionais). No entanto, uma possível invalidade (desconformidade) não impediria desde logo sua aplicação, pois a própria Constituição poderia autorizar tal violação a partir de “cláusulas tácitas alternativas”. Deste modo, o caso crítico de “normas inconstitucionais aplicadas e obrigatórias” estaria – para Kelsen - solucionado, e a justificativa para tanto seria a existência de autorizações tácitas contempladas pelo próprio texto constitucional.

Não obstante reconhecer equívocos nestes argumentos¹⁵¹, sobretudo o fato de Kelsen admitir em última análise que a própria Constituição autorizasse o Estado a sancionar leis contrárias a ela, Nino utiliza-os para evidenciar possíveis desvios na tese de Marshall, demonstrando com isso que

el hecho de que la sanción de una ley no satisfaga las condiciones establecidas por la constitución no necesariamente significa que la ley no es válida en el sentido de obligación o fuerza obligatoria. El sistema jurídico puede incluir normas que hagan obligatorio observar y aplicar, dependiendo de ciertas condiciones, leyes inconstitucionales¹⁵².

O primeiro desvio apontado por Nino no raciocínio de Marshall é confundir validade e obrigatoriedade das normas jurídicas. A contrariedade à Constituição denomina-se invalidade para o autor argentino apenas quando invalidade significar “não pertencimento” ao sistema. No entanto, se invalidade for entendida como sinônimo de não obrigatoriedade (como faz Marshall), então mesmo sendo contrária à Constituição uma lei poderá ser válida, pois a contrariedade não confunde-se com não aplicação.

Ainda, assevera Nino que a elaboração de leis pelo Congresso **deve** de fato estar limitada às prescrições constitucionais (como queria Marshall), mas que isso pode não ocorrer na prática. Contrária ou não à Constituição, em virtude do seu valor epistêmico, toda lei resultante da atuação do Legislativo deverá ser observada para Carlos S. Nino até que seja afastada do sistema pelos meios previstos pela própria Constituição, de modo que “(...)

¹⁵¹ Por exemplo, parece ser absurdo NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 267.

¹⁵² NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 268.

la aplicación y observância de la ley por los tribunales y la ciudadanía puede bien ser obligatoria hasta que el congreso mismo derogue esta ley o que la Corte Suprema actúe”¹⁵³.

Assim, para Nino, o controle de constitucionalidade não é decorrência lógica do caráter supremo da Constituição. Outras instituições ou procedimentos não judiciais podem realizar tal controle e assegurar do mesmo modo a supremacia da Constituição, como “(...) un órgano político o la apelación directa a electorado, ya sea a través de alguna institución formal (un plebiscito) o el recurso difuso que permita a algún ciudadano desobedecer una ley inconstitucional”¹⁵⁴. O que Nino sustenta, portanto, é que a ausência de um sistema de controle de constitucionalidade não implica necessariamente a negação da supremacia da Constituição. Se o respeito à Constituição enquanto Lei Maior requer a constante revisão das demais leis sancionadas (a fim de avaliar sua compatibilidade com o texto constitucional), essa revisão faz-se necessária, mas não exclusivamente por via judicial, pois para o filósofo argentino o controle judicial de constitucionalidade deve ser excepcional e contingente, já que contra-majoritário¹⁵⁵.

Se, então, o controle judicial de constitucionalidade não é decorrência lógica do caráter supremo da Constituição, o **reconhecimento de uma Constituição ideal de direitos individuais** e a própria **democracia liberal** pressupõem – para Nino - um sistema de controle judicial de constitucionalidade. Isto porque o processo político de tomada de decisões não pode ser o último recurso na proteção de direitos individuais, cuja função é justamente conter as decisões majoritárias tomadas na esfera política¹⁵⁶. O mesmo se diz em relação a democracias liberais, que só se realizam onde haja respeito àqueles direitos individuais (condições do próprio processo democrático). Para que estes direitos, portanto,

¹⁵³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 268.

¹⁵⁴ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 269.

¹⁵⁵ “(...)no es verdad que un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad es una imposibilidad lógica o que tal sistema niega la supremacía de la constitución. La revisión es necesaria, pero ésta no tiene que ser necesariamente judicial. El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 269.

¹⁵⁶ Esta contenção opera-se através da proteção dos interesses individuais ou de minorias no processo político. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 269.

sejam assegurados, faz-se logicamente necessário um mecanismo não político de proteção, como o controle **judicial** de constitucionalidade¹⁵⁷.

Estas idéias aproximam-se em grande medida daquilo que sustenta Dworkin em sua tese dos direitos, ao distinguir argumentos de política e argumentos de princípio, e afirmar que os Juízes, diferentemente das demais instâncias decisórias da sociedade, devem decidir com base em princípios – e não em políticas – privilegiando os direitos individuais fundamentais em detrimento de objetivos coletivos da comunidade (este, assegurado pelas instâncias políticas de decisão)¹⁵⁸.

Para Nino, ainda, o controle judicial de constitucionalidade seria decorrência lógica da “crença” no valor epistêmico da democracia, o qual - em última análise - garante que a democracia seja melhor regime de Governo até então existente. Para que esse valor exista, entretanto, é necessário que alguns direitos a priori (que constituem pré-requisito para democracia, e que por isso não podem ficar sujeitos a decisões políticas) sejam respeitados, como a liberdade de expressão e de associação, por exemplo. Assim, sempre que uma decisão democrática (como uma lei) ignorar as condições que conferem valor epistêmico à democracia, o político deixa de ser epistemicamente superior ao judicial, tornando-se possível que o próprio Judiciário restabeleça as condições capazes de resgatar o valor epistêmico do processo democrático¹⁵⁹.

Mas estas considerações acerca da necessidade do controle judicial de constitucionalidade não são suficientes para justificar sua ocorrência em toda e qualquer hipótese. Para Carlos S. Nino o controle judicial deve ser contingente e excepcional, tendo em vista a teoria epistêmica de democracia, que reconhece a supremacia das decisões tomadas coletivamente em face daquelas decorrentes de reflexões individualizadas ou feitas por um pequeno grupo (como ocorre no controle judicial).

¹⁵⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 269-270.

¹⁵⁸ Os argumentos de política, para Dworkin, são aqueles que “justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, enquanto “os argumentos de princípio justificam uma decisão mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

¹⁵⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 272.

Daí porque Nino admite o controle de constitucionalidade em apenas¹⁶⁰ três hipóteses, que só se justificam enquanto compatíveis com a teoria epistêmica de democracia. Esta compatibilidade decorre do fato de o controle judicial, nestes casos excepcionais, operar como meio para a proteção das condições que asseguram o valor epistêmico das decisões democráticas. Nestes casos, não se trata de abrir mão do valor epistêmico em favor do controle judicial de constitucionalidade, mas de utilizar o próprio controle judicial como instrumento para reforçar a teoria epistêmica¹⁶¹.

III.1. O controle judicial de constitucionalidade como “garantidor” do procedimento democrático

A primeira hipótese “excepcional” em que se justifica o controle judicial de constitucionalidade para Carlos S. Nino decorre da necessidade de assegurar que as regras do procedimento democrático que garantem seu valor epistêmico sejam respeitadas¹⁶².

Para Nino, a democracia só pode ser considerada o melhor regime de Governo se – e na medida em que – dotada de valor epistêmico. Este valor epistêmico, no entanto, não é inerente ao procedimento democrático. Ele decorre da observância de algumas regras que prevêm condições necessárias à maximização do valor epistêmico do procedimento. Um procedimento democrático confiável requer, por exemplo, a liberdade de expressão dos seus partícipes; uma ampla participação destes nas discussões travadas; e a igual consideração dos argumentos por eles suscitados. Ainda, é necessário que as decisões sejam reversíveis; que o debate seja fundado em argumentos e não em interesses, e que estes argumentos sejam justificados. Estes são alguns exemplos (já mencionados no capítulo II) de regras que

¹⁶⁰ Coloca-se o termo entre aspas porque, ainda que as justificativas sejam apenas três, são muito abrangentes (como será visto adiante), o que faz com que sejam inúmeras as possibilidades daí decorrentes. Isto permite questionar-se o caráter excepcional do controle judicial de constitucionalidade para Nino.

¹⁶¹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 272.

¹⁶² São elas, por exemplo, a amplitude da participação dos sujeitos na discussão, a sua liberdade para expressar-se de igual modo, o direito de não ser coagido a aderir a modelos de excelência pessoal, a apresentação de propostas justificadas baseadas em princípios morais, e não apenas em interesses, a reversibilidade das decisões, entre outras. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 273.

orientam o procedimento democrático e que, na medida em que respeitados, incrementam o potencial das decisões tomadas de aproximar-se do conhecimento de princípios morais. O objetivo destas regras procedimentais, portanto, é “(...) que las leyes que se sancionen resulten ser guías confiables para conducir a principios morales”¹⁶³.

Ora, quando os Juízes atuam decidindo a solução de uma lide, orientam-se pelas leis existentes no sistema. Isto é inerente ao raciocínio prático da atividade judicial, que consiste em aplicar normas jurídicas para justificar as ações e decisões tomadas. Tanto quanto qualquer outro cidadão que precisa pautar seu agir pelas leis, os Juízes nestes casos devem verificar individualmente— segundo Nino - se o resultado do processo democrático (a lei) respeita aquela dimensão ideal de direitos. Trata-se de atribuir aos Juízes, e a qualquer aplicador da lei, a competência, o dever¹⁶⁴, para “controlar” o processo legislativo, reconhecendo a inconstitucionalidade do seu resultado caso viole as condições que constituem pré-requisito para a própria democracia. Daí porque, nesta primeira hipótese, o controle judicial viabiliza o processo democrático, e não o restringe, pois protege as condições sem as quais não há verdadeiramente uma democracia¹⁶⁵.

A dificuldade deste argumento reside em definir o conteúdo das condições para o desenvolvimento do processo democrático. Muitas vezes, elas constituem-se sob a forma de direitos individuais (direitos a priori) cuja identificação é problemática. Trata-se de direitos cuja validade, diferentemente dos direitos a posteriori, não decorre do fato de serem estabelecidos por uma decisão democrática; antes, é o respeito a estes direitos que confere validade ao processo democrático. Alguns destes direitos constituem obviamente o conteúdo mínimo do sistema democrático, como o direito à liberdade de expressão, o direito de não ser agredido e o direito à liberdade de movimento, todos capazes de assegurar a

¹⁶³ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 273.

¹⁶⁴ Entende-se que tal controle não deve ser visto como uma alternativa para o aplicador da lei, mas como “dever” inerente a sua atividade, pois constitui uma das etapas essenciais do processo legislativo, já que é durante a interpretação do texto que seu significado é determinado. Trata-se de um momento subsequente, que dá continuidade ao processo de elaboração da lei, e o Juiz, neste sentido, tanto quanto os próprios legisladores, é responsável por garantir que o resultado do processo satisfaça suas condições de legitimidade e validade. Nos dizeres de Paolo Grossi, “a interpretação é um momento essencial da positividade da norma, uma condição ineliminável para a concretização da sua própria positividade”. GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade...*, p. 90.

¹⁶⁵ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 299.

participação livre sem a qual não há democracia. No entanto, há dúvida a respeito da natureza “apriorística” de outros direitos, como os sociais. A dificuldade está em que, incluindo-os no rol de direitos a priori, de modo a abranger as condições econômico-sociais dos indivíduos envolvidos, amplia-se em grande medida as hipóteses de controle judicial de constitucionalidade, pois as decisões políticas normalmente afetam os direitos sociais¹⁶⁶.

O desafio, em última análise, está em definir a força e o alcance do processo democrático. Por um lado, estabelecer um rol extenso de direitos a priori ampliaria o valor epistêmico do procedimento democrático, assegurando aos indivíduos um conjunto de bens que viabilizariam em grande medida uma participação livre e igual. Por outro lado, estender o rol de direitos a priori reduziria o alcance do processo democrático, por retirar da sua esfera o debate acerca de um grande número de questões (ainda que com a finalidade de protegê-lo)¹⁶⁷.

Há, assim, que se verificar quais condições devem ser preservadas sob pena de inviabilizar o exercício da democracia. Para Nino, existe um conjunto mínimo de condições que, uma vez asseguradas, são suficientes para permitir o desenvolvimento de um procedimento democrático tendente à imparcialidade e capaz de se autocorrigir e aperfeiçoar. Estas mesmas condições mínimas, quando não estabelecidas previamente, acarretam uma participação restrita e desigual no processo democrático tendente - por isso - à parcialidade, o que implica, em última análise, uma participação cada vez mais limitada e desigual.

Não há, portanto, um modo preciso de definir os limites entre o que constitui pré-requisito para o processo democrático e o que deve dele resultar. O que Nino propõe é que nestes casos a análise seja feita individualmente, no momento da aplicação da lei. Em verificando que o conteúdo da lei analisada é tal que viola os direitos a priori dos cidadãos, deve o Juiz – no caso do controle judicial – afastá-la com base em sua própria reflexão, pois neste caso não haveria justificativa para atribuir maior importância à decisão “democrática”.

¹⁶⁶ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 275-276.

¹⁶⁷ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 276.

Neste sentido, Nino defende que a decisão acerca do melhor processo epistêmico para alcançar decisões justas deve, de modo inevitável, ser tomada individualmente¹⁶⁸.

Entretanto, ao realizar este controle individual de constitucionalidade, o Juiz deve limitar-se a reconhecer a existência de um direito a priori envolvido, e ao fazê-lo, apenas resgatar sua observância, afastando do sistema eventual lei (decisão democrática) cujo conteúdo viole aqueles direitos e prejudique a continuidade do próprio processo democrático¹⁶⁹.

Esta hipótese de controle judicial de constitucionalidade (como instrumento para garantir as condições essenciais ao desenvolvimento da democracia) parece justificar, no caso brasileiro, a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento, ainda em curso, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130-7/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista.

Questiona-se nesta ADPF a recepção dos artigos constantes da Lei de Imprensa (nº 5.250/1967) pela Constituição Federal de 1988, dentre os quais o art. 1º, § 1º, que expressamente afirma “Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social...”. Ainda, o § 2º do mesmo art. 1º, que nega o direito à liberdade de expressão e à livre manifestação de idéias no que diz respeito a espetáculos e diversões públicas. Em seu art. 61, por outro lado, aquela Lei prevê a apreensão de impressos que propagam a guerra ou incitam à subversão da ordem política, num aparente ato de censura e autoritarismo.

Por acreditar que a Democracia é “o princípio dos princípios da Constituição de 1988”; que um dos seus pilares é a “informação em plenitude e da máxima qualidade”; e que, portanto, “emerge da nossa Constituição a inviolabilidade da liberdade de expressão e de informação”, o Ministro Carlos Ayres Britto determinou liminarmente, em sede de controle de constitucionalidade, a suspensão dos processos que versem sobre a Lei de Imprensa, pois dotada de viés autoritário que prejudica o direito à liberdade de expressão e, portanto, a plena realização de uma democracia.

¹⁶⁸ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 277.

¹⁶⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 273-277.

Esta decisão revela, em última análise, de que modo o Poder Judiciário, através do controle judicial de constitucionalidade, pode assegurar a proteção das condições essenciais para o adequado desenvolvimento da Democracia no País, revendo leis em vigor que ameaçam a realização daquelas condições - no caso, a liberdade de expressão – e determinando seu afastamento sempre que atestada tal violação, contribuindo para a ampliação do valor epistêmico da democracia.

III.2. O controle judicial de constitucionalidade como proteção à autonomia pessoal

Conforme analisado, Carlos S. Nino aceita a existência de duas dimensões morais, uma pública e outra privada. A moral pública estabelece standards para aquelas condutas que podem interferir na vida de outras pessoas além do agente; diz respeito às condutas que se encontram na esfera da intersubjetividade. Já as questões de moralidade privada valoram condutas que interferem apenas na qualidade de vida do próprio agente; condutas cujos efeitos recaem exclusivamente sobre a vida deste.

No que diz respeito a ações e decisões intersubjetivas, sua validade está, para Nino, relacionada à imparcialidade. Mas este critério não pode ser utilizado como parâmetro de validade para ações e decisões cujos efeitos restringem-se à vida de seu agente. Nestes casos, portanto, a discussão coletiva não parece ser o melhor meio para atingir a correção moral, pelo contrário, decisões que dizem respeito exclusivamente à esfera individual devem basear-se apenas nas reflexões do próprio indivíduo.

Nino reconhece, assim, a existência de uma esfera individual inviolável, em que prevalece a autonomia pessoal, livre da interferência dos demais indivíduos e do próprio Estado. Nesta esfera, qualquer imposição de padrões de conduta ou modelos de excelência pessoal é inaceitável, não apenas porque viola o princípio da autonomia pessoal, mas porque, em não havendo razão para tal imposição, ela sempre resulta frustrada¹⁷⁰.

¹⁷⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 278.

Entretanto, é comum que muitas leis sancionadas democraticamente violem o princípio da autonomia ao prescrever a adoção de um modelo de vida ou ideal pessoal¹⁷¹. Quando isso ocorre, entende Nino que qualquer cidadão (e isto inclui os Juízes) envolvido com o processo democrático e atingido por esta lei deve manifestar-se, suscitando objeções àquela lei a fim de proteger o princípio da autonomia moral.

Esta é, portanto, a segunda hipótese admissível de controle judicial de constitucionalidade, quando está em discussão uma lei perfeccionista, que impõe modelos de ideais pessoais. Isto porque, nestes casos, nunca o valor epistêmico pode servir como fundamento para a lei, já que não há imparcialidade nas decisões morais de natureza privada. São assuntos que dizem respeito à esfera individual do sujeito, a respeito dos quais não há que se falar em consenso e dentro dos quais não se permite, numa ótica liberal, interferência¹⁷². Para tanto, deve-se analisar o fundamento daquela lei, as razões que justificam sua existência, a fim de determinar se seu objetivo é de fato a adoção de um standard moral intersubjetivo (o que seria aceitável, porque trataria de questões essenciais para o convívio humano) ou apenas a imposição de um ideal de excelência pessoal¹⁷³. Neste último caso, seria permitido – na ótica de Carlos S. Nino - que a aplicação da lei fosse afastada pelo Juiz em sede de controle de constitucionalidade, em respeito ao princípio da autonomia pessoal, e – conseqüentemente – em respeito à própria democracia¹⁷⁴.

¹⁷¹ Como exemplo, Nino menciona o caso de leis que penalizam a posse de drogas, ainda que para consumo próprio. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 279.

¹⁷² É o caso, para o filósofo argentino, de leis que penalizam a posse de drogas para consumo próprio ou que proíbem relações homossexuais pelo simples fato de serem reputadas prejudiciais, pela maioria, ao próprio indivíduo. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 279.

¹⁷³ Uma lei que tipifica o homicídio, por exemplo, pode ser considerada atentatória ao princípio da autonomia sempre que alguém adote como ideal pessoal matar outrem. Ainda assim, aquela lei poderá ser aplicada porque as razões para tal proibição não se reduzem à imposição de um ideal pessoal, mas, sobretudo, a coibir a adoção de um standard moral intersubjetivo inaceitável, que viola e reduz explicitamente a autonomia de terceiros. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 279.

¹⁷⁴ Observe-se que o próprio autor reconhece a possibilidade desta segunda hipótese de controle judicial estar incluída na primeira, em que tal controle é justificado com base na proteção e garantia das condições que constituem pré-requisito para a democracia. Isto porque o princípio da autonomia é o elemento fundamental da Constituição ideal de direitos, e dele decorrem os chamados direitos *a priori*. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*,p. 280.

Seria este o caso, por exemplo, da apreciação pelo STF do pedido de revisão do Decreto-lei nº 220/75¹⁷⁵. Por meio da propositura da ADPF nº 132/RJ, o Governador do Estado do RJ alegou que os arts. 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, permitiam uma interpretação discriminatória em relação aos homossexuais, razão pela qual deveria ser estabelecida, em sede de controle de constitucionalidade, uma interpretação conforme a Constituição daqueles dispositivos, reconhecendo a possibilidade de que também as uniões homoafetivas caracterizassem união estável¹⁷⁶ quando observados seus requisitos. Deste modo, garantir-se-ia aos parceiros de uniões homoafetivas os mesmos benefícios concedidos pelo Dec. nº 220/75 aos parceiros de uniões heterossexuais estáveis.

A justificativa para tal pedido consiste justamente na proteção da esfera da autonomia dos sujeitos para determinar sua orientação sexual, tendo em vista que não haveria razões legítimas que justificassem a interferência pública nesta determinação. Nas palavras da argüente:

O não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano.

¹⁷⁵ Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 19. “Conceder-se-á licença:

II -por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular”.

Art. 33. “o Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único – A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”.

¹⁷⁶ Código Civil brasileiro de 2002, Art. 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Ao contrário, atende apenas a determinadas concepções particulares, que podem até ser majoritárias, mas que não se impõem como juridicamente vinculantes em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar os *indivíduos adequados*¹⁷⁷.

Assim, uma vez que a Constituição Federal de 1988 reconhece (já em seu preâmbulo, e também longo de todo o texto) a existência de um *Estado democrático*, e estabelece desde logo os pressupostos para uma *sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos* (através da garantia do direito à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana), parece justificável que qualquer lei ou ato normativo (como o Dec. Nº 220/75) que viole tais princípios deve estar sujeito à reapreciação, no caso, por parte dos órgãos do Poder Judiciário, para que não vigore no ordenamento jurídico qualquer prática que atente contra os princípios que constituem, em última análise, as bases sobre as quais se erige todo o Estado democrático brasileiro.

III.3. O controle judicial de constitucionalidade como instrumento de preservação da constituição histórica

Para Nino, o constitucionalismo possui três dimensões: histórica, ideal e democrática.

Conforme visto no capítulo I, a dimensão histórica decorre basicamente daquilo que o autor denomina *Constituição Histórica*, entendida como prática social que se consubstancia em uma determinada sociedade ao longo do tempo, e que muitas vezes é construída em torno de um texto constitucional. Dada a indeterminação deste mesmo texto e as dificuldades do uso da linguagem, Nino ressalta a importância da atuação de agentes políticos, juízes e

¹⁷⁷ A petição inicial encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>.

cidadãos que, ao interpretar o texto, dele extraem normas capazes de orientar ações e decisões, construindo assim - historicamente - o significado da própria Constituição.

A importância desta concepção consiste em que ela não reduz a Constituição a um texto vago e impreciso. Trata-se, antes, de um trabalho coletivo que confere valor às ações e decisões tomadas a partir daquele texto, que geram expectativas na sociedade, e que contribuem para as decisões presentes e futuras na medida em que colaboram para a construção do significado real (e não ideal) da Constituição.

Tendo em vista que nesta dimensão histórica não há propriamente uma análise teórico-normativa da Constituição, mas prática, vinculada à realidade, a concepção de Constituição histórica que dela resulta não reflete - em regra - os elementos de uma Constituição ideal. Ainda assim, Nino defende a preservação daquela dimensão histórica com base na crença de que ela pode ser aperfeiçoada com o decorrer dos anos. A prática, assim, deve ser respeitada, e as decisões tomadas ao longo dos anos devem ser observadas ao máximo porque é da preservação de uma decisão anterior e do resgate de sua importância que se extrai o respeito e a eficácia das decisões tomadas no presente¹⁷⁸. É partir da importância desta preservação da Constituição histórica que Nino constrói sua terceira hipótese de controle judicial de Constitucionalidade.

A terceira justificativa para o controle judicial de constitucionalidade das leis democráticas, portanto, relaciona-se à preservação da Constituição histórica. Casos em que uma lei - não obstante haver sido sancionada democraticamente e apresentar-se capaz de promover a dimensão ideal dos direitos individuais - contraria expressamente, por exemplo, o texto da Constituição, permitem que por meio da intervenção judicial afaste-se a aplicação daquela lei a fim de proteger a prática que garante, em última análise, a eficácia das próprias decisões democráticas¹⁷⁹.

¹⁷⁸ “Algunas decisiones democráticas perturbam expectativas profundas creadas por decisiones pasadas. Resulta previsible que decisiones futuras no tomen en cuenta las actuales y adopten un camino completamente diferente. Este debilitamiento de la práctica jurídica puede determinar la efectividad de las decisiones democráticas o las decisiones tomadas por otros procedimientos legítimos, tales como la interpretación judicial”. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 196.

¹⁷⁹ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 281.

Para tanto, o juiz deve enfrentar um dilema: rever uma decisão democrática (agindo em sentido contrário ao ideal de democracia participativa, mas com o argumento de pôr em vigor, em última análise, a constituição ideal de poder e de direitos) ou manter a validade da lei, ainda que ela afete diretamente a prática social construída ao longo dos anos, e - conseqüentemente - a possibilidade de se alcançar uma Constituição ideal **estável**. Trata-se, portanto, de fazer um juízo no caso concreto e procurar

... equilibrar el daño inmediato a los ideales participativo y liberal del constitucionalismo 'vis a vis' el daño que se le causaría a esos ideales si la práctica constitucional fuera afectada negativamente debido a la decisión democrática que la infringe¹⁸⁰.

Este argumento em favor do controle judicial de constitucionalidade pode ser pensado, no caso brasileiro, a partir do julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 2.639-9/PR, em que o então Governador do Estado do Paraná questionou a constitucionalidade da Emenda à Constituição estadual nº. 14, de 17/12/2001, tendo em vista que ela ampliaria as hipóteses de concessão de anistia (previstas exclusivamente pelos arts. 150, § 6º, da CF/88 e 8º e 9º do ADCT¹⁸¹), incluindo os casos de perda ou cassação de renda em razão de ato de exceção¹⁸², considerada hipótese de anistia em um sentido amplo.

¹⁸⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 282.

¹⁸¹ Art. 150, § 6.º “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g”.

Art. 8º. “É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo [Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969](#), asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º - O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º - Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

Por unanimidade, os Ministros do STF declararam a inconstitucionalidade da referida emenda afirmando que - tendo em vista a história institucional da anistia¹⁸³, a natureza deste ato e a prática constitucional a partir dela construída pela jurisprudência do STF¹⁸⁴ - os casos de concessão do benefício deveriam ficar restritos àqueles previstos pelo Poder Constituinte originário federal, nos art. 8º e 9º do ADCT, bem como no art. 150, §6º, da CF/88. Neste sentido:

A anistia dos arts. 8º e 9º do ADCT tem índole político-institucional e, por essa mesma natureza, sua competência de concessão legislativa é exclusiva do poder constituinte originário federal. Isso porque, muito embora seja previsão importante do ponto de vista da compensação financeira das vítimas de atos de exceção, constituiu-se também na aceitação excepcional de uma responsabilidade civil extraordinária do Estado, quanto aos atos políticos do passado. Essa repercussão política e financeira

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

§ 4º - Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

§ 5º - A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do [Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978](#), ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º”.

Art. 9º. “Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave”.

“Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal proferirá a decisão no prazo de cento e vinte dias, a contar do pedido do interessado”.

¹⁸² “Art. 40. Aos terceiros de boa-fé serão indenizados todos os prejuízos materiais, inclusive perda ou cessação de renda, advindos de ato de exceção ocorrido no período revolucionário, desde que também haja resultados em benefício direto ou indireto ao Estado do Paraná”.
”Parágrafo único. A verificação do direito e do valor dos prejuízos deverão se realizados em pleito administrativo, mediante requerimento do interessado, podendo o Poder Executivo pagar o débito através de compensação com os seus créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa”.

¹⁸³ Os casos de concessão do benefício da anistia sempre foram de competência privativa (do Imperador - em 1824, do Congresso Nacional – em 1891 - e da União – em 1934 e em 1937).

¹⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação originária especial n. 2.639/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 06/10/2005, publicado em 16/02/2005; BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 275480/PR, Primeira Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 07/11/2002, publicado em 07/02/2003.

quando da concessão de anistia reveste o ato de absoluta excepcionalidade e, por isso, não é possível que norma constitucional estadual amplie tal benefício¹⁸⁵.

Assim, ainda que o direito à anistia possa ser considerado fundamental do ponto de vista de uma Constituição ideal, e ainda que as hipóteses de concessão não estejam expressamente limitadas pelo texto constitucional às hipóteses dos arts. 150, § 6º, da CF/88 e 8º e 9º do ADCT, entenderam os Ministros que tal direito é elemento integrante da dimensão histórica da Constituição, e quando pensado nesse sentido estaria sendo violado pela Emenda à Constituição nº 14/2001, razão pela qual esta deveria ser afastada do ordenamento jurídico.

¹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de Inconstitucionalidade n. 2.639/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim, julgado em 08/02/2008 , publicado em 04/08/2006. Ementa disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%202639.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%202639.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%202639.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%202639.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 25/09/2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As idéias de Carlos Santiago Nino - desenvolvidas e apresentadas ao longo deste trabalho – suscitam alguns questionamentos e instigam reflexões que ora se colocam, sobretudo acerca de três aspectos: o modelo de democracia proposto, o modo como procura conciliá-lo com o conceito de Constituição (complexa), e a compreensão que faz acerca da atuação do Poder Judiciário num cenário Democrático-Constitucional.

Uma das grandes virtudes da teoria de democracia deliberativa proposta por Carlos S. Nino consiste em que, não obstante procurar construir um modelo ideal de discussão e tomada de decisões coletivas, o próprio autor reconhece as dificuldades de sua implementação, de modo que elas passam a integrar suas reflexões. Os possíveis limites práticos à efetividade da teoria democrático-deliberativa são, assim, incorporados às suas idéias, não como evidência do seu fracasso, mas como forma de repensar constantemente a teoria tendo em vista as possibilidades de sua realização. Isso garante, inclusive, a defesa de suas idéias diante das teorias céticas, que encontram nas dificuldades concretas verdadeiros obstáculos à crença de que é sim possível melhorar.

Em relação, ainda, ao modelo de democracia deliberativa, cabe uma segunda consideração. Ao concentrar seu valor (epistêmico) no procedimento de discussão, e o valor deste procedimento no resultado imparcial que ele permite alcançar, a teoria de Carlos Santiago Nino parece superar, de certo modo, a discussão entre procedimentalistas e

substancialistas. Ainda que se possa pensar o contrário, tendo em vista que o autor não nega a possibilidade de que a reflexão individual eventualmente conduza também a soluções imparciais (o que faria pensar que ele tende a dar mais importância ao resultado - imparcialidade - do que ao procedimento – deliberação), cabe destacar que Nino parece fazê-lo mais por uma questão de prudência do que de convicção.

A proposta de Democracia deliberativa revela, ainda, o otimismo que Carlos S. Nino deposita nas pessoas, a crença de que se pode despertar nelas os sentimentos de respeito e solidariedade, mesmo em sociedades plurais, em que prevalece a divergência de idéias e de opiniões. O consenso proposto não requer convergência de valores, tampouco supressão das diferenças; ele respeita a diversidade, e requer apenas que se reconheça ao outro aquilo que se quer para si, para que possa haver convivência harmônica entre indivíduos.

Este otimismo permite a Carlos S. Nino, ainda, enxergar equilíbrio onde muitos vêem apenas tensão. Ao situar o processo democrático entre os elementos da Constituição complexa, e propor uma relação de apoio recíproco entre estas concepções, Nino torna possível a conciliação teórica destes dois ideais que - para muitos - não poderiam se relacionar de outra forma se não implicando limites um ao outro: governo democrático e respeito à Constituição.

Mas o propósito maior do presente estudo concentra-se na análise das reflexões de Carlos Santiago Nino acerca do sistema judicial de controle de constitucionalidade.

Por aceitar que o governo democrático é o melhor existente, e que a deliberação é o procedimento mais adequado para tomada de decisões coletivas, Carlos Santiago Nino parece reconhecer, em princípio, a falta de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para controlar as leis e atos que, em tese, expressam a vontade popular. Entretanto, faz esta ponderação a partir da noção de valor epistêmico, de que quanto mais amplo o debate, e quanto mais sujeitos dela participarem, tanto maior será a tendência da solução alcançada à imparcialidade.

Mas se os órgãos que realizam o controle judicial de constitucionalidade são compostos, normalmente, por um ou um pequeno grupo de indivíduos, parece claro que nestes casos não há valor epistêmico. A alternativa de Nino para justificar, ainda assim, a atuação do Poder Judiciário neste sistema é conceber aqueles que realizam tal controle não

como Juízes no exercício de uma função pública, mas como simples sujeitos que participam do processo de deliberação, e que têm - por isso - igual poder para fazer objeções e requerer a revisão de um ato resultante da vontade da maioria que pareça parcial.

Mas esta alternativa não é, se quer para Nino, suficiente para justificar um controle judicial amplo, de quaisquer leis ou atos normativos. Este controle deve ser *excepcional e contingente*, aceito em apenas três hipóteses: como forma de proteger a constituição histórica de um País, como meio de garantir a observância das condições mínimas para o exercício da democracia, e para assegurar o respeito ao princípio da autonomia pessoal.

Se são apenas três as hipóteses de controle judicial de constitucionalidade, não há dúvida de que tal controle é contingente (requer que o caso se enquadre em uma daquelas hipóteses para que seja justificado). Entretanto, o mesmo não parece poder ser dito acerca do seu caráter excepcional, e nisto consiste a primeira questão colocada a esta teoria de Nino. Não obstante serem apenas três as hipóteses, elas poderiam permitir - em verdade - um controle amplo de leis, em virtude daquilo que prevêm. Por exemplo, não se sabe ao certo - e isto o próprio Nino não responde em sua teoria - quais seriam as condições mínimas para exercício da democracia. Esta simples lacuna parece, por si só, já abrir espaço para uma série de situações nas quais não se poderia definir com precisão se se estaria ou não em jogo uma condição mínima para exercício da democracia. As possibilidades poderiam estender-se desde os direitos individuais até os chamados direitos sociais, o que ampliaria em grande medida as situações enquadráveis naquelas hipóteses “excepcionais” de controle.

Outra consideração que se faz - não à teoria do Nino, mas a partir dela - diz respeito à análise do sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Num primeiro momento, poder-se-ia pensar a noção de valor epistêmico para justificar a atuação do STF em sede de controle concentrado. Se é verdade que o papel de *amici curiae* vem sendo utilizado com frequência nos julgamentos, as audiências públicas, entretanto, (previstas pelo art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99) ficaram em segundo plano. A primeira delas foi realizada apenas no início deste ano, no julgamento da ADIN nº 3510, que teve como objeto a lei de biossegurança e a questão do uso de células-tronco. Ora, através das audiências públicas o Supremo poderia ampliar a participação da sociedade civil no

debate em torno da constitucionalidade das leis, permitindo a exposição de novos argumentos, fundados em outros interesses, o que ampliaria, em grande medida, a possibilidade de imparcialidade da decisão final à luz da teoria de Nino. Se o debate em sede de controle judicial de constitucionalidade não pode – ainda – ser amplo, pelas mesmas razões que inviabilizam a própria discussão para elaboração das leis, as audiências públicas podem ser vistas como alternativa para ampliar o valor epistêmico das decisões judiciais de controle de constitucionalidade¹⁸⁶.

Mas uma segunda leitura é possível a partir da noção de valor epistêmico e da falta de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis. Ela diz respeito à possibilidade de que talvez, para Nino, o controle de constitucionalidade significasse a mera atribuição de poder para declarar a necessidade de revisão das leis pelo Poder Legislativo, e jamais o seu afastamento imediato do sistema. Mesmo nas hipóteses previstas pelo autor, o baixo valor epistêmico mantém-se, e a falta de legitimidade para realização do controle de constitucionalidade das leis resultantes da vontade da maioria ainda não parece plenamente solucionada, razão pela qual - além de contingente - talvez tal controle tivesse, para Nino, também um caráter *limitado*, limitado à declaração da necessidade de o Legislativo rever um ato anterior que possivelmente violasse o princípio democrático, o princípio da autonomia e o conteúdo da Constituição.

Tais considerações não pretendem trazer respostas às deficiências muitas vezes apontadas a um sistema judicial de controle de constitucionalidade. Antes e acima de tudo, pretende problematizá-lo, lançando algumas possíveis alternativas à luz das brilhantes contribuições de Carlos S. Nino para o Direito Constitucional.

¹⁸⁶ Os argumentos aqui expostos foram elaborados em conjunto com o acadêmico José Arthur Castillo de Macedo, em artigo apresentado à Jornada de Iniciação Científica do PET-Direito, intitulado “O Julgamento da ADIN nº3510: reflexões a partir de Carlos Santiago Nino”, submetido à avaliação da banca examinadora em 28 de agosto de 2008.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *A História da Filosofia*, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

APEL, Karl-Otto. *Fundamentação última não-metafísica?* In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de. (org). Petrópolis: Vozes, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo, e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, s.d.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de Inconstitucionalidade n. 2.639/PR. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim, julgado em 08/02/2008 , publicado em 04/08/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação originária especial n. 2.639/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 06/10/2005, publicado em 16/02/2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 275480/PR, Primeira Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 07/11/2002, publicado em 07/02/2003.

CROZIER, Michel J.; Huntington, Samuel P.; WATANAKI, Joji. *The crisis of Democracy: Report to the governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York: New York University Press, 1975.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law – the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FISS, Owen. *The death of a public intellectual*. In: *Yale Law Journal*, vol 104, nº 5, mar-1995, p. 1187–1197.

FISS, Owen. *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I, 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Discourse Ethics: notes on a program of philosophical justification*, in LENHARDT, Christina; NICHOLSEN, Sherry Weber, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge: The MIT Press, 1990, p. 68-76

HABERMAS, Jürgen. *Teoria della Morale*. Tradução: Vinci-Enzo Tota. Roma: Laterza, 1994.

HART, Herbert L. A, *O conceito de Direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

MACPHERSON, C. B. *The Life and times on liberal democracy*, Oxford: Oxford University Press, 1977.

MILL, John Stuart, *Considerações sobre o Governo Representativo*. Tradução: Manoel Innocência de L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MOUFFE, Chantall. *Por um modelo agonístico de democracia*. Tradução: Pablo Sanges Ghetti. In: *Revista de Sociologia e Política*, nº 25, jun. 2006, p. 165-175.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral e Política*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

NINO, Carlos Santiago, *La Constitucion de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999.

RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. Tradução: Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato social. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 2005.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo num desenho (quase) lógico: vinte anos da construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Democratic Theory*, Detroit: Wayne State University Press, 1962

SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOLARZ, Alfredo. *Representación, democracia directa y valor epistémico: cuestiones acerca de la teoría deliberativa de Carlos S. Nino*. Disponível em: <http://www.stafforini.com/nino/representacion.htm>. Acessado em 23/07/2008.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Palabras preliminares*. In: *Homenaje a Carlos S. Nino*. Coord. Marcelo Alegre; Roberto Gargarella; Carlos F. Rosenkrantz. Buenos Aires: Laley, Facultad de Derecho, 2008.

VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico Moderno*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.