

**O DEBATE SOBRE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL
NA TEORIA DO DIREITO ALEMÃO À LUZ DA TEORIA INSTITUCIONAL***

***CONSTITUTIONAL LEGITIMACY DEBATE: THE GERMAN THEORY OF LAW
ACCORDING TO THE INSTITUTIONAL THEORY***

Bernardo Zettel**

Maíra Almeida***

SUMÁRIO: I. Considerações iniciais; II. Parâmetros da Legitimidade Constitucional na Teoria Alemã; II.1. O Parâmetro Normativo; II.2. O Parâmetro Hermenêutico Constitucional; II.3. O Parâmetro Democrático Deliberativo; III. Parâmetros da Legitimidade Constitucional na Teoria Institucional; IV. Considerações Finais; V. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a legitimidade constitucional na teoria alemã no período da segunda metade do século XX. Verifica-se que três são os parâmetros legitimatórios que se apresentam com maior destaque: (I) o parâmetro normativo; (II) o parâmetro hermenêutico; e (III) o parâmetro democrático deliberativo. A hipótese que se apresenta é reconhecer que tais parâmetros carecem de uma nova leitura de ordem institucional: não há mais que se discutir sobre a racionalidade da legitimidade constitucional – Hesse, Häberle e Habermas –, mas apresentar a discussão sob a perspectiva institucional de efetividade dos direitos. Isto é, a atividade institucional é um novo parâmetro para a legitimidade da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Constitucional; Legitimidade Constitucional; Teoria Institucional.

ABSTRACT: This article focuses on the analyses of the constitutional legitimacy of the german constitutional theory during the second half of the 20th Century. It is possible to

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Grupo de Pesquisa Teoria da Constituição e Teoria das Instituições (GP-TCTI), com o auxílio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento (CNPq), sendo referente àquela uma Bolsa de Iniciação Científica (IC-FAPERJ) e a um projeto de pesquisa aprovado na concorrência do Edital nº 9 de 2011 FAPERJ (Processo nº E-26/111.832/2011) e referente a este o projeto de pesquisa aprovado na concorrência do Edital Universal 14/2011 CNPq (Processo nº 480729/2011-5).

** Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: b_zettel@hotmail.com.

*** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista da CAPES. E-mail: almeida.maira.1@gmail.com.

understand that there are three parameters of legitimacy: (I) the normative; (II) the hermeneutical; (III) the democratic deliberation. The present hypothesis is to recognize that there is a possibility to add an institutional perspective to this debate: in fact, this debate about practical reason is out of date – Hesse, Häberle and Habermas –, the real concern on this matter is to focus on the institutional effectiveness of rights. The institutional legitimacy is a new parameter to constitutional legitimacy.

KEY WORDS: Constitutional Theory; Constitutional Legitimacy; Institutional Theory.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática ora enfocada, a da legitimidade constitucional, é um debate há muito presente no âmbito da teoria constitucional. Os estudos sobre o tema envolvem questões que transcendem o âmbito puramente normativo do Direito e atingem aspectos relacionados com a disciplina política, em particular, a própria instrumentalidade da norma jurídica no contexto de um regime democrático. De uma forma geral, a legitimação do Direito depende do enfrentamento de questões não somente normativas, mas também sociopolíticas que conformam o seu âmbito de validade material. A legitimidade da Constituição não foge a esse enfrentamento. Muito pelo contrário, é no campo constitucional que se mostra com maior nitidez a relação conformadora entre democracia e direito. Isso porque são as normas constitucionais que disciplinam o regime jurídico-positivo do Estado, sua estrutura política e administrativa, e sua relação com os cidadãos dotados de garantias fundamentais. Pode-se dizer que a Constituição contém o regime jurídico das liberdades e direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que busca conciliar a autonomia privada com os valores protegidos pelo regime democrático. Portanto, em uma *democracia de direitos*, a preocupação formal com a positivação das normas constitucionais sede espaço para o debate sobre as reais possibilidades de efetivação das garantias fundamentais individuais e coletivas¹. É precisamente nesse contexto, superada a problemática em torno da normatividade, que devem ser buscados no plano jurídico-institucional os fundamentos da legitimidade constitucional.

O presente trabalho destaca a relevância da configuração de um parâmetro teórico institucional para a fundamentação da legitimidade constitucional. A dinâmica política dos

¹ Uma teoria constitucional democrática parte do pressuposto de que todos os atores do governo são responsáveis pela proteção dos direitos legais e constitucionais, em um contexto de democracia de direitos. No cenário de valorização dos direitos como bens políticos, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário é complementado pela função exercida pelas instituições na definição do conteúdo dos direitos. Esse processo confere aos direitos constitucionais maleabilidade para se conformarem às expectativas da sociedade sobre um determinado padrão de justiça constitucional. Cf. GRIFFIN, Stephen. **American Constitutionalism: from Theory to Politics**. Princeton: Princeton University Press, 1996; e Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. **University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law**, Vol. 5, 2001.

atuais regimes democráticos apresenta novos problemas a serem enfrentados pela ordem constitucional, que transbordam do plano formal em que está situada a positivação do direito. Garantir a efetividade dos direitos constitucionais ante um cenário político e cultural cada vez mais heterogêneo demanda a consideração do plano institucional que compõe a estrutura de uma sociedade². Com esse pressuposto teórico, busca-se afirmar a tese de que a teoria constitucional alemã contemporânea, fundada em paradigmas teóricos de acentuada importância, com origem no período da segunda metade do século XX, ainda não avançou em relação ao desenvolvimento de uma perspectiva institucional acerca da legitimidade constitucional.

Pode-se constatar, no âmbito da teoria do direito alemão, o desenvolvimento de três principais parâmetros legitimatórios da Constituição: o normativo; o hermenêutico constitucional; e o deliberativo democrático.

Muito influenciada pelos trabalhos de Konrad Hesse, a teoria constitucional alemã na segunda metade do século XX esteve voltada para o problema acerca da dimensão normativa da Constituição, ou seja, da sua função enquanto norma jurídica no contexto de um ordenamento positivo. Os pontos relevantes nesse debate estavam relacionados, em linhas gerais, com o grau de vinculação das normas constitucionais. Buscava-se superar a ideia de que a Constituição cumpria apenas uma função programadora da ordem política. Era preciso, naquela época, conceder um real atributo normativo ao texto constitucional, capaz de vincular diretamente condutas e comportamentos do Estado e dos cidadãos.

O desenvolvimento da prática constitucional acabou por consagrar a tese da plena normatividade dos direitos constitucionais no cenário alemão. A trajetória em direção ao plano da faticidade, ou seja, rumo a uma teoria que pudesse dar conta dos aspectos políticos, sociais e culturais condicionadores da efetividade constitucional, encontrou maiores avanços nos trabalhos de hermenêutica jurídica de Peter Häberle. A tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição pode ser compreendida como um passo adiante na ampliação das possibilidades interpretativas da norma constitucional. O pano de fundo sobre o qual Häberle construiu sua tese era composto por uma verdadeira preocupação com a concretização da Constituição diante da realidade cultural que pretende normatizar. Nesse sentido, já com os

² Os desafios postos pela heterogeneidade cultural característica das sociedades democráticas contemporâneas são constantemente objeto de reflexão da filosofia política e da filosofia do direito. Um dos principais teóricos que enfrentaram essa temática, John Rawls, dedicou especial atenção à compreensão do modo como as doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*), reveladoras de concepções político-ideológicas distintas, podem ser conciliadas na forma de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*), a fim de preservar a concepção política de justiça de uma sociedade democrática bem ordenada. Cf. RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971; RAWLS, John. **O Liberalismo político**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

estudos de Häberle, despontou, ainda que de forma incipiente, a inclusão de fatores políticos na conformação da legitimidade constitucional a partir de um paradigma hermenêutico.

Com a confluência entre teoria política e teoria jurídica, foi possível observar de os primeiros contornos institucionais da legitimidade constitucional. Pode-se afirmar que foram as obras de Jürgen Habermas que inauguraram, no contexto alemão, um debate sobre a relação entre democracia e direitos constitucionais a partir da perspectiva da dualidade entre faticidade e validade do Direito. A concepção de uma democracia deliberativa foi de relevante importância para a construção de uma tese jurídico-substancial da legitimidade constitucional.

Contudo, ainda que os avanços realizados por Habermas no âmbito da faticidade tenham contribuído para a superação do plano meramente normativo do Direito, a tradição constitucional alemã ainda não buscou definir e problematizar a legitimidade da Constituição a partir de bases institucionais. O caráter legitimatório da Constituição ainda é relegado, na teoria alemã, à prática da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais. Isso se torna evidente ao analisar o papel quase monopolizador do Tribunal Federal Alemão na argumentação sobre os direitos fundamentais. Os direitos constitucionais, com isso, acabam transformados em *standards* imutáveis disponíveis ao Tribunal Federal para serem aplicados imediatamente a um caso concreto.

A análise do desenvolvimento da teoria alemã demonstra, assim, a centralidade dos elementos normativos na fundamentação da legitimidade constitucional. Essa normatividade, ainda que atenuada pelo paradigma deliberativo habermasiano, encontra dificuldades para explicar a dinâmica institucional que caracteriza o problema da efetividade dos direitos constitucionais. Nesse sentido, o debate aqui proposto pretende expor as principais linhas teóricas do constitucionalismo alemão voltadas para a problemática da legitimidade e destacar a contribuição do marco teórico institucional para esse debate.

II. PARÂMETROS DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA TEORIA ALEMÃ

A reestruturação da teoria jurídica alemã após a II Guerra Mundial incorporou uma concepção de legitimidade constitucional pautada em um paradigma estritamente normativo. Os principais estudos na área do direito constitucional foram influenciados pelo caráter normativista, resultado de dois fatores principais: de um lado, as normas constitucionais foram estruturadas como *standards* jurídico-positivos, construídos no plano puramente normativo a partir de uma distinção teórica entre princípios e regras jurídicas; de outro, a ideia de legitimidade do direito foi influenciada pela própria cultura política alemã, amparada em

uma expectativa de participação moral de cidadãos autônomos no cumprimento dos direitos constitucionais.

Esses dois fatores levaram ao desenvolvimento de um marco teórico constitucional pautado no pressuposto de que as normas jurídico-constitucionais instrumentalizam postulados imediatamente aplicáveis às relações travadas na sociedade. Com efeito, busca-se afirmar a existência de no mínimo três parâmetros para a legitimidade constitucional na teoria do direito alemão: (I) o *normativo*; (II) o *hermenêutico*; e (III) o *democrático deliberativo*.

1. O Parâmetro Normativo Constitucional

O papel da Constituição ante determinado regime político e sua posição no contexto de um ordenamento jurídico de Estado se apresentam como dois dos principais problemas sobre os quais se debruçou a doutrina constitucional alemã na segunda metade do século XX³. Com efeito, questões envolvendo o caráter vinculante da norma constitucional tornaram-se a pauta das discussões entre juristas e pensadores alemães, sobretudo quando se tinha como preocupação central a configuração de uma Constituição que pudesse garantir a proteção de direitos e liberdades fundamentais. Um dos juristas mais expoentes no debate em tela, Konrad Hesse, alertou para a premente necessidade de que a doutrina constitucional se reportasse aos fatores que poderiam contribuir efetivamente para tornar a Constituição uma norma vinculante na delimitação dos poderes estatais e na garantia dos direitos fundamentais.

O debate acerca dos fundamentos da normatividade constitucional – trazido ao cenário alemão após a Segunda Guerra Mundial e a promulgação da Lei Fundamental de Bonn de 1949 – tem como um de seus principais expoentes Konrad Hesse. Hesse escreve *A Força Normativa da Constituição* com base na sua aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg, em 1959. A tese central desse trabalho está direcionada para a relação entre o texto constitucional e a realidade, ou seja, o embate entre os fatores reais de poder e a Constituição. Hesse se questiona sobre a possível existência de uma força normativa intrínseca à Constituição, ao lado da força determinante das relações sociais de poder.

A resposta a esta questão deve ter como ponto de partida a relação entre Constituição jurídica e realidade político-social. A preocupação exposta por Hesse no que toca a efetividade da norma constitucional diz respeito à tensão existente entre a norma

³ O debate na teoria alemã sobre a eficácia e legitimidade do Direito Público e do Direito Constitucional, como aqui foi tratado, tem lugar desde o período pré-weimariano com a Escola de Direito Público. Desponta desde já a tensão entre Direito e Política, entre normatividade e normalidade, que é introduzida após a crise do positivismo jurídico legalista. Pensadores como Carl Schmitt, Hermann Heller e Rudolf Smend trazem para o cenário alemão a preocupação em introduzir, na Ciência do Direito Constitucional, elementos de ordem política que circundam o próprio Estado de Direito. Essa é a tradição do Direito Público alemão, que Hesse, na segunda metade do século XX, retoma a partir de novas bases ideológicas.

fundamentalmente estática e racional, e a realidade fluida e irracional. A ideia aqui não é a de que a Constituição jurídica sucumbe diariamente à Constituição real (Lassalle). Pelo contrário, a teoria constitucional deve ter como pressuposto o condicionamento recíproco entre a Constituição formal e a realidade social. Devem ser considerados os limites e as possibilidades de atuação da Constituição jurídica e os pressupostos da eficácia constitucional. Nas palavras de Hesse:

“O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco. (...) A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever ser, não leva a qualquer avanço na nossa indagação [a de saber qual o fundamento e o alcance da força do Direito Constitucional].⁴”

Deste modo, a Constituição não tem existência quando desconsidera um desses dois pólos, isto é, quando busca uma pretensão de autonomia em face da realidade, ou quando abandona toda a normatividade em favor do domínio das relações fáticas. Têm-se, assim, a necessidade de se equilibrar normatividade e faticidade, como elementos conformadores da força normativa da Constituição. A pretensão de eficácia não pode restar separada das condições históricas que condicionam a realização da norma constitucional.

A Constituição empresta direção e sentido para as forças sociais, políticas, culturais e econômicas. Segundo Hesse, consubstancia um olhar sobre o presente tendo como pano de fundo o futuro de uma sociedade histórica. Com efeito, a Constituição converte-se em força ativa própria para a realização das potencialidades culturais de uma dada sociedade. Contudo, daí não resulta a conclusão equivocada de que a Constituição aufere, *per si*, força suficiente para garantir sua vigência. O segundo ponto a ser observado, lembra Hesse, é o comprometimento do povo em concretizar a ordem normativa programada pela norma fundamental. A esse comprometimento Hesse dá o nome de *vontade de Constituição*:

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas foram efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e, se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes do juízo de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*.⁵”

⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. In. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Almeida, Carlos dos Santos, Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126-127.

⁵ Idem, p. 132.

A vontade de Constituição traduz-se, assim, na busca pela legitimidade do texto constitucional. Hesse tem em conta a necessidade de que a Constituição dialogue com a realidade político-social, refletindo seus anseios por meio de filtros que atribuam legitimidade jurídico-normativa para determinados fatos da vida social. Diante desse processo, a Constituição não adquire força normativa plena enquanto não é constantemente realizada por aqueles que estão submetidos à sua regulação. A força normativa depende da “compreensão, pelos cidadãos, da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável”⁶. Com isso, Hesse pretende conferir a legitimidade necessária para a Constituição lograr vigência no contexto próprio de uma determinada realidade histórico-cultural.

Para que a Constituição obtenha máxima aplicabilidade em função do contexto social em que está inserida, o papel da interpretação tem significado decisivo. Portanto, o terceiro ponto a ser considerado pela teoria constitucional diz respeito à interpretação da Constituição. Para Hesse, se a eficácia do texto constitucional está condicionada pelos fatos concretos da vida, a interpretação não pode desprezar esses fatores. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação fática. Os princípios fundamentais contemplados desempenham uma função importante nesse cenário de concretização interpretativa do texto constitucional. São eles os elementos normativos capazes de renovar o espírito constitucional através do influxo de novas aspirações sociais, de acordo com os pilares normativos da própria Constituição⁷.

As possibilidades e condições de eficácia do texto constitucional são o cerne dos trabalhos de Hesse, e foram resumidas em sua *Força Normativa da Constituição*. O paradigma proposto por Hesse para a concretização da norma fundamental tem como um de seus instrumentos a interpretação jurídica, instrumento para a criação de direitos constitucionais em consonância com a realidade político-social. No entanto, o fazer atuar a Constituição, para Hesse, ainda se consubstancia como uma tarefa mais voltada para os atores constitucionais legitimados. São, em verdade, órgãos estatais que promovem a interpretação do texto constitucional e, conseqüentemente, sua atualização ante as renovações ocorridas na sociedade. Nesse sentido, Hesse delimita o âmbito dos atores legitimados para a interpretação

⁶ Idem, p. 133.

⁷ A dualidade entre normalidade e normatividade é também considerada, ainda que de forma procedimental, nos trabalhos de Robert Alexy. Por meio da sua teoria dos princípios, Alexy pretende inserir nos procedimentos de realização da Constituição fatores relacionados com a ordem social fática. A ponderação entre princípios diante de um caso concreto tem como uma de suas regras as chamadas condições fáticas de aplicação que podem determinar a precedência de um princípio sobre o outro quando estiverem em colisão em um caso concreto. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

constitucional a partir de uma perspectiva jurídico-formalista, que está ligada à sua concepção de democracia constitucional estatal.

A interpretação constitucional na teoria alemã atinge novos patamares a partir da publicação dos trabalhos de Peter Häberle, sobretudo, com a sua *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição* (1975). Häberle traz ao pensamento constitucional a busca pela ampliação intersubjetiva do processo de interpretação constitucional, rompendo com o paradigma tradicional na teoria alemã voltado para uma interpretação, que do ponto de vista dos seus atores, era tida como uma atividade essencialmente público-estatal.

2. O Parâmetro Hermenêutico Constitucional

A preocupação em ampliar a legitimidade da Constituição ditou o rumo da teoria constitucional alemã a partir da segunda metade do século XX, muito em razão das violações contra direitos fundamentais que foram praticadas durante o período de guerra. No centro dos debates constitucionais estavam as possibilidades práticas de garantir a legitimidade do texto constitucional. Para tanto, a hermenêutica era considerada como um instrumento necessário para a aplicabilidade da norma constitucional, trazendo ao texto normativo as condições para sua efetivação diante da realidade político-social.

A tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição consubstancia essa preocupação, qual seja, a de conferir legitimidade ao texto constitucional dentro de uma sociedade caracterizada pela pluralidade cultural. O programa normativo-constitucional não poderia quedar confinado a um arcabouço teórico vazio sob a perspectiva cultural que marca cada sociedade historicamente determinada. Para Häberle, são as características de cada sociedade que determinam uma constante renovação do sentido normativo da Constituição. Aqui é importante destacar a sua concepção sobre a cultura e a forma como ela manifesta seus valores nas práticas sociais. A cultura de uma sociedade é elemento determinante para a normatividade do texto constitucional. O *Direito Constitucional Cultural* é elucidado por Häberle, no seguinte trecho:

“(…) la cultura debe ser contemplada *primero* a nivel histórico, en cuanto a su tradición y legados sociales; *segundo*, a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo cada uno de los respectivos valores e ideales de conducta; *tercero*, a nivel psicológico, como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto de costumbres seculares; *cuarto*, a nivel estructural entendido éste como conjunto de modelos de organización de la propia cultura, o bien a nivel genético, entendido éste en el sentido de cultura como producto, como ideas o como símbolos. Estamos seguros mediante el empleo

exclusivo de los susodichos parámetros antropológico-sociológicos, que pretenden sintetizar lo que deba ser entendido por cultura, apenas podrá resolverse sin problemas la operatividad del Estado cultural ni su respectivo Derecho Constitucional.⁸”

Com efeito, Häberle considera o direito, para além do aspecto puramente normativo, como um fenômeno cultural que se desenvolve na sociedade historicamente considerada. A introdução do fator cultural como um pressuposto para a interpretação do Direito representa um resgate de elementos da teoria do direito de Eugen Ehrlich, pautada na ideia de um *direito vivo*, que se reporta ao caráter normativo próprio das organizações sociais. Um direito constitucional que se perfaz por meio de atividades sociais, sem, contudo, perder de vista o seu aspecto normativo que é parte integrante da cultura do povo⁹.

Por meio da atividade interpretativa aberta da Constituição torna-se possível a observância do pressuposto cultural acima exposto por Häberle. A ampliação dos pontos de vista na interpretação e aplicação da norma fundamental viabiliza a sua mutação cultural, isto é, permite que o seu significado normativo dialogue reciprocamente com a realidade social e, conseqüentemente, amplia o grau de legitimidade da Constituição. O influxo de elementos culturais na ordem normativo-constitucional ocorre por meio das diversas possibilidades interpretativas que são conferidas à lei fundamental.

A construção de uma hermenêutica plural tem como pressuposto aspectos metodológicos que interferem diretamente na compreensão do sentido e da função da atividade de interpretação. Para Häberle, a hermenêutica deve ser compreendida como um conceito mais amplo do que a simples atividade de explicitação do sentido do texto normativo. Isso significa dizer que a capacidade de compreender a Constituição não se perfaz apenas por meio de uma atividade intencionalmente direcionada à construção do significado jurídico de uma norma. Mais do que uma atividade meramente cognoscitiva sobre o texto da norma, a atividade interpretativa deve ser considerada em seu sentido lato:

“(…) cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser

⁸ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 25-26.

⁹ A “Escola do Direito Vivo” teve como precursores Herman Kantorowicz e Eugen Erlich, e ostentou relativa influência na academia jurídica alemã na segunda metade do século XIX. A tese central desses autores consistia na aproximação do Direito com as Ciências Sociais, a partir da constatação de que a normatividade de qualquer diploma legal depende da consideração de fatores empíricos, ou seja, dos acontecimentos da realidade. A tradição sociológica do direito, por assim dizer, foi inaugurada com os referidos pensadores.

garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma teoria da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.^{10,}

Nesse sentido, revela-se o vínculo estreito entre a ideia de cidadania e a interpretação constitucional. Cidadania compreendida como a plena capacidade de desenvolvimento dos direitos fundamentais tanto na esfera privada como na esfera pública, por meio da autonomia conferida ao cidadão para exercer suas atividades em âmbito privado, e sua responsabilidade no que diz respeito à sua participação política na vida pública. Pode-se dizer que a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição tem como pressuposto uma concepção de democracia de direitos em que o cidadão-ator da interpretação constitucional desenvolve suas potencialidades jurídicas e políticas na concretização da norma fundamental e, dessa forma, promove a sua própria legitimidade. Com efeito, Häberle pressupõe a democracia como cultura política da sociedade constitucionalizada.

Häberle apresenta, em uma perspectiva republicana constitucional, aqueles sujeitos democráticos que devem ser considerados como intérpretes da Constituição. Seu catálogo sistemático inclui dentro das funções estatais os órgãos com poder decisão vinculante e aqueles com poderes de decisão vinculante, mas submetidos a um processo de revisão, dentre os quais estão os órgãos jurisdicionais, o legislativo e o executivo. A interpretação envolve também os participantes do processo de decisão que não são órgãos públicos, como as partes em cada processo judicial de natureza constitucional, os pareceristas, os participantes de audiências públicas, os peritos, as associações e partidos políticos. Os grupos de pressão organizados e a opinião pública manifestada através dos meios de comunicação são participantes de relevo na significação da norma constitucional. Nesse sentido, o debate parlamentar inserido no processo legiferante e o processo político em sentido amplo, envolvendo a atividade partidária, renovam constantemente o sentido da Constituição, na medida em que trazem novas razões para a deliberação, com objetivo de sustentar concepções político-constitucionais distintas.

Destaca Häberle que cada um dos atores na interpretação constitucional possui recursos e técnicas distintas para proceder à atividade hermenêutica. O trabalho desenvolvido pelo legislador na confecção das normas legais é constitucionalmente delimitado por uma maneira distinta daquele que é atribuído ao juiz na decisão judicial. A atividade jurisprudencial está limitada pela utilização de argumentos de índole técnica, relacionados com o processo judicial que conferem validade à decisão definitiva. Nesse ponto, distancia-se

¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 20.

dos procedimentos deliberativos adotados pela maioria dos Parlamentos democráticos, e, que de uma forma geral, estabelecem maior espaço de discricionariedade ao legislador na definição dos objetivos políticos a serem perseguidos pela norma infraconstitucional. O conteúdo político da atividade legiferante está circunscrito pelo texto constitucional, assim como explica Häberle:

“O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.¹¹”

A interpretação constitucional através do processo legislativo é criadora de uma parte da esfera pública de deliberação democrática. Nesse espaço público deliberativo são discutidas propostas políticas com base nos valores estabelecidos pela Constituição. Com isso, é operada a concretização da norma constitucional nos meios políticos, de uma forma distinta daquela correspondente ao processo jurisprudencial. São interpretações que possuem o mesmo objeto – a Constituição –, mas que são orientadas por regras procedimentais distintas.

A democracia deliberativa, como um modelo para tomada de decisões que afetam a vida pública, tem como um de seus pilares conceituais a noção de espaço público. Ao tratar da Constituição como um *processo* público, Häberle pretende mostrar como a normatividade constitucional, ao mesmo tempo em que dirige comandos regulamentadores para a ordem pública, é objeto de constantes modificações promovidas por atores interpretativos. Quando tida como um processo, a Constituição passa a ter um caráter dinâmico que supera a ideia de um texto escrito e imutável. Para além do enunciado constitucional, as possibilidades de mutação instrumentalizam uma constante renovação do *sentido normativo constitucional*, através da ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição. A unidade da Constituição não é corrompida com a diversificação inerente à realidade constitucional, mas, ao contrário, é garantida com a conjugação do processo e da função de diferentes intérpretes¹².

¹¹ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, 1997, p. 27.

¹² Um dos cânones da interpretação constitucional é o princípio da unidade da Constituição, que impõe ao intérprete o dever de harmonizar os diversos sentidos que podem ser atribuídos às normas jurídicas em função da preservação da Constituição como um bloco semântico coeso. Nesse sentido, é imperativo que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas em função do significado normativo-constitucional que expressam. A fragilidade da unidade constitucional é exposta, contudo, quando se tem um conflito entre valores e princípios inseridos no próprio texto constitucional. Com efeito, destaca Barroso que esse conflito deve ser dirimido através da preservação da integridade constitucional: “O problema maior associado ao

Häberle tem também como preocupação central para a sua teoria constitucional o valor legitimatório do qual depende a efetividade da Constituição enquanto norma fundante da do regime democrática. A norma constitucional, dentre suas várias funções jurídicas, se dirige à regulação do processo político democrático, ao determinar quais as razões e os procedimentos legítimos para o debate nas esferas públicas de deliberação. A legitimação da Constituição, a partir de uma perspectiva hermenêutico-democrática, está relacionada com as possibilidades de atuação das forças pluralistas da sociedade na interpretação e materialização do texto constitucional. Ampliar o círculo de intérpretes confere à Constituição maior força legitimatória ante a diversidade cultural de uma sociedade plural. Nesse sentido:

“(…) a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (...): a integração, pela menos indireta, da *res publica* na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo da tensão, do real e do necessário. Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente como sujeitos.¹³”

No plano democrático, a legitimação da Constituição supera a ideia clássica da Ciência Política segundo a qual a democracia se desenvolve no contexto de delegação formal de poderes ao representante político. A soberania popular estampada na prática político-representativa consubstancia apenas o aspecto formalista da democracia. Uma Constituição que pretende buscar na realidade social e na vida das instituições públicas a sua legitimidade, segundo Häberle, deve viabilizar a ampliar as discussões e os consensos que são estabelecidos na sociedade acerca dos direitos fundamentais. Aqui, mais uma vez, a cidadania se apresenta como um parâmetro legitimatório para a Constituição, através da instrumentalização jurídica dos direitos e garantias ligados ao amplo debate público sobre os direitos fundamentais. Nas esferas públicas democráticas materializam-se os direitos de participação política e as controvérsias sobre direitos são discutidas e resolvidas por meio de procedimentos deliberativos.

3. O Parâmetro Democrático Deliberativo

princípio da unidade não diz respeito aos problemas que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mas sim as tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto do debate e da composição política. Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2010, p. 302. Diante da necessidade de se manter a unidade constitucional, uma interpretação aberta preza pela coerência argumentativa entre os intérpretes e por valores públicos comuns sobre os quais é promovido o processo constitucional.

¹³ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, 1997, p. 33.

A preocupação centrada na ampliação intersubjetiva da interpretação constitucional toca apenas a um dos problemas que se apresentam à teoria constitucional, aquele relativo à hermenêutica jurídica. No entanto, o fundamento de legitimidade da Constituição posto em bases tão somente hermenêuticas não é capaz de identificar o papel do direito e, sobretudo, da norma fundamental constitucional, na estrutura deliberativa de uma sociedade democrática. Pode-se dizer que Häberle busca elevar o grau de legitimidade da Constituição trazendo para o seu âmbito normativo os diversos significados que são conferidos aos direitos constitucionais no interior de uma sociedade culturalmente plural. O pano de fundo para a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é justamente uma concepção de democracia baseada na efetivação dos direitos fundamentais, e na plena capacidade dos cidadãos no exercício dos seus direitos políticos. Contudo, a roupagem democrática que Häberle introduz em sua teoria hermenêutica constitucional não está fundamentada em uma concepção sobre as possibilidades e limites do exercício dos direitos fundamentais ante a complexidade de uma ordem político-social baseada no princípio da soberania popular. A essa tarefa, Habermas busca fornecer uma estrutura teórica capaz de conciliar o papel do direito e da democracia, preservando o diálogo entre faticidade e normatividade.

No âmbito da teoria constitucional, os conflitos por vezes deflagrados entre a vontade popular expressa formalmente no parlamento, e o exercício da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais, e, particularmente, de direitos de minorias, expõe a legitimidade da Constituição diante da realidade político-social. O movimento constitucionalista, em suas origens durante a segunda metade do século XVIII, está associado à promulgação das constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791). O surgimento desses novos documentos constitucionais consubstancia uma reação dos movimentos revolucionários que acompanharam o desenvolvimento da democracia nesses Estados¹⁴. O conteúdo político do constitucionalismo está, dessa forma, vinculado às demandas por um regime de governo pautado na soberania popular, e na ideia de que o povo deve ter consigo a legitimidade para a orientação das políticas governamentais, na clássica expressão do sistema de autogoverno. Com efeito, a Constituição torna-se um instrumento de fundamentação democrática do Estado de Direito, na medida em que garante os direitos

¹⁴ Em verdade, como bem anota Jorge Miranda, o sistema constitucional francês é o exemplo mais adequado de movimento constitucionalista deflagrado com o espírito revolucionário: “Não é demais frisar que a grande diferença entre o sistema constitucional francês e os sistemas constitucionais britânico e americano reside, *in primis*, na sua origem revolucionária e, depois, na vocação universalista de difusão de ideias que lhe está associada. O sistema vai se formar a partir de 1789, por via de Revolução que, em progressiva radicalização se propõe a romper com todas as instituições e estruturas antigas.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais**. Tomo I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editorial, 1990, 156-157.

inalienáveis do homem e introduz os limites da atuação do Estado ante a dimensão da autonomia privada. A problemática que envolve o regime constitucionalista desde o seu surgimento no cenário norte-americano e francês é estampada na tensão entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e o princípio da soberania popular como alicerce do regime político-democrático.

Essa tensão é trazida ao debate alemão através dos trabalhos de Jürgen Habermas, principalmente com o seu *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992). A importância da teoria habermasiana transcende os limites da teoria constitucional, e alcança a fundamentação normativa do direito enquanto um sistema de regras coercitivamente impostas. Habermas lança as bases para um diálogo entre faticidade e validade, assim como para a delimitação do âmbito da moral e do direito em dimensões complementares¹⁵.

No campo teórico, o desenvolvimento do parâmetro normativo da legitimidade constitucional encontra novos fundamentos com a filosofia política habermasiana. Substancialmente influenciada pelo pensamento kantiano, a proposta deliberativa de Habermas parte de uma expectativa de que os direitos constitucionais representem imperativos de ordem moral conformadores das condutas individuais. O mérito da tese da democracia deliberativa consiste justamente na possibilidade de que os direitos constitucionais sejam objeto de constante renovação jurídico-material através da atividade comunicativa, de caráter intersubjetivo, entre cidadãos autônomos. No entanto a problemática que tangencia a efetividade e a legitimidade dos direitos constitucionais é ainda mais ampla que aquela pensada por Habermas e evidenciada em sua tese central sobre a tensão entre faticidade e validade.

A teoria habermasiana oferece uma nova proposta para a fundamentação do direito a partir da dualidade sobre a qual o sistema de regras jurídicas está assentado. O direito, compreendido como instrumento para ordenação social, é implicado diretamente pela tensão entre faticidade e normatividade como dois pólos distintos que se manifestam no modelo de validade legal. O sistema de direitos moderno tem sua validade fundada no aspecto legal, ou

¹⁵ Habermas é considerado um dos expoentes da chamada Escola de Frankfurt, no período entre as décadas de 1960 e 1980. Voltada para a construção das bases de uma Teoria Crítica, segundo a qual a propagada emancipação do homem através da razão no período iluminista significava, em verdade, a criação de novas formas de domínio pela racionalidade técnica. A Escola de Frankfurt influenciou o pensamento habermasiano, sobretudo, em sua *Mudança Estrutural da Esfera Pública* (1962). Somente anos 80, com a publicação da sua *Teoria da Ação Comunicativa* (1981), Habermas rompe com a escola frankfurtiana e passa a considerar as possibilidades do agir comunicativo no interior de esferas públicas democráticas. A partir desse novo paradigma, o autor publica várias obras em que está em debate a relação entre espaço público, democracia, política e direito: *Consciência Moral e Agir Comunicativo* (1983); *Direito e Democracia; entre faticidade e validade* (1997); e *A Constelação pós-Nacional* (2001). Tais obras têm em comum a nova concepção do cidadão como sujeito moral e racional que interage com outros cidadãos em espaços públicos e que é capaz de interferir na realidade social.

seja, a pretensão de validade que é atribuída ao direito depende da adequação formal do procedimento legislativo. Com efeito, a via para a elaboração de normas jurídico-legais é ela mesma um procedimento estruturado por outras normas jurídico-legais, o que torna o direito um fenómeno originalmente formalista. Habermas verifica que a validade do direito, quando vinculada a um procedimento puramente formal determinado por outras normas legais, representa uma fonte de tensão ante a complexidade social que caracteriza o pólo da faticidade. Um sistema de validade legal reduz as possibilidades de diálogo entre normatividade e faticidade, e, conseqüentemente, compromete o grau de legitimidade do sistema jurídico.

O paradoxo entre legitimidade e legalidade, que Habermas verifica diante da análise do modelo de validade legal do direito moderno, é exemplificado com a estrutura dos direitos que asseguram ao indivíduo sua autonomia política. Como direitos subjetivos, os direitos políticos possuem a mesma estrutura de todos os direitos que conferem um espaço de liberdade de escolha individual. Por outro lado, o procedimento legislativo democrático é orientado pela expectativa de se alcançar um acordo entre os cidadãos sobre as regras para a vida em sociedade. Com efeito, o exercício dos direitos políticos revela o paradoxo do direito moderno, na medida em que confronta o cidadão individual, dotado de direitos subjetivos relacionados com a possibilidade de optar por uma determinada proposta política, com a expectativa social de se atingir um entendimento coletivo sobre um modelo de bem comum capaz de regular a vida em sociedade. Em síntese, os direitos políticos, enquanto assumem a estrutura de direitos subjetivos, deslocam o cidadão para o centro de uma disputa política no processo legislativo dos regimes democráticos: a liberdade individual para orientação política é confrontada com a expectativa de se chegar a um consenso sobre uma proposta política. Para Habermas, nas sociedades modernas, o direito somente consegue estabilizar as expectativas de comportamento se for capaz de preservar a força da ação comunicativa¹⁶.

¹⁶ A filosofia habermasiana traça o marco conceitual de sua teoria da ação comunicativa a partir de uma revisão da teoria weberiana acerca da estrutura e das modalidades da "ação". Com relação ao conceito de ação, o fundamental para Weber não é a relação interpessoal de dois ou mais atores interativamente competentes, mas a atividade teleológica de um sujeito que age solitariamente. As modalidades de ação elencadas por Weber (ação racional direcionada a fins utilitários, valorativos e afetivos) têm como pressuposto a eficácia da intervenção causal que a ação representa em uma determinada situação e a opinião que o agente possui acerca da relação entre meios e fins. De forma distinta, a teoria da ação comunicativa habermasiana é construída sobre a distinção entre ação com orientação ao êxito e ação com orientação ao entendimento: "A una acción orientada por el éxito u orientada al éxito la llamamos instrumental cuando la consideramos bajo al aspecto de observancia de reglas de acción técnicas y evaluamos el grado de eficacia de la intervención que esa acción representa en un contexto de estados y sucesos; y una acción orientada al éxito u orientada por el éxito la llamamos estratégica cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de elección racional y evaluamos su grado de influencia sobre las decisiones de un oponente racional. (...) Hablo, em cambio, de acciones comunicativas cuando los planes de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa, los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una

Nesse sentido, o paradoxo entre a legitimidade e a legalidade do direito moderno é desfeito a partir da atuação do direito como um instrumento satisfativo das condições de integração social pautadas em um mútuo entendimento por parte de sujeitos comunicativos.

Habermas traça os contornos da estrutura de uma democracia deliberativa com o intuito de delimitar as dimensões entre a autonomia privada e a autonomia pública. A teoria do direito ao longo do século XIX promoveu uma separação essencial entre essas duas dimensões. Os direitos subjetivos dos quais são titulares os indivíduos no âmbito de sua autonomia privada foram associados ao reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito moral. Com efeito, o direito privado do pensamento jurídico-filosófico do século XIX, estava legitimado na autonomia moral da pessoa enquanto sujeito de direitos inalienáveis ligados à propriedade, à vida e à liberdade. Os diplomas legais, para serem considerados legítimos, deveriam garantir a inviolabilidade dos direitos inerentes à pessoa humana. A autonomia da vontade conferia ao indivíduo um espaço de liberdade para tomar decisões que afetassem sua vida privada, sem que pudesse sofrer qualquer forma de interferência jurídico-estatal em sua escolha particular. Na estrutura em que estava inserido esse sistema de direitos, os direitos subjetivos compunham poderes concedidos aos indivíduos pelo ordenamento jurídico-positivo. O círculo da legitimidade-legalidade era fechado com o fundamento de validade do exercício dos direitos subjetivos respaldado no próprio direito positivo. Dessa forma, a legitimidade ficava adstrita aos limites da legalidade.

O primeiro passo dado por Habermas na redefinição da estrutura conceitual e funcional dos direitos subjetivos consiste na realocação do indivíduo dentro de uma sociedade em que há a colaboração entre sujeitos que reconhecem uns aos outros na qualidade de indivíduos livres e iguais. Nesse ponto, os direitos não se referem a indivíduos isolados em posições atomistas, sem qualquer relação entre si. Pelo contrário, o sistema de direitos é concebido para indivíduos que convivem em uma mesma sociedade, e formam uma determinada estrutura social. O problema aqui é definir como um sistema de direitos pode ser construído a partir do consenso entre indivíduos com interesses particulares e objetivos políticos distintos. As teorias contratualistas, para Habermas, não apresentaram respostas suficientes para essa questão na medida em que não ofereceram uma explicação razoável para a transição ao Estado de Direito através do contrato social¹⁷.

definición compartida de la situación.” HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 331.

¹⁷ Habermas apresenta dois problemas que não foram respondidos pelas teorias contratualistas, sobretudo, pela teoria hobbesiana, e que representam verdadeiras condições pelas quais é viabilizada a transição do Estado de Natureza para o Estado Social: “On the one hand, the parties would have to be capable of understanding what a social relationship based on

A filosofia do direito kantiana, na análise de Habermas, rompe com a tese dos direitos subjetivos fundados no sistema de direito privado. Kant introduz um novo parâmetro de legitimidade para o direito, baseado em um contrato social concebido para institucionalizar as liberdades iguais, inerentes a todos os indivíduos. O pacto que institui a sociedade tem caráter jurídico-público, e apresenta como conteúdo a regra segundo a qual a liberdade de cada pessoa deve ser limitada de forma a se tornar compatível com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal. A legitimidade do direito está amparada, com isso, na construção de um pacto social por meio do qual a liberdade de cada indivíduo é uma liberdade limitada pela perspectiva do convívio em sociedade, e pelo reconhecimento de cada um como sujeito dotado de direitos e deveres iguais aos de todos os membros a mesma sociedade. A possibilidade de que os indivíduos alcancem um acordo em termos de um contrato social tem como pressuposto o direito a iguais liberdades, fundado na autonomia do indivíduo. Como pessoa moral, este indivíduo está sujeito ao uso da razão prática no que diz respeito à orientação de sua conduta em sociedade, assim como na definição das leis que limitarão sua liberdade. É com base na capacidade racional do sujeito moral, atuando na criação das leis as quais estará submetido, que resta fundamentada a legitimidade do direito.

Para Habermas, no entanto, a concepção kantiana sobre a legitimidade do direito não é capaz de conceber a relação entre o princípio da autonomia moral individual e o princípio democrático, senão por meio da intermediação do direito. Kant introduz o princípio da autonomia a partir da perspectiva de indivíduos morais que realizam julgamentos individuais por meio de uma razão prática. O princípio da autonomia tem por base a noção de um Imperativo Categórico como lei universal que garante a igualdade e a liberdade individuais¹⁸. O pensamento kantiano vê no Imperativo Categórico a fonte de delimitação da conduta dos indivíduos morais no uso de uma razão prática capaz de testar a legitimidade das normas jurídicas. Para Habermas, a fundamentação kantiana da legitimidade do direito não é capaz de estabelecer de forma clara a relação entre o princípio democrático e o princípio moral, ou

the principle of reciprocity even means. (...) In order to understand what a contract is and know how to use it, they must already have at their disposal the sociocognitive framework of perspective taking between counterparts, a framework that they can acquire only in a social condition not yet available in the state of nature. On the other hand, the parties who agree on the terms of contract they are about to conclude must be capable of distancing themselves in yet another way from their natural freedoms.” HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by W. Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996, p.91-92.

¹⁸ Em sua *Fundamentação Metafísica dos Costumes*, Kant define o conceito de vontade humana como a capacidade de agir com base em regras da razão formuladas sob a forma de imperativos. Os motivos que determinam nossas ações são considerados sob a forma de máximas, ou seja, representam as razões pelas quais um indivíduo pratica uma determinada ação. Na medida em que o indivíduo orienta sua ação em razão de regras práticas universalmente válidas, expressas na forma de leis morais, como um *a priori* para sua conduta, tem-se em conta a ideia de Imperativo Categórico. Nesse sentido, Kant sustenta a concepção de que a ação moralmente boa é aquela praticada pelo reconhecimento do dever moral de praticar tal ação.

seja, não esclarece como o direito operacionaliza a construção de uma ordem democrática em que estão assegurados os direitos individuais ligados a autonomia privada de sujeitos morais. Habermas pretende expandir a atuação do sujeito racional na construção de um regime democrático, e, dessa forma, verifica que a filosofia kantiana limita esse sujeito a um agir isolado, sem a perspectiva deliberativa necessária para o convívio social. Nesse sentido, esclarece Habermas:

“By way of contrast, Rousseau and Kant pursued the goal of conceiving the notion of autonomy as unifying practical reason and sovereign will in such a way that the idea of human rights and the principle of popular sovereignty would mutually interpret one another. (...) Kant did not interpret the binding of popular sovereignty by human rights as a constraint, because he assumed that no one exercising her autonomy as a citizen could agree to laws infringing on her private autonomy as warranted by natural law. But this means that political autonomy must be explained on the basis of an internal connection between popular sovereignty and human rights.¹⁹”

O problema a ser solucionado consiste na estruturação de um sistema de direitos em que esteja conciliado o princípio da soberania popular como um pilar da ordem democrática e o princípio da autonomia privada, de forma a assegurar a legitimidade do exercício dos direitos fundamentais individuais. A partir de uma estrutura político-jurídica em que estejam conciliados esses dois princípios, a dimensão da autonomia moral de cada indivíduo é conservada ante as decisões políticas e as normas jurídicas elaboradas com fulcro no princípio da soberania popular. O intento habermasiano é conciliar as liberdades individuais com o regime democrático, ou seja, buscar uma arquitetura política em que as escolhas morais individuais, refletidas no exercício de direitos subjetivos, possam estar harmonizadas com o procedimento legislativo baseado no princípio democrático.

A leitura habermasiana consolida um novo paradigma para a teoria do direito. Em uma perspectiva voltada para os procedimentos deliberativos que estruturam o direito enquanto ordem normativa, o paradigma habermasiano é construído em torno do conceito de ação comunicativa entre sujeitos morais comprometidos com a deliberação pública.²⁰ O direito é legitimado na medida em que todos aqueles possivelmente afetados pela norma

¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, 1996, p. 100.

²⁰ O paradigma da legitimidade do Direito na filosofia política habermasiana é explicado de forma bastante elucidativa pelo constitucionalista norte americano, Christopher Zurn: “The crux of this democratic principle for my purposes here is that it points to a solely procedural test for the legitimacy of laws: statutory legitimacy hangs solely on whether a law has been enacted in the correct way, not on whether it fulfills some independent and antecedently specified substantive normative criteria for goodness or rightness. As can be seen in the principle itself, it combines two types of procedural requirements: that of a legal constitution of decision processes, and that of a moral-political requirement for the assent of all citizens secured through reasoned deliberation.” ZURN, Christopher. “A question of institutionalization: Habermas on justification of court-based constitutional review”. In: UNGUREANU, Camil. GÜNTHER, Clauss. JOERGES, Christian (eds.) **Jürgen Habermas’ discourse of Theory of Law and Democracy: from the Nation-State to Europe and postnational constellation**, Vol. 1. Farnham: Ashgate Publishing, 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers/papers.cfm?abstract_id=1845872>. Acesso em: 05 de abril de 2011.

jurídica sejam capazes de aceitá-la com base em razões legítimas. Nesse sentido, a conexão interna entre soberania popular e direitos subjetivos individuais depende do modo como é exercida a autonomia política. Esse modo é assegurado por uma forma comunicativa discursiva de formação da opinião e da vontade comum. Habermas conclui sobre a legitimidade do direito com base no princípio do discurso:

“However, if discourses are the site where rational will can take shape, then the legitimacy of law ultimately depends on a communicative arrangement: as participants in rational discourses, consociates under law must be able to examine whether a contested norm meets with, or could meet with, the agreement of all those possible affected. Consequently, the sought-for internal relation between popular sovereignty and human rights consists in the fact that the system of rights states precisely the conditions under which the forms of communication necessary for the genesis of legitimate law can be legally institutionalized.²¹”

Com efeito, Habermas desloca a legitimidade do direito para a dimensão da *liberdade comunicativa* tangenciada por um sistema de direitos alcançado através do procedimento deliberativo. A liberdade comunicativa envolve a possibilidade de o cidadão defender a sua posição política em meio à deliberação pública, através do uso público da razão. Essa liberdade é expressão da autonomia política de cada indivíduo para levar ao debate público as razões que entende como suficientes e legítimas para defender sua concepção sobre o bem comum. A função do direito, nesse ponto, consiste na regulamentação dos procedimentos deliberativos de formação da opinião e da vontade coletiva, coordenando as razões que podem ser legitimamente defendidas pelos seus participantes:

“Communicative freedom exists only between actors who, adopting a performative attitude, want to reach an understanding with one another about something and expect one another to take positions on reciprocally raised validity claims. (...) Communicatively acting subjects commit themselves to coordinating their action plans on the basis of a consensus that depends in turn on their reciprocally taking positions on, and intersubjectively recognizing, validity claims. From this it follows that only those reasons count that all the participating parties together find acceptable.²²”

Em síntese, a legitimidade do direito, na perspectiva habermasiana, somente é compatível com uma ordem legal coercitiva que não viola os motivos racionais que sustentam a sua criação. Para tanto, o sistema de direitos deve conformar a autonomia política de cada membro da sociedade com os objetivos políticos que são traçados no processo de deliberação democrática. Conforme resta consolidada essa relação – entre direitos subjetivos individuais e democracia deliberativa –, torna-se possível a obediência de todos às normas legais a partir do

²¹ HABERMAS, *op. cit.*, 1996, p. 103-104.

²² *Idem*, p. 119.

conteúdo interno veiculado por elas. Nesse sentido, Habermas apresenta a sua concepção sobre a ideia de autogoverno e autonomia política:

“The idea of self-legislation by citizens, then, should not be reduced to the moral self-legislation of individual persons. Autonomy must be conceived more abstractly, and in a strictly neutral way. (...) The discourse principle is intended to assume the shape of a principle of democracy only by way of legal institutionalization. The principle of democracy is what then confers legitimating force on the legislative process. The key idea is that the principle of democracy derives from the interpenetration of the discourse principle and the legal form. I understand this interpenetration as a *logical genesis of rights*, which one can reconstruct in a stepwise fashion. One begins by applying the discourse principle to the general right to liberties – a right constitutive for the legal form as such – and ends by legally institutionalizing the conditions for a discursive exercise of political autonomy.²³”

III. PARÂMETRO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA TEORIA INSTITUCIONAL

O debate constitucional contemporâneo, sobretudo no âmbito da teoria norte-americana, é marcado pela preocupação com a prática institucional de efetivação dos direitos. Diante do desenvolvimento de sociedades culturalmente complexas, a promoção dos direitos depende cada vez mais dos mecanismos de que dispõem as instituições para tratar das matérias que são levadas à sua resolução²⁴. Com efeito, essa nova realidade cultural e política requer a tomada de um novo parâmetro para a legitimidade da Constituição, que pode ser classificado como um parâmetro institucional²⁵.

O foco deve ser redirecionado para os aspectos institucionais que comprometem a efetividade dos direitos constitucionais, ou seja, busca-se compreender o modo como as instituições atuam em conformidade com os valores públicos que pairam sobre a Constituição. Nesse sentido, a teoria institucional pode ser concebida como um esforço teórico de superação

²³ Idem, p. 121.

²⁴ É inegável o avanço do constitucionalismo contemporâneo ao redor das dificuldades fáticas no plano da Constituição, mas a crítica que pode ser feita é a seguinte: para que se estabeleça, de maneira concreta e significativa, um modelo constitucional democrático de governo, impõe-se compreender se as instituições exercem devidamente seus papéis na ordem jurídico-política. Para maiores detalhes acerca de tais problemas concretos da teoria constitucional contemporânea, Cf. BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José. RANGEL, Henrique. “Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo”. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Vol. 17, 288-309, 2011.

²⁵ O processo de formação de sociedades culturalmente heterogêneas desponta com maior vigor a partir do último quarto do século XX, acompanhado da informatização dos meios de telecomunicação e da ampliação de fluxos migratórios internacionais. Os clássicos Estados Nacionais tornam-se cada vez mais transnacionais, fenômeno que repercute diretamente nos movimentos constitucionalistas em diversos países. Esse cenário trás uma nova dinâmica a ser enfrentada pelo direito a fim de garantir a própria legitimidade constitucional democrática: “The new constitutionalism that has emerged over this period places as much emphasis on process as it does on outcomes. In light of this, the formal provision of democratic institutions is no longer sufficient to establish the democratic bona fides of a constitution. Because a constitution is the highest level of lawmaking and provides the ultimate rule of recognition for lawmaking processes, it requires the greatest possible level of legitimation in democratic theory. This need for legitimation dictates that a democratic constitution must be fashioned by democratic means in acknowledgment of the moral claim of a people to the right to participate in the creation of the rules under which they will be governed.” BLOUNT, Justin. *Participation in Constitutional Design*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.) **Comparative Constitutional Law**. Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2011, p. 38.

da tese elaborada pelo perfeccionismo judicial, segundo a qual as decisões judiciais devem ser profundamente motivadas em fatores de ordem política, moral e filosófica. O perfeccionismo pretende que as decisões proferidas nos *hard cases* sejam amplamente fundamentadas em argumentação sobre questões morais, como os limites da liberdade de expressão, a função da justiça social, entre outras que possam tornar a decisão ainda mais legítima.

Com efeito, os principais estudos contemporâneos sobre a teoria institucional buscam delimitar a atuação do Poder Judiciário diante da aptidão das demais instituições em lidar com os direitos constitucionais²⁶. Diferentemente do perfeccionismo judicial, a ideia é de que os juízes devem atuar em conformidade com os limites materiais de sua decidibilidade²⁷. Em outras palavras, fatores de ordem técnica, econômica, política ou social situados para além do âmbito do conhecimento jurisdicional devem indicar uma decisão judicial mais contida, ou seja, devem redirecionar o poder decisório para as instituições que são competentes para tal matéria.

A interpretação dos enunciados normativos depende, por um lado, da consideração das capacidades institucionais para sua aplicação. Isso significa que a interpretação dos enunciados, e a aplicação das normas jurídicas que deles derivam, tem de comportar uma análise acerca da efetiva carga de informações e do nível de conhecimento técnico que cada instituição possui para a compreensão da matéria submetida à sua apreciação. Por outro lado, esse processo de aplicação das normas jurídicas também não pode se afastar das consequências que cada decisão judicial terá sobre as demais instituições públicas e privadas.

A dinâmica institucional, portanto, passa a ser considerada no âmbito de interpretação e aplicação do direito constitucional. Elementos normativos deixam de compor a centralidade

²⁶ A teoria institucional apresenta-se como um novo campo teórico surgido recentemente na teoria norte-americana, voltado para a interpretação e aplicação dos direitos constitucionais. A preocupação com a realidade institucional democrática no contexto político americano produziu o ambiente propício para o desenvolvimento dessa nova corrente do pensamento político-constitucional. Atribui-se, no presente artigo, ao texto *Interpretation and Institutions* de Cass Sunstein e Adrian Vermeule o de maior relevância na inauguração desta perspectiva teórica. Mais recentemente, pode-se observar o desenvolvimento deste pensamento com Christopher Zurn, sobre a necessidade de uma releitura do papel das instituições na revisão constitucional (ZURN, Christopher. *op. cit.*, 2011); com Clauss Offe, questionando a possibilidade de institucionalizar a deliberação (OFFE, Claus. “Crisis and innovation of liberal democracy: can deliberation be institutionalized?” **Czech Sociological Review**, Vol. 47, 3, 2011); e com Daryl Levinson, em relação à necessidade de atribuir às instituições estáveis e credíveis a assunção de exercer os compromissos constitucionais (LEVINSON, Daryl. “Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment”. **Harvard Law Review**, Vol. 124, No. 3, 2011), entre outros.

²⁷ Em sentido oposto ao perfeccionismo, o minimalismo judicial apresenta uma perspectiva sobre a interpretação jurídica segundo a qual a decisão judicial não deve se aprofundar no debate sobre questões morais polêmicas, ao mesmo tempo em que deve decidir os casos individuais sem a pretensão de estabelecer um precedente a ser aplicado genericamente a outros casos semelhantes. Nesse sentido, o minimalismo judicial possui duas características centrais: “First, minimalists favor shallowness over depth, in the sense they seek to avoid taking stands on the most deeply contested questions of constitutional law. They attempt to reach incompletely theorized agreements, in which the most fundamental questions are left undecided. (...)Second, minimalists favor narrowness over width. Proceeding one case at a time, they seek decisions that resolve the problem at hand without also resolving a series of other problems that might have relevant differences. In the fashion of common law courts, minimalist judges prefer to focus on the particular question at issue, refusing to venture broader judgments that might turn out, on reflection, to be unwarranted.” SUNSTEIN, Cass. “Minimalism at War”. **Chicago University Law Review. Public Law and Legal Theory Working Paper** n. 80, 2004, p. 1-2.

da argumentação jurídica e sedem espaço para aquilo que se cunhou, na teoria norte-americana, como *capacidades institucionais e efeitos dinâmicos*:

“By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?” If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature. The second issue involves the dynamic effects of any particular approach—its consequences for private and public actors of various sorts. If a nonliteral interpretation of the phrase “induce cancer” would introduce a great deal of uncertainty into the system, and reduce Congress’ incentive to make corrections, it might well be sensible to deny exceptions in cases involving trivial risks. By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues.”²⁸

Com relação ao seu caráter normativo, o texto constitucional continua a vincular o comportamento do Estado e de suas instituições, bem como a definir os valores fundamentais da sociedade. No entanto, as regras e os princípios trazidos pela Constituição deixam de ser analisados como postulados valorativos pré-concebidos, ou seja, busca-se superar a tese da imutabilidade dos padrões normativos constitucionais. Muitos dos casos complexos levados ao Judiciário demandam o conhecimento de um amplo leque de informações técnicas que superam a sua capacidade de decidibilidade. Diante desses casos, a teoria institucional propõe a transferência do poder decisório do âmbito jurisdicional para o âmbito de atuação das instituições com capacidade institucional apropriada à matéria em questão.

Ao traçar os seus fundamentos sobre a legitimidade constitucional, a teoria institucional concebe um novo paradigma que tem como pressuposto o papel da Constituição na consolidação da ordem democrática. Cass Sunstein delimita, nesse sentido, a atividade primordial a ser desempenhada pelo constitucionalismo: “In my view, the central goal of constitution is to create the preconditions for a well-functioning democratic order, one in which citizens are generally able to govern themselves.”²⁹ O essencial da função constitucional consiste justamente na construção da arquitetura institucional à qual é atribuída a prática dos direitos constitucionais, ou seja, o modo como as instituições tratam da proteção desses direitos. O argumento sustentado por Sunstein desponta como uma nova proposta para o pensamento constitucionalista, voltada para a preocupação de ordem prática sobre a

²⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions.” **Chicago University Law Review. Public Law and Legal Theory Working Paper** n. 28, 2002, p. 2.

²⁹ SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 6.

efetivação dos direitos. Mais do que simples argumentação retórica utilizada pelos Tribunais Constitucionais, a efetivação dos direitos constitucionais depende de uma atividade institucional concebida em um plano político organizado com procedimentos decisórios normatizados. É nesse contexto que, de acordo com a teoria institucional, se pode buscar a legitimidade da Constituição.

Uma das principais características do parâmetro institucional consiste no modo como é concebida a relação entre os cidadãos e as instituições. O parâmetro institucional sugere uma relação recíproca de direitos e deveres entre particulares e instituições públicas, que contribui para a prática de procedimentos decisórios políticos mais legítimos. A ampliação das formas de participação na formação da vontade política das instituições constitucionais, como o Legislativo, o Executivo e o próprio Judiciário, tem um duplo efeito: em primeiro lugar, torna o regime democrático-constitucional ainda mais legítimo ante a complexidade cultural da sociedade; além disso, promove uma incorporação mais profunda dos valores e hábitos democráticos pelos cidadãos. No mesmo sentido do aqui exposto, comenta Justin Blount acerca das formas de manifestação da cidadania por meio de instrumentos de participação direta da sociedade na formação da vontade política do governo:

“In addition, participation is theorized to make ‘better citizens’ through the inculcation of democratic skills, habits and values. These newly acquired or burnished citizen attributes then provide a foundation for the efficacious functioning of formal democratic institutions enumerated in a new constitution. Participation is also educative; it instructs citizens on matters of public import, accelerates the acquisition of political information and equips citizens for more critical evaluations of their government. In the constitutional setting, these arguments suggest that participation in, for example, ratification, promotes democratic values in citizens and educates them in the operations of democratic processes as well as the contents of the constitution. This may increase the likelihood of the success of democracy at the regime level. Thus participation in the constitutional approval process will carry over to governance under the constitution once adopted.”³⁰

Com efeito, a participação dos cidadãos na formação da vontade das instituições políticas e a efetiva capacidade de influenciar as suas decisões depende da própria organização interna das instituições. A partir de então, torna-se imperativo a análise dos mecanismos deliberativos e dos procedimentos decisórios das instituições como fatores que ensejam um maior ou menor controle popular sobre sua atividade. Nesse ponto, a teoria da democracia deliberativa contemporânea desenvolve novas categorias conceituais que permitem uma melhor apreensão da realidade institucional. São conceitos de ordem institucional que complementam e aprofundam o marco teórico deliberativo habermasiano. Teóricos

³⁰ BLOUNT, James. *Op. Cit.*, p. 39.

deliberativos como Fishkin, distinguem as instituições de “opinião refinada” daquelas de “opinião bruta”. As opiniões refinadas são aquelas testadas pela competição entre argumentos e informações fornecidas pelos cidadãos com pontos de vista distintos. Em sentido oposto, as opiniões brutas são formadas sem procedimentos deliberativos adequados, e resultam, tendencialmente, em decisões arbitrárias. Instrumentos como o referendo e a consulta popular são, nessa perspectiva, considerados fatores de incremento da legitimidade da atividade institucional³¹.

Com relação aos mecanismos de proteção e garantia dos direitos, o paradigma institucional supera uma das principais problemáticas inerente aos paradigmas estritamente normativos da Constituição. No cenário teórico germânico, ainda se observa a preponderância do modelo jurisdicional de defesa dos direitos fundamentais, voltado para a atuação do Tribunal Constitucional. Em contraste, busca-se com o parâmetro institucional reduzir o poder político das cortes na definição da estrutura institucional da sociedade. Aqui, os teóricos institucionais ressaltam a deturpação da atividade judicial quando direcionada unilateralmente à definição do conteúdo dos direitos constitucionais. Em outras palavras, o denominado ativismo judicial representa, em uma perspectiva institucional, um fenômeno deformador da essência do regime democrático. Quando passamos a analisar o quadro da jurisdição constitucional sob o parâmetro institucional, percebemos o redimensionamento da estrutura de proteção dos direitos: não mais se toma como ponto de partida a atividade jurisdicional para a definição do conteúdo dos direitos, mas sim o modo como as instituições utilizam mecanismos de proteção e aplicação desses direitos. Especificamente com relação às instituições políticas representativas, Richard Pildes destaca a necessidade que o Tribunal Constitucional, no âmbito de seus julgamentos, delimite os reflexos de sua decisão na estrutura e formação dos quadros políticos:

“Courts could, potentially, interpret the rights at stake in politics – the right to vote, the right to association, the right to political speech, the right to political equality – in more pragmatic or more formal ways, but the tendency of the Supreme Court has been to reason about these rights in more formal, abstract ways that neglect the systemic consequences of constitutional decisions that enforce claims of individual rights (...). Of the various structural goals of democracy, the one courts ought to focus on is ensuring competition and, through it, electoral accountability. That is because, on the one hand, if the power to design the framework of democratic competition remains in the hands of existing officeholders, they will likely use that power to entrench themselves or their viewpoints in power. There is special justification, then, for courts to secure the goal of effective competition. And on the other hand, where threats to competition are not present, courts left free to impose their view of “rights” on politics run the risk of *Lochnerizing* the democratic system

³¹ Cf. FISHKIN, James. **When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation**. New York: Oxford University Press, 2009.

by making it more difficult for legislators or voters to experiment with changes to democratic processes to respond to ever-shifting disaffections with democracy.”³²

Nesse sentido, ao delimitar a atuação do Tribunal Constitucional na definição do conteúdo dos direitos, o parâmetro institucional pretende ressaltar o valor moral intrínseco ao debate político. O desenvolvimento democrático das instituições políticas depende da sua própria experiência com relação à competição eleitoral e à disputa de argumentos morais na esfera pública. Configura-se, portanto, um contraponto à tese da judicialização da política, na medida em que a formação da opinião pública sobre valores democráticos é deixada ao âmbito institucional eleitoral.

A relação entre democracia e constitucionalismo é retomada pela teoria institucional a partir de uma nova concepção sobre o caráter legitimatório do direito. Busca-se superar o paradoxo inerente à concepção de democracia constitucional, segundo o qual a legitimidade de um regime democrático depende da existência de regras jurídico-constitucionais pré-estabelecidas aptas a definir o rumo do processo político decisório³³. Pode-se dizer que a ideia de legitimidade enquanto modelo jurídico-normativo estático é superada pela teoria institucional com a afirmação de que a democracia constitucional depende de procedimentos institucionais capazes de promover, quando necessário, a renovação do conteúdo moral dos direitos. Christopher Zurn destaca que a avaliação sobre legitimidade não pode mais ser realizada em função de padrões binários (estáticos; do tipo *sim* ou *não*), mas de acordo com uma aproximação a ideais de democracia constitucional:

“First, legitimacy assessments are approximative, not binary: specific political systems may be more or less legitimate to the degree that they more or less approximate the ideals of constitutional democracy, and assessing such is a complex matter of judgment. Second, as an achievement concept, legitimacy only accrues to those systems we call constitutional democracies on account of specific constitutive features they possess: a governmental system is legitimate, on this account, to the degree to which its political processes, institutions, and laws provide good evidence that it has instantiated and will continue to instantiate the project of constitutional democracy in a dynamic, self correcting, and thus progressive manner. Third, and obviously, legitimacy is processual, a matter of achievement over time; it is not

³² PILDES, Richard. “Competitive, Deliberative and Rights-Oriented Democracy.” **Election Law Journal, New York University Law School, Public Law and Legal Theory Research Papers**, N. 83, 2004, p. 6.

³³ A concepção institucional sobre a legitimidade da democracia constitucional também pode ser compreendida como um modelo avançado do ponto de vista teórico em relação ao clássico modelo de “rule of law” (*Rechtsstaatlichkeit*). Em síntese, verifica-se a existência de três concepções centrais acerca do Estado de Direito: a positivista, a procedimental e a substancial. Em comum, essas concepções identificam a legitimidade do Estado Constitucional na consolidação de um conjunto de regras jurídicas definidoras dos direitos e deveres dos cidadãos. A teoria institucional, por sua vez, altera o foco em relação aquele proposto pelo “rule of law”. Elementos normativos, ainda que tidos como suportes de direitos e garantias individuais, passam a ser considerados na própria atividade das instituições em efetivá-los. Para uma revisão das concepções de rule of law, cf. NEUMAN, Gerard L. The U.S. “Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz.” **Columbia Law School. Public Law and Legal Theory Working Paper Group**, N. 5, 1999.

something that accrues to a system in virtue of any specific collective action or at any determinate point in time.³⁴

O fundamento da legitimidade constitucional é, dessa forma, transferido para a dimensão institucional, e apreciado com base na capacidade efetiva das instituições em dar continuidade ao projeto democrático concebido, *a priori*, na Constituição. A legitimidade é concebida de forma dinâmica, na medida em que os valores constitucionais compostos por ela são constantemente postos em debate no processo político institucional.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um retrospecto sobre os marcos teóricos fundamentais para a teoria constitucional alemã, foi possível identificar a construção de três parâmetros legitimatórios caracterizados pelo aspecto jurídico-normativo. O ponto comum a esses parâmetros está situado na expectativa de configuração de uma ordem constitucional capaz de legitimar, *per se*, o conteúdo dos direitos. Com efeito, o debate alemão encontra-se ainda em um estágio em que os direitos constitucionais são concebidos como postulados normativos ou imperativos de ordem moral que condicionam as condutas individuais. Com o parâmetro normativo, percebe-se a preocupação com a capacidade de vinculação normativa constitucional, e com o modo como a sociedade se comporta e adere aos padrões valorativos estabelecidos pela Constituição (*vontade de Constituição*). De outro modo, o parâmetro hermenêutico e o democrático deliberativo buscam, na ampliação subjetiva da interpretação constitucional e na atividade procedimental deliberativa, respectivamente, a fonte de legitimidade da Constituição.

Em conclusão, podemos afirmar que existe uma distância dos parâmetros de legitimidade constitucional desenvolvidos na teoria alemã em relação ao paradigma institucional que desponta no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo, no norte-americano. O ponto de vista institucional apresenta uma nova perspectiva acerca da efetividade constitucional, marcada pela instrumentalização dos direitos na atividade institucional. Em outros termos, há que se perceber os limites da efetividade dos direitos a partir das capacidades institucionais, ou seja, com base no acervo técnico e informacional que cada instituição pública ou privada dispõe para decidir sobre as matérias de sua competência. Cumpre analisar o modo como as instituições desempenham suas atividades com base em procedimentos deliberativos e decisórios próprios, a fim de testar a sua compatibilidade com

³⁴ ZURN, Christopher. The Logic of Legitimacy: Bootstrapping Paradoxes of Constitutional Democracy. **Cambridge Legal Theory**, V. 16, 2010, p. 38.

os valores constitucionais. É nesse sentido que deve ser buscado um parâmetro institucional para a legitimidade constitucional.

Com efeito, podemos verificar a originalidade da teoria institucional a partir de paradigmas propostos para a teoria do direito: (I) o paradigma da decisão judicial, pelo qual as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos são considerados como elementos limitadores da margem de decidibilidade do órgão judicial; (II) o paradigma procedimentalista, ancorado na estruturação de procedimentos decisórios adequados para cada tipo de instituição pública ou privada, e capaz de conformar as decisões institucionais aos valores constitucionais; (III) o paradigma democrático, segundo o qual a efetiva possibilidade de participação e de influência dos cidadãos nas decisões das instituições de caráter constitucional, através de procedimentos deliberativos adequados, consolida os valores democráticos na sociedade.

Quando analisados conjuntamente, tais paradigmas formam um parâmetro institucional que confronta a ideia de legitimidade constitucional pautada na perspectiva normativista. A formulação desses paradigmas indica o rumo de uma nova concepção sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, entre normatividade e faticidade, voltada para a efetiva capacidade das instituições em lidar com os direitos constitucionais.

V. REFERÊNCIAS BÁSICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BLOUNT, Justin. Participation in Constitutional Design. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.) **Comparative Constitutional Law**. Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2010.

BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José. RANGEL, Henrique. “Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo”. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Vol. 17, 288-309, 2011.

FISHKIN, James. **When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation**. New York: Oxford University Press, 2009.

GRIFFIN, Stephen. **American Constitutionalism: from Theory to Politics**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

_____. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. **University of Pennsylvania Journal on Constitutional Law**, Vol. 5, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura.** Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.** Translated by W. Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa.** Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEVINSON, Daryl. "Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment". **Harvard Law Review**, Vol. 124, No. 3, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais.** Tomo I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editorial, 1990.

NEUMAN, Gerard L. "The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz." **Columbia Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Group**, No. 5, 1999.

OFFE, Claus. "Crisis and innovation of liberal democracy: can deliberation be institutionalized?" **Czech Sociological Review**, Vol. 47, 3, 2011.

PILDES, Richard. "Competitive, Deliberative and Rights-Oriented Democracy." **Election Law Journal New York University Law School, Public Law and Legal Theory Research Papers**, No. 83, 2004.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

_____. **O Liberalismo Político.** 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SUNSTEIN, Cass. "Minimalism at War". **Chicago University Law Review. Public Law and Legal Theory Working Paper** n. 80, 2004.

_____. **Designing Democracy: What Constitutions Do.** Oxford: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". **Chicago University Law Review Public Law and Legal Theory Working Paper** n. 28, 2002.

ZURN, Christopher. "A question of institutionalization: Habermas on justification of court-based constitutional review", 2011.

_____. *The Logic of Legitimacy: Bootstrapping Paradoxes of Constitutional Democracy*. Cambridge Legal Theory, V. 16, 2010.