



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

ALEXANDRO RODEGUER BAGGIO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO  
COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

Londrina  
2013

ALEXANDRO RODEGUER BAGGIO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO  
COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Filosofia – Área de Concentração: Filosofia Contemporânea; Linha de Pesquisa: Ética e Filosofia Política; UEL - Universidade Estadual de Londrina; para obtenção do Título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Londrina  
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da  
Universidade Estadual de Londrina**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

B144j Baggio, Alexandro Rodeguer.  
Jurisdição constitucional no modelo procedimentalista habermasiano como  
garantia dos direitos fundamentais / Alexandro Rodeguer Baggio. – Londrina,  
2013.  
119 f.

Orientador: Elve Miguel Cenci.  
Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual de Londrina,  
Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013.  
Inclui bibliografia.

1. Habermas, Jürgen, 1929- – Teses. 2. Ciências políticas – Filosofia – Teses.  
3. Controle da constitucionalidade – Teses. 4. Direitos fundamentais – Teses.  
I. Cenci, Elve Miguel. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Letras e  
Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

CDU 1(430): 321.01

ALEXANDRO RODEGUER BAGGIO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO  
COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Filosofia – Área de Concentração: Filosofia Contemporânea; Linha de Pesquisa: Ética e Filosofia Política; UEL - Universidade Estadual de Londrina; para obtenção do Título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Professor Doutor Elve Miguel Cenci

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci  
UEL – Londrina - PR

---

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira  
UnB – Brasília - DF

---

Profa. Dra. Maria Cristina Müller  
UEL – Londrina - PR

Londrina, 21 de junho de 2013.

Dedico esse trabalho à minha família: Luciana, Pedro e Heloisa, que suportaram comigo minhas angústias.

## **AGRADECIMENTOS**

Especialmente a minha esposa Luciana que me ajudou nos momentos mais críticos me apoiando em todas as minhas dificuldades.

Ao Professor Elve Miguel Cenci pela extrema paciência em me orientar e dividir seu conhecimento.

Ao Professor Clodomiro José Bannwart Júnior pela maneira perspicaz e humilde em mostrar os caminhos do saber.

Guardo muito respeito e gratidão pelos Professores Elve e Clodomiro que não mediram esforços em me ajudar academicamente e profissionalmente. Meu muito obrigado.

Quero externar meu profundo agradecimento ao casal de amigos João Carlos de Oliveira Júnior e Valéria Martins Oliveira que em momentos de sombras ajudaram a iluminar meus caminhos.

Aos Professores Bianco Zalmora Garcia e Maria Cristina Müller que sabem transmitir de forma inequívoca seus conhecimentos em Jürgen Habermas e Hannah Arendt.

Agradeço a todos os colegas Professores, alunos da turma de Mestrado em Filosofia (2011-2013) e, aos meus alunos de graduação que me acompanharam nessa jornada.

Agradeço a Deus. Esse Deus desconhecido a que faz menção o apóstolo Paulo ao apresentá-lo aos gregos.

BAGGIO, Alexandro Rodeguer. *Jurisdição Constitucional no modelo procedimentalista habermasiano como garantia dos Direitos Fundamentais*. 2013. 119f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

## RESUMO

A dissertação que se apresenta tem o objetivo de realizar um estudo analítico da jurisdição constitucional no modelo procedimentalista habermasiano como garantia dos direitos fundamentais individuais e coletivos. A jurisdição constitucional atribui autonomia e autoridade aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, indicando soberania em legislar, governar e julgar, e interferindo dessa forma, diretamente na sociedade e na autonomia política do cidadão. Habermas busca um equilíbrio na complexidade da reconstrução do sistema de direito e na reconstrução do Estado de direito, em uma visão democrática que se utiliza da razão prática como pressuposto de emancipação, direcionando a jurisdição constitucional a investir legitimidade ao direito, proporcionando segurança jurídica aos direitos e garantias individuais e coletivos, e estabelecendo um cidadão autônomo no exercício da autonomia política. Através da proposta de racionalidade comunicativa habermasiana, busca-se dirimir o problema de formação democrática da jurisdição constitucional que visa à justiça e garante ao cidadão Princípios Universais de Direitos Humanos quando incluídos, na forma de direitos fundamentais, nas Cartas Constitucionais. O modelo procedimentalista habermasiano tem o intuito de garantir, por meio da jurisdição constitucional, a autonomia do cidadão ao preservar direitos individuais e coletivos, denotando segurança jurídica proporcionada pela reconstrução do sistema de direito e reconstrução de Estado de direito. Ao estudar o modelo procedimentalista habermasiano, este trabalho não intenciona estabelecer uma judicialização do poder, entretanto percebe-se que os Poderes não podem deixar vácuos, e o Poder Judiciário, se provocado, necessariamente ocupa os vácuos deixados pelos Poderes Legislativo e Executivo quando estes últimos não garantem direitos fundamentais individuais e coletivos. Jürgen Habermas realiza estudos relacionados à teoria liberal e à teoria republicana no que se refere à garantia de direitos fundamentais individuais e coletivos, e busca no modelo procedimentalista uma proposta para sedimentação da jurisdição constitucional, legitimando o direito e trazendo segurança política e jurídica aos cidadãos quando efetivamente ocorre a garantia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, que, por fim, proporcionam autonomia ao cidadão e efetividade social da cidadania.

**Palavras-chave:** Jürgen habermas. Filosofia política. Jurisdição constitucional. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

BAGGIO, Alexandro Rodeguer. *Constitutional Jurisdiction under the Habermasian proceduralist model as a guarantee to the Fundamental Rights*. 2013. 119p. Dissertation (Master`s degree in Philosophy). Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

## ABSTRACT

The thesis being presented aims to perform an analytical study over the constitutional jurisdiction under the Habermasian proceduralist model as a guarantee to individual and collective fundamental rights. The constitutional jurisdiction assigns autonomy and authority to the Legislative, Executive, and Judiciary Powers, indicating sovereignty to legislate, govern, and judge, and, thus, interfering directly in the society and in the citizen's political autonomy. Habermas seeks a balance in the complexity of the reconstruction of the law system, and in the reconstruction of the rule of law, in a democratic vision which uses practical reason as an assumption of emancipation, orientating the constitutional jurisdiction to invest legitimacy to justice, providing legal security to the individual and collective rights and guarantees, and establishing an autonomous citizen in the exercise of political autonomy. Through the proposal of the Habermasian communicative rationality, one longs to unravel the problem coming from the democratic formation of the constitutional jurisdiction, targeting justice, and guaranteeing to the citizen the Universal Principles of the Human Rights, when included, in the form of fundamental rights, in the Constitution Letters. The Habermasian proceduralist model purports to guarantee, by means of the constitutional jurisdiction, the citizen's autonomy, by preserving individual and collective rights, and denoting legal security, provided by the reconstruction of the law system, and the reconstruction of the rule of law. By analyzing the Habermasian proceduralist model, this study does not intend to establish a judicialization of power. However, it could be noticed that the Powers cannot allow vacuums, and that the Judiciary, if provoked, necessarily takes the vacuums left by the Legislative and Executive Powers, when such do not guarantee individual and collective fundamental rights. Jürgen Habermas conducts studies related to the liberal, and republican theories concerning the guarantee of individual and collective fundamental rights, and seeks, in the proceduralist model, for a proposal for the sedimentation of the constitutional jurisdiction, legitimating the right, and bringing forward legal and political security to citizens when the guarantee of the individual and collective fundamental rights effectively occurs, which, in the end, provides autonomy to the citizen, as well as social effectiveness of citizenship.

**Keywords:** Jürgen habermas. Political philosophy. Constitutional jurisdiction. Human rights. Fundamental rights.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>§</b>	Parágrafo
<b>Apud</b>	Citado por
<b>Art</b>	Artigo
<b>Atual</b>	Atualizada
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>Ed</b>	Edição
<b>Ibid</b>	<i>Ibidem</i>
<b>Id</b>	Idem
<b>Loc. Cit.</b>	<i>Loco Citatum</i>
<b>N.</b>	Número
<b>Op. Cit.</b>	<i>Opus Citatum</i>
<b>P.</b>	Página
<b>Rev.</b>	Revista
<b>Vol.</b>	Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>TÍTULO I ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO EFETIVAÇÃO SOCIAL DA CIDADANIA E AUTONOMIA DO CIDADÃO ATRAVÉS DA TEORIA DO DIREITO APOIADA NA TEORIA DO DISCURSO</b> .....	14
1.1 ASPECTOS GERAIS DO CONCEITO DE SOBERANIA .....	14
1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E LIBERDADES SUBJETIVAS .....	20
1.3 LÓGICA DA DIVISÃO ORGÂNICA DOS PODERES.....	32
1.4 PRINCÍPIOS DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	37
<b>TÍTULO II ESFERA PÚBLICA E ESFERA PRIVADA - TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA (SOBERANIA POPULAR) E AUTONOMIA PRIVADA (DIREITOS FUNDAMENTAIS)</b> .....	46
2.1 PRÓLOGO SOBRE ESFERA PÚBLICA E ESFERA PRIVADA .....	46
2.2 REFLEXÕES SOBRE O CASO <i>LITTLE ROCK</i> (EUA) E A TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA (SOBERANIA POPULAR) E AUTONOMIA PRIVADA (DIREITOS FUNDAMENTAIS) .....	54
2.3 CONSIDERAÇÕES DE JÜRGEN HABERMAS SOBRE AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA FACE AOS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA POPULAR E DE DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE UMA INTEGRIDADE JURÍDICA .....	60
<b>TÍTULO III LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO E SUA FINALIDADE DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	69
3.1 ESBOÇO HISTÓRICO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO .....	69
3.2 ASPECTOS FILOSÓFICOS-POLÍTICOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	79
3.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO .....	84

<b>CONCLUSÃO</b> .....	102
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	106
<b>ANEXOS</b> .....	113
ANEXO A – Preâmbulo do Ato Constitucional nº5 .....	114
ANEXO B – Constituição da República Federativa do Brasil .....	117

## INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas busca em sua obra *Direito e Democracia – entre facticidade e validade* uma superação do *déficit* democrático nas composições dos modelos político e jurídico que permeiam as sociedades complexas no mundo ocidental.

Diante desse contexto é que se propõe como objetivo deliberar sobre as condições de legitimidade da jurisdição constitucional no modelo procedimentalista habermasiano, como garantia de direitos fundamentais individuais e coletivos no ambiente do Estado Democrático de Direito, proporcionando autonomia ao cidadão e efetividade social da cidadania.

Para uma melhor compreensão dos vários aspectos que o tema reivindica, o foco da discussão ficará circunscrito à problematização da formação filosófico-política da jurisdição constitucional quando esta se indaga sobre o desenvolvimento de sua legitimação pelo processo democrático, e o alcance dessa legitimação quando outorga ao Direito, através da formação político-jurídica, a função de agir imperativamente no resguardo dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos no ambiente do Estado Democrático de Direito.

A convivência contemporânea nas relações externas entre as Nações que buscam uma prevalência de princípios calcados nos Direitos Humanos, na cooperação dos povos para o progresso da humanidade, na tentativa de soluções pacíficas de conflitos, entre outros objetivos na seara internacional, e que trabalha na manutenção das relações internas diante do pacto federativo e com base na dignidade da pessoa humana, na cidadania, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tem que ter em primazia a percepção de que a globalização econômica e o Estado Democrático de Direito convergem para o pleno desenvolvimento de toda sociedade ocidental, seja qual for a tradição que permeia a formação de um povo.

Essa utopia na sedimentação de direitos fundamentais individuais e coletivos tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional, tem como base um conceito filosófico pautado na concepção da ideia de soberania que nasce com o jusnaturalismo, e que, posteriormente se desenvolve na formação político-jurídica da estrutura do Estado através do pensamento contemporâneo vinculado ao positivismo dos séculos XIX e XX.

Uma vez formada a estrutura político-jurídica do Estado, de cunho positivista, ocorre uma oscilação de modelos econômicos, ora conduzidos pelo modelo liberal, ora conduzidos pelo modelo de Estado social. O embrião de direitos fundamentais sociais surge na Alemanha, com a Constituição de Weimar, em 1919, mas somente se pensará efetivamente em um reconhecimento de direitos fundamentais após o *crash* da bolsa de Nova Iorque nos Estados Unidos da América, em 1929, onde o governo de Franklin Delano Roosevelt estabelece o *New Deal*, a partir de 1933, e, ainda, pelas atrocidades cometidas com seres humanos na II Guerra Mundial encerrada em 1945. Doravante esses eventos catastróficos que abalaram o mundo no início do século XX, e especificamente a partir da segunda metade do século XX, empreendeu-se uma luta por Direitos Humanos na ordem internacional, que acabaram por redundar em Direitos Fundamentais, dispostos nas Cartas Constitucionais das nações livres.

Nesses termos, a formação clássica da divisão orgânica dos Poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário proporcionou, por meio do sistema de freios e contrapesos, a fiscalização de um Poder sobre o outro, esclarecendo que, a harmonia entre os Poderes que se fiscalizam está justamente no saudável conflito entre eles. Tal conflito deve estar pautado na clara divisão de funções entre os Poderes, reservando a função de controle de constitucionalidade com base na legitimidade da jurisdição constitucional ao Poder Judiciário. Faz-se importante ressaltar, nesse ponto, que no Estado Democrático de Direito não existe possibilidade de vácuo de Poder e, uma vez que um Poder cumpre de forma equivocada sua função ou é omissa em cumpri-la, requer-se de outro Poder a realização das prementes necessidades de manutenção das sociedades complexas, que, por conta do avançado uso da tecnologia e do rápido acesso às informações, não suporta mais aguardar *ad eternum* pelas indeterminações letárgicas de deliberações que se perdem na ordem burocrática legislativa ou executiva, principalmente quando se faz referência a direitos fundamentais individuais e coletivos.

Contudo não há que se prescrever uma judicialização da política, haja vista que o que faz funcionar a fiscalização de um Poder sobre o outro é o sistema de freios e contrapesos, ou seja, a harmonia de conflitos saudáveis entre eles e a independência de ação de cada Poder quando efetivamente cumpre sua função. Sendo assim, fortalecer o Poder Judiciário ao ponto de aguardar suas

decisões para manutenção da sociedade é gerar uma imagem paternalista equivocada que incorre no mesmo vício que desestrutura os outros Poderes. No entanto, é fato que, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, os cidadãos não podem ficar a mercê de indeterminações políticas, visto que a perpetuação do vácuo de decisões políticas acarretam prejuízos que ferem de morte princípios caros, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

No decorrer do trabalho, verificar-se-á que não somente o fato do vácuo de indeterminações políticas serem extremamente prejudiciais aos cidadãos, por colocar direitos fundamentais individuais e coletivos em um limbo de efetividade social da cidadania, como também decisões pautadas em valores consuetudinários podem excluir a autonomia política dos cidadãos. Entretanto, ainda na segunda metade do século XX, verifica-se o exemplo de seres humanos não somente desprovidos de efetividade social da cidadania, como também desprovidos de qualquer autonomia política, seres humanos que acabaram insertos no sombrio vácuo político, sendo tratados de forma legalmente desigual em virtude da cor de sua pele, como foi o caso em *Little Rock* (1957 - EUA), com o agravante de que o advento da libertação dos escravos nos Estados Unidos da América havia ocorrido em 1863, sendo efetivamente posto em prática em 1865, com o fim da Guerra Civil americana.

Indeterminações políticas (na forma de ação ou omissão), tanto do Poder Legislativo, como do Poder Executivo, e a incapacidade de se determinar caminhos seguros no trânsito entre a esfera pública e esfera privada podem levar a aberrações legalmente estabelecidas que extrapolam qualquer mínimo aceitável no Estado Democrático de Direito. O resguardo dos direitos fundamentais individuais e coletivos diante da formatação do sistema *checks and balances* se traduz contemporaneamente na forma mais adequada de resolução de conflitos, que acabam por recair sobre o Poder Judiciário através da jurisdição constitucional, quando se trata de observar o mínimo ao ser humano, a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, Jürgen Habermas, através do modelo procedimentalista busca uma evolução com a reconstrução do sistema de direitos e reconstrução do Estado de direito, trazendo a compreensão de que esse desenvolvimento nasce com o ideal filosófico abrangente do jusnaturalismo, e que, ao se estreitar para princípios de direitos humanos fornece um novo sentido ao

direito internacional, tornando-se princípios de índole universal. Ao afunilar-se, por fim, como direitos fundamentais estruturados nas Cartas Constitucionais, alcançam o momento oportuno para fazer valer a cada cidadão as condições de autonomia política necessárias para participar do processo democrático como titular de direitos fundamentais.

A participação do cidadão politicamente autônomo no processo democrático ocorre pela via do sufrágio universal e possibilita a idealização de participação no discurso político. A representação popular proporciona a confecção de leis gerais e abstratas que passam por um controle preventivo de constitucionalidade. Igualmente, a participação efetiva do Poder Executivo se dá na manutenção do processo democrático, por meio da sanção ou veto das leis prestes a entrar em vigor, significando ainda um controle de constitucionalidade preventivo.

O envolvimento do Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, fica bem claro quando o referido Poder inicia sua atuação ao ser provocado. A atuação do Tribunal Constitucional, por intermédio da jurisdição constitucional, quando convocado a reinterpretar a lei não visa atingir o mandato legislativo ou executivo, e sim uma possível rejeição da norma que segue em desacordo com os princípios constitucionais. Encontrada a solução mais justa para o caso concreto, afirma ao cidadão sua capacidade de pretensão de fazer valer seus direitos, como uma via de mão dupla.

Ao decidir sobre direitos fundamentais individuais e coletivos, sobrevém ao Tribunal Constitucional a responsabilidade de equalização das forças entre os Poderes e, conseqüentemente, ocorre uma estabilização social. A legitimidade da jurisdição constitucional dos Tribunais tem como base o processo democrático deliberativo no ambiente do Estado Democrático de Direito, que, conforme Jürgen Habermas, encontra terreno fértil por meio do modelo procedimentalista.

# **TÍTULO I ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO EFETIVAÇÃO SOCIAL DA CIDADANIA E AUTONOMIA DO CIDADÃO ATRAVÉS DA TEORIA DO DIREITO APOIADA NA TEORIA DO DISCURSO**

## **1.1 ASPECTOS GERAIS DO CONCEITO DE SOBERANIA**

O conceito de soberania vem claramente definido desde o século XVI, quando Francisco de Vitória questiona a legitimação das invasões espanholas. Os espanhóis sustentavam o direito de descobrimento, primeiramente invocado por Colombo, significando que terras conquistadas eram concessões de Deus aos espanhóis.

Pergunta frequente é se o conceito de soberania foi tratado por outros pensadores antes ainda de Francisco de Vitória. A resposta vem de Georg Jellinek, que argumenta no sentido de que os povos da antiguidade não chegaram a pensar o referido conceito, pois “não havia oposição entre o poder do Estado e os outros poderes”. O que ocorria era que o Estado se limitava exclusivamente a cuidar de assuntos atinentes a segurança, não interferindo, assim, nos poderes de ordem privada, e não ocorriam “conflitos” de ordem econômica ou social. Até o século XII o conceito de soberania ainda é mal elaborado, tendo como referência somente “soberanias concomitantes, ou seja, uma senhorial e outra real” (DALLARI, 2009, p. 74-76).

Jean Bodin na obra “Les Six Livres de La République” é quem fornece uma sintonia entre soberania aliando-a ao conceito de República, equivalendo-se ao moderno significado de Estado. Para Jean Bodin “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de Estado de uma República” (DALLARI, 2009, p. 77).

Desde então o poder é concentrado na figura do soberano. Porém, Jean Jacques Rousseau em 1762 publica “O Contrato Social” e argumenta que o poder, que é naquele momento titularidade do governante, deve ser transferido para o povo. Os fatos históricos demonstram que ocorre uma forte oposição entre soberania interna e soberania externa de perspectiva liberal, criando uma dicotomia entre estado civil e estado de natureza dando origem a Revolução Francesa em 1789.



Consoante Luigi Ferrajoli:

[...] a progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional, demonstrou que, a selvageria da comunidade dos Estados soberanos alcança seu ápice na Idade Contemporânea, principalmente nos cem anos que vão da metade do século XIX à metade do século XX, e que são também os cem anos da construção, na Europa, do Estado de Direito e da Democracia (FERRAJOLI, 2007, p. 27).

Diferentemente do surgimento do conceito de soberania, o conceito de Estado remonta as obras de Platão (República), de Aristóteles (Política), de Cícero (De Republica e De Legibus).

Porém, não há que se fazer confusão, pois o termo Estado foi utilizado pela primeira vez na obra “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel, em 1513. E para Jürgen Habermas a interpretação de um poder político organizado conforme o direito concentrado no Estado que monopoliza a força parte de Maquiavel:

A partir de Maquiavel passou-se a interpretar naturalisticamente um poder político saído dos contextos de tradições sagradas e a considerá-lo como um potencial que pode ser calculado pelos detentores do poder sob pontos de vista estratégicos e mobilizado de modo teleológico. As evidências desse novo poder administrativo, concentrado no Estado que monopoliza a força, impõem aos teóricos do direito racional os conceitos com os quais eles querem explicar a combinação entre o direito (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 175).

Ainda, por Estado entende-se que:

[...] é uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido, e na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção (DE CICCIO, 2008, p. 43).

É importante delinear o tema, para que não se confunda Estado com a disciplina de Teoria Geral do Estado. Dalmo de Abreu Dallari conceitua o termo Teoria Geral do Estado no sentido de escalonar o caminho que se fará de forma hierárquica estabelecendo as questões de Soberania, Estado, Estado Democrático de Direito, Constituição e por fim Jurisdição Constitucional, como segue:

[...] uma disciplina de síntese, que sistematiza conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, políticos, históricos, antropológicos, econômicos, psicológicos, valendo-se de tais conhecimentos para buscar o aperfeiçoamento do Estado, concebendo-se, ao mesmo tempo, como um fato social e uma ordem, que procura atingir os seus fins com eficácia e com justiça (DALLARI, 2009, p. 02).

A disciplina Teoria Geral do Estado está elencada no ramo Direito Público interno correspondendo a parte geral do Direito Constitucional. Ainda, como bem observa Georg Jellinek, citado por Miguel Reale existe dois erros que devemos evitar sobre a Teoria Geral do Estado:

[...] o primeiro deles “é que não deve admitir que a única maneira justa de explicar o Estado seja pela via sociológica, histórica ou política, ou seja, afastando a explicação não jurídica”, e em segundo lugar, “é preciso também afastar o engano oposto, onde a pretensão de que somente o jurista seja capaz, através de seus métodos e processos, explicar e resolver os problemas que se prendem ao fenômeno do Estado” (REALE, 2000, p. 125).

Desde os tempos pretéritos ao elencar o conceito de soberania disciplinando-o juridicamente, verifica-se que não há como separá-lo de sua significação, que ao mesmo tempo é também política.

A soberania não é absoluta, esclarece Dallari, ela é sim superior as denominações sociais, jurídicas e políticas de poder, e sua superioridade ocorre justamente porque somente ela compreende e integra as denominações citadas. Conforme o autor “soberania é o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” (DALLARI, 2009, p. 80).

Ao relacionar Soberania e Constituição, tem-se a pretensão de identificar a concepção política de soberania, que consiste na análise de independência e de supremacia. Desta forma, engloba a faculdade de ordenar juridicamente de forma originária e exclusiva. Essa força política soberana é o poder de fato, é o poder político, que tem natureza pré-jurídica, sendo que, a nova ordem jurídica começa com sua manifestação.

Transitando pelo exemplo brasileiro, o Brasil adotou a corrente positivista para compreensão do direito. Para a corrente positivista, o poder constituinte originário é totalmente ilimitado, apresentando natureza pré-jurídica, ou

seja, uma energia, uma força social. A ordem jurídica começa com ele, a exemplo do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, como segue: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2012), constituindo assim, a força da Soberania Popular.

Essa força social que forma a ordem jurídica é, portanto, estabelecida com base no Princípio da Soberania Popular, no qual são formados o Estado Democrático de Direito no bojo de um Estado Soberano. Habermas esclarece que o conceito de Soberania do Povo:

[...] resulta da apropriação e da conversão republicana da ideia de soberania, oriunda dos tempos modernos, e que inicialmente era ligada ao governo absolutista. O Estado, que monopoliza os meios de aplicação legítima da força, é tido como uma concentração de poder, capaz de sobrepular todos os demais poderes deste mundo. Rousseau transpôs essa figura de pensamento, que remonta a Bodin, para a vontade do povo unido, diluiu-a com a ideia do autodomínio de pessoas livres e iguais e a integrou no conceito moderno de autonomia. Porém, apesar desta sublimação normativa, o conceito de soberania manteve a ideia de uma incorporação do povo (que, no início, se encontrava presente fisicamente). Ao passo que, na interpretação republicana, o povo, que deve estar presente ao menos virtualmente, é o titular de uma soberania que não pode ser delegada por princípio, ou seja, o povo não pode deixar-se representar em sua qualidade de soberano. O poder constituinte baseia-se na prática de autodeterminação das pessoas privadas, não na de seus representantes. O liberalismo contrapõe a isso uma ideia mais realista, segundo a qual, no Estado democrático de direito, o poder do Estado, que emana do povo, é exercitado “em eleições e convenções e através de órgãos especiais da legislação, do poder executivo e do judiciário (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 23-24).

Diante desse contexto da própria formação da Jurisdição Constitucional dentro do Estado Democrático de Direito, transmuta-se em proporcionar, como fim último, segurança jurídica relativa aos direitos e garantias fundamentais. Faz-se necessária, uma breve nota entre atuações diversas nas sociedades complexas, principalmente nas questões entre liberalismo e comunitarismo, visando garantir autonomia do cidadão e efetividade social da cidadania.

Os interessados em discutir problemas éticos, morais e de justiça a partir de 1970 encontraram na publicação da obra “Uma teoria da Justiça”, de John

Rawls um debate de grande utilidade. Esta envolveu não somente Rawls, mas também Ronald Dworkin, representando as tendências liberais, e, entre outros, Michael Walzer e Charles Taylor, representando as tendências comunitárias, e, outrossim, Jürgen Habermas como representante da teoria crítica.

O cerne do debate envolve o papel do Estado. Tratando-se de questões ontológicas ou de justificação, e de questões de promoção concernentes a posturas políticas e morais adotadas na vida social.

Os liberais alinhados com o plano ontológico procuram estabelecer a concepção de homem livre, que tem senso de justiça, sendo compreendido como aquele que tem firme convicção de cidadão que produz e cumpre seus deveres. Sendo assim, a cidade teria obrigação de colocar à sua disposição os meios necessários para que ele possa exercer seu ideal de vida de forma racional.

Nestes termos, a concepção de liberalismo faz a separação entre o que é público e privado, onde o espaço político é neutro e comandado por princípios de justiça. Os “direitos individuais ganham muita importância e sua primeira função é estabelecer limites da esfera pública, assegurando a autonomia privada do indivíduo em relação ao Estado, garantindo-lhe assim, legitimidade” (LOIS, 2005, p. 24).

Em outro aspecto, a crítica comunitária baseia-se na necessidade de esclarecer que a suposta neutralidade dos princípios de justiça e suas variáveis no modelo liberal de sujeito moral são inadequadas, do ponto de vista da insuficiência do conceito de sociedade. Isso é devido aos comunitaristas considerarem que a alegação de associação de indivíduos livres e independentes não tem vínculos entre si.

Nessa linha de raciocínio, os princípios com validade universal serão proporcionais às comunidades. No plano ontológico, os comunitaristas informam que as questões de justiça devam aparecer dentro da própria comunidade, delineando de forma implícita as rotinas e descobrindo, assim, as repostas necessárias. Dessa forma, essas se tornam ações centradas relacionadas ao bem comum, ou seja, a justiça das instituições seria viver de acordo com as práticas compartilhadas.

Para os comunitaristas, o modelo liberal criou uma “esquizofrenia do sujeito liberal”, que deve ser superado. Os comunitaristas indicam que os indivíduos esquizofrênicos são criados por uma descontinuidade entre a órbita privada e a

órbita pública, colocando os indivíduos numa dicotomia de dupla personalidade: a de homem e a de cidadão, como esclarece Cecilia Caballero Lois: “a ideia de comunidade aparece como marco primeiro na formação da identidade do *eu*, determinada pelas circunstâncias materiais da sociedade que habita” (LOIS, 2005, p. 26).

Sob essa óptica a única forma de pensar justiça é entender a justiça como valor materialmente sustentado em determinada comunidade histórica. Sendo assim, é exatamente esta falta de percepção da força e da importância de uma comunidade na vida dos sujeitos acima citados, que explicita outro problema do pensamento liberal, justamente o interesse pelo que é público.

O desinteresse liberal pela coisa pública, segundo Charles Taylor:

[...] advém da convicção de que a política é um mal necessário, resultado da convivência entre sujeitos livres, iguais e racionais, uma vez que, ao optarem por um plano racional de vida e exigirem da cidade os meios necessários para a sua realização, veem a criação do espaço público com o exclusivo propósito de atender a essas demandas. (LOIS, 2005, p. 26).

Taylor continua sua crítica reafirmando sua posição e esclarece que:

[...] sendo está a única função do público, é por óbvio que os liberais o abandonem nas mãos da tecnocracia ou o que ele chama de tirania branda (legitimada unicamente pelo voto), que ficaria portanto, encarregada de manter a ordem na comunidade e fornecer os recursos mínimos para viabilizar as pretensões dos indivíduos, tornando-se um ciclo vicioso, pelo desinteresse pelo que é público” (LOIS, 2005, p. 26).

Neste diapasão, Jürgen Habermas oferece, por meio do modelo procedimentalista em sua obra *Direito e Democracia*, a busca da reconstrução do Sistema de Direito e do Estado de Direito, que, através da racionalidade comunicativa, traz a formação democrática da Jurisdição Constitucional com a finalidade de justiça ao garantir princípios universais de Direitos Humanos “conformando o exercício do poder político ao exercício da autonomia política dos cidadãos” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 235).

E o transcorrer da teoria habermasiana é desenvolvido consoante composições e críticas relacionadas à visão Liberal, e em outros aspectos à visão

Republicana, e se posicionam como meios para formação da Jurisdição Constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, como segue:

A diferença decisiva consiste na compreensão do papel do processo democrático. Segundo a visão “liberal” – eu seguirei essa terminologia simplificadora, que se introduziu na discussão americana -, o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia no âmbito das pessoas privadas, estruturando conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem função de enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 235).

Verificados os aspectos gerais do conceito de Soberania, incurso na formação do Estado através da ratificação da Soberania Popular no ambiente liberal, e consoante a visão Republicana, que visam garantir a elaboração do Estado Democrático de Direito, é que o modelo procedimentalista habermasiano encontra terreno fértil para o desenvolvimento do conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários ao discurso jurídico. Isso ocorre com a finalidade de estabelecer segurança jurídica na formação da Jurisdição Constitucional e encontra espaço para a formação política da vontade e autonomia dos cidadãos, garantindo, assim, a prevalência dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos.

## 1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E LIBERDADES SUBJETIVAS

O estabelecimento da reconstrução do Sistema de Direito e do Estado do Direito proposto por Habermas e a inserção do modelo procedimentalista visa identificar a importância de se verificar que a segurança jurídica almejada para a prevalência dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos só é possível em um Estado Democrático de Direito, garantido por uma Constituição devidamente delimitada através da Jurisdição Constitucional.

Este amálgama entre poder jurídico e poder político tem o condão de tornar duradoura a convivência entre autonomia pública e autonomia privada, estabelecendo que as liberdades subjetivas não fiquem hermeticamente limitadas, e

que o cidadão possa entender e depender da normatização e da implantação do Direito com a finalidade de se buscar justiça.

Na visão habermasiana, há nas sociedades complexas a necessidade de se estabelecer a Jurisdição Constitucional no ambiente do Estado Democrático de Direito visando o firme transcorrer do processo de buscar justiça. O intuito é de garantir-se a segurança jurídica no que tange a prevalência dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, como esclarece Habermas:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, implicações jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 171).

A ligação do direito estatuído legitima o exercício do poder político, que alcançou legitimidade com a aceitação racional entre os membros titulares de direitos através de uma “formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 172).

Entretanto, mesmo em um ambiente de Estado Democrático de Direito e de autonomia de vontade, as sociedades, por vezes, deparam-se com situações envolvendo direitos fundamentais que sofrem ou necessitam sofrer a imperatividade do poder político. Isso ocorre por via de consequência com o poder jurisdicional para manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e da concretização da Jurisdição Constitucional no que concerne a proporcionar o estabelecimento e evolução dos direitos fundamentais.

Em questões conflituosas Habermas elenca possibilidades de “consenso” e “arbitragem” como meio de solução de conflitos. Em um primeiro exemplo, traz a ideia de um “juiz real” que centraliza as funções e decisões referentes ao conflito. Em um segundo exemplo, segue pela linha de “institucionalização jurídica de um estado-maior do poder”, que possibilita o

estabelecimento da formação coletiva da vontade através da organização do poder político (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 179-180).

No primeiro exemplo, denota a figura de uma pessoa que tem reputação e poder, e que atrai para si a resolução dos problemas, assumindo, assim, o papel salvador na resolução de conflitos. Tal visão remonta ao direito sagrado pré-estatal, utilizando-se dos costumes e da moral vigente. Esse “direito sagrado”, estabelecido por sacerdotes, oráculos, entre outros, acaba por estabelecer normas que se firmam em validade diante do direito imposto, que por fim ultrapassa as questões consuetudinárias e morais. Valida a jurisdição onde o “direito sagrado” tem como fonte a autoridade sagrada, e se transforma em um direito legitimado pelo governante, tornando-se obrigatório.

No segundo exemplo trazido por Habermas, o poder de resolução de conflitos é organizado pelo Estado, que tem como fonte o poder político e o direito do Estado. Nesse caso a jurisdição é distribuída através da imperatividade do Estado. O poder político não é mais legitimado exclusivamente pelo direito; o Estado instrumentaliza o Direito e, por via de consequência os Tribunais, e os utiliza como órgãos do próprio Estado. O direito passa a ser órgão do Estado que estabelece sanções estatais através dos Tribunais, com a função de “estabilizar expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 181).

Essa estabilização de comportamento denota segurança jurídica e permite, ainda, ao cidadão “destinatário do direito calcular as consequências do seu próprio comportamento e do comportamento de outros cidadãos”. Nestes termos, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Os Tribunais estabelecem o que é direito e o que não é, denotando a “institucionalização política do direito” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 182).

Não obstante, no Estado moderno não existe mais o perigo de sanção legal pela via do direito sagrado. Porém, existem riscos prementes no que tange a manutenção do Estado Democrático de Direito, que é apoiado por uma pretensa Soberania Popular e uma centralização do poder com vistas à necessidade de se manter a ordem Constitucional. Os Estados em defesa da composição do próprio Estado e das Instituições Democráticas estão sujeitos a transcender a linha tênue do totalitarismo, como, por exemplo, nos casos da Alemanha nazista, do poderio militar Americano como polícia do mundo e precursor de guerras que visam



dominação, e o golpe militar no Brasil em 1964, todos apoiados na ordem Constitucional e no Princípio da Soberania Popular.

Veja-se, portanto, na ordem Constitucional pela via da liberdade negativa, a importância da manutenção filosófico-política e posteriormente jurídica no que se refere à sedimentação do Estado Democrático de Direito, interpretando uma de suas piores facetas, que é o Estado de Exceção legitimado nas Cartas Constitucionais com interferência direta no processo democrático.

O tema Estado de Exceção, discutido contemporaneamente, tomou corpo principalmente no pós II Guerra Mundial, momento em que se destaca a importante obra do italiano Giorgio Agamben, *Stato di Eccezione*, que, de plano, elenca um trecho da tese oitava de Walter Benjamin, citada e ao mesmo tempo criticada pelo autor italiano. Conforme W. Benjamin: “Nenhum sacrifício pela democracia é demasiado grande, menos ainda o sacrifício temporário da própria democracia” (AGAMBEN, 2011, p. 22).

Com base nesta afirmação benjaminiana e no discorrer de Giorgio Agamben, é possível separar vários pontos de vista dentro da atual tripartição dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, concebida por Montesquieu. Assim, essa composição denota a cada Poder sua parte de soberania e legitimidade de ação e intervenção na ordem democrática.

Uma importante questão a ser observada nesta seara é que o ato decisório do estado de exceção (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas com previsão Constitucional) é do Poder Executivo, que no Estado Democrático de Direito será respaldado ou não pelo Poder Legislativo, e tem suas ações ou omissões julgadas pelo Poder Judiciário.

Essa movimentação envolve a sociedade, no sentido de preparar o Estado para atender os cidadãos, fornecendo-lhe segurança jurídica mesmo quando as Instituições Democráticas lançam possibilidade de adequar (suprimir no todo ou em parte Direitos Fundamentais) direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos.

A sedimentação de participação popular surge ainda no Império romano, conforme o vocábulo latino *Ubi societas, ibi jus* – *Onde há sociedade, aí está o Direito*. Tal afirmação não permite um distanciamento das questões Filosóficas e Políticas do Direito. Anota-se que em 450 a.C., a plebe romana sofria intensamente um estado de exceção permanente, pois os vários povos estrangeiros

que viviam em Roma tinham que se adaptar às mais variadas regras consuetudinárias dos grupos dominantes, que tinham culturas diferentes, conceitos diferentes, religiões diferentes, dentre vários outros aspectos que se alternavam de região para região dentro da metrópole romana.

Ocorria que, muitas vezes um estrangeiro (considerado, um não cidadão romano) em Roma realizava certo ato que era transgressão das regras em um bairro, e em outro bairro as regras consuetudinárias permitiam o mesmo ato sem nenhuma reprimenda. Não havia segurança do que se podia ou não podia fazer.

Surge, portanto, nesta fase do Império Romano, uma legislação que reúne várias regras consuetudinárias não escritas, compilando-as em uma única Lei, a Lei das XII Tábuas, para garantir direitos à plebe. Conforme J. Cretella Júnior, a “importância da Lei das XII Tábuas é incontestável, Tito Lívio a considerava como *fons omnis publici privatique juris* – fonte de todo o direito público e privado, e englobava ainda, o direito sagrado e o direito processual” (CRETELLA JR., 1999, p. 42).

Diante de tal ponto de vista, uma lei positivada resguardou concepções ideológicas e culturais, manteve um espaço público preservado para debates e questionamentos e trouxe segurança na vida em sociedade entre cidadãos romanos e estrangeiros. Retirou, assim, a plebe de um estado de incerteza, de um estado de exceção permanente, onde um erro poderia levar uma pessoa facilmente à morte ou a tornar-se escrava de outra.

Ao citar o exemplo do Império Romano, a intenção que se tem é de demonstrar que sempre que um povo ou nação tenta se organizar em sociedade estabelece para si regras administrativas, leis e formalização de direitos e garantias fundamentais que visam dar segurança à sua convivência.<sup>1</sup> Entretanto, há sempre margem para o estado de exceção, que tem por escopo dar manutenção a uma convivência pacífica, como por exemplo, à época do Império Romano, a nomeação de *Lucius Quinctius Cincinnatus* como ditador de Roma em 458 a.C, visando salvá-la da ruína.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> [...] toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei [*vim et rationem legis*]; à medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação [*virtutem obligandi non habet*]. (AGAMBEN, 2011, p. 41).

<sup>2</sup> Em 458 a.C. Roma vivia desesperadora crise, sendo que parte de seus exércitos estava presa em um desfiladeiro, perto do monte Álgido, ameaçada por forças inimigas. Os romanos decidiram nomear o experiente general *Cincinnatus* como ditador. Foram encontrá-lo já afastado do exército, arando a terra. Depois de alguma relutância, *Cincinnatus* aceitou o encargo, que lhe conferia

Observa-se que a evolução do Estado para Estado Constitucional levou séculos e foi pautada em um “direito sagrado” que se arraigou nas questões estatais e só começou a ser expurgado após a Revolução Francesa de 1789. Em um apanhado generalista, o marco do nascimento de uma sociedade constitucional foi a formação do Estado teocrático hebreu, que estabeleceu seus limites ao poder político pela imposição da Bíblia. Os profetas, dotados de “designação divina” e legitimidade popular, tinham a função de fiscalizar e punir os atos dos governantes que ferissem os limites bíblicos (BULOS, 2009, p. 17).

Para Uadi Lâmmego Bulos, o aparecimento do constitucionalismo e seu sucesso é previsto nos escritos do filósofo John Locke, que foi o primeiro, no início do século XVIII, a justificar juridicamente o “individualismo e o liberalismo como sendo bases naturais da estrutura das sociedades humanas” (BULOS, 2009, p. 17).

Na Grécia antiga, durante as breves *centúrias*, existiu um regime político constitucional e, durante essa fase, a Nação grega alcançou o tipo mais avançado de governo: a democracia constitucional.

Durante a idade média, a rígida separação de classes e o feudalismo sufocaram o constitucionalismo. Porém, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, que instituiu a ordem de *Habeas Corpus*, foi um grande marco da época na garantia de direitos fundamentais e liberdades subjetivas.

Importantes eventos surgem no século XVIII, como a Revolução americana de 1776, e o nascimento da Carta Constitucional Americana de 1787, nos quais foram instituídos o federalismo, a rígida separação dos Poderes e o presidencialismo. O marco de rompimento da idade moderna é a Revolução Francesa em 1789, e, em 1791, nasce a Constituição Francesa que foi a primeira Carta escrita da França e de toda a Europa. A Carta Francesa manteve a monarquia constitucional, limitando os poderes reais, e estabeleceu o princípio da separação dos Poderes.

O esboço histórico do fenômeno constitucional mostra que a formalização das leis durante a evolução humana tem o intuito de preservar direitos fundamentais, garantias e liberdades subjetivas, dando conotação pacífica à convivência em sociedade. O que não se deve permitir é que o estado de exceção

---

poderes ilimitados e absolutos. Rapidamente reuniu uma poderosa força, e em apenas um dia dizimou as forças inimigas, libertando o exército romano que estava encurralado. Em seguida voltou para Roma e imediatamente renunciou ao cargo de ditador, retomando suas atividades como lavrador (FÜHRER, 2005, p. 145).

previsto em uma Carta de direitos e garantias fundamentais se torne um estado permanente de exceção.

Giorgio Agamben cita casos históricos do início do século XX, como segue: “nem o Duce e nem o Führer representam magistraturas ou cargos públicos constitucionalmente definidos – ainda que Mussolini e Hitler estivessem investidos, respectivamente, do cargo de chefe de governo e do cargo de chanceler do Reich” (AGAMBEN, 2011, p. 127).

No caso dos Estados Unidos da América, posteriormente ao ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 nos EUA, menciona Giorgio Agamben, que, à época, o Presidente Bush referia-se a si mesmo constantemente como *Commander in Chief of the Army*, procurando produzir uma situação de emergência que exija um estado de exceção permanente (AGAMBEN, 2011, p. 38).

É importante destacar que um ponto em comum nos casos supracitados é que, mesmo estabelecida uma ordem Constitucional no Estado Democrático de Direito, é o Poder Executivo, por meio de força “revolucionária” e “emergencial”, que submete os Poderes Legislativo e Judiciário, contrapondo-os no mínimo a uma opinião pública duvidosa travestida de Princípio da Soberania Popular.

Nesse ponto específico, há uma quebra do Estado de Exceção legitimado pela Constituição, e, por conseguinte, uma quebra do Estado Democrático de Direito, que visa a delimitar e garantir uma convivência pacífica em sociedade e entre os povos soberanos, dando lugar, assim, ao totalitarismo.

Ao analisar as relações entre “código de direito e código de poder”, Habermas sugere que o direito pode ser absorvido pelo código de poder. Mesmo uma vez estabelecida uma ordem Constitucional positivada e sua relação com o poder político em um processo de autoestabilização, existe a condição reveladora de que o direito não é suficiente para legitimar o exercício do poder, visto que o direito só mantém sua força legitimadora enquanto puder se manter como fonte de justiça, para que então mantenha sua força de coerção em condições de aceitabilidade.

Nesses casos, as liberdades subjetivas, a ordem Constitucional e a Jurisdição Constitucional, e o Estado Democrático de Direito somente podem denotar segurança jurídica e garantia de direitos fundamentais se estiverem alinhados a uma fonte de justiça. Essa fonte de justiça mantém sua estabilidade

entre código de direito e código de poder em defesa do Estado e das Instituições Democráticas quando não redundam em totalitarismo.

Habermas esclarece que na Europa dos séculos XVII e XVIII já havia uma repleta positividade do direito, e que as ideias de Max Weber sobre poder legal confrontavam os teóricos do direito racional. A menção ao Estado de Direito, denotava uma crítica ao poder, no sentido de que contradições nas ordens jurídicas serviam para proteger privilégios por imposição da força. Conforme Habermas, a contradição que direito racional traz à luz é a condição do “direito, tomado como forma de organização de qualquer tipo de poder do Estado, capaz de afirmar-se faticamente”, em face do “direito tomado como condição de legitimidade daquela ordem de poder que se apoia na autoridade de leis justificadas” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 184).

Para melhor exemplificar essa situação de exacerbação de poder com base na coercibilidade do direito aponta-se o caso Golpe Militar de 1964 no Brasil, onde ocorreu uma afronta ao Estado Democrático de Direito, à ordem Constitucional e à Jurisdição Constitucional, bem como aos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Tal situação demonstra que o direito pode e é absorvido pelo poder, sendo, por fim, utilizado como meio de coerção com aspectos de uma pretensa legitimidade.

A aberração jurídica dos Atos Institucionais<sup>3</sup> principalmente o de nº 5., esclarece o quão problemático esse pode ser quando uma “força revolucionária” toma o poder e se utiliza do direito para legitimar seus atos totalitários. Isso pode ser verificado de plano no artigo 4º do AI-5, como segue:

Artigo 4º, Ato Institucional n. 5 - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais (BRASIL, 2012).

Ocorre uma manipulação da opinião pública que vem travestida de Soberania Popular, que é vista de forma expressa no Ato Institucional nº 5, podendo

---

<sup>3</sup> ATO INSTITUCIONAL: É a manifestação do poder constituinte originário, decorrente de governo revolucionário ou de emergência, encerrando normas de caráter constitucional, apesar de transitórias, sem que haja qualquer tramitação pelo Parlamento, com o intuito de restabelecer a ordem jurídica, garantindo a soberania nacional e os Poderes Públicos. É, portanto, ato subsidiário à Constituição de um país (DINIZ, 1998, vol. I, p. 320).

ser identificada com expressões de impacto, como por exemplo: - *no respeito à dignidade da pessoa humana*; - *a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa*; - *se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução*; - *Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional* (ver na íntegra o AI-5 no Anexo I).

Passado os pretensos ideais revolucionários, tem início no Brasil o Estado Democrático de Direito, que surge com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mesmo com a legitimação de uma Constituição “cidadã” ainda existe a positivação da defesa do Estado e das Instituições Democráticas através de um Estado de Exceção. Entretanto no que se refere ao Estado de Exceção previsto na Constituição Brasileira de 1988 e seus aspectos de controle jurisdicional e legislativo, se podem identificar discussões principiológicas, como legitimidade e soberania dos Poderes da República Federativa Brasileira, que fornece aos 03 (três) Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) a possibilidade de imposição e fiscalização de um Poder sobre o outro. Essa previsão de Estado de Exceção não macula a ordem Constitucional, haja vista a disposição de Jurisdição Constitucional de cada um dos Poderes como de se verifica adiante.

O exemplo brasileiro de estado de exceção com previsão na Constituição Federal de 1988 está estatuído no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, Capítulo I – Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, Seção I, II e III, artigos 136 a 141 (ver na íntegra o Título V, Capítulo I da CF. no Anexo II).

No artigo 136 da CF, o legitimado a decretar o Estado de Defesa e o Estado de Sítio é o Presidente da República, e, conforme artigo 84 da CF – “Compete privativamente ao presidente da República”, inciso IX – “decretar o estado de defesa e o estado de sítio” (BRASIL, 2012).

Já no parágrafo 1º do artigo 136 da CF, o controle jurisdicional mostra-se ativo, quando obriga a determinação do tempo de duração do estado de defesa e a delimitação das medidas coercitivas que podem ocorrer nesta fase. No parágrafo 2º, do artigo 136 da CF, vem ratificado que o estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado por uma vez somente, por igual período. No parágrafo 3º do artigo 136 da CF o controle jurisdicional é explícito nos incisos I, II, III e IV.

Nos parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º do artigo 136 da CF, aparece o controle político dos atos presidenciais, destacando-se o parágrafo 4º, que aponta que o Presidente da República deve submeter seu ato ou prorrogação do ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional em vinte e quatro horas.

No artigo 137 da CF, adentramos no estado de sítio, no qual o Presidente da República pode ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, porém, observa-se, na segunda parte do artigo, que somente o Congresso Nacional autoriza o estado de sítio. Caso o Presidente da República não atenda os requisitos previstos na Constituição Federal, incorrerá em crime de responsabilidade conforme artigo 85 da CF – “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra”: inciso II – “o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação” (BRASIL, 2012).

É importante ratificar que os casos de decretação de estado de sítio, mesmo quando autorizado pelo Congresso Nacional, devem ser uma evolução do estado de defesa, conforme se verifica no inciso I, do artigo 137 da CF – “comoção de grave repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (BRASIL, 2012).

O artigo 138 e parágrafo 1º da CF, estabelece que o estado de sítio, não poderá ser decretado por mais que trinta dias nos casos do inciso I do artigo 137, e em somente casos de guerra ou agressão armada estrangeira poderá ser decretado pelo tempo em que a agressão perdurar.

Dentro das disposições do estado de defesa e do estado de sítio o Congresso Nacional é ativado denotando a legitimidade e soberania do Poder Legislativo no Estado Democrático de Direito. Veja o parágrafo 6º, do artigo 136 da CF – “O Congresso Nacional [...] devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa”. E no parágrafo 3º do artigo 139 da CF – “O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas” (BRASIL, 2012).

O parágrafo único do artigo 139 da CF, garante que o Poder Legislativo não seja calado pelo Poder Executivo ao estabelecer que não se inclua como restrições a difusão de pronunciamento dos parlamentares, garantia que não obstante, é corroborada pelo artigo 53, parágrafo 8º da CF. Artigo 53 – “Os

Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de sua opiniões, palavras e votos”. Parágrafo 8º - “As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida” (BRASIL, 2012).

Caminhando para o fechamento da explanação, adentramos na Seção III das disposições gerais, da defesa do Estado e das Instituições Democráticas, onde há previsão do controle jurisdicional do estado de defesa e do estado de sítio. Conforme artigo 141 da CF – “Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores e agentes” (BRASIL, 2012).

Por fim, o Presidente da República presta contas ao Congresso Nacional conforme indica o parágrafo único, do artigo 141 da CF, Parágrafo único – “Logo que cesse o estado de defesa ou estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional” [...] (BRASIL, 2012).

Diante das considerações sobre Estado Democrático de Direito, Constituição e Liberdades Subjetivas, reitera Habermas que o amálgama formado pelo direito e pelo poder político é base da transformação das sociedades organizadas pelo parentesco para sociedades politicamente organizadas, e que essa fusão entre direito e poder político somente se torna um problema no início da Idade Moderna, nas sociedades de transição (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 174).

Sendo assim, as sociedades complexas ao entrelaçarem direito e poder político realizam-se *uno acto*, e as funções distribuídas entre os Poderes de uma República Federativa devem firmar-se em um sistema de freios e contrapesos com uma determinação clara de Jurisdição Constitucional atribuída ao Poder Judiciário. Para tanto, Habermas indaga: Quais são as regras de nossa convivência? Que tipo de objetivos queremos atingir e por qual caminho? (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 177).

Importante ressaltar que Habermas esclarece mais uma vez que, mesmo com as indecisões do Executivo e do Legislativo, com as dificuldades de



avaliações morais ou políticas, não pode o Direito se colocar no papel de crítico da ideologia, visto que pode incorrer no mesmo erro ideológico.<sup>4</sup>

As discussões sobre a reconstrução do Sistema de Direito e do Estado do Direito, depois de avançados os caminhos filosófico-políticos, perpassa pela Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito nas sociedades complexas das Nações ocidentais. E, nestes termos, as delimitações ora mencionadas legitimam-se posteriormente através do Controle de Constitucionalidade, o qual será verificado no decorrer dos capítulos.

### 1.3 LÓGICA DA DIVISÃO ORGÂNICA DOS PODERES

Seguindo a construção do Estado Democrático de Direito e a legitimidade da jurisdição constitucional, deve-se observar que esta legitimidade tem seu estabelecimento na estrutura política do Estado, na divisão orgânica do Poder.

Quanto à divisão orgânica do Poder, cumpre observar que Aristóteles, na obra “Política”, contribuiu, identificando o exercício das três funções estatais e direcionando-as para a figura do soberano. O soberano exercia, portanto, três funções distintas: a função de editar normas gerais que deviam ser observadas por todos (legislar), aplicar as referidas normas aos casos concretos (executar), e a função de julgar (judicial).

Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, partiu do pressuposto aristotélico e inovou, esclarecendo que as funções citadas estavam conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, e que cada função corresponderia a um órgão, retirando desta forma a concentração de poder das mãos de um só homem, o soberano, contrapondo assim os ideais absolutistas da época.

Partindo de uma visão abrangente, é importante ressaltar que de forma similar o Brasil toma por base o sistema Federalista Dual Norte Americano, que é a concepção de Federalismo clássico. As discussões, como sempre, no

---

<sup>4</sup> De acordo com as observações de Cass Sustein, a *Supreme Court* contrapõe o “reasoned analysis requirement” às medidas controversas da administração, mais do que às resoluções do legislativo. Essa cautela é fundamentada quando o controle da racionalidade não se refere tanto à forma dos processos de fundamentação, como aos argumentos substanciais que são desmascarados como pretexto retórico. Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 343).

âmbito político e jurídico, externa que a forma de composição dos poderes deve ter sua representação do povo e dos Estados Federados.

Bernard Schwartz citado por Cimadon, expõe que:

Tanto o governo federal quanto os governos estaduais tinham destinado a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento de um sistema federal é assegurado e mantido pela estrita demarcação de autoridade federal e estadual. Os estados e a Nação são concebidos como rivais e, a menos que haja uma delimitação rígida de suas respectivas competências, teme-se que a própria União sofra uma ruptura em decorrência de sua rivalidade. Isto é verdadeiro especialmente no que se refere à expansão da autoridade federal. Os poderes reservados aos estados precisam ser preservados zelosamente para não serem tragados pelo Governo de Washington (CIMADON, 2007, p. 34-35).

A legitimidade funcional dos Poderes da União, limitando-se ao modelo brasileiro, estão a seguir descritas conforme estatuído na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Na estrutura do Poder Legislativo, compreende a função de legislar, que é de competência da União e é exercida pelo Congresso Nacional, composto por um sistema bicameral (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Os Deputados Federais e Senadores da República são eleitos pelo povo.

As Constituições Federais Brasileiras de 1934 e de 1937 tiveram uma tendência ao unicameralismo, no qual o Poder Legislativo é exercido por uma única câmara. Porém, prevaleceu o sistema bicameral, com base na dogmática constitucional fundamentada no sistema Americano. No bicameralismo brasileiro não há prevalência de uma câmara sobre a outra.

No tocante o Poder Executivo, esclarece José Afonso da Silva que a própria expressão “Poder Executivo” é de conteúdo incerto. Na Constituição Federal de 1988, a expressão aparece ora como função, ora como cargo, envolvendo em seus conteúdos poderes, faculdades e prerrogativas. De modo geral, assevera o autor, “pode-se dizer que se trata de órgão constitucional (supremo) e que tem por função atos de chefia de Estado, de Governo e de Administração” (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 542).

O Poder na forma de “Executivo Monocrático” é exercido por um só Presidente. No sistema de governo Presidencialista o chefe do Poder Executivo

exerce as funções de Chefe de Estado e as de Chefe de Governo. Diferentemente do sistema de governo Parlamentarista, o sistema Presidencialista não depende da confiança do Congresso Nacional para ser investido no cargo, uma vez que seu mandato é eletivo (sufrágio universal e voto direto e secreto pelo povo) com mandato de 04 (quatro) anos.

O Poder Judiciário, no entanto, está incumbido constitucionalmente de aplicar as normas jurídicas aos casos concretos, solucionando as pendências, e garantindo, assim, a observância e a manutenção dos direitos. Tem a função de assegurar a soberania da justiça e da inviolabilidade dos direitos individuais e coletivos garantidos pela Constituição Federal. Deve exercer o controle de constitucionalidade das leis, mantendo assim, a segurança jurídica. É, por fim, órgão legítimo e competente para administração da justiça.

A função do Poder Judiciário de dirimir conflitos e interesses nos casos concretos chama-se função jurisdicional. Nesse aspecto, são utilizadas leis gerais e abstratas que são aplicadas aos casos concretos. A jurisdição é monopólio Estatal (Poder Judiciário), legitimada no caso brasileiro através do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, como segue: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2012).

A Jurisdição Constitucional surgiu como instrumento de defesa da Constituição. E não da Constituição considerada como um puro nome, mas Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 557). A jurisdição como “poder de dizer o direito”, atrai para si a responsabilidade de estabelecer parâmetros principiológicos que sedimentam a autonomia política dos cidadãos quando entrelaça o direito com o poder político.

No que tange à Lógica da Divisão Orgânica dos Poderes, faz-se necessário alinhar as condições de harmonia e independência entre os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) esclarecendo que, em situações de exercício de Poder, a harmonia não está na paz dessa divisão orgânica, mas está justamente no conflito entre os Poderes constituídos, pois, somente assim, haverá a franca fiscalização de um Poder sobre o outro. A independência entre os Poderes, não está na não intromissão de um Poder sobre o outro (salvo, nos casos *interna corporis*). A independência está no exercício de cada função dos Poderes diante da divisão orgânica, quando um Poder tem ingerência sobre o outro de forma independente. A

autonomia política dos cidadãos deve estar subsumida a este entrelaçamento entre direito e poder político para manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nas questões de Poder no caso em tela, a harmonia e independência entre os Poderes devem ser interpretadas como conflito fiscalizatório de um Poder sobre o outro e ingerência no vácuo deixado por qualquer dos Poderes quando não realiza suas funções. Nesses termos é que se mantém a garantia de autonomia política do cidadão. A legitimidade da Soberania Popular e do Estado Democrático de Direito constituído proporcionam o nexo entre direito e poder político, na expectativa de que a realização das funções de Poder produzam justiça, visto que é isso que a sociedade anseia ao exercer seu direito de eleger seus representantes políticos, outorgando-lhes o Poder para representar, então, uma maioria.

Para Habermas, nessa situação:

O conceito de autonomia política, apoiado, numa teoria do discurso, abre uma perspectiva completamente diferente, ao esclarecer por que a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. Tal esclarecimento coloca a legislação na dependência do poder comunicativo, o qual, segundo Hannah Arendt, ninguém pode “possuir” verdadeiramente: “O poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se espalham”. Segundo esse modelo, o direito e o poder comunicativo surgem cooriginalmente da “opinião em torno da qual muitos se uniram publicamente”. No entanto, quando se lê a autonomia política na linha da ética do discurso, impõe-se uma diferenciação no conceito de poder político. Se o poder da administração do Estado, constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte da justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 185-186).

É importante, neste momento, fazer um pequeno parêntese sobre a formalização do Poder inserto pelo Princípio da Soberania Popular pois, em que pese este princípio seja o cerne da autonomia política do cidadão para participação da vida política no Estado Democrático de Direito, tal princípio não é e não pode ser somente, conforme esclarece Hannah Arendt, um “potencial para imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 187). Esse Poder deve ser uma força autorizadora que normatiza ordens para proteger as liberdades, criando um direito legítimo, não obstante e inclusive, protegendo, por exemplo, as liberdades das minorias. As discussões sobre a

antinomia entre princípios serão realizadas no Título II (Autonomia Pública: Soberania Popular e Autonomia Privada: Direitos Fundamentais) onde se verificará a tensão entre os dois princípios de hierarquia Constitucional.

No entanto, Habermas trata o assunto no contexto da Lógica da Divisão dos Poderes quando afirma que todo o poder do Estado vem do povo, sendo o direito intrínseco à participação das pessoas com chances iguais na formação democrática da vontade que garante a autodeterminação dos cidadãos pela instrumentalização jurídica. Denota Habermas que o Princípio da Soberania Popular é a amarra entre “Sistema dos Direitos e a construção do Estado de Direito”, como segue:

Esse princípio forma a charneira entre o sistema de direitos e a construção do Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre o Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 212-213).

Habermas, ao versar sobre o Estado alemão, esclarece que o tratamento racional de questões políticas que legitima um processo democrático encontra sua força na Soberania Popular, quando o poder político se subsume do poder comunicativo dos cidadãos. A aceitação racional das discussões permite que os discursos sejam elaborados com as melhores informações e argumentos. Essa livre discussão proporciona a efetiva participação dos cidadãos e equaliza os interesses. Realizado o processo de deliberação, transmite-se a partir desse ponto o que foi deliberado pelos parlamentares para os cidadãos. Essa formação racional exige uma estruturação discursiva nos debates públicos, nos quais os direitos fundamentais estejam devidamente protegidos por regras claras de deliberação (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 214).

Essa competência legislativa assumida pelos parlamentares que elaboram e fundamentam as leis com base no processo legislativo democrático fornecem a possibilidade de buscar pretensões jurídicas com garantias de ampla proteção. Nesses termos, fica clara a necessidade de separação entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Não se pode olvidar, que para proteção dos direitos e

garantias fundamentais, o órgão que elabora e fundamenta as leis não pode ao mesmo tempo aplicá-las ao caso concreto.

A mesma relação deve ser estatuída entre os Poderes Legislativo e Executivo, embora o Poder Executivo também elabore e fundamente leis, estatutos, normas, etc., guardadas as prerrogativas de sua função estabelecida anteriormente pela Constituição.

Ainda denota Habermas que:

A constituição de um poder executivo também faz com que os direitos à liberdade, resultantes do direito a iguais liberdades subjetivas de ação, adquiram o sentido adicional de direitos liberais de defesa, de sujeitos de direito, privados e autônomos, em relação ao aparelho do Estado. Os direitos que os cidadãos inicialmente se atribuem na dimensão horizontal de interações-cidadão-a-cidadão precisam estender-se, a partir do momento em que se constitui um poder executivo, à dimensão vertical, das relações dos cidadãos com o Estado. Esses direitos “liberais” em sentido mais estrito formam, inclusive, do ponto de vista histórico, o núcleo das declarações dos *Direitos Humanos*. Deles nasceu o sistema dos direitos – inicialmente fundado num direito racional (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 217).

Por fim, nesta seara Habermas traz o princípio da separação entre Estado e sociedade consoante a tradição do Direito Constitucional alemão. Volta a afirmar que a interpretação Constitucional segue no sentido de um Estado Constitucional liberal. Não obstante, Habermas mantém a afirmação que cada cidadão tem autonomia social e condições de exercer seus direitos políticos com chances iguais. Para tanto, é necessário a existência de uma sociedade civil organizada e atuante que neutralize a “divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados, podendo o poder social impor-se na medida em que possibilita, sem restringir, o exercício da autonomia dos cidadãos” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 218-219).

A sociedade civil organizada ainda é incipiente no Brasil, haja vista, a curta experiência com o modelo democrático e de cidadania que se torna efetivo a partir da Constituição Federal de 1988. Ainda assim, o estabelecimento do Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, que segue o modelo dos *checks and balances*, mantém a lógica universal da divisão das funções destinadas a cada Poder. Casos isolados de combate ao racismo, garantia dos direitos das minorias, plenitude dos direitos das mulheres, prevalência dos Direitos Humanos,

entre outros, ainda buscam socorro na jurisdição constitucional para garantia dos direitos fundamentais atinentes a cada caso, necessitando das decisões dos Tribunais para resguardo e realização de direitos.

#### 1.4 PRINCÍPIOS DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil alcançou seus 24 anos de existência com a característica de ser uma Constituição cidadã. Elogia-se a elaboração dos direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivos), assim como os princípios fundamentais para formação e manutenção da República Federativa. Certamente, como texto filosófico-político-jurídico, 24 anos de existência é uma ínfima parte de uma história democrática que ainda está sendo construída. Não obstante, o povo brasileiro que saindo da opressão de uma ditadura militar, ainda tenta se adequar a um modelo de Estado Democrático de Direito.

A Constituição “é a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade”, portanto, para Ferdinand Lassale, a Constituição tem um sentido sociológico. Já em Carl Schmitt, a “Constituição é diferente de lei constitucional, pois, para o autor, a Constituição se refere à decisão política fundamental, de decisão política do titular do poder constituinte”. Hans Kelsen demonstra um sentido jurídico para a Constituição, alocando-a no mundo do dever-ser. Para o autor, a “Constituição é considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica” (LENZA, 2009, p. 25-27).

Não se pode olvidar que o Poder Constituinte Originário é um ato de força, seja ela sociológica, econômica, filosófica, política ou jurídica, sendo sempre revolucionária. Portanto, para que haja harmonia entre os Poderes da União, não há como desprezar o entorno filosófico-político e posteriormente jurídico fundamentados desde a concepção do Poder Constituinte Originário.

A legitimidade constitucional dos Poderes da União é baseada na teoria de Montesquieu de divisão orgânica do Poder, que funciona como sistema de freios e contrapesos, justamente para combater o absolutismo, servindo assim, de base estrutural para movimentos como os da revolução americana e francesa, ficando a divisão e legitimidade dos Poderes, finalmente, consagrada na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Vencidos mais uma vez os estágios de fundamentação do Poder Constituinte Originário, ratifica-se a soberania e legitimidade constitucional dos Poderes da União apropriando-se do Princípio da Supremacia da Constituição nos dizeres de Pinto Ferreira, por meio do qual o autor esclarece que o referido Princípio “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno Direito Político (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 45).

Ainda transitando pelo Estado brasileiro, ao STF – Supremo Tribunal Federal coube a especial função de “guarda da Constituição” conforme previsto nos artigos do título IV, capítulo III, da seção II da Constituição da República Federativa de 1988. Guarda, portanto, o Poder Judiciário juntamente com os outros Poderes, os fundamentos da República Federativa do Brasil e a independência e harmonia entre os Poderes. Guarda ainda o Poder Judiciário o Princípio da Supremacia da Constituição, quando assim exerce o controle judicial dos atos do Legislativo e Executivo, devendo manter sempre o discernimento e o cuidado de não interferir nos atos de natureza *interna corporis* dos respectivos Poderes, exercendo portanto, o Poder Judiciário a jurisdição constitucional que lhe foi outorgada.

Toda Corte Constitucional “é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional” (FAVOREU, 2004, p. 25). O exercício da jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade com o escopo de proteção aos direitos e garantias fundamentais:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque existe uma tábua de valores na sociedade que deve ser preservada das injunções estritamente políticas, das decisões que contrariam a legitimidade democrática, que deturpam as conquistas alcançadas no longo e tormentoso processo de elaboração originária da *Lex Mater*.

Mas a finalidade do controle não é apenas assegurar as liberdades públicas. Evidentemente que esse é um dos escopos prioritários desse mecanismo de tutela da supremacia constitucional, mas não é o único. Todas as normas e princípios, depositados na Constituição, independentemente do assunto que versem, ou do grau de importância que ostentem, merecem amparo. Logo, o controle de constitucionalidade limita os Poderes do Estado na unanimidade das provisões constitucionais.

Só assim se concretiza o processo democrático porquanto a defesa da constituição, em todas as suas entrelinhas. É o signo referencial das instituições livres (BULOS, 2009, p. 111-112).



O modelo Europeu de controle de constitucionalidade é concentrado preventivo e repressivo, enquanto que o modelo estadunidense o controle de constitucionalidade é difuso. O modelo brasileiro é misto ou híbrido (difuso<sup>5</sup> pela via de exceção ou defesa, e, concentrado<sup>6</sup> via de ação ou abstrato), ou seja, mescla os controles político e jurisdicional. O controle político pode ser Legislativo (exercido pela Câmara dos Deputados e Senado Federal) e Executivo (exercido pelo Presidente da República através do veto Presidencial). O controle jurisdicional é desempenhado pelo Poder Judiciário (pelo controle difuso e concentrado).

No sistema estadunidense a justiça constitucional é de competência do conjunto de todos os órgãos jurisdicionais, não se distinguindo, assim, da justiça ordinária, pois os conflitos de qualquer ordem são julgados pelos mesmos Tribunais utilizando-se dos mesmos modelos. O modelo Europeu estabelece uma diferença considerável. O contencioso Constitucional é julgado separado do contencioso ordinário. As matérias Constitucionais são verificadas por um Tribunal com competência exclusiva para o fim proposto.

Louis Favoreu citando a obra de Tocqueville em 1835, esclarece que:

Os estadunidenses confiaram a seus tribunais um imenso poder político; mas, obrigando-os a não atacarem as leis senão por meios judiciais, diminuíram bastante os perigos desse poder. Se o juiz pudesse atacar as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa de censurar o legislador, entraria estrepitosamente na cena política; tornando-se campeão ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte da luta. Mas, quando o juiz ataca uma lei em um debate anônimo e em uma aplicação particular, esconde em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua sentença não tem outro objetivo senão o de proteger um interesse individual; a lei só é atacada por acaso (FAVOREU, 2004, p. 18).

O caso *Marbury versus Madison* traz à luz o modelo do sistema de julgamento de matéria Constitucional americana a partir de 1803, quando o juiz John

---

<sup>5</sup> Controle jurisdicional difuso: realizado por juízes e tribunais, nos processos de sua competência. O Supremo Tribunal Federal também o pratica em sede de recurso extraordinário e de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenham fundado em decisões recorridas. O Superior Tribunal de Justiça exercita o controle incidental via recurso especial (BULOS, 2009, p. 123).

<sup>6</sup> Controle jurisdicional concentrado: exercido pelo Supremo Tribunal Federal, fiscaliza a inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais, estaduais, na via de ação. Trata-se de um controle abstrato, instaurado por provocação dos agentes, órgãos e entidades. Também pode ser acionado o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante os Tribunais de Justiça dos Estados, em face das constituições estaduais (BULOS, 2009, p. 123).

Marshall adota a “Teoria da Nulidade” no referido caso concreto, ao concluir que há nulidade de qualquer disposição legal que contrarie preceito Constitucional, ratificando a supremacia da Constituição. O caso *Marbury versus Madison* será mais detidamente analisado no Título III ao tratar-se diretamente do tema jurisdição no modelo procedimentalista habermasiano.

Outrossim, já na Europa, o Tribunal do Império foi criando na Áustria através da Constituição de 1867. Com a queda da Monarquia, uma Assembleia Nacional Provisória substituiu o Tribunal do Império em 1919, criando a Alta Corte Constitucional. Com a Constituição de 1º de outubro de 1920, a Jurisdição Constitucional tomou forma através de um dos seus principais inspiradores, Hans Kelsen.

A estrutura da Corte Constitucional foi modificada em 1925 e 1929, e foi fechada em 1933 durante um golpe de Estado. Posteriormente a Constituição de 1934 criou uma Corte Federal (reuniu as competências da Corte Constitucional e Administrativa). Quando a Alemanha invadiu a Áustria em 1938 a Corte foi novamente fechada. Entretanto, foi restabelecida em 12 de outubro de 1945 e assim se mantém até os dias atuais.

Já na Alemanha Federal, a lei fundamental criou a Jurisdição Constitucional em 08 de maio de 1949. Depois dos horrores da 2ª Guerra Mundial e do fracasso do legislador à época do Nacional-Socialismo, deixando de proteger os Direitos Fundamentais, os alemães adotaram o modelo kelseniano, e criaram o Tribunal Constitucional (FAVOREU, 2006, p. 42).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 nada acrescentou ao instituto de controle de constitucionalidade brasileiro. Consagrou o dogma da soberania do Parlamento, onde somente o Órgão Legislativo poderia verificar o sentido da norma.

Ainda nesta época, o Poder Moderador inviabilizou qualquer atuação do Poder Judiciário, visto que ao Imperador cabia o poder de dirimir os conflitos existentes entre os outros Poderes, podendo-se afirmar com clareza que não houve no tempo do Império um modelo de fiscalização jurisdicional de controle de constitucionalidade. O referido modelo foi fortemente influenciado pelo Direito Público Europeu.

Na Constituição de 1891, instala-se o controle de constitucionalidade, agora sob influência do Direito Norte-Americano, perdurando até

a atual Constituição Federal, de 1988. Este vem a ser o controle difuso de constitucionalidade, repressivo, pela via de exceção.

Mantendo o sistema de controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1934 estabeleceu a ação direta de inconstitucionalidade interventiva e, ainda, a cláusula de reserva de plenário.

A Constituição “Polaca” de 1937, inspirada na Carta ditatorial polonesa (1935), mantém o controle difuso. Contudo, concedeu ao Presidente da República o poder de influenciar nas decisões do Poder Judiciário quando declaradas a inconstitucionalidade de alguma lei, ou seja, mesmo que modo discricionário, o Presidente poderia remeter a decisão ao Parlamento para reexame.

No pós II Guerra Mundial, promulga-se a Constituição de 1946; surge o movimento de reconstitucionalização e restaura-se o modelo de sistema de constitucionalidade, criando a ação direta de inconstitucionalidade, bem como a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade na esfera estadual.

Em outubro de 1965, o Ato Institucional no. 02 estabelecia eleições indiretas para presidente da República e para Governadores dos Estados. Esse Ato Institucional outorgou ao Chefe do Executivo a competência para editar decretos-leis. Em dezembro de 1966, o Ato Institucional no. 04 convocou o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição elaborado sob as ordens do Presidente da República. Sendo assim, a Constituição de 1967 é fruto da ditadura militar, que tomou o poder em 1964. A nova Carta Política teve profunda influência da também Constituição ditatorial de 1937, sendo que ambas tinham ampla preocupação com a segurança nacional.

De um modo geral a Constituição de 1967 manteve o modelo de controle de constitucionalidade que já se apresentava na Constituição de 1946, diferenciando-se no que se refere à ação direta de inconstitucionalidade interventiva, transferindo a competência do Congresso Nacional para o Presidente da República.

A Constituição de 1988 trouxe quatro novidades no sistema de controle de constitucionalidade. Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade na esfera federal ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando, assim, com o monopólio do Procurador-Geral da República. Trouxe também o controle de constitucionalidade das omissões legislativas. Os Estados Federados passam a poder instituir a representação de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais ou

municipais em face da Constituição Estadual. E inovou ainda mais com a inserção Constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental (LENZA, 2009, p. 156-160).

Uma das grandes dificuldades relacionadas a Jurisdição Constitucional e seu exercício, consoante o controle de constitucionalidade diante do contexto entre direito e poder político, é a delimitação de “ato político”, pois inexistente uma categoria de atos políticos no sentido ontológico, ou que um só órgão ou poder pratique atos políticos com exclusividade. Joaquim José Gomes Canotilho é quem melhor esclarece o tema identificando um “núcleo empírico do político”, considerando que, a partir desse núcleo existe uma atividade política por excelência na qual fica consubstanciada a autoridade político-legislativa, que estabelece regras sociais de comportamento, na autoridade executiva como responsável pela execução de tais regras; além disso, na organização dos Estados e na autoridade jurisdicional que aplica os modelos normativos aos casos concretos (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 39-40).

Nesses termos, as sociedades complexas, que com o decorrer do tempo adquiriram velocidade devido ao tecnicismo da sociedade, passaram a exigir respostas rápidas aos problemas. A lei acaba perdendo seu caráter sagrado devido às intensas mudanças ocorridas nos Estados no último século. Assim, essa emergência da sociedade criou uma crise nos Estados e no sistema de Direito.

A sociedade técnica exige tanto, que vem à tona o termo “inflação legal”, estabelecendo uma crise ao parlamento. Esse mal atinge todo o ocidente e ocorre, assim, uma descentralização da função legiferante, o que prejudica a autonomia da vontade, visto que abala o Princípio da Soberania Popular. Neste ponto, importa os estudos habermasianos no que se refere à reconstrução do Estado de Direito e reconstrução do Sistema de Direito. O modelo procedimentalista habermasiano tem buscado a reconstrução do sistema de direitos e a reconstrução do Estado de Direito, e, através da racionalidade comunicativa, traz a formação democrática da jurisdição constitucional que visa à justiça.

Para Habermas pensar o Direito na perspectiva da teoria do discurso é considerá-lo como uma razão que age. Nesta ação discursiva do debate, o procedimento é o garantidor da participação e do consenso que estabelece uma eticidade do agir comunicativo, que é condição *sine qua non* para a experiência

filosófico-política e para formação da legitimidade jurídica como garantidora da vontade do cidadão (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 48)

A estrutura do pensamento filosófico de Habermas na obra *Direito e Democracia entre facticidade e validade* estabelece justamente a tensão entre facticidade (coercibilidade) e validade (aceitabilidade), que se alimenta da ideia de Direito (como sistema normativo).

O Direito reclama para si mais do que saber; reclama a ação. E é dessa forma que se trata um sistema que preside as ações e que interfere nas ações, que define a pauta das ações e que comanda a coercibilidade (facticidade) no cumprimento de determinadas ações.

Definido o sistema de Direito, para delimitar a racionalidade procedimental, cria-se a jurisdição constitucional que, devidamente institucionalizada e legitimada, ordenará os debates (ações) e que, por meio do procedimentalismo habermasiano, tem o objetivo de estabelecer um consenso, ou seja, uma decisão (que é a síntese da ação).

O procedimentalismo habermasiano (legitimação da jurisdição constitucional por meio do debate democrático) proporciona segurança jurídica aos direitos fundamentais individuais e coletivos, visto que, devidamente legitimado (pela via legislativa democrática) cria uma esfera confiável para a garantia de participação no debate, indicando autonomia ao cidadão que participa da construção do direito e da lei quanto à sua coercibilidade (facticidade) e, participando dessa construção, por via de consequência fica consubstanciada sua aceitabilidade (validade) normativa, proporcionando segurança jurídica à manutenção da cidadania.

Sobre o papel da legitimidade da jurisdição constitucional, Habermas estabelece que:

Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 297).

Continua Habermas:

E aí “*jurisdictio*” tem o sentido pré-moderno de um poder apoiado num direito suprapositivo atribuído ao governante político em sua qualidade de senhor supremo do tribunal, precedendo, pois, a disjunção feita no Estado de direito entre normatização e aplicação do direito: “*À luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. A primeira é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito para a da concretização criadora do direito. Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia. A questão envolvida aí é a da legitimação democrática do tribunal constitucional*” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 189).

O pensamento habermasiano estabelece um nexos entre o código do direito e o código do poder, onde se verifica, portanto, a necessidade de legitimação da jurisdição e, atualmente da jurisdição constitucional:

Somente na modernidade o poder político pode desenvolver-se como poder legal, em formas de direito positivo. A contribuição do poder político para a função própria do direito, que é a de estabilizar expectativas de comportamento, passa a consistir, a partir deste momento, no desenvolvimento de uma segurança jurídica que permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento próprio e alheio. Sob esse ponto de vista, as normas jurídicas têm que assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não contraditórias, geralmente formuladas por escrito; elas têm que ser públicas, conhecidas por todos os destinatários; elas não podem pretender validade retroativa; e elas têm que ligar os respectivos fatos a consequências jurídicas e regulá-los em geral de tal modo que possam ser aplicados da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 183).

Habermas melhor esclarece a linha de raciocínio nesta questão, como segue:

Esta é a tarefa de uma jurisdição que elabora cientificamente o *corpus* jurídico, submetendo-o a uma sistematização e a uma configuração dogmática (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 184).

Em vigência a Carta Constitucional, organizadas a autonomia e competências dos Poderes, definida a jurisdição constitucional, têm início a escolha e utilização de técnicas adequadas para decisão e estabelecimento do que é

adequado e justo aos anseios da sociedade, com a sedimentação de uma segurança jurídica e com prevalência dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos.

Diante dessa delimitação dos estudos sobre o Estado Democrático de Direito e os Princípios de Legitimidade da Jurisdição Constitucional, cabe ressaltar que a possibilidade de segurança jurídica tem seu nascedouro no Princípio da Soberania Popular, que, através da autonomia da vontade, proporciona ao cidadão o poder necessário para programar o Estado a favor da sociedade.

Os atos políticos-jurídicos que desenvolvem as possibilidades dos cidadãos terem observados seus direitos e garantias fundamentais são determinados pelos próprios cidadãos. Esses cidadãos, sujeitos autônomos da vontade política, são, portanto, titulares de direitos fundamentais e não somente esperançosos destinatários de direitos.

## TÍTULO II ESFERA PÚBLICA E ESFERA PRIVADA - TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA (SOBERANIA POPULAR) E AUTONOMIA PRIVADA (DIREITOS FUNDAMENTAIS)

### 2.1 PRÓLOGO SOBRE ESFERA PÚBLICA E ESFERA PRIVADA

O caráter filosófico-político da Jurisdição Constitucional se desenvolve no ambiente da Esfera Pública e da Esfera Privada. A Jurisdição, como já verificado é a ação de “dizer o direito” e, não obstante, tem a função de trazer segurança jurídica quando ocorre uma tensão na convivência entre autonomia pública (soberania popular) e autonomia privada (direitos fundamentais).

Entretanto, antes de dirimir a tensão supramencionada, é importante verificar as influências dos fenômenos atinentes à Esfera Pública e Esfera Privada.

Com base no pensamento grego, conforme nos esclarece Hannah Arendt, o surgimento das cidades-Estado forneceu ao homem uma vida pública, além da vida privada que ele já possuía.

Na obra “A condição humana”, a referida autora afirma:

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas é diferente dessa associação natural cujo centro é o lar (*oikia*) e a família, mas encontra-se em oposição direta a ela. O surgimento da cidade-Estado significou que o homem recebera, “além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma nítida diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*)”. Não se tratava de mera opinião ou teoria de Aristóteles, mas de simples fato histórico que a fundação da *pólis* foi precedida pela destruição de todas as unidades organizadas à base do parentesco, tais como a *phratría* e a *phyle* (ARENDR, 2011, p. 28-29).

Na era moderna, esse encontro diametral entre esfera pública e esfera privada traz um fenômeno com novos traçados na vida pública em sociedade e na vida em família, já vencidos dos contornos feudais. Ocorre um agigantamento da vida doméstica, transformando-a em uma espécie de sociedade “como conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada *nação*” (ARENDR, 2011, p. 34).



Nesses termos, percebe-se que existe um denominador comum que une as duas esferas (pública e privada): a necessidade de liberdade. A liberdade é a fonte e a justificativa da limitação da autoridade política constituída. Sendo assim, somente com autoridade política constituída é possível falar em jurisdição, ou seja, que se tem realmente a autoridade para “dizer o direito”. A liberdade como denominador comum das esferas (pública e privada) é quem legitima a autoridade política e fornece poderes jurisdicionais, conforme verificado nos ensinamentos de Hannah Arendt, como segue:

Em todos esses casos, é a liberdade da sociedade (e, em alguns casos, uma pretensa liberdade) que requer e justifica a limitação da autoridade política. A liberdade situa-se no domínio do social, e a força e a violência tornam-se monopólio do governo. O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na *pólis*, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; e que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencer a necessidade – governando escravos, por exemplo – e tornar-se livre (ARENDDT, 2011, p. 37).

No mundo ocidental contemporâneo, as questões de liberdade transitam no ambiente do Estado Democrático de Direito, gerando a formação política da nação. A divisão de Poderes (entre Legislativo, Executivo e Judiciário) proporciona uma segurança política e jurídica que garantem uma completude na autonomia política exercida pelo cidadão livre e uma força imperativa do Estado face aos atos cometidos. Essa completude envolve o trânsito do cidadão livre entre esfera pública e esfera privada. Habermas estabelece um conceito de esfera pública:

É um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 92).

Habermas, portanto, procura não limitar a esfera pública, tornando-a circunscrita a uma organização ou instituição. Para ele, a esfera pública ocorre espontaneamente quando o cidadão livre, no exercício de sua autonomia política desenvolve no cotidiano a prática comunicativa. Quanto à esfera privada, também entende Habermas que o início do envolvimento entre esfera privada e esfera pública não ocorre por assuntos ou relações determinadas e, sim, quando a prática comunicativa é modificada, como segue:

O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém através de condições de comunicação modificadas. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade, porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para outra. A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares. Neste contexto particular é sintomático constatar que, nas sociedades europeias do século XVII e XVIII, se tenha formado uma esfera pública burguesa moderna, como “esfera das pessoas privadas reunidas e formando um público”. Do ponto de vista histórico, o nexo entre esfera pública e esfera privada começou a aparecer nas formas de reunião e de organização de um público leitor, composto de pessoas privadas burguesas, que se aglutinavam em torno de jornais e periódicos (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 98).

Nesses termos, o relacionamento espontâneo, sem regras pré-estabelecidas, transforma as “pessoas privadas burguesas” através de um agir comunicativo. Esse amálgama entre esfera pública e esfera privada expõe ao cidadão contemporâneo condições de estar sempre atento aos assuntos que fazem referência à sua vida privada, mantendo uma segurança jurídica quanto aos seus direitos fundamentais e, também mantém atento os cidadãos quanto às questões que fazem referência à soberania popular, que mesmo em um ambiente de Estado Democrático de Direito necessita ser trabalhada para não ser arrolada por uma judicialização do poder.

Para Hannah Arendt, no que tange a esfera privada, sua circunscrição baseava-se na esfera do lar, haja vista a ausência de uma efetiva esfera pública onde o cidadão comum pudesse se movimentar de forma autônoma e

politicamente influente; essa movimentação era até então inexistente. A atividade da administração da justiça mantinha-se circunscrita nos domínios do feudo<sup>7</sup>.

A busca do bem comum mantinha-se restrita ao exercício privado dos próprios interesses. Porém, Maquiavel surge com a ideia de que o bem comum não deveria ficar restrito à esfera privada, defendendo que a dignidade da política tinha que ser resgatada. Nesta seara, o pensador florentino advoga a necessidade de que o bem comum deveria romper a esfera privada e atuar na esfera pública, visto que os interesses privados de bem-estar eram também os interesses de bem-estar da sociedade. Portanto, a responsabilidade pessoal por um grupo familiar passou a ser uma responsabilidade pessoal pelo espaço público.

Conforme nos esclarece Hannah Arendt:

Deixar o lar, originalmente para abraçar alguma empresa aventureira e gloriosa, e mais tarde simplesmente para dedicar a vida aos assuntos da cidade, exigia coragem, pois era só no lar que os indivíduos se preocupavam basicamente em defender a vida e a sobrevivência próprias. Quem ingressasse no domínio político deveria, em primeiro lugar, estar disposto a arriscar a própria vida; o excessivo amor à vida era um obstáculo à liberdade e sinal inconfundível de servilismo (ARENDDT, 2011, pág. 43).

A vida em sociedade uma vez experimentada politicamente não pode ser descartada como se não houvesse ocorrido. O fascínio e a responsabilidade produzidos pela sociedade não permitem ao cidadão retornar a uma vida exclusivamente privada.

A oportunidade de ser aceito, de fazer parte, de tomar decisões, de demonstrar suas habilidades únicas, entre outros aspectos da atuação na esfera pública, produz um encantamento insubstituível e jamais encontrado na vida no lar. O peso da responsabilidade de decidir sobre a inclusão e participação de outros seres humanos no bem-estar e de ajudar a proporcionar o bem comum, é um misto

---

<sup>7</sup> WALLON *apud* ARENDT. Quanto a existência de duas leis, a lei política da justiça e a lei doméstica do domínio, conferir Wallon, *Histoire de l'esclavag dans l'antiquité, II*, 200: "*La loi, pendant bien longtemps, donc (...) s'abstenait de pénétrer dans La famille, ou elle reconnaissait l'empire d'une autre loi*". A jurisdição antiga, especialmente a romana, relativa a assuntos domésticos, tratamento de escravos, relações familiares, etc., destinava-se essencialmente a restringir o poder do chefe de família, que, não fosse isso, era ilimitado; era impensável que pudesse haver um regime de justiça dentro da sociedade inteiramente "privada" dos próprios escravos, que, por definição, se situavam fora do âmbito da lei e sujeitos ao domínio dos respectivos senhores. Somente o senhor dos escravos, na medida em que era também um cidadão (ARENDDT, 2011, p. 41).

de poder único de altruísmo, que também, por vezes, se vê tensionado com um egoísmo próprio da sobrevivência da espécie.

O homem foi corrompido, não há mais volta à esfera privada sem sentir um vazio, sem sentir a necessidade da esfera pública e da participação efetiva da vida em sociedade. Outrossim, diante desse aspecto, não há paz na esfera privada, visto que o vazio deixado pela falta de participação na esfera pública não encontra complemento no lar, pelo contrário, faz aumentar exponencialmente o sentimento de incapacidade de realizações.

Em outras palavras, o domínio público era reservado à individualidade; era o único lugar em que os homens podiam mostrar quem realmente eram e o quanto eram insubstituíveis. Por conta dessa oportunidade, e por amor a um corpo político que a propiciava a todos, cada um deles estava mais ou menos disposto a compartilhar do ônus da jurisdição, da defesa e da administração dos assuntos públicos (ARENDR, 2011, p. 50).

O ir e vir entre a esfera pública e a esfera privada causou um enfado cotidiano, forçando demasiadamente o indivíduo que se viu inoperante tanto em uma esfera quanto em outra. Dessa situação amalgamada entre as duas esferas, surgiu certo conformismo mediado pelo excesso de normatização, retirando do indivíduo a pretensa autonomia política que até então vislumbrava ter alcançado, causando um desencantamento.

A fim de medirmos a extensão da vitória da sociedade na era moderna, sua inicial substituição da ação pelo comportamento e sua posterior substituição do governo pessoal pela burocracia, que é o governo de ninguém, pode convir também lembrar que sua ciência inicial, a economia, que altera padrões de comportamento somente nesse campo bastante limitado da atividade humana, foi finalmente sucedida pela pretensão oníabrangente das ciências sociais, que, como “ciências do comportamento”, visam a reduzir o homem como um todo, em todas as suas atividades, ao nível de um animal comportado e condicionado (ARENDR, 2011, p. 55).

Esse desencantamento é que nos traz a urgência de resgate do sentido da autonomia política do cidadão. Não há como desistir do mundo, mesmo sendo tomados por uma “previsão cristã” de que “não somos deste mundo”. A responsabilidade pessoal que se tem pelo mundo não está circunscrita à nossa vivência, seja na esfera pública, seja na esfera privada. Tal responsabilidade está

intimamente ligada às gerações vindouras, e seu desenvolvimento civilizatório como seres humanos.

Hannah Arendt nos esclarece essa situação:

Só a existência de um domínio público e a subsequente transformação do mundo em uma comunidade de coisas que reúne os homens e estabelece uma relação entre eles dependem inteiramente da permanência. Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos, mas tem de transcender a duração da vida de homens mortais (ARENDR, 2011, p. 67).

O sentimento de que tudo o que está sendo realizado no mundo existe com o fim de estabelecer um bem-estar a todos inclui as gerações vindouras. Caso contrário, seríamos tomados por um sentimento de desesperança<sup>8</sup>, de que nossa pífia participação na construção de um ambiente civilizatório ocorre em vão, pois não estaríamos nem mesmo angustiados pela nossa não relação com o mundo, visto que pela desesperança causada, não teríamos chegado ao sentimento de angústia - daí o conformismo.

O ser humano civilizado, que está no mundo e se relaciona com outros seres humanos, não está preparado para não participar da construção de um mundo melhor, pois essa participação é que produz esperança<sup>9</sup>. E não obstante, se algum ser humano se encontra na situação de usufruir do mundo, sem participar de sua construção civilizatória, da construção de bem-estar para outros, torna-se portanto, um ser humano desprezível, sendo o próprio causador da desesperança nos outros pelo simples e notório fato de não produzir esperança.

O papel da esfera pública é o de proporcionar um espaço público aos seres humanos para que esses produzam no mínimo esperança de bem-estar,

---

<sup>8</sup> DESESPERANÇA: (in. *Desesperation*; fr. *Désespoir*, al. *Verzweiflung*; it *Disperazione*). Segundo Kierkgaard, é “a doença mortal”, a doença própria da personalidade humana e que a torna incapaz de realizar-se. Enquanto a angústia se refere à relação do homem com o mundo, a desesperança refere-se à relação do homem consigo mesmo, em que consiste propriamente o eu. Nessa relação, se o eu quiser ser ele mesmo, pois é finito, logo insuficiente a si mesmo, não chegará jamais ao equilíbrio e ao repouso. E se não quiser ser ele mesmo chocar-se-á também contra uma impossibilidade fundamental. Em outro caso tropeçará na desesperança, que é “viver a morte do eu”, isto é, a negação da possibilidade do eu na vã tentativa de torná-lo auto-suficiente ou destruí-lo em sua natureza (*A doença mortal*, 1849, esp. parte I, C). Também para Jaspers a desesperança é um dos aspectos fundamentais da existência (*Phil.*, II, 266 ss.; II, 225 ss.) – (ABBAGNANO, 2000, pág. 242).

<sup>9</sup> ESPERANÇA: (in. *Hope*, fr. *Espérance*; al. *Hoffnung*; it. *Speranza*). 1. Uma das emoções fundamentais. 2. Uma das virtudes teológicas (ABBAGNANO, 2000, p. 354).

conquanto jamais devam ficar adstritos ao mínimo. As realizações na esfera pública estão intimamente ligadas às realizações na esfera privada, pois, como já verificado, as esferas estão amalgamadas e dependem do convívio uma com a outra.

Do ponto de vista contemporâneo, quem chefia uma família (um lar) deve estar preparado para formar seus descendentes cidadãos aptos a terem sucesso na esfera pública. Portanto, a formação na esfera privada pressupõe certas características para o alcance do sucesso na esfera pública.

Para manutenção do desenvolvimento civilizatório, o sucesso na esfera pública garantirá a boa formação dos então chefes de família (de um lar) na formação de um novo grupo familiar, tornando-os aptos e responsáveis pelos seus próprios atos e pelos atos que infligirão aos outros, mantendo o ciclo de desenvolvimento da humanidade.

Tal constatação coloca em alerta a questão da ruptura da família contemporânea e a indiferença com a qual a relação com a esfera pública tem sido tratada. Essa indiferença também induz ao conformismo, no qual o cidadão perde o contato com sua autonomia política e acaba por incorrer em um desencantamento pela esfera pública, o que, por consequência fere de morte também a sua atuação na esfera privada.

Sucessivamente, no âmbito da esfera privada, também já não é mais possível manter aspectos de autonomia política, quando ocorre a tentativa de envolver os cidadãos à ideia de propriedade como se fez no passado.

O conceito de propriedade para fins de autonomia política dos cidadãos não pode ser mais tomado com base nas brilhantes constatações de Fustel de Coulanges ou pelas cenas fantásticas do Fausto (Goethe). No que se refere às questões religiosas e emocionais, a propriedade era identificada com a própria família, sendo os entes queridos sepultados na propriedade, mantendo-se, assim, uma convivência eterna através da lembrança<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> É pois evidente que a propriedade privada era uma instituição da qual a religião doméstica não podia prescindir. Essa religião prescrevia isolar o domínio e a sepultura: a vida em comum tornava-se, pois, impossível. A mesma religião ordenava que o lar estivesse fixo no chão e que a sepultura não fosse nem destruída nem deslocada. Suprimindo a propriedade, o lar seria errante, as famílias se confundiriam e os seus mortos ficariam abandonados e sem culto. Por meio de lar fixo e de sepultura permanente, a família tomou posse do solo; a terra foi, digamos, imbuída e penetrada pela religião do lar e dos antepassados. Com isso, o homem dos velhos tempos foi dispensado de resolver problemas muito complicados. Sem discussão, sem trabalho, sem sombra de hesitação, chegou de um só golpe e em virtude de suas crenças à concepção do direito de propriedade, desse direito se origina toda civilização, pois por sua causa o homem beneficia a terra e ele próprio se torna melhor (COULANGES, 2006, p. 72).

Nem tampouco a propriedade pode ser compreendida unicamente com base em valores econômicos, pelos quais poderiam tentar ser identificados como lastro de falsas riquezas<sup>11</sup>, que emprestariam ao cidadão o pretense poder de estar incluso e ativo na esfera pública pelo simples fato de possuir propriedade.

Essas pretensas riquezas teriam por finalidade justificar a participação dos cidadãos-proprietários no processo político. Esse engodo inviabiliza por completo a participação da “maioria” no processo político democrático, criando um sério conflito com a “Soberania Popular”.

A gravidade da situação expõe a intenção perniciosa dos então proprietários, que, além de manterem-se em um círculo fechado, travestiram-se de “membros da sociedade” ingressando no domínio público para vergonhosamente protegerem-se e acumularem mais riqueza. Hannah Arendt nos esclarece:

Logo que ingressou no domínio público, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários [*property-owners*], que, ao invés de requererem o acesso ao domínio público em virtude de sua riqueza, exigiam dele proteção para o acúmulo de mais riqueza. Nas palavras de Bodin, o governo pertencia aos reis e a propriedade aos súditos, de sorte que era dever do rei governar no interesse da propriedade de seus súditos (ARENDR, 2011, p. 83).

A falácia da “riqueza comum” encontra um basta na história, mas ainda não deixou de causar ilusões, como já visto nas cenas do Fausto (Goethe). Entretanto, por mais que se imagine que o fato dessa percepção política trouxe uma

<sup>11</sup> GOETHE *apud* NUSDEO, *FAUST, MÜNCHEN, 1964, versos 4.919-4.921 – tradução livre*. Em uma cena extraordinária do Fausto, Goethe nos representa um diálogo do imperador com Mefistófeles. O imperador exaspera-se com o palavreado inútil de seu chanceler-arcebispo e da arenga cínica de Mefisto que o ridicularizava, desafiando o diabo: “*Tudo isso não atende nossas necessidades; o que tu queres agora com tua prediga de jejum? Eu estou cheio do eterno Como e Quando; falta dinheiro: pois bem, arrange-o então!*” (Faust. München, 1964, versos 4.919-4.921 – tradução livre). Mefisto não se dá por achado: “*Eu arranjo o que vós quereis e arranjo ainda mais: isto é fácil, embora o fácil seja difícil*” (4.922-4.923). E então ele, o grande ilusionista, sugere matreiro ao imperador, se falta dinheiro, que lance mão dos tesouros enterrados sob suas terras. O imperador, diante da ameaça de falência, parece descreer, entre atordoado e perturbado: *que tesouros?...* E ao fim de uma noite de festa e volúpia carnavalesca, entram o marechal e o tesoureiro, para anunciar-lhe uma agradável notícia: *o império, há pouco à beira da bancarrota, fora salvo*. E apresentam-lhe uma folha de papel, a primeira jamais vista por olhos humanos, em que se lê: “*Para o conhecimento de quem deseje: esta nota vale mil coroas. Como seguro penhor, garante-a um sem-número de bens enterrados nas terras do imperador. Já se tomaram as cautelas a fim de que o rico tesouro, logo que desenterrado, se ponha em seu lugar*” (6.066). O imperador, porém, desconfia e exclama: “*Eu pressinto um atentado, uma enorme ilusão; quem falsificou aqui o nome do imperador?*” (4.067). Mas sua ira logo se aplaca quando lhe mostram não só a autenticidade de sua assinatura, como a alegria e o bem-estar em todo o país. Na mesma noite, artesãos habilidosos imprimem milhares de notas semelhantes, de dez, de cinquenta, de mil coroas, para agitação e felicidade do povo (NUSDEO, 2008, p. 07).

fácil evolução em termos de autonomia política, entender-se-á que ainda falta um longo caminho a ser trilhado.

## 2.2 REFLEXÕES SOBRE O CASO *LITTLE ROCK* (EUA) E A TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA (SOBERANIA POPULAR) E AUTONOMIA PRIVADA (DIREITOS FUNDAMENTAIS)

A situação amalgamada e difusa entre esfera pública e esfera privada, pode ser melhor esclarecida no texto “Reflexões sobre Little Rock – de Hannah Arendt” (ARENDR, 2004, p. 261), que faz referência à dificuldade de convivência entre as duas esferas e sua subsunção à esfera social na tentativa de dirimir um profundo problema político-jurídico: o da participação e da autonomia dos cidadãos nas decisões político-jurídicas e a garantia de seus direitos previstos constitucionalmente.

A Suprema Corte americana age imperativamente<sup>12</sup> para realizar atos de jurisdição (em *Little Rock*<sup>13</sup>). Portanto, o que se propõe deliberar nesse momento são os efeitos da decisão jurídica da Suprema Corte frente às relações políticas em convivência com a sociedade americana, que representa um peso histórico de uma democracia ininterrupta de mais de 200 anos. Resta claro que a escravidão deveria ter sido abolida no ato da formação da nação, nas deliberações realizadas pelos “pais fundadores da nação americana”, e não o foi, em sua grande parte por motivos econômicos.

O contexto reflete muito bem o perigo da confusão político-jurídica na realização de atos de jurisdição e a grave interferência na vida dos cidadãos, pois quando em vistas de receberem a garantia do exercício de “Direitos Fundamentais”, são colocados na frente de batalha justamente aqueles que deveriam receber maior proteção na imposição desses direitos.

Em apertada síntese, a tensão político-jurídica, ocorre desde que a Suprema Corte americana deliberou sobre o caso “*O Brown vs. Board of Education*

---

<sup>12</sup> Dizer o direito como *poder*, é a manifestação estatal como capacidade de decidir imperativamente. Já como *função*, a manifestação estatal tem por escopo pacificar os conflitos interindividuais. E como *atividade*, é a manifestação do Estado-juiz no exercício dos seus atos no processo (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 145).

<sup>13</sup> Acesso em 14/02/2013: <http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/publication/2011/10/20111027115347x0.2424542.html#axzz2YUF8Tb6l>



de *Topeka - 347 US 483 de 1954*<sup>14</sup> onde foi requerida a desegregação racial nas escolas em contraposição ao caso “*Plessy vs. Ferguson*, julgado em 1896 e decidido por 7 votos contra 1”, que definia legalmente aspectos de segregação racial. O caso Brown foi dividido em “*Brown I* – julgado em 17/05/1954 e decidido por unanimidade” e “*Brown II* – julgado em 31/05/1955 e decidido por unanimidade”, ambos a favor da desegregação racial nas escolas, com fundamento na décima quarta emenda da Constituição Americana<sup>15</sup>.

A estratégia jurídica teve um final de sucesso para o que foi proposto em termos de defesa de “Direitos Fundamentais”. Para os cidadãos que moveram a ação judicial e para o fortalecimento do Poder Judiciário na garantia de direitos fundamentais no exercício da Jurisdição Constitucional, a ação judicial ensinou mais que uma lição de imperatividade do Estado, ensinou que o Poder na forma de governo republicana não deixa vácuos. A negligência dos Poderes Legislativo e Executivo em trabalharem as questões filosófico-políticas não permitiu outra hipótese que não fosse a dos cidadãos socorrerem-se do Judiciário, que muito embora, a ação na prática, levou os cidadãos no exercício de seus direitos, aumentaram exponencialmente sua condição de vítima.

Hanna Arendt especifica muito bem essa ocorrência do vácuo de poder e a negligência da falta de interpretação filosófica e indecisão política quanto à falta de resguardo dos cidadãos que deveriam ser protegidos “simplesmente” como seres humanos antes de qualquer medida judicial.

A idéia de que se pode mudar o mundo educando as crianças no espírito do futuro tem sido uma das marcas registradas das **utopias políticas** desde a Antiguidade [...] A série de acontecimentos no Sul que se seguiu à decisão da Suprema Corte, **depois dos quais o governo se comprometeu a travar a sua batalha pelos direitos civis na esfera da educação e escolas públicas**, impressiona pelos senso de futilidade e amargura desnecessária, como se todas as partes envolvidas soubessem muito bem que nada estava sendo realizado sob o pretexto de que alguma coisa estava sendo feita (ARENDDT, 2004, p. 265). **grifo e negrito nosso**

<sup>14</sup> Acesso em 20/01/2012: [HTTP://pt.jusnavigandi/Hist%C3%B3ria\\_dos\\_Estados\\_Unidos\\_\(1945-1964\)#Brown\\_v.\\_Board\\_of\\_Education\\_e\\_Resist.C3.AAncia\\_massiva](http://pt.jusnavigandi/Hist%C3%B3ria_dos_Estados_Unidos_(1945-1964)#Brown_v._Board_of_Education_e_Resist.C3.AAncia_massiva)

<sup>15</sup> Seção 1: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”. Acesso em 20/01/2012: [http://www.mspc.eng.br/temdiv/const\\_usa01.shtml](http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml) - Décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Ao levantar a questão de negligência dos Poderes Legislativo e Executivo em trabalhar as questões filosófico-políticas nesse caso especificamente, verifica-se que não foi um problema de simples omissão de parlamentares e governantes. Pelo que se percebe foi um problema de leniência, haja vista a tentativa de tratar uma situação antiquíssima (da segregação) sem considerar seus contornos contemporâneos. Além de tratar a situação como utopia política, o governo só se comprometeu ativamente, depois.

Resta por óbvio que devem ser consideradas as tensões entre os princípios de Soberania Popular e garantia de Direitos Fundamentais. Porém, no governo republicano (como governo da maioria com base popular)<sup>16</sup> os Poderes Legislativo e Executivo tem a função de se adiantar às graves discussões políticas que envolvem a sociedade, e o Poder Judiciário deve ser envolvido somente como *ultima ratio*. Nesses termos, é importante salientar que não houve uma judicialização do poder. O que ocorreu foi uma leniência em legislar e governar. Essa omissão deixou vácuos que necessariamente foram ocupados para que a vida em sociedade pudesse evoluir e prosseguir.

O caso “*Brown vs. Board of Education de Topeka*” deu início a uma questão *sui generis*, visto que causou perplexidade aos Poderes envolvidos foi tratado como garantia de direitos de igualdade, e não como garantia de direitos de equidade com previsão de integração. Senão vejamos:

A República americana é baseada na igualdade de todos os cidadãos, e embora a igualdade perante a lei tenha se tornado um princípio inalienável de todo governo constitucional moderno, a igualdade como tal tem uma importância na vida política de uma república maior do que em qualquer outra forma de governo [...] Na sua forma mais abrangente, tipicamente americana, a igualdade possui um enorme poder de igualar o que por natureza e origem é diferente (ARENDDT, 2004, p. 268).

---

<sup>16</sup> REPÚBLICA: A classificação mais antiga das formas de governo que se conhece é a de ARISTÓTELES, baseada no número de governantes. Distingue ele três espécies de governo: a *realeza*, quando é um só indivíduo quem governa; a *aristocracia*, que é o governo exercido por um grupo, relativamente reduzido em relação ao todo; e a *democracia* (ou *república*, segundo alguns tradutores), que é o governo exercido pela própria multidão no interesse geral [...] A classificação de MAQUIAVEL, já então mais precisa e atenta para as características que se iam revelando na organização do Estado Moderno. Nos “Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio”, publicados em 1531, MAQUIAVEL desenvolve uma teoria procurando sustentar a existência de ciclos de governo [...] Mais tarde MONTESQUIEU, em sua obra que tanta influência prática exerceu, apontaria três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico, esclarecendo: “O governo republicano é aquele em que o povo, como um todo, ou somente uma parcela do povo, possui o poder soberano” (DALLARI, 2009, p. 225-227).

A maneira de igualar uma situação que, por natureza e origem é desigual, seria tratando “os desiguais, de forma desigual, na medida de sua desigualdade”, integrando-os à nova vida, e não tratando-os como se fossem aceitar e serem aceitos sem nenhum tipo de resistência civil travada por ambos os lados. A tentativa de integração que foi proposta possuía dados negativos no que tange a garantia de Direitos Fundamentais e dados positivos no que refere a Soberania Popular, como mostra uma pesquisa de opinião pública realizada na Virgínia.

Os resultados de uma pesquisa de opinião pública na Virgínia, mostrando que 92% dos cidadãos eram totalmente contrários à integração escolar, que 65% estavam dispostos a renunciar à educação pública nessas condições, e que 79% negavam qualquer obrigação de aceitar a decisão da Suprema Corte como obrigatória, ilustram como a situação é grave (ARENDR, 2004, p. 269).

O ponto nevrálgico da tensão entre Soberania Popular e Direitos Fundamentais deve ser observado no momento em que o princípio de igualdade<sup>17</sup> evolui para a equidade<sup>18</sup>, visando uma maior integração<sup>19</sup> política. Ocorre, portanto, quando os Direitos Fundamentais (indivíduo) tornam-se Direito Humanos (universais) em contraposição à Soberania Popular. A afirmação torna-se mais clara quando observa-se, que um caso concreto alcançou repercussão mundial.

Não são poucos os elementos de complexidade que envolvem a garantia de Direitos Humanos na forma de governo republicano, visto que essa

<sup>17</sup> IGUALDADE: Relação entre dois *termos*, em que um pode substituir o outro. Geralmente, dois termos são considerados iguais quando podem ser substituídos um pelo outro no mesmo contexto, sem que mude o valor do contexto. Esse significado foi estabelecido por Leibniz (*Op. Ed.* Gerhardt, VII, p. 228), mas Aristóteles limitava o significado dessa palavra ao âmbito da categoria de quantidade, e que dizia eram iguais as coisas “que tem em comum a quantidade” (*Met.*, IV, 15, 1021 a 11) [...] (ABBAGNANO, 2000, p. 534).

<sup>18</sup> EQUIDADE: Apelo à justiça voltado à correção da lei em que a justiça se exprime. Esse é o conceito clássico de Equidade, esclarecido por Aristóteles e reconhecido pelos juristas romanos. Diz Aristóteles: “A própria natureza da Equidade é a retificação da lei no que esta se revela insuficiente pelo seu caráter universal” (*Et. Nic.*, V, 14, 1137 b 26). A lei tem necessariamente caráter geral; por isso às vezes sua aplicação é imperfeita ou difícil, em certos casos. Nesses casos, a Equidade intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar. Portanto, nota Aristóteles, o justo e o equitativo são a mesma coisa; o equitativo é superior, não ao justo em si, mas ao justo formulado em uma lei que, em virtude da sua universalidade, está sujeita ao erro. Kant considerava, porém, que a Equidade não se presta a uma autêntica reivindicação jurídica e que, portanto, não cabe aos tribunais, mas ao tribunal da consciência (*Met. der Sitten*, Ap. à Intr., 1). (ABBAGNANO, 2000, p. 339-340).

<sup>19</sup> INTEGRAÇÃO: [...] Analogamente, em psicologia significa o grau de unidade ou de organização da personalidade; em sociologia, o grau de organização de um grupo social. Spencer, em *Primeiros Princípios* (1862), via na Integração uma das características fundamentais da evolução cósmica enquanto passagem de um estado indiferenciado, amorfo e indistinto para um estado diferenciado, formado e unificado (*First Principles*, § 94) (ABBAGNANO, 2000, p. 571).

forma de governo pressupõe sua origem no Princípio da Soberania Popular. Conviver com esses princípios conflitantes, exercendo-os na esfera pública e na esfera privada não é uma tarefa simples, haja vista a tensão existente. É, porém, um dos grandes desafios das sociedades complexas.

A falha na interpretação do momento histórico foi grave; basta estudar a pesquisa de opinião que foi realizada. No Estado da Virgínia, 92% eram contra a integração escolar, 65% estavam dispostos a renunciar a educação pública, 79% não se sentiram na obrigação de aceitar a decisão da Suprema Corte. Contudo, o papel jurisdicional da Suprema Corte foi acertado. Não havia possibilidades de discussão de garantia de Direitos Humanos que não fosse por imposição legal, face à expressiva discordância da Soberania Popular.

O erro do Poder Legislativo e do Poder Executivo foi tratar seres humanos como peças de xadrez, tirando-os de uma esfera e inserindo-os em outra, sem um tratamento desigual, visto que eram desiguais. A lei “tem necessariamente caráter geral; por isso às vezes sua aplicação é imperfeita ou difícil, em certos casos”. Nesses casos, “a equidade intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar” (ABBAGNANO, 2000, p. 571). É uma questão de interpretação e preenchimento de lacunas.

A integração prevê contornos psicológicos de organização da personalidade do indivíduo através de elementos motivacionais, e contornos sociológicos quanto ao grau de organização do grupo social e isso serve para os dois lados envolvidos.

Contemporaneamente, o conceito de dignidade da pessoa humana é visto como um princípio inerente ao ser humano, que busca tratar o ser humano como um fim e não como um meio. O ser humano não perde a dignidade da pessoa humana quando comete atos mais ou menos dignos, porque a dignidade da pessoa humana não perde sua conexão com o próprio ser humano.

Os seres humanos envolvidos deveriam ter sido tratados no mínimo com base no Princípio da Dignidade Humana, visto que o mundo já havia presenciado duas grandes guerras, com a participação expressiva dos americanos. As deliberações desenvolvidas no decorrer do trabalho fornecem claras indicações

que tanto o povo americano quanto seus governantes já conheciam muito bem o alcance do conceito de dignidade<sup>20</sup>.

A conduta humana de determinado ser humano ou seres humanos podem ser indignas, o que não significa que o autor ou autores da conduta indigna não tenham que ter resguardada a sua dignidade humana, porque é algo que não lhe é somente pessoal, mas, sim, relacionado a todos os seres humanos.

Tal fato deve ser observado para ambos os lados em conflito, visto que, os dois lados se basearam em dois princípios válidos e que regem o mundo pretensamente civilizado. Retirar a dignidade de um ser humano por ter este cometido condutas indignas é abrir espaço para que a dignidade humana seja retirada de quaisquer outros seres humanos que ficaram do lado perdedor da ideologia vencedora.

Por essa variedade e intensidade de motivos, existia a premente necessidade de integração entre os Princípios de Direitos Humanos e os Princípios de Soberania Popular, entre a esfera pública e a esfera privada, entre negros e brancos, enfim, entre os seres humanos envolvidos. Essa integração deveria ter sido capitaneada pelos Poderes Legislativo e Executivo no Estado Democrático de Direito, na forma republicana de governo. Infelizmente não foi o que aconteceu.

---

<sup>20</sup> DIGNIDADE: Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente com um meio” (*Grundlegung zur Met. der Sitten, II*). Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem Dignidade”. Substancialmente, a Dignidade de um ser racional consiste no fato de ele “não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A mortalidade, como condição dessa autonomia legislativa é, portanto, a condição da Dignidade do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não tem preço. Esses conceitos kantianos voltam em F. SCHILLER, *Graças e Dignidade* (1793): “A dominação dos instintos pela força moral é a liberdade do espírito e a expressão da liberdade do espírito no fenômeno chama-se Dignidade”. (*Werke*, ed. Karpeles, XI, p. 207). Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da Dignidade do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros (ABBAGNANO, 2000, p. 276-277).

### 2.3 CONSIDERAÇÕES DE JÜRGEN HABERMAS SOBRE AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA FACE AOS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA POPULAR E DE DIREITOS HUMANOS POR MEIO DE UMA INTEGRIDADE JURÍDICA

Jürgen Habermas ao tecer considerações sobre Autonomia Pública e Autonomia Privada, e suas perspectivas face aos Princípios de Direitos Humanos e Soberania Popular, esclarece que:

Os direitos “primários” são muito fracos para garantir à pessoa a proteção jurídica, quando esta está “inserida em ordens maiores, supraindividuais”. Tal tentativa de salvamento é por demais concreta. Certamente o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado social. No entanto, essa reinterpretação não pode ser confundida com uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, os quais apenas são interpretados de maneira diferente quando os paradigmas mudam (RAISER *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 120).

A falta de interpretação do caso “*Brown vs. Board of Education de Topeka*” quanto à mudança de paradigma ficou claramente evidenciada. Toda a discussão sobre a desegregação racial nas escolas, apesar de ser um “direito primário”, não tinha condições de englobar toda a necessária deliberação sobre o racismo e sobre o trânsito entre a esfera privada e a esfera pública. A dificuldade de convivência entre os Princípios de Direitos Humanos e Soberania Popular, não foi compreendida, e tampouco dirimida. A complexidade da situação levou a um conformismo político, pela falta de interpretação da mudança de paradigma do momento histórico que os Estados Unidos da América estavam vivenciando.

Noutro diapasão, Habermas faz um resgate histórico sobre a interpretação do desgaste da relação entre o direito e moral e a vontade autônoma do cidadão, e a busca do sentido intersubjetivo de liberdades de ações subjetivas que deveriam ter a garantia de serem estruturadas juridicamente quando buscam garantir direitos fundamentais, demonstrando, assim, a complexa possibilidade de integridade entre os Princípios em questão.

Nesse caso, há um desdobramento importante que faz referência ao conceito de *Norma Agendi* (Direito Objetivo) e de *Facultas Agendi* (Direito

Subjetivo)<sup>21</sup>, no desenvolvimento da autonomia pública e autonomia privada e na relação entre Direitos Humanos e Soberania Popular, conforme veremos a seguir.

[...] o século XIX veio mostrar que o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo durante o tempo em que a autonomia privada do sujeito do direito estivesse apoiada na autonomia moral da pessoa. No momento em que o direito em geral perdeu sua fundamentação idealista, especialmente a retaguarda da teoria moral kantiana, o invólucro do “poder de dominação individual” perdeu o núcleo normativo de uma legítima liberdade da vontade, naturalmente necessitada de proteção. Somente tivera força legitimadora o laço que Kant, com o auxílio do princípio do direito, estabeleceu entre a liberdade de arbítrio e vontade autônoma da pessoa. Depois que esse laço foi rompido, o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma que reveste determinadas decisões e competências como força da obrigatoriedade fática (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 117).

No século XX, o advento da II Guerra Mundial é o marco histórico contemporâneo que feriu de morte o relacionamento da moral com o direito, haja vista o direito ter garantido regimes totalitários que desprezaram ferozmente os direitos humanos, e, não obstante, o próprio direito ter sido fundamento para aniquilar seres humanos.

A identificação de intersubjetividade que Habermas busca para fins de garantia de direitos subjetivos depende do princípio da reciprocidade, que por sua vez somente se desenvolve com a cooperação dos sujeitos do direito, no Estado Democrático de Direito.

Há nesse aspecto a dependência do processo legislativo que tem sua legitimidade na soberania popular, que por fim fornece legitimidade ao direito (Direito objetivo no sentido de leis gerais) e que, por conseguinte, garante os direitos subjetivos, fornecendo base para o reconhecimento dos Direitos Humanos, como esclarece Habermas:

---

<sup>21</sup> Costuma-se ligar o conceito de direito subjetivo a uma antiga distinção, de origem latina, entre *facultas agendi* e *norma agendi*, no sentido que a regra jurídica delimita objetivamente o campo social dentro do qual é *facultado* ao sujeito da relação pretender ou fazer aquilo que a norma lhe atribui. Note-se, uma vez por todas, que a palavra *faculdade* tem, como o termo *pretensão*, um significado técnico e próprio no Direito, de natureza lógica, nada tendo a ver com o sentido que possam ter, por exemplo, na antiga Psicologia racional que ainda falava em “faculdade da alma”, ou com o sentido da palavra pretensão no uso comum ou em Psicologia. Não concordamos, note-se, com alguns teóricos modernos que praticamente confundem “faculdade” com o poder genérico que tem cada pessoa de exercer ou não um direito subjetivo, confundindo, desse modo, a faculdade com a geral capacidade dos sujeitos de direito (REALE, 2011, p. 249-250).

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia. Contudo, não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente. O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva, de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa “legislação” pública realizada democraticamente (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 127).

Essa fonte procedimental de legitimidade consegue interligar os dois princípios (Soberania Popular e Direitos Humanos), porém, no ato das liberdades de ação, a tensão entre os direitos do homem e os direitos do cidadão é ressuscitada e retorna ao *status quo ante*, tornando os princípios ambivalentes e retirando de ambos a autonomia. Habermas lança uma crítica a Kant e a Rousseau insinuando que os dois filósofos deixaram de esclarecer “a não confessada relação de concorrência entre os dois princípios” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 128).

Um dos pontos que delinea essa crítica é a inversão do entendimento que se tem desde Aristóteles daquilo que é conhecido como “ética”. Tomando por base os questionamentos éticos ou morais quanto às ideias modernas de auto-realização e autodeterminação.

Inicia-se a interpretação habermasiana sobre o tema em Thomas Hobbes, quando se verifica a origem dos problemas com o Princípio da Autonomia. Hobbes tenta justificar o procedimento da instauração do sistema de direitos burgueses sem o anteparo de argumentos morais, sendo os direitos justificados somente através do “autointeresse esclarecido dos participantes”. Tal afirmação hobbesiana, desata uma forte reação de Kant, que vê Hobbes como um teórico que impõe um Estado Constitucional burguês sem democracia.

Hobbes indica que os indivíduos no Estado Natural poderiam migrar de forma racional do então conflito permanente para uma convivência que é protegida pelo Estado Constitucional se abdicassem, em primeiro lugar, de parte de sua liberdade, apoiando sua relação de convivência no princípio da reciprocidade. Em segundo lugar, os indivíduos deveriam compreender e aceitar que não poderiam individualmente avaliar se a coerção recíproca, que limita as decisões conforme as leis gerais, alcança o interesse de todos os participantes, visto que tal avaliação



pertenceria agora ao Estado, uma vez que houve uma outorga de poderes e limitações racionais de liberdade. Em defesa de sua tese Hobbes impõe a regra – “*quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*” (O que não querem que te façam? O que temes que te aconteça? Que medo tem de seu semelhante? – O homem cria o Estado, para se precaver de outros homens, com fundamento em um temor mútuo (HOBBS *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 125).

No entanto, Kant levanta contra Hobbes a seguinte objeção: “O contrato de estabelecimento de uma Constituição burguesa possui uma natureza tão característica, que ele se distingue, no início de sua fundação, de todos os outros contratos” (KANT *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 126).

O indivíduo outorga, portanto, parte de sua liberdade para que o Estado Constitucional administre, e, não obstante, este mesmo indivíduo participa das limitações das decisões através da formulação das leis gerais. Habermas esclarece:

Segundo Kant, os partidos não entregam a competência de legislar a um soberano; o contrato social não tem, por sua natureza, um conteúdo especial, pois ele constitui em si mesmo o modelo para uma socialização sob o domínio do princípio do direito. Ele estatui performativamente as condições sob as quais uma ordem legítima pode obter validade. Pois “o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei geral” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 126).

O mesmo indivíduo que outorga poderes ao Estado, limitando sua liberdade, participa efetivamente das condições de liberdade para todos, que ele formula através de leis gerais. Nesse ponto os Direitos Humanos e o Princípio da Soberania Popular interligam-se e são fundamentados moralmente, como segue:

O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa “legislação” pública realizada democraticamente. (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 127)

A autocompreensão normativa dos Estados Democráticos de Direito, são determinadas pelos Princípios da Soberania do Povo e Princípio de Direitos

Humanos. Neste campo, Habermas entende que as ideias modernas de auto-realização e autodeterminação, devem ser compreendidas nessa ordem, ou seja, em interpretações “éticas” e “morais”.

Para Habermas, o Direito Natural Clássico (Aristotélico, vigente até o século XIX) e o Direito Natural Cristão (capitaneado por Tomás de Aquino) refletem um *ethos* de uma sociedade global à sua época, denotando considerações éticas.

Habermas verifica que as doutrinas supra citadas, inseridas no mundo da vida<sup>22</sup>, ainda têm a pretensão de fornecer amparo aos “padrões” culturais e institucionais, formando e mantendo as estruturas da personalidade (interpretação vertical). E ainda, ampara as “ordens legítimas” entrelaçadas em membros normativos da eticidade, da política e do direito, que interligam-se (interpretação horizontal). Entretanto, o autor afirma que:

No impulso do desenvolvimento, que eu interpreto como racionalização do mundo da vida, esse engate é rompido. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser tema dos próprios atores. (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 131).

Ainda esclarece Habermas:

Ao contrário das considerações éticas, que estão orientadas pelo telos de minha e/ou nossa vida boa ou não-fracassada, as considerações morais exigem uma perspectiva distanciada de todo ego ou etnocentrismo. Sob o ponto de vista moral do igual respeito por cada um de uma consideração simétrica dos interesses de todos, as pretensões normativas de relações interpessoais legitimamente reguladas passam a ser problematizadas. No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela ideia de autodeterminação. (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 131).

No caso Little Rock, percebe-se claramente, consoante a tradição americana (EUA), as caracterizações da tradição liberal e tradição republicana. A

---

<sup>22</sup> MUNDO DA VIDA: (*al. Lebenswelt*). Termo introduzido por Husserl em *Krisis*, para designar “o mundo em que vivemos intuitivamente, com suas realidades, do modo como se dão, primeiramente na experiência simples e depois também nos modos em que sua validade se torna oscilante (oscilante entre ser e aparência, etc.)” (*Krisis*, § 44). Husserl contrapõe esse mundo, ao mundo da ciência, considerado como um “hábito simbólico” que “representa” o mundo da vida, mas encontra lugar nele, que é um mundo para todos” (*Ibid.*, Beilage, XIX). (ABBAGNANO, 2000, p. 689).

tradição remete aos questionamentos éticos como uma expressão da auto-realização ética, fundamentados no Princípio da Soberania Popular, e, portanto, uma ideia republicana. Já os questionamentos morais são verificados como uma expressão da autodeterminação moral, são fundamentados no Princípio dos Direitos Humanos, sendo, dessa forma, uma ideia liberal. E, nessa perspectiva, fica evidente a tensão entre os dois princípios, denotando uma concorrência e não a uma complementaridade entre eles.

Para Habermas, a normatização de um modo de exercício da autonomia política, é assegurada pela formação discursiva da opinião e da vontade, sendo tal realização que fornece nexos internos entre os Princípios da Soberania Popular e Direitos Humanos. Todavia, Habermas questiona a integridade que Ronald Dworkin quer estabelecer quando há uma antinomia entre os dois princípios, e o conflito tenta ser resolvido por um único juiz.

Para resguardar a convivência de dois princípios (Soberania Popular e Direitos Humanos) válidos no Estado Democrático de Direito, é necessário manter a vontade soberana no conceito de autonomia, que se verifica na institucionalização dos dois princípios através de uma Constituição.

[...] o almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema de direitos apresentar condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema de direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 138).

É importante compreender que esse nexo fornece sobrevivência aos dois princípios (Soberania Popular e Direitos Humanos) quanto à sua convivência, quando garantidos em uma Constituição. Contudo, para ingressar no ambiente Constitucional no Estado Democrático de Direito, os princípios sofrem uma limitação substancial para poderem se transformar em condições formais, como segue:

A cooriginariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 139).

Não obstante, Habermas aponta uma possível falha em decisões monocráticas, principalmente quando envolvem princípios constitucionais, o que colocaria em sério risco o que o legislador procurou regerar, e, conseqüentemente, coloca em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Para Ronald Dworkin, as realizações supracitadas podem ocorrer nos casos concretos, quando o Direito é observado como integridade<sup>23</sup>, na figura heroica do Juiz Hércules:

Vamos chamá-lo de Hércules. Acompanharemos sua carreira, observando os tipos de juízo que deve emitir e as tensões com as quais deve lidar ao decidir um grande número de casos. Antes disso, porém, farei uma advertência. Não devemos supor que as suas respostas às várias questões que se lhe apresentam *definem* o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juizes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. Você poderia achar que outras respostas seriam melhores. (Eu também, depois de alguma reflexão.) Você poderia, por exemplo, rejeitar os pontos de vista de Hércules sobre até que ponto os direitos das pessoas dependem das razões que juizes anteriores apresentaram para seus vereditos, tendo em vista o cumprimento desses direitos, ou poderia não compartilhar seu respeito por aquilo que chamarei de “prioridade local” nas decisões relativas à aplicação do “common law”. Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa (DWORKIN, 2005. p. 287).

Habermas critica Dworkin quando este elege um único juiz em uma decisão monológica para tomada de decisões de cunho supraindividual. Para

---

<sup>23</sup> A integridade refere-se ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade (DWORKIN, 2005, p. 201-202).

Habermas o principal ponto fraco da teoria é a solidão de Hércules ao estudar e decidir o Direito sem a participação de um interlocutor para aprimorar seus argumentos.

Do ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia do Estado de Direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a própria interpretação diverge de todas as outras. (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 276)

A decisão confiada a um único juiz e a falta de participação dos parceiros do direito que constituem a comunidade jurídica inviabiliza o princípio monológico, pois como afirma Habermas, para que haja a “garantia de uma medida suficiente de segurança jurídica, a indeterminação do processo de decisão deve ser compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 278). Para Habermas, Dworkin sobrecarrega o juiz Hércules atribuindo-lhe uma decisão monológica.

Quando as decisões perpassam os juízes monocráticos, essas decisões são baseadas evidentemente na lei, mas também nas decisões jurisprudenciais dos Tribunais, que funcionam como órgãos colegiados abertos a debates processuais e de especialistas da sociedade civil, que são chamados a periciar ou deliberar sobre os casos concretos. Mesmo que haja uma falha na formação cognitiva do juízo e ocorra um erro, ou até que o juiz profira uma decisão contrária a jurisprudência dominante, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais têm sua manutenção equalizada por força da Supremacia da Constituição através do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição<sup>24</sup>.

Vê-se que a jurisdição constitucional sempre aparece como importante delineamento de possíveis soluções justas, resguardando os dois princípios em comento, pois mesmo que exalte um deles e mitigue o outro, houve um devido processo legal como garantia de direitos.

---

<sup>24</sup> Duplo Grau de Jurisdição: Princípio de administração da justiça que estabelece a existência de duas instâncias, a inferior e a superior, para que as causas decididas no juízo *ad quo* venham, em grau de recurso, a ser reapreciadas e julgadas no juízo *ad quem* (DINIZ, 1998, vol. 2, p. 252).

Esses processos de aplicação do direito consubstanciado em um processo legislativo democrático têm por finalidade resguardar a autonomia privada e a autonomia pública, e assegura os princípios de Direitos Humanos e Soberania Popular através da jurisdição constitucional quando realiza o “conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários ao discurso” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 297).

As decisões judiciais devem estar interligadas com o direito e a lei, com a finalidade de se alcançar a justiça, sendo que a imperatividade da decisão somente será eficaz e alcançará justiça se houver uma legitimidade do direito vigente através do processo legislativo que foi dirimido através do sistema de controle político. E tudo isso deverá ser realizado sob os cuidados da teoria dos “checks and balances” na moderna divisão fiscalizatória dos Poderes que respeita a jurisdição constitucional. A procedimentalização da jurisdição constitucional que denota facticidade (coercibilidade) e validade (legitimidade) será dirimida no Título III a seguir.

### TÍTULO III LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO E SUA FINALIDADE DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 ESBOÇO HISTÓRICO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO

É importante ratificar que a discussão proposta é desenvolvida no âmbito de Estado Democrático de Direito que permeia as sociedades complexas na proposta filosófica do modelo procedimentalista habermasiano diante da legitimidade da jurisdição constitucional que, busca proporcionar o *exercício da autonomia do cidadão* que deve ser socialmente apto a exercer sua *autonomia política*<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> O homem só pode realizar o *telos* de sua espécie nesta prática de cidadania. Michelman tenta decifrar vestígios desse republicanismo nos debates dos pais da constituição americana, no próprio texto da constituição e na jurisprudência constitucional atual, a fim de desenvolver, a partir daí, um conceito normativo do processo político e de suas condições procedimentais. Ele estiliza a oposição entre o paradigma “republicano” e o assim chamado paradigma “liberal”, caracterizando, deste modo, duas tradições da interpretação da constituição bem como duas tendências que concorrem entre si na realidade constitucional. A diferença decisiva consiste na compreensão do papel do processo democrático. Segundo a visão “liberal” – eu seguirei essa terminologia simplificadora, que se introduziu na discussão americana -, o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos. Na interpretação republicana, porém, a política não se esgota em tal função mediadora, uma vez que é constitutiva para o processo de socialização em seu todo. “Política” é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como o *médium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, como consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes. Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade é submetida a uma modificação importante: ao lado da instância reguladora hierárquica do poder supremo do Estado e da instância reguladora descentralizada do mercado, portanto, ao lado do poder administrativo e do interesse próprio individual, entram a *solidariedade* e a orientação do bem comum como uma *terceira fonte* da integração social. Essa formação política horizontal da vontade, que depende de entendimento ou consenso obtido comunicativamente, deve ter a primazia, tanto do ponto de vista genético como normativo. Para a prática da autodeterminação dos cidadãos pressupõe-se uma *base na sociedade civil*, autônoma, independente da administração pública e do comércio privado mediado pelo mercado, a qual preserva a comunicação política de ser absorvida pelo aparelho do Estado ou de ser assimilada à estrutura do mercado. Na concepção republicana, a esfera pública política e a sociedade civil, como a sua base, obtêm um significado estratégico; elas devem garantir à prática de entendimento dos cidadãos sua força de integração e autonomia. O desacoplamento da comunicação política da sociedade econômica corresponde, em nossa terminologia, a uma religação do poder administrativo ao poder comunicativo resultante da formação política da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 331-333).

Em sua etimologia, jurisdição significa “dizer o direito”<sup>26</sup>. É, então, o específico método de alcançar o direito pelos devidos meios. No entanto, diante das considerações do Estado Democrático de Direito, existe uma necessária e sadia dependência do desenvolvimento do sufrágio universal inserto no processo legislativo de criação de normas, onde a jurisdição é posteriormente considerada uma *longa manus* da legislação.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco:

[...] Seja ao legislar ou realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu poder (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos) – assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 47).

A função instrumental supracitada é resguardada pelo princípio do *due process of law*<sup>27</sup> originário do direito anglo-saxão na Carta Magna de 1215. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso LIV<sup>28</sup>, determina que em todas as instâncias de discussão sobre princípios, direitos e garantias haverá o devido processo legal (BRASIL, 2012). O devido processo legal fornece legitimidade ao monopólio estatal de dizer o direito, seja como poder, função e atividade. Dizer o direito como *poder*, é a manifestação estatal como capacidade de decidir imperativamente. Já como *função*, a manifestação estatal tem por escopo pacificar os conflitos interindividuais. E como *atividade*, é a manifestação do Estado-

---

<sup>26</sup> Jurisdição: Poder de exercer um ministério espiritual, próprio do papa, cardeais, bispos e sacerdotes. a) Judicatura; b) administração da justiça pelo Poder Judiciário; c) poder-dever de aplicação do direito objetivo, conferido ao magistrado; d) atividade exercida pelo Estado para aplicação de normas jurídicas ao caso concreto; e) poder de conhecer e julgar casos concretos dentro dos limites da competência outorgada; f) soma de atividades e de atribuições do juiz; g) área territorial onde a autoridade judiciária exerce seu poder de julgar; h) compreende o poder de decisão; o de compelir, no processo de execução, o vencido a cumprir a decisão; o de ordenar notificação das partes ou testemunhas; i) poder de dizer o direito. Autoridade do detentor da soberania de governar e legislar (DINIZ, 1998, vol. 3, p. 24).

<sup>27</sup> *Due process of law*: Expressão inglesa - Devido processo legal. É aquele pelo qual ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal (DINIZ, 1998, vol. 3, p. 734).

<sup>28</sup> Artigo da 5º Constituição Federal Brasileira/1988 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 2012).



juiz no exercício dos seus atos no processo (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 145).

Oskar Von Bülow (1868) identifica uma relação jurídica processual autônoma em relação ao direito substancial, e coloca a jurisdição no centro da teoria processual (CAMBI, 2002, p. 16). Diante dessa orientação, na esfera de ação do Estado Democrático de Direito no Brasil, a composição dos aspectos de formação jurisdicional tem como base vários autores italianos, entre outros. Apresentar-se-á, a seguir, uma breve noção de jurisdição por meio dos estudos de autores como, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Hans Kelsen, Eduardo J. Couture e Enrique Tulio Liebman.

Para Giuseppe Chiovenda, a “jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la praticamente efetiva” (CHIOVENDA, 1943, p. 11).

Chiovenda entende a jurisdição como atividade secundária, visto que atua em substituição a uma atividade primária que seria a administração. Para ele, a administração exerce julgamento sobre sua própria atividade e o juiz quando exerce a jurisdição atuando a lei, julga atividade alheia. Chiovenda adotava a teoria dualista do ordenamento jurídico, segundo a qual o direito material dita às regras abstratas e o direito processual realiza a prática da vontade do direito material.

A visão do autor sobre a jurisdição é uma visão legalista, pois a jurisdição está intimamente ligada à lei. “Como função da soberania, a jurisdição tem a mesma função dela. Mas, pois que a jurisdição é a atuação da lei, não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei, e vice-versa” (CHIOVENDA, 2002, p. 55). Tal ideia de plenitude do ordenamento jurídico tem uma concepção filosófica de inspiração positivista do século XIX, que, contemporaneamente, já está superada.

Francesco Carnelutti adota a teoria unitária, que é contrária a de Chiovenda. Para Carnelutti, o direito material não teria condições de disciplinar todos os conflitos de interesses, sendo o direito processual muitas vezes necessário para complementar as regras de direito material. “O conceito de lei, em sentido material, não deve ser visto como um juízo de valor fundado, sobre um juízo de existência, mas, ao contrário, sobre um juízo de possibilidade. Sendo assim, o ordenamento

jurídico substancial é insuficiente para produzir direitos e obrigações” (CARNELUTTI, 1958, p. 6).

Para Carnelutti, o direito processual interfere na criação de direitos subjetivos e de obrigações. Não se verifica uma cisão entre direito material e direito processual, e a jurisdição não está condicionada à prévia existência de lei ou do direito material. “O processo é um método, mediante o qual se obtém a pronúncia oficial de comandos jurídicos concretos, seja preexistindo ou não preexistindo leis jurídicas, das quais os comandos concretos constituem aplicação” (CARNELUTTI, 1958, p. 19). O autor preocupava-se com o conteúdo ético através do resultado do processo, sendo que a atividade jurisdicional não se reduz ao conteúdo do preceito legal, pois, quando o preceito legal não é justo, o direito não consegue alcançar a sua finalidade.

Piero Calamandrei entende que o Estado moderno destinou ao juiz a tarefa de aplicar as regras jurídicas gerais aos casos concretos, pois, tais regras jurídicas já foram formuladas em abstrato pelo legislador. Para Calamandrei, a função jurisdicional é uma integração e uma persecução da função legislativa. O Estado depois de ter manifestado sua vontade de forma geral e abstrata através da lei, tem sua autoridade reafirmada por intermédio do juiz diante do caso concreto, tendo a função jurisdicional o fim último de compor o conflito de interesses pela força, como desenvolvimento do programa de ação do Estado (CALAMANDREI, 1954, p. 108-111).

Hans Kelsen parte de uma concepção de que o povo está sujeito ao Poder do Estado, e o que representa o Poder do Estado é a validade e a eficácia da ordem jurídica. Nesses termos, para que o Poder do Estado seja exercido é necessária uma distribuição das funções dos Poderes. Kelsen defende uma separação não rígida dos Poderes, diferenciando-se, assim, da concepção de Montesquieu. Para Hans Kelsen, “em uma primeira divisão, há duas categorias de funções fundamentais: 1ª) a *legis latio* ou Legislativa, a qual corresponde à criação das normas gerais; e a 2ª) *legis executio*, compreendendo as atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, ambos de execução das normas gerais (a Constituição e as leis)” (KELSEN, 1990, p. 249).

Como já verificado, Kelsen repudia a estrita separação entre os Poderes, pois entende que o Poder do Estado é uno e indivisível e essa compreensão dinâmica deve contribuir para a validade do sistema jurídico, ou seja,

qualquer função de exercício do Poder do Estado é função de criação do Direito. Ainda para o autor, “criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo aplicar uma outra norma: o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do Direito” (KELSEN, 1945, p. 104).

Diante dessa visão dinâmica de criação do Direito, Kelsen entende que os juízes não se limitam a “dizer o direito”.

Para o autor o exercício da jurisdição denota uma função constitutiva do Direito, “e a sentença é um verdadeiro ato de criação do Direito, na medida em que desempenha, diante do caso concreto (no âmbito do domínio individual), o mesmo papel que a lei desempenha no domínio geral. A atividade jurisdicional consiste nessa individualização ou concretização de uma regra jurídica geral ou abstrata para o caso concreto. Com efeito, julgar é continuar o processo de criação do Direito, não estando todo o Direito contido na lei: *Só o preconceito que afirma estar todo o Direito contido nas regras gerais, por outras palavras, a identificação errônea do Direito com a lei pode obscurecer esta noção.* (KELSEN, 1945, p. 111).

Assim sendo, para Hans Kelsen, o magistrado investido da jurisdição do Estado deve preocupar-se com o conteúdo material do Direito, escolhendo um padrão de justiça que seja mais adequado à composição do caso concreto, estando alinhado com a valoração jurídica dos fatos sociais.

Eduardo J. Couture, no que se refere à ideia de Poder, não limita a jurisdição ao Poder Judiciário e tampouco a outros órgãos públicos. Para Couture, a jurisdição é também um dever e não somente um poder. E, não obstante, o autor ainda complementa que o juiz, além da faculdade de julgar, tem o dever administrativo de julgar, entendendo dessa forma, que a jurisdição, melhor do que um dever, deve ser vista como uma função.

Quando Couture identifica a jurisdição como função, acaba por verificar que nem toda função judicial é jurisdicional, haja vista a jurisdição voluntária, assim como nem toda função jurisdicional é judicial, pois os Poderes Executivo e Legislativo podem exercer jurisdição.

Para embasar um conceito de jurisdição, Couture faz referência ao ato jurisdicional. Em um primeiro momento, o autor faz referência à *jurisdição como forma*: identifica e compreende as partes, os juízes e os procedimentos estabelecidos na lei. Já na questão da *jurisdição como conteúdo*: o escopo imediato da jurisdição é a resolução de conflitos, onde a significação da decisão com

relevância jurídica deve adquirir autoridade de coisa julgada<sup>29</sup>. Foi apontado no parágrafo anterior que nem toda função jurisdicional é judicial, sendo assim, a existência de uma função jurisdicional sem conflito seria improvável. Couture, “estabelece que o objeto próprio do processo seja a coisa julgada, a qual considera a pedra de toque do ato jurisdicional” (COUTURE, 1993, p. 43). Ainda nesta seara, Eduardo Cambi afirma: “Aliás, na teoria de Couture, onde há coisa julgada, há função jurisdicional e, em contrapartida, onde não há coisa julgada, não há função jurisdicional” (CAMBI, 2002, p. 76).

Quanto à formação do conceito do ato jurisdicional, Couture faz referência à função jurisdicional. Para o autor, o desempenho da *função jurisdicional* proporciona a continuidade do direito, que tem por escopo o acesso aos valores, os quais devem ser garantidos pela tutela do Estado.

Couture elenca dois finais para o processo, um fim privado, e um fim público. O fim privado tem por determinação cessar os conflitos de interesses, proporcionando ao autor da causa um resultado efetivo, quando a pretensão é justa, e, em contrapartida proporciona ao réu a improcedência do pedido, quando, então, a defesa é que é justa. Já o fim público abrange os interesses de toda a sociedade, que exige uma efetividade do direito na ordem social.

A despeito disso, a jurisdição, ao buscar garantir a efetividade do direito, assegura a ordem jurídica como um todo. Couture admite que exista uma dimensão criativa na atuação jurisdicional e ainda reconhece que através do processo é possível não apenas declarar direitos, mas também constituir novos direitos.

O magistrado, investido de poder-dever, é o próprio Estado se manifestando. Sendo assim, o Estado não pode aplicar o direito acriticamente, mas, sim, deve manter uma consonância com os valores de base do direito positivo,

---

<sup>29</sup> Coisa Julgada: Critério para a aplicabilidade do princípio da irretroatividade ou retroatividade das leis, pois as normas só poderão retroagir se não ofenderem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. É uma qualidade dos efeitos do julgamento, constituindo um fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença posta ao abrigo dos recursos então definitivamente preclusos e dos efeitos por ela produzidos, uma vez que os consolida. A *res judicata* é um princípio jurídico-positivo que demonstra o fato de ser a decisão final uma norma individual, cuja validade não poderá ser abolida por uma norma derogante nem por outra sentença judicial, por trazer a presunção absoluta (*jure et de jure*) de que o direito foi aplicado corretamente ao caso *sub judice*, prestigiando o órgão judicante que a prolatou e garantindo a impossibilidade de sua reforma e a sua executoriedade, pois terá força vinculante entre as partes (DINIZ, 1998, vol. 1, p. 640-641).

revitalizando o direito ao cumprir com a realização dos valores nos casos concretos quando trazidos ao judiciário, cumprindo, desse modo, o objetivo da jurisdição.

O direito positivo, para o autor, “é maleável e casuístico, e sempre conserva uma visão esquemática e generalizadora, sendo incapaz de conter a riqueza da vida e dos valores refletidos ao caso concreto” (CAMBI, 2002, p. 81). Por isso é trazido, através do mecanismo do processo, à apreciação do Estado em sua forma humana, ou seja, o magistrado.

Afirma Eduardo J. Couture que:

A sentença é uma operação humana, uma criação de inteligência e de vontade; isto é, uma criatura do espírito do homem. Assim, a sorte da justiça depende dos homens que fazem justiça, daí justificar-se a preocupação com o juiz, enquanto ser humano. O juiz é elemento indispensável na criação e na produção do direito. O direito vale quanto valem os homens que o aplicam. O magistrado é uma partícula humana que vive e se move dentro do processo. Se o juiz tem dignidade e hierarquia espirituais, o direito terá dignidade e hierarquia espirituais, mas se o magistrado, enquanto homem, cede ante as suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação. Portanto, a dignidade do direito depende da dignidade do juiz. O direito, repita-se, valerá o que valerem os juízes como homens e, se um dia os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo. Com efeito, o exercício da jurisdição é, segundo Couture, a mais excelsa das missões humanas (COUTURE, 1993, p. 86).

Assim, entende o autor que o magistrado como intérprete da lei e do caso concreto age com raciocínio e intuição, e carrega o ato decisório de interpretação de volições e de consoantes subjetivismos.

Entretanto, para que haja segurança jurídica e garantia de responsabilidade com previsão jurisdicional, são impostas limitações à liberdade de julgamento do juiz, limitando sua atuação exegética no sistema hermenêutico aberto. Há que se ressaltar que no modelo brasileiro todas as decisões devem ser fundamentadas<sup>30</sup>, e tem-se a garantia do duplo grau de jurisdição.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Artigo 93 da Constituição Federal Brasileira/1988 – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios; Inciso IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL 2012).

<sup>31</sup> Conforme artigo 5º. da Constituição Federal Brasileira/1988 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País

Noutro diapasão, Enrico Tullio Liebman figura dentre os autores italianos que desenvolveram as perspectivas processuais aliando-as, também, aos conceitos de contemporaneidade. Liebman tem uma compreensão ampliada e complementar à de Couture. Para Liebman, ocorre ainda uma ampliação da Jurisdição, visto que esta abrange não somente a sentença que faz coisa julgada, mas também constrange a uma execução forçada (LIEBMAN, 1984, p. 1-3).

Por conseguinte, não há satisfação somente no alcance do ganho da causa, mas existe a premente necessidade de se garantir a plena satisfação atuando na garantia do direito como bem jurídico<sup>32</sup> constitucionalmente resguardado, que proporciona ao cidadão uma participação e autonomia vertical enquanto membro de uma sociedade, e uma participação e autonomia horizontal quando age intersubjetivamente com outros cidadãos.

Eduardo Cambi é quem melhor esclarece tal concepção:

É, por intermédio do processo, que a função jurisdicional se desenvolve em concreto. O processo civil é um conjunto de atos encadeados e preordenados a um fim ou a um ato final que é a sentença a ser proferida pelo órgão jurisdicional. A sentença é, para Liebman, o ato jurisdicional por excelência, por intermédio da qual o Estado cumpre, no processo de conhecimento, a função jurisdicional, fazendo justiça entre as partes e atuando a tutela jurídica (CAMBI, 2002, p. 88).

Essas interpretações das formações filosófico-políticas do processo realizadas pelos jusfilósofos europeus construíram a base de pensamento do Direito Processual e, como um todo, do Direito como um sistema de Direitos do já vencido século XX.

Observa-se que o fim último, portanto, é a garantia da atuação jurídica no recebimento do pleito, realizando assim a justiça *inter partes*<sup>33</sup> ou *erga*

---

a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Inciso LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 2012).

<sup>32</sup> Bem jurídico – Bem individual, que é, concomitantemente, bem social protegido pela ordem jurídica, sendo punido aquele que atentar contra ele, por ser fundamental ao indivíduo e à sociedade. O direito, ao protegê-lo, está garantindo a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo como membro da sociedade e da sociedade como unidade de indivíduos (DINIZ, 1998, vol. 1, p. 393).

<sup>33</sup> *Inter Partes* – Diz-se do que tem efeito apenas entre as partes (DINIZ, 1998, vol. 2, p. 884).

*omnes*<sup>34</sup>, gravando-se em autonomia dos cidadãos, os quais, desde a possibilidade de acesso à justiça, têm garantida pela ideia de instrumentalidade do processo a proteção jurídica e a concretização dos direitos e interesses substanciais.

Ao adentrar no século XXI, as construções do século XX não são descartadas, visto que, ato consequencial, surge ainda ao final do século XX a ideia de reconstrução do sistema de Direitos e a reconstrução do Estado de Direito elucubrada por Jürgen Habermas na obra *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, conforme se estudará mais adiante.

Diante das novas consequências do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo, surge a necessidade de uma revisão e melhor compreensão do Princípio da Separação dos Poderes, visto que, tecnicamente, talvez fosse mais prudente falar em Separação das Funções, uma vez que o Poder Estatal é um só, e, como dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no parágrafo único, do artigo 1º – “todo poder emana do povo” e a função jurisdicional cabe ao Poder Judiciário.

O Princípio da Separação dos Poderes foi contextualizado entre os séculos XVIII e XIX, no período do desenvolvimento do Estado Liberal, visando a combater todo tipo de arbítrio, inclusive o judicial, que cerceava a liberdade de forma mais contundente.

As limitações eram claras, conforme nos ensina Giuseppe Chiovenda:

O Estado Liberal é concebido da seguinte maneira: I) atividade legislativa: estava voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta; II) atividade administrativa: era primária e espontânea, o direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração; III) atividade jurisdicional: estava voltada à atuação da vontade concreta da lei. (CHIOVENDA, 1943, p. 55).

Na intenção de evitar os abusos do *Ancien Régime*, os juízes deveriam se sujeitar somente à lei, não podendo criar novos direitos. Diante dessa

---

<sup>34</sup> *Erga Omnes* – Contra todos, oponível a todos (DINIZ, 1998, vol. 2, p. 357).

situação o Estado Liberal limitava os direitos subjetivos, definindo-os em direitos negativos como garantia das liberdades públicas clássicas<sup>35</sup>.

Contemporaneamente, os direitos subjetivos se sobrepõem à categoria de princípios fundamentais, fazendo parte das decisões políticas estruturais do Estado, visto que são fundamentos do Estado Democrático de Direito e da forma de governo Republicana.

Há uma evolução ao mesmo tempo em que existe um desacoplamento dos direitos fundamentais em busca de reconhecimento. Os direitos fundamentais surgem primeiramente como Direitos do Homem (Jusnaturalismo – no sentido de direitos naturais, ainda não positivados) que se desprendem para os Direitos Humanos (Universalismo/Direito Internacional – positivados na esfera do Direito Internacional) e estruturam-se nas Cartas Constitucionais como Direitos Fundamentais (Constitucionalismo – direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). No caso da República Federativa Brasileira, os direitos e princípios ora discutidos, de plano são indicados como fundamentos do Estado Democrático de Direito<sup>36</sup>.

Esses direitos subjetivos são alçados à categoria de direitos fundamentais, são consoantes às liberdades públicas, poderes de exigir; são direitos de crédito. Nesses termos, a proteção que a jurisdição constitucional estabelece é a garantia de direitos fundamentais como plenitude de cidadania e autonomia, ou seja,

---

<sup>35</sup> Liberdade negativa ou liberdade-imunidade é um predicado de ação. É a área dentro da qual uma pessoa pode agir sem ser impedida, constrangida ou obstaculizada por outras pessoas. É o direito de fazer tudo o que a lei lhe permite. Abrange todo impedimento natural ou social ao exercício do direito. Por outro lado, existe a liberdade positiva ou liberdade-faculdade que é um predicado da vontade. Representa o livre-arbítrio, a autonomia ou a autodeterminação da pessoa, consistente em tomar as próprias decisões. É a obediência às leis que nos são prescritas. Não há referência ao exercício do direito (CAMBI, 2012, p. 173).

Ainda: De acordo com o filósofo e historiador Isaiah Berlin, há dois conceitos de liberdade, o que denomina de liberdade negativa e liberdade positiva. De modo muito sucinto, para ele, liberdade negativa seria a ausência de interferência, de impedimentos, sobretudo quanto às possibilidades de escolha, ou daquilo que restringe; em suma, uma tentativa por libertar-se de qualquer interferência externa. Em seu oposto, existe o conceito de liberdade positiva; esta não se encontra atrelada a uma noção de libertação de alguma coisa, mas libertação para agir ou pensar (CARDOSO, 2008, p. 138).

<sup>36</sup> Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2012).



o cidadão é titular de direitos, e não meramente um possível destinatário de direitos fundamentais.

### 3.2 ASPECTOS FILOSÓFICOS-POLÍTICOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Há que se debater sobre uma hipótese de distinção no Estado Democrático de Direito sobre as questões de neutralidade procedimental e neutralidade substantiva, que visa proporcionar, por meio da jurisdição constitucional, segurança jurídica ao preservar os direitos fundamentais. A distinção necessária entre o procedimento adotado e o resultado esperado faz ressaltar a dicotomia colimada, a neutralidade procedimental e a neutralidade substantiva.

Á vista disso, preservar direitos fundamentais através da jurisdição constitucional limita-se a encontrar resultados possíveis desse procedimento constitucional que está extremamente ligado a conteúdos substanciais, visto que a neutralidade tem a função de buscar uma decisão justa.

A convivência entre procedimentalismo e substancialismo parece inarredável no que concerne à simultaneidade do papel desempenhado pela jurisdição constitucional e a efetivação de direitos fundamentais. Em que pese conjuntamente estabelecer uma tensão entre procedimento e substância, deixa de forma explicitada o importante desenvolvimento das decisões através do conflito (tensão), o que é extremamente saudável nas relações de poder.

Assim como a soberania popular (todo poder emana do povo) e o cumprimento da função jurisdicional (Poder Judiciário como poder de dizer o direito) se fundem em busca de uma decisão teleológica justa e se separam quando buscam interesses divergentes de autonomia, as convicções entre facticidade (coercibilidade) e validade (legitimidade) também se fundem e se separam. Porém, nesse caso, com a diferença substancial entre a distinção de “aceitação da ordem jurídica de um lado, e de outro lado, a aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apoia sua pretensão na legitimidade” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 59), como segue:

Os membros do direito têm que poder supor eles mesmos, numa formação livre de opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários. Na verdade, esse processo de legitimação torna-se um componente do sistema jurídico, uma vez que ele próprio necessita da institucionalização jurídica frente às contingências da comunicação do dia-a-dia, que flutua sem uma forma determinada. Sem prejuízo dessa limitação da comunicação, o risco constante da contradição é prolongado discursivamente e transformado na força produtiva de uma formação política, presumivelmente racional, da opinião e da vontade (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 59-60).

A legitimidade da jurisdição constitucional mediante a construção filosófico-política depende necessariamente de práticas decisórias que façam uma interligação entre o direito e a lei, e essa formação racional se dá através da interligação entre a formação livre de opinião e da vontade política no procedimento democrático como pressuposto de legitimidade.

A crítica relacionada à jurisdição constitucional se pauta, em um primeiro momento, entre má distribuição e confusão de competências entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, haja vista a demanda da modernidade. Nesse caso, ocorre a acusação por parte do parlamento de que o Poder Judiciário está aviltando as funções do legislativo no que concerne a divisão e a função dos Poderes. Tal fenômeno é chamado de judicialização da política

Neste diapasão, torna-se necessário entender que não existe vácuo nas relações de poder. Sendo assim, a acusação do legislativo é prudente, mas não coerente, visto que consoante a não possibilidade de existência de vácuo nas relações de poder afirma-se que o Poder Judiciário não invade a seara do Poder Legislativo, ele invade, sim, o vácuo deixado pelos parlamentares quando não legislam.

Logo, nas relações de poder, deve-ser ao máximo tentar não deixar lacunas, pois, em tese, a função fiscalizatória dos Poderes uns sobre os outros não deverá permitir a existência de lacunas, devendo ser este um processo dialético<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> DIALÉTICA (gr. *ὄνα^eKTIKii xé^vn*; lat. *Dialectica*; in. *Dialectic*; fr. *Dialectique*, ai. *Dialektik*; it. *Dialettica*). Esse termo, que deriva de diálogo, não foi empregado, na história da filosofia, com significado unívoco, que possa ser determinado e esclarecido uma vez por todas; recebeu significados diferentes, com diversas inter-relações, não sendo redutíveis uns aos outros ou a um significado comum. Todavia, é possível distinguir quatro significados fundamentais: - como método da divisão; - como lógica do provável; - como lógica; - como síntese dos opostos. [...] Assim, pode-se dizer que o conceito de Dialética é marcado pelas seguintes características: - é a passagem de um oposto ao outro; - essa passagem é a conciliação dos dois opostos; - essa passagem (portanto a conciliação) é necessária. Essa última característica é a que opõe mais radicalmente a Dialética

Também desse processo dialético entre os Poderes, a sociedade e os cidadãos que agem intersubjetivamente dá-se a construção filosófico-política da jurisdição constitucional, que se refere a uma não estagnação dos direitos e garantias fundamentais no ambiente de uma sociedade democrática que preserva a liberdade de opinião e da vontade política do cidadão.

As decisões do Poder Judiciário através das Cortes Constitucionais exercendo a jurisdição constitucional, trabalham consoante esse mesmo processo dialético, ou seja, da atividade legislativa impondo-se como Poder fiscalizatório ao judiciário, para que o mesmo não assuma uma posição de protagonista da sociedade, incorrendo no erro em que chama a atenção Ingeborg Maus, como segue:

A expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário é analisada pela autora à luz do conceito psicanalítico de *imago paterna*, que se projeta na função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão. Examina-se a tradição da jurisprudência constitucional alemã a fim de demonstrar que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade do domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora (MAUS, 2000).

O conceito de *imago paterna* levantada por Ingeborg Maus chama a atenção para o mesmo viés relacionado ao que seria a uma possível falha na teoria do sistema *checks and balances*. Se, porventura o Poder Judiciário viesse a assumir sozinho, a função de protagonista do controle normativo da sociedade, mesmo com os vácuos deixados pelo Poder Legislativo e Executivo, estaria incorrendo no cerceamento da autonomia da vontade dos cidadãos e por via de consequência intervindo indevidamente na soberania popular.

Como afirma Habermas, o papel dos Tribunais Constitucionais ao exercer a jurisdição constitucional deve ser não-instrumental:

---

hegeliana aos outros três conceitos de Dialética cuja característica comum é a ausência da necessidade. A maior parte dos filósofos modernos e de todos os que usam essa palavra fazem referência a essas três teses. Uma exceção é constituída por Kierkegaard, que só aceita a primeira. Para ele, a Dialética é, em geral, a possibilidade de reconhecer o positivo no negativo (*Diário*, X', A, 456): conexão entre os opostos que não elimina nem anula a oposição e não determina uma passagem necessária para a conciliação ou para a síntese, mas permanece estaticamente na própria oposição (ABBAGNANO, 2000, p. 269 e 274).

O papel do Tribunal Constitucional consiste, especialmente nos Estados Unidos, em proteger o procedimento democrático da legislação; trata-se da renovação de uma compreensão republicana, portanto não-instrumental, do processo político em seu todo (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 298-299).

O Tribunal Constitucional deve funcionar no sentido de uniformizar o direito. Todavia, para fins de exercer a coercibilidade, o Tribunal não pode perder de vista a legitimidade baseada na soberania popular, pois incorreria numa quebra do Estado Democrático de Direito, levando a conotações totalitárias. As posições totalitárias a que se tem notícia nascem no Poder Executivo quando suprime ou viola os direitos fundamentais, como se pode verificar na afirmação habermasiana descrita logo abaixo.

Antes, contudo, vale à pena lembrar que o Poder Executivo tem uma garantia constitucional de supressão de direitos fundamentais quando envolto em um Estado de Exceção, assunto este que já foi discutido no Título I.

Conforme afirmação habermasiana:

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. Por isso, quem segue C. Schmitt e proclama o presidente do Reich, ou seja, o ponto mais alto do executivo, como “guarda da constituição”, transforma o sentido da divisão de poderes no Estado Democrático em seu contrário. (HABERMAS, vol. I, 2010, p. 300-301).

O papel de “guarda da constituição” outorgado ao Poder Judiciário, que o exerce através de sua capacidade de jurisdição, fica explicitado nos casos em que ocorre a transgressão da constituição na sadia disputa entre o Poder Legislativo e Poder Executivo, e, tal fato, próprio das relações de poder, fortalece a teoria dos *checks and balances*.

Sendo assim, seria por demais absurdo delegar o poder de controle da ordem constitucional àqueles destinados a ação ou omissão, que confeccionam as leis (Legislativo) ou as executam (Executivo) em atos de Governo, uma vez que isso poderia acarretar em potencial possibilidade de acúmulo de poder. Daí a

necessidade de um terceiro Poder (Judiciário) para decidir em casos concretos, quando devidamente provocado.

A formação filosófico-política da jurisdição constitucional nasce da perspectiva no ideal democrático, na busca pela autonomia do cidadão, sendo garantida por um modelo procedimentalista consoante o processo democrático.

Essa perspectiva de ideal democrático tem como exemplo clássico nos Estados Unidos da América o juiz John Marshall (no caso *Marbury versus Madison*), que, ao decidir contra ato do Poder Executivo, demonstrou ser intérprete último da Carta Constitucional<sup>38</sup>.

A decisão monocrática em comento, que contemporaneamente é realizada por um colegiado, é ícone desse ideal democrático, da real possibilidade de resguardo de direitos e garantias fundamentais através de um procedimento justo.

---

<sup>38</sup> Leading case *Marbury versus Madison* (1 Cranch 137 – 1803):

- *Quem foi John Marshall* – Marshall foi um estadista convertido em juiz. Dotado de inteligência fulgurante, possuía a experiência de vida e o conhecimento que transcendia a mera formalidade dos livros técnicos. Tinha força da ponderação e do equilíbrio. Não era formado em Direito, e, segundo Joseph Story, seu amigo e colega, sua simplicidade de caráter a todos encantava. Nomeado Chief Justice em 4 de fevereiro de 1801, ao apagar das luzes da Presidência de John Adams, legou a humanidade o seu contributo. Com todas as letras, foi o grande disseminador do controle difuso de normas.
- *Problemática* – Em 1801, William Marbury foi nomeado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. O Presidente John Adams, do Partido Federalista, foi quem o nomeou, nos precisos termos da lei. Como o Presidente Adams estava terminando o seu mandato, não houve tempo hábil para empossar Marbury no cargo. Então o republicano Thomas Jefferson, ao assumir a Presidência dos Estados Unidos, mandou que o seu Secretário de Estado, James Madison, negasse posse a Marbury. Este, inconformado com tal arbitrariedade, recorreu à Suprema Corte a fim de que o Secretário Madison fosse obrigado a lhe dar posse.
- *Ambiente da época* – A problemática era muito mais política do que jurídica. Enquanto a Corte Suprema era composta, em sua maioria, por federalistas, o Congresso e o Executivo eram controlados por republicanos.
- *Como Marshall resolveu o dilema* – Marshall, com argúcia, foi pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte Americana. Concluiu que a Lei Judiciária de 1789, que permitia ao Tribunal expedir mandados para sanar atos ilegais do Executivo, violava a Carta estadunidense, cujo art. III, seção 2, disciplinava a competência originária da Suprema Corte. Como as atribuições da Suprema Corte estavam, taxativamente, disciplinadas no Texto Magno dos americanos, o Congresso não poderia, por meio da Lei Judiciária de 1789, ampliá-las.
- *Legado da decisão histórica de Marshall* – O *decisum* do Chief Justice Marshall legou para o mundo as bases do controle difuso de normas, destacando-se os seguintes aspectos: **(i)** primazia da superioridade das decisões judiciais sobre os atos de natureza política, tanto do Congresso como do Executivo; **(ii)** reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as atividades legislativa e administrativa do Estado; e **(iii)** indispensabilidade da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais pelo Poder Judiciário. (BULOS, 2009, p. 116-117).

Existe uma isenção e autonomia do Poder Judiciário em travar um confronto entre os Poderes. É isento não somente por não elaborar o orçamento do Poder Executivo, mas também por não votar o orçamento dos Poderes como é o caso do Poder Legislativo. Ainda, por não ter o poder de decretar Estado de Exceção, como o tem Poder Executivo que comanda as forças armadas, e, não interfere no controle político realizado pelo Poder legislativo nos atos em questão.

A decisão do Poder Judiciário em enfrentar abertamente outro Poder, denota autonomia que é resguardada pela imperatividade da jurisdição constitucional.

### 3.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MODELO PROCEDIMENTALISTA HABERMASIANO

É demasiadamente complexa a manutenção do Estado Democrático de Direito sem uma garantia constitucional dos direitos e garantias fundamentais, como forma de liberdade baseada na autonomia do cidadão. O ideal de justiça perpassa pelo âmbito filosófico-político, mas forçosamente adentra ao campo jurídico, visto que não há como manter um ideal de justiça sem a imperatividade da jurisdição constitucional, diante do fato de uma convivência pluralista<sup>39</sup> na sociedade contemporânea.

A efetivação dos direitos fundamentais garantidos pelo Poder Judiciário, através do Tribunal Constitucional, tem como pressuposto o sentido da formação política da vontade dos cidadãos. Essa formação tem como fonte a filosofia política, com fortes conotações aos conceitos de *liberdade dos antigos* (Rousseau) e a *liberdade dos modernos* (Locke).

---

<sup>39</sup> PLURALISMO (in. *Pluralismo* fr. *Pluralisme*; ai. *Pluralismus*; it. *Pluralismo*). 1. A partir de Wolff, este termo foi contraposto a *egoísmo* (v.) como "a maneira de pensar em virtude da qual não se abarca o mundo no eu, mas nos consideramos e nos comportamos apenas como cidadãos do mundo" (Kant. *Anlr.*, I, § 2). [...] 2. Na terminologia contemporânea, designa-se frequentemente com este nome o reconhecimento da possibilidade de soluções diferentes para um mesmo problema, ou de interpretações diferentes para a mesma realidade ou conceito, ou de uma diversidade de fatores, situações ou evoluções no mesmo campo. Assim, fala-se em "P. estético" quando se admite que uma obra de arte pode ser considerada "bela" por motivos diferentes, que nada têm a ver um com o outro; fala-se em P. sociológico quando se admite ou se reconhece a ação de vários grupos sociais relativamente independentes uns dos outros (ABBAGNANO, 2000, p. 765).

O direito, principalmente o constitucional, base da leitura sobre o ordenamento jurídico como um todo, está marcado pela filosofia política, que determinou seus pontos cardeais. Proveniente da concepção rousseauriana, **a liberdade dos antigos**, a regulação normativa se guia pela ideia de uma sociedade homogênea e a vontade comum suprema, cuja concretização satisfaz os anseios da totalidade social. Por sua vez, do marco de Locke, **a liberdade dos modernos**, a normatividade segue os rumos da perspectiva de um sujeito autônomo, senhor de si e construtor de sua própria história, cuja necessidade jurídica imediata é ver sua liberdade, do tipo “deixar agir”, não obstruída. Consciente ou inconscientemente, esses dois marcos tem balizado toda discussão acerca da regulação jurídica das relações sociais, influenciando reivindicações e contestações em torno dos temas mais polêmicos surgidos hodiernamente na sociedade devido o fato do pluralismo (TAVARES, 2005, p. 113-114).

Consoante às bases de liberdade e autonomia da vontade, Habermas assevera que “a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente”. E, nesses termos, a legitimidade do direito vigente advém da liberdade e autonomia da vontade dos cidadãos na participação do processo democrático que redundará em um processo legislativo pleno. Não obstante, tal assertiva fundamenta-se no modelo procedimentalista que legitima o “conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários do discurso jurídico” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 297).

Percebe-se nesse diapasão, na percepção crítica de um modelo liberal de sociedade em um mundo globalizado, que as discussões sobre legitimidade do processo democrático através do Poder Legislativo e a legitimidade da jurisdição constitucional através do Poder Judiciário têm como pressupostos os direitos fundamentais de cidadãos autônomos, visto que a legitimidade que perpassa os Poderes depende de um processo democrático do qual participam os cidadãos, processo este de conquistas, que remonta há séculos e que não são meras interpretações históricas.

Ainda, no que se refere a proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais, tal efetivação não pode ficar adstrita somente ao desenvolvimento de elaboração desses direitos via Poder Legislativo, mas envolve primordialmente às diretrizes de execução pelo Poder Executivo, bem como a manutenção de garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. A autonomia conquistada se dispõe inclusive e principalmente em face do Poder Executivo através de garantias de

consolidação dos direitos fundamentais, em defesa contra o arbítrio do próprio Estado durante o cotidiano social.

Caminhando ainda por essa mesma via, a quebra dos direitos fundamentais envolve, por fim, os Tribunais Constitucionais. Tal ação preservadora de direitos é verificada, por exemplo, em decisões do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, como segue:

Críticos cuidadosos como Böckenförde, Denninger e Maus, decifraram, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, uma dogmática implícita dos direitos fundamentais, a qual faz jus ao fato de que o sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada, que se reproduz espontaneamente através das decisões particulares autônomas privadas, devendo, ao invés disso, ser concretizado através das realizações de um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infraestruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e compensa (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 306-307).

Essa compreensão de garantia dos direitos fundamentais como direitos de defesa, não fixam somente a sua fundamentalidade em termos individuais, mas também, quando visa o alcance da coletividade, visto que a garantia de fundamentalidade desses direitos são garantias em *ultima ratio*<sup>40</sup> proporcionadas pelos Tribunais Constitucionais, isso porque os direitos fundamentais tornam-se Princípios que constituem o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, é importante ressaltar que a expressão *ultima ratio*, está circunscrita à jurisdição constitucional como decisão jurídica, em nada impedindo que a discussão continue a se desenvolver na sociedade, podendo surgir novas conotações salutares a evolução do Direito, como segue:

De fato, toda a ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sustain qualifica como “normas de fundo”. Toda decisão de princípios ultrapassa uma interpretação do texto da lei, necessitando de uma justificação externa (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 313-314).

O problema que, na visão de Habermas ainda não foi resolvido é o que ocorre quando o Tribunal Constitucional operando na divisão dos Poderes, ao buscar fazer justiça, se arrogue na posição de competências legislativas, crendo que

---

<sup>40</sup> *ULTIMA RATIO*: Última razão. Argumento decisivo. Razão conclusiva. Explicação final. (DINIZ, vol. 4, 1998, p. 654).



está cumprindo sua função de realizar justiça. O temor de Habermas em um primeiro momento com o Tribunal Constitucional alemão e, em geral com os Tribunais Constitucionais é plausível quando se verifica a possibilidade do controle de constitucionalidade de lei em tese conflitando com as funções do Poder Legislativo que elaborou a lei.

Habermas concorda que o autocontrole do legislador, através de uma comissão parlamentar que envolva pessoas especializados, sirva de reexame de decisões parlamentares até a votação. Essa autorreflexão induz os parlamentares a manterem as deliberações consoante os princípios constitucionais, não fornece, entretanto, garantias aos direitos fundamentais, visto que podem ocorrer vícios que envolvem a própria dinâmica do parlamento. Quando as deliberações não se baseiam somente em normas constitucionais a serem observadas e envolvem questões éticas e morais, tais noções de resguardo quanto à autorreflexão se perdem, haja vista as barganhas realizadas entre os parlamentares e entre o Parlamento e o Poder Executivo.

Diante dessa indeterminação legislativa, que pode envolver barganhas em que os cidadãos não sejam necessariamente o objetivo principal de resguardo, afirma-se que não se pode ficar à mercê de uma lei inconstitucional durante o envolvimento de um caso concreto que envolva direitos fundamentais e que exija uma pronta decisão do órgão jurisdicional.

Entretanto, existe uma dicotomia que é um dos maiores temores que se têm na lógica da divisão dos Poderes, pois, dos três Poderes, quem guarda a constituição é o Poder Judiciário. Na proposição habermasiana da teoria do discurso, o “executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial”, e, ainda, o “legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, trabalham com argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação racional de uma lei”, quando se trata de uma lei em tese (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 300-301).

Sendo assim, o Executivo não pode dispor de bases normativas e o Legislativo não tem competência para alcançar as decisões dos Tribunais. Essa competência da fundamentação racional de uma lei fica adstrita, por conseguinte, ao Poder Judiciário, sem a influência do Poder Legislativo. Essa transmissão de competência a um Tribunal constitucional quando se faz referência a direitos fundamentais se justifica, pois:

O discurso sobre os direitos fundamentais antecede-os, não se ligando, por isso, às decisões tomadas no processo legislativo. Isso significa que o mais importante fator de ligação para a argumentação jurídica geral, isto é, a lei simples e relativamente concreta, não é encontrada no discurso. No seu lugar entram as determinações dos direitos fundamentais, muito abstratas, abertas e carregadas de ideologia. Alexy refere o discurso dos direitos fundamentais a todos os domínios da jurisdição constitucional (ALEXY *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 301).

Ainda, quanto à justificativa ao domínio da jurisdição constitucional Habermas cita Kelsen, esclarecendo que a discussão travada pelo Tribunal Constitucional quanto a um argumento decisivo, encontra-se no plano político-jurídico:

Uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito, a qual esteja acima dessa oposição, impossibilitada ela mesma de exercer o poder, a qual divide essencialmente a constituição entre o governo e o parlamento. Isso confere inevitavelmente um certo poder a tal instância. Porém o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhes o controle da constituição (KELSEN *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 302).

O papel da jurisdição constitucional quando se indaga sobre direitos fundamentais é encontrar e realizar uma decisão. Uma decisão deve ser tomada, visto que a tarefa do Tribunal Constitucional é dirimir conflitos entre direitos fundamentais, ou normas que colidam com os direitos fundamentais. Esse ato de interpelação decisória pode, sim, chegar à reformulação da lei ora discutida, havendo uma reinterpretação da lei, o que Konrad Hesse chama de “encontro criativo do direito, visto que toda interpretação revela um caráter criativo” (HESSE *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 303).

Esse envolvimento do Tribunal Constitucional não constitui uma ameaça à lógica da divisão dos Poderes, porém desnuda o Poder Legislativo, indicando que o assunto poderia ter sido melhor discutido enquanto tramitava pelo parlamento, haja vista que necessitou de uma reinterpretação e uma forçosa interpelação à lei.

Habermas, citando Böckenförde, fortalece a transferência de poderes, justificando-a da seguinte forma:

À luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. *A primeira é rebaixada*, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que *a última é elevada*, passando da aplicação interpretativa do direito para a da concretização criadora do direito. Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia. A questão envolvida aí é a da legitimação democrática do tribunal constitucional (BÖCKENFÖRDE *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 309).

Havendo um fundado receio na interpelação do Poder Judiciário quando executa atos de jurisdição constitucional, é preciso clarificar que, por mais que o Estado comporte-se reflexivamente quando trabalha de forma organizada, sua infraestrutura afastando perigos iminentes, quando mantém uma regulação dos órgãos institucionais e de mercado, possibilitando e compensando direitos fundamentais, o cidadão autônomo não pode ficar adstrito a uma liberdade negativa, pois, para efetividade dos direitos fundamentais, como titular de direitos, os cidadãos politicamente autônomos devem ter total acesso à justiça através do Poder Judiciário no que tange a jurisdição constitucional.

A necessidade de resguardo de determinado direito fundamental pode ser emergencial, não havendo possibilidade de aguardar novas eleições ou deliberações que avancem muito no tempo. É necessário que se busque, por vezes, uma proteção imediata para os princípios da proporcionalidade, da reserva do possível, pois o decurso do tempo fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esses princípios estão atrelados ao Estado Democrático de Direito no sentido de universalizar direitos e garantias fundamentais positivados em uma Constituição.

Veja o exemplo da 13ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América<sup>41</sup>. O reconhecimento através de uma emenda constitucional que abolira

---

<sup>41</sup> 13ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: Votada pelo Congresso em 31 de Janeiro de 1865. Ratificada em 6 de Dezembro de 1865. Secção 1. Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados,

a escravidão nos Estados Unidos da América estava atrelado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em uma democracia. O assunto era de tal envergadura que não havia condições de ficar circunscrito a valores, visto que “valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades”, e os princípios “tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal, do que deve ser bom para todos” (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 316).

Quando se trata de princípios do direito ou de bens jurídicos, essa diferença é frequentemente desconsiderada, porque o direito positivado vale somente para determinada área jurídica e para um correspondente círculo determinado de destinatários. No entanto, sem prejuízo dessa limitação fática da esfera de validade, quando Dworkin entende direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria de interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. [...] Em teorias contemporâneas, os pretensos bens ou valores universais assumem uma forma a tal ponto abstrata, que é possível reconhecer facilmente nelas princípios deontológicos, tais como *dignidade humana*, *solidariedade*, *autorrealização* e *autonomia* (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 317-318).

Nesses termos, os princípios acabam por possuir uma força de justificação superior à de valores, uma vez que os princípios, além de estarem atrelados aos fundamentos de formação de uma República Federativa em um ambiente de Estado Democrático de Direito, possuem dignidade de preferência sobre valores comunitários, denotando a possibilidade de universalização, pois trabalha com a condição daquilo que é bom para todos, e não somente daquilo que é bom para nós.

Sendo assim, o controle de constitucionalidade capitaneado pela jurisdição constitucional tem sua legitimidade garantida por um critério lógico-argumentativo no sentido de divisão de funções legitimadoras de justiça e de legislação, sendo que, nesse nível de discussão as decisões jurisprudenciais são estabelecidas por princípios.

O legislador, através do processo democrático estabelece leis gerais e abstratas, mas não pode estabelecer o significado de princípios constitucionais, visto que a conceitualização de tais princípios só encontra efetividade nas situações concretas de cada caso. Portanto, diante do controle de constitucionalidade, não há concorrência entre a justiça e o legislador; qualquer reinterpretação da lei leva a rejeição de normas e não de mandatos legislativos.

Conforme Habermas:

O tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrática. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 326).

Diante dessa situação, Habermas esclarece que não existe mais coerência em um retorno ao modelo liberal de Estado, no sentido de que os direitos fundamentais resguardados pela jurisdição constitucional são meramente direitos de defesa em um exercício de liberdade negativa que funciona somente em oposição ao poder do Estado.

Habermas junta ao contexto à concepção cética de J. H. Ely que denota desconfiança tanto de interpretações e decisões pautadas em uma jurisprudência de valores, quanto na validade de princípios. Ely justifica seu ceticismo baseado em uma interpretação contrária a uma compreensão paternalista do controle de constitucionalidade, verificando-se que os juízes podem ficar tentados a entender que haja uma irracionalidade do legislador que vota emocionalmente com a maioria.

Faz-se importante essa conotação que Ely traz em relação ao controle constitucional, pois o autor traça um paralelo de estudos realizados pelo Tribunal Federal alemão e a Suprema Corte americana, ambos com experiências democráticas e totalitárias bem marcantes e que corroboram essa análise cética, visto que assuntos delicados como racismo, aborto, pesquisas com células tronco, direitos aos homossexuais, enfim, direitos e garantias fundamentais controversos

são empurrados para o Poder Judiciário, haja vista o receio da perda de votos (pelo Legislativo e Executivo) em se posicionar contra ou a favor de casos polêmicos.

No Brasil a semelhança na divisão das funções dos Poderes e entre as Cortes Constitucionais denotam os mesmos problemas. Em que pese ter passado por um período de totalitarismo a partir de 1964, e existir uma curta experiência democrática a partir de 1988, os pontos positivos de cidadania que doravante a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe, ainda estão sendo trabalhados, e com o mesmo receio. A possibilidade da perda de votos (pelo Legislativo e Executivo) empurra assuntos de direitos e garantias fundamentais para decisão do Poder Judiciário, como por exemplo: - cotas raciais nas Universidades; - parto terapêutico e pesquisas com células tronco na Lei de Biossegurança; - greve dos funcionários públicos; - união homossexual, entre outros.

O ceticismo de Ely tem sua razão de ser, porém, percebe-se que tal ciclo faz parte do próprio desenvolvimento do processo democrático. A irresolução dos Poderes Legislativo e Executivo em dirimir tais questões polêmicas, implica ao cidadão autônomo politicamente socorrer-se pela via do Poder Judiciário. O Tribunal uma vez provocado, conforme comenta Ely, somente funcionaria com isenção se mantivesse um distanciamento da política:

Segundo esta interpretação, uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais. [...] O conceito básico de uma justiça procedimental da formação política da opinião e da vontade exige uma teoria da democracia, implícita em Ely, cujas feições, no entanto, se revelam cada vez mais convencionais (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 329).

A pretensa função paternalista de que fala Ely e Maus, ocorre quando o Poder Judiciário age politicamente arrogando-se na posição de estruturar estrategicamente o Estado e refazer a legislação aplicada ao caso concreto. O que é extremamente complexo, visto que ao declarar direitos e garantias fundamentais, forçosamente abre espaço para uma reprogramação do Estado, tendo em vista que outros cidadãos politicamente autônomos buscarão seus direitos e garantias fundamentais sobre determinado assunto, e, sendo assim, altera a legislação dizendo através da jurisdição constitucional onde os Poderes Legislativo e Executivo

falharam ao não observar direitos e garantias fundamentais diante da ordem constitucional no Estado Democrático de Direito.

Ainda, no que tange a tarefa do controle abstrato de normas realizado pelo Poder Judiciário, principalmente em relação aos constitucionalistas americanos:

Frank I. Michelman parte, do mesmo modo de Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E, nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo – como origem de todas as autorizações de normatização – no quadro de uma compreensão procedimental da constituição. [...] Michelman apoia-se na tradição da “política aristotélica”, a qual, passando pela filosofia romana e pelo pensamento político do Renascimento italiano, não somente adquiriu feições de um direito natural moderno em Rousseau, mas também entrou na discussão americana sobre a constituição, como uma alternativa para o liberalismo de Locke, passando pelo opositor de Hobbes, James Harrington, inspirando a compreensão democrática dos fundadores (MICHELMAN *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 330).

Consoante o que já foi discutido no Título II, o modelo americano distribui as funções legislativas dos Estados membros possibilitando-os legislar com liberdade e ter garantias de não intervenção sobre assuntos que não violem a ordem constitucional, e em relação ao Poder Executivo estadual a garantia de não intervenção do Poder Executivo Federal, salvo, as prescrições constitucionais.

Entretanto, quando está em discussão direitos e garantias fundamentais como no caso Little Rock, a Corte Constitucional necessitou agir imperativamente, inclusive, em face da soberania popular de alguns Estados do sul dos Estados Unidos da América. Essas deliberações tem se estabelecido em teorias de concepção de Estado que Habermas traz à baila, no que concerne a visão política e o papel procedimental da jurisdição constitucional.

As discussões que perpassam as divisões de Poder na forma de Estado Federativa nos Estados Unidos da América envolvem a estrutura liberal do Estado e da sociedade, e a concepção republicana que tem como base a esfera pública política e a sociedade civil, como segue:

A arquitetônica *liberal* do Estado e da sociedade é submetida a uma modificação importante: ao lado da instância reguladora hierárquica do poder supremo do Estado e da instância reguladora descentralizada do mercado, portanto, ao lado do poder administrativo e do interesse próprio individual, entram a solidariedade e a orientação do bem comum como uma terceira fonte da integração social. [...] Na concepção *republicana*, a esfera pública política e a sociedade civil, obtêm um significado estratégico; elas devem garantir à prática de entendimento dos cidadãos sua fora de integração e autonomia (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 332-333).

Para fundamentação desse processo político, pode-se extrair conceitos e consequências que envolvem diretamente os três Poderes, a sociedade e o cidadão politicamente autônomo, titular de direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, na visão liberal no que se refere ao conceito de cidadão, os direitos são entendidos como liberdades negativas em relação ao Estado e a outros cidadãos, no sentido em que o conceito de cidadão se estabelece em exercer direitos não proibidos pelo Estado, ou seja, livre de coerção estatal, possibilitando ao cidadão buscar seus interesses particulares.

Quanto à interpretação republicana, os direitos são entendidos como liberdades positivas, possibilitando ao Estado que exerça coação externa, entretanto, o exercício cotidiano de participação no processo político proporciona aos cidadãos politicamente autônomos à possibilidade de exigir direitos privados e liberdades que foram conquistadas em um ambiente pré-político estabelecendo uma autonomia social preliminar. Sendo assim, o Estado não tem somente a função de dar garantias aos direitos fundamentais dos cidadãos, ele é obrigado a garantir um espaço para participação do cidadão na formação da sua opinião e vontade. O cidadão republicano vai além de fazer valer os seus interesses privados, ele busca a participação do interesse de todos.

Essa mesma visão é transcrita para o conceito de direito quando da interpretação da possibilidade de garantir direitos subjetivos. Para a visão liberal existe um entendimento jurídico cabível ao caso concreto que determina quais direitos são definidos a quais cidadãos, estabelecendo uma ideia de faculdade de direito que pode ser requerida ou não, conforme a liberdade negativa proporcionada.

Na interpretação republicana os direitos e garantias fundamentais estão imbuídos em uma ordem jurídica objetiva garantindo uma titularidade de direitos reconhecendo o cidadão como membro, não somente como um cidadão que quer participar das decisões em determinado momento. O cidadão não é chamado a



participar de direitos fundamentais somente quando provoca o Poder Judiciário, o cidadão autônomo não precisa pedir para participar, ele tem direito de escolha a participar.

Existe entretanto, condições que fazem referência à natureza do processo político que na visão liberal funciona com a aceitação da maioria, no sentido de buscar posições de poder através de uma concorrência que é orientada pelo sucesso, no qual os políticos e os partidos políticos entram em confronto baseando suas preferências no modelo de escolha conforme o sucesso do mercado. A esfera política se confunde com a esfera econômica utilizando-se das mesmas estratégias.

Na interpretação republicana a natureza do processo político é baseada na comunicação pública que busca o entendimento e não na lógica do modelo de mercado, consoante o modelo baseado na esfera econômica. Sendo assim, na visão republicana, a formação política da opinião e da vontade deve seguir o padrão do diálogo e não o do mercado.

Portanto, as condições que fazem referência à natureza do processo na interpretação republicana, permitem tornar claras as condições processuais que produzem a força que legitima a participação do cidadão na formação de opinião e vontade de forma institucionalizada. O ponto positivo dessa formação da opinião e da vontade é a produção de resultados racionais.

Conforme a visão liberal existe um desacoplamento da ética e moral da razão em relação à política quando a busca pelo poder torna-se uma competição que se utiliza de estratégias de mercado envolvendo interesses e valores pré-políticos. Já a visão republicana sob as condições do discurso força cada cidadão a buscar não somente o próprio interesse, mas também o interesse de todos os cidadãos, na busca daquilo que é bom para todos e não somente para nós.

Dado o fato do pluralismo nas sociedades complexas essa formação discursiva da opinião e da vontade deve racionalmente conscientizar o cidadão autônomo desse direito de autodeterminação, e ter clareza de finalidade de qual bem deve ser protegido pela jurisdição constitucional.

Habermas retorna às proposições de Ely para definir melhor uma proposta procedimentalista que busque a legitimidade da jurisprudência

constitucional deliberada no processo legislativo com base em uma política deliberativa<sup>42</sup>.

Nestes termos, Habermas afirma que:

A compreensão republicana da política lembra o nexos interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para o processo da normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social. Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade das corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 340).

A legitimidade fundada através da política deliberativa que determina a competência do tribunal constitucional tem uma perspectiva que estabelece o nexos interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos conforme a compreensão da visão republicana.

A pretensão de legitimidade das deliberações não ficam circunscritas somente ao parlamento, que apregoaria uma institucionalização da formação vontade. Tal pretensão deve estender-se à esfera pública política para que

---

<sup>42</sup> Joshua Cohen explicita o conceito de política deliberativa a partir de um “procedimento ideal” de deliberação e de decisão, o qual deve “espelhar-se”, na medida do possível, nas instituições políticas. Cohen ainda não se distancia de modo suficientemente enérgico da ideia de uma sociedade dirigida deliberativamente em seu todo e, nesta medida, constituída politicamente: “A noção de uma democracia deliberativa está enraizada no ideal intuitivo de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e das condições de associação efetua-se através da argumentação pública e do intercâmbio racional entre cidadãos iguais. Em tal ordem, os cidadãos engajam-se coletivamente para resolver, através de uma argumentação pública, os problemas resultantes de sua escolha coletiva e consideram suas instituições básicas legitimadas na medida em que estas conseguem formar o quadro de uma deliberação pública conduzida com toda a liberdade”. (COHEN *apud* HABERMAS, 2003, vol. II, p. 28).

[...]Outrossim, Habermas afirma que o conceito de Cohen é incompleto e esclarece: “Por conseguinte, a política deliberativa alimenta-se do jogo que envolve a formação democrática da vontade e a formação informal da opinião. O seu desenvolvimento através dos trilhos de uma deliberação regulada por processos não é auto-suficiente. E temos que levar em conta essa necessidade de complementação do processo democrático, ao tentarmos enfrentar as objeções que podem ser levantadas contra a pretensa neutralidade das regras desse jogo” (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 34).

[...]E quanto à produção legítima do direito, Habermas expõe que: “A produção de direito legítimo através de uma política deliberativa configura, pois, um processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com saber, ao mesmo tempo em que elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos” (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 44).

possibilite assim uma discussão ampla, que envolva o cidadão, fazendo constar a plenitude de sua participação no processo democrático.

Em outro diapasão o papel do Tribunal Constitucional é visto como guardião da democracia deliberativa. Quando processo deliberativo legislativo e seu entrelaçamento com a administração e sua função de executar leis estão sofrendo ameaças de grupos de interesse da esfera privada, e colocam em risco a relação entre Estado e sociedade e por fim o cidadão, nesses termos, o republicanismo trabalha no sentido de legitimar a jurisdição constitucional para garantir ao cidadão a sua autonomia política e a garantia de direitos fundamentais.

Habermas busca ainda em C. R. Sustain esclarecer o papel do Tribunal Constitucional como “guarda” da Constituição. Quando Sustain levanta a hipótese de que se o legislador não desenvolve uma análise racional da matéria deliberada, a intervenção do Tribunal Constitucional apoia-se em classificações discriminadoras para rejeitar a lei, estratégia que figura como ponto de partida do controle de constitucionalidade.

A vantagem do Tribunal Constitucional é que ele pode apoiar-se em argumentos consoante o caso concreto, enquanto o Legislativo necessita de argumentos políticos que justifiquem sua análise racional. Sustain entende que a jurisprudência constitucional estabelece um nivelamento entre o ideal republicano e a realidade das decisões constitucionais em casos concretos, entretanto, pondera:

Perante o legislador político, o tribunal não poder arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político. O interessante é que o republicanismo, ao contrário do que sua inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do autocontrole judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional (SUSTEIN *apud* HABERMAS, 2010, vol. I, p. 343).

Em uma interpretação equivalente Bruce Ackerman também esboça considerações sobre o papel da Suprema Corte Americana como mediadora daquilo que é o ideal e o que é real, buscando esclarecer as condições de tensão entre facticidade (coercibilidade) e validade (legitimidade), como segue:

Somente quando a história se torna quente, ou seja, em “momentos de uma excitação política constitucional”, “o povo” sai da normalidade de seu privatismo cidadão, apropria-se da política que lhe é burocraticamente estranha e cria provisoriamente – como na era do *New Deal* – uma base de legitimação não prevista para inovações que apontam para o futuro. Esse modo vitalista de interpretar a autodeterminação democrática coloca a vontade popular, durante muito tempo latente, numa oposição à legislação institucionalizada dos representantes por ele eleitos. Durante esses intervalos, os juízes do Tribunal Constitucional, no papel de guardiães de uma prática de autodeterminação atualmente silenciada e congelada nas rotinas do negócio parlamentar, devem assumir vicariamente os direitos de autodeterminação do povo (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 343-344).

Entretanto essa interpretação republicana para garantir liberdades positivas através de um Tribunal Constitucional acaba por indicar que o Tribunal volta a assumir um papel paternalista da sociedade. Porém, mesmo quando Ely, Michelman, entre outros, se posicionam contra esse papel paternalista do Tribunal Constitucional, a visão republicana insiste que tal papel é pedagógico e que esse excepcionalismo republicano realiza a interligação entre o ideal e a realidade, ou seja, une a prática política dos indivíduos à comunidade.

Habermas contrapõe essa interpretação apoiado na teoria do discurso quando afirma que a formação democrática da vontade não busca sua legitimidade em uma comunidade e em suas convicções éticas, mas busca sim, em pressupostos comunicativos e procedimentos, e que através do procedimento deliberativo é que surgem os melhores argumentos, que interliga o ideal à realidade.

Para Habermas, a teoria do discurso não trabalha com a concepção ética da autonomia do cidadão, portanto, Habermas rompe com essa visão ética entendendo que essa concepção de autonomia do cidadão acaba por encaminhá-lo a um Estado de Exceção da política deliberativa. Para ele, o Tribunal Constitucional, não precisa a todo momento buscar seu crédito de legitimação em uma comunidade, visto que, ao conduzir as discussões através de uma compreensão constitucional procedimental o Tribunal Constitucional mantém sua competência e legitimidade através da lógica da argumentação, e também porque não trata o processo democrático como um Estado de Exceção, excepcionalidade que republicanismo prega (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 345). Ainda:

As características excepcionais do processo democrático, delineado normativamente, esclarecem-se pelo fato de Michelman e outros “comunitaristas” não entenderem a cidadania ou “citizenship” de modo *jurídico*, e sim *ético*. Segundo esta interpretação clássica, na esfera pública política, os cidadãos procuram aquilo que para eles é melhor, enquanto coletividade. Seguindo uma linha romântica, Michelman transforma a tendência ao bem coletivo numa apropriação hermenêutica de “tradições constitutivas”. Somente a pertença a uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente e a conscientização sobre um complexo cultural prévio esclarecem por que os cidadãos podem alcançar um consenso em geral sobre a solução de problemas que se apresentam – e sobre medidas para aquilo que pode valer respectivamente como “melhor” solução (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 345-346).

As discussões sobre a jurisdição constitucional e a legitimidade do Tribunal Constitucional começam a ser definidas através do processo democrático, que estabelece segurança jurídica quando realiza uma interligação com o sistema de direitos que, por via de consequência proporciona um nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada. A jurisprudência constitucional produzida nesse ambiente acaba por impor um procedimento democrático imperativo que produz tensão entre facticidade (coercibilidade) e validade (legitimidade), a qual apesar de ser necessária, deve ser estabilizada.

Nesse sentido Habermas fala em não sobrecarregar o Tribunal Constitucional para evitar uma pressão permanente ao judiciário, até para que nesse ínterim ele não volte a assumir um papel paternalista da sociedade, produzindo um Estado de Exceção do processo democrático, o que contemporaneamente tem sido chamado de judicialização da política.

Esclarece, ainda, a não possibilidade de uma visão comunitarista, haja vista o cidadão ter que realizar o caminho inverso à universalização do processo democrático e do entendimento da formação da autonomia política do cidadão no sentido daquilo que é bom para todos. Para os comunitaristas, deve existir um nexos entre o conceito discursivo da democracia e sua relação com uma comunidade concreta que mantém uma ética própria. Para tanto, o cidadão deve se integrar a determinada comunidade tendo que se encaixar a um processo de identidade que depende de uma tradição, ou seja, daquilo que é bom para nós. Daí, o caminho inverso ao fato contemporâneo do pluralismo e a impossibilidade de se definir princípios que comportem a sua propagação em um Estado Democrático de Direito que garanta aquilo que é bom para todos, e não somente para alguns:

A normatização encontra-se originalmente sob o ponto de vista da justiça e se mede por princípios que definem o que é simetricamente bom para todos. As questões da justiça, ao contrário das questões éticas, não são naturalmente referidas à forma de vida de uma determinada coletividade. Para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendam validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 350).

Para que essa universalização se desenvolva, o processo de deliberação da prática legislativa não pode se preocupar apenas com as questões éticas da validade das leis, ou seja, tem que levar em conta, para pretensão da validade das normas jurídicas e por conseguinte da legitimidade da jurisdição constitucional, os interesses do bem comum e trabalhar com princípios universalistas de justiça.

A jurisdição, ao levar em conta aspectos da aplicação, torna a desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente. Nos discursos jurídicos, surgem não somente argumentos imanentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos. Quando se considera a gênese democrática do direito pelo ângulo da aplicação do direito, revelam-se novamente os diferentes aspectos sob os quais é possível dissolver, clarificar e diferenciar a síndrome da política deliberativa. Já, na política legislativa, a adução de informações e a escolha pragmática dos meios estão entrelaçadas com o balanceamento de interesses e a formação de compromissos, com o autoentendimento ético e a formação de preferências, com a fundamentação moral e o exame jurídico da coerência (HABERMAS, 2010, vol. I, p. 351-352).

Apesar do republicanismo não conseguir dirimir de forma eficaz a diferença entre ética e política, não chega ao ponto de criar imbróglis quanto à compreensão de uma formação intersubjetiva entre direito e política. Quando os discursos políticos se entrelaçam com uma generalização moral de interesses diversos, a força que legitima o processo democrático não pode ser extraída de uma comunidade ética, sendo, portanto, extraída do próprio processo democrático subsumido ao Estado Democrático de Direito. Os resultados racionais que se buscam estão interpostos no processo democrático que se realiza através de uma compreensão procedimentalista que trabalha em conjunto com a Constituição.

Nesses termos, a legitimidade da jurisdição constitucional encontra sua finalidade no ambiente do Estado Democrático de Direito diante do processo democrático deliberativo. Essa legitimidade (validade) que lhe é outorgada deve ser trabalhada no sentido de garantir aos cidadãos autonomia política ao preservar direitos fundamentais, visto que esses direitos fundamentais não são destinados em determinados momentos do cotidiano social, mas nascem como princípios fundamentais concebidos com a República e com a Federação. Para a eficaz garantia de resguardo dos direitos fundamentais aos cidadãos, o Tribunal Constitucional através de decisões imperativas (facticidade), exercendo a jurisdição constitucional, reconhece ao cidadão a titularidade desses direitos, proporcionando-lhe autonomia política e efetividade social da cidadania.

## CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, percebe-se que a garantia de direitos fundamentais, através da jurisdição constitucional, pela via do modelo procedimentalista habermasiano, está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana. A autonomia política que deseja e requer o cidadão deve ser entendida como uma conquista não somente em termos de liberdade negativa, mas também como liberdade positiva.

O cidadão, ao vislumbrar que tem direito a ter direitos, busca não somente participar ativamente do processo democrático, mas busca, doravante, ter resguardado o princípio da dignidade humana - inerente ao ser humano -, um princípio que busca tratar o ser humano como um fim e não como um meio. E compreende que o ser humano não perde a dignidade da pessoa humana quando comete atos mais ou menos dignos, porque a dignidade da pessoa humana não perde sua conexão com o próprio ser humano.

O processo democrático tem como função equalizar direitos, alcançando ou não seus anseios; o cidadão politicamente autônomo tem seu cotidiano envolto em questões que são delineadas pela maioria, ou ainda se depara com a luta por direitos das minorias, e, nesse entremeio, o cidadão apto politicamente não pode perder seu direito à dignidade da pessoa humana para tornar-se cidadão autônomo.

Para garantir a dignidade de seus cidadãos e, por via de consequência garantir o exercício da autonomia política, os Estados constituídos em um ambiente de Estado Democrático de Direito devem buscar prescrever condições de titularidade de direitos fundamentais.

Diante dos modelos verificados entre a teoria liberal e a teoria republicana, Jürgen Habermas propõe, por intermédio de um modelo procedimentalista de legitimidade de jurisdição constitucional, o meio pelo qual os cidadãos possam ter uma adequada garantia de seus direitos fundamentais individuais e coletivos, quando uma reconstrução do sistema de direitos e do Estado de direito convergem para uma sedimentação do poder comunicativo, sendo este último o resultado da formação política, da opinião e da vontade do cidadão autônomo que se vê como titular de direitos e não mero destinatário de direitos e garantias fundamentais.



O cidadão busca acesso à justiça para resguardar direitos fundamentais, e, em *ultima ratio*, não há como não envolver os Tribunais Constitucionais. O Tribunal, por meio da legitimidade da jurisdição constitucional, trabalha a tensão entre facticidade e validade e, consoante uma decisão colegiada equaliza as forças em conflito.

Verificou-se que, pela equivocada confecção de leis inconstitucionais e pela intolerância administrativa, ou até pela omissão na confecção de lei pelo Poder Legislativo e a não percepção de resguardo de direitos fundamentais pelo Poder Executivo, ocorre uma quebra do princípio da reciprocidade entre direitos e deveres do Estado para com o cidadão. Tal fato atrai o Poder Judiciário para uma interpelação de realização de direitos colocando-o em xeque.

Habermas assevera que:

Problemas de legitimação não se colocam somente quando as regulações do Estado são ineficientes. A ausência de legitimação também pode resultar de uma perturbação da gênese democrática do direito, independentemente do modo como problemas desse tipo se relacionam com problemas de regulação não resolvidos. Quem considera problemas de legitimação como simples variáveis dependentes dos problemas de regulação está partindo da premissa falsa, segundo a qual o direito mobilizado pelo Estado do bem-estar social está entregue, sem critérios, à compatibilização entre orientações valorativas aleatórias e concorrentes entre si. Ora, esta imagem resulta de uma compreensão paradigmática errônea do direito. Por ter um conteúdo descritivo, tal concepção revela uma confusão que pode ser esclarecida à luz da compreensão procedimentalista do direito: a partir do momento em que as medidas se tornam contingentes, manifesta-se o desenraizamento do direito regulativo, o qual se afasta cada vez mais do terreno da normatização legítima (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 172).

Sendo assim, o vácuo produzido pelo Poder Legislativo e a excessiva ou inoperante regulação administrativa, trazem uma insegurança que faz referência a uma indeterminação do direito e sua atuação legítima nas sociedades complexas no ambiente do Estado Democrático de Direito. Porém, a sobrecarga endereçada ao direito, levando-o a uma situação de crise, não pode influenciar o Poder Judiciário a se deixar contaminar pela leniência quando os assuntos são relacionados à autonomia do cidadão e ao resguardo dos seus direitos fundamentais.

O direito deve ser compreendido como *ultima ratio* da manutenção da titularidade dos direitos fundamentais individuais e coletivos, e tem que fazer valer sua função de intervenção a proteção aos direitos fundamentais exercendo o princípio da reserva legal<sup>43</sup>.

Onde não há intervenção, não há reserva legal; onde não há reserva legal, não há compromisso da lei e onde não há compromisso legal da administração não há controle legal através dos tribunais. No entanto, o *déficit* se estende ao próprio domínio da intervenção. Lá a reserva legal perde seu efeito protetor dos direitos fundamentais quando se trata da transformação das relações sociais, empreendida pelo próprio legislador, e que mexe com grandes grupos sociais que têm posições conflitantes com relação aos direitos fundamentais (GRIMM *apud* HABERMAS, 2003, vol. II, p. 176).

Apesar de instaurar uma crise que envolve grandes grupos sociais, que se articulam para fazer valer seus direitos e, levam a possibilidade de ruptura do Estado Democrático de Direito quando tentam sair de um sistema de segurança jurídica e caminham para um sistema de proteção de vantagens jurídicas. Essa tentativa de instrumentalização do direito tem a finalidade de uma regulação política, que somente é combatida pelo paradigma procedimentalista do direito que, conforme Habermas, “procura proteger, antes de tudo, as condições do processo democrático” (HABERMAS, 2003, vol. II, p. 183).

Nesses termos, o paradigma procedimentalista habermasiano tem a função de orientar o Poder Legislativo na condução do processo democrático, conferindo-lhe *in totum* a legitimidade da soberania popular, o que exige grandes responsabilidades do legislador democrático. Não obstante, o modelo procedimentalista não tem a função de sobrecarregar o legislativo, entretanto, nenhuma responsabilidade a mais das quais o povo lhe outorgou estão sendo exigidas. O modelo procedimentalista atua no sentido preventivo de condução do processo democrático.

Quanto ao Poder Executivo, o modelo procedimentalista indica uma efetividade no exercício do poder público, através de atos administrativos, programas sociais, agências reguladoras, entre outros, que descentralizam o poder de intervenção do Estado, facilitando sua fiscalização, garantindo a manutenção de

---

<sup>43</sup> Princípio da Reserva Legal: reserva de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (DINIZ, 1998, vol. 4, p. 160).

direitos básicos e a autonomia dos cidadãos quando esses, por meio de regulamentações administrativas conseguem ter resguardados seus direitos fundamentais.

Nesses casos, não existe uma pretensão de esvaziamento da validade da Constituição por meio do paradigma procedimental habermasiano, essa atuação dos Poderes, não está ligada à retirada de legitimidade dos Tribunais Constitucionais e, por via de consequência, da jurisdição constitucional. Pelo contrário, busca fortalecer a jurisdição constitucional e os Tribunais Constitucionais que lhe reservam as condições de *ultima ratio* para decisões em conflitos envolvendo direitos fundamentais individuais e coletivos, haja vista terem as questões perpassado por um processo democrático legítimo que não pula etapas e nem atravessa funções e poderes. Sendo assim, quando o caso concreto chega às baias dos Tribunais Constitucionais, é claramente perceptível que houve a incapacidade dos outros Poderes em ter resolvido a questão, outorgando, portanto, legitimidade ao Direito e à jurisdição constitucional para resolver a demanda de forma imperativa.

O desafio do procedimentalista habermasiano é envolver a sociedade no contexto de participação efetiva no processo democrático, desenvolvendo uma solidariedade social através de práticas de intersubjetividade e autodeterminação comunicativa. Uma das vantagens do procedimentalismo habermasiano é que ao indicar um método de participação no processo democrático de forma abstrata, e não concretista como no modelo político liberal e do Estado social, ele não traz pré-julgamentos sobre as questões a serem dirimidas.

Portanto, o papel da jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional no ambiente do Estado Democrático de Direito encontra legitimidade ao fim do desenvolvimento de todo processo democrático, com a participação de cidadãos politicamente autônomos e, posteriormente, a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, quando executam suas funções pela via da ação ou por omissão. A legitimidade da jurisdição constitucional se concretiza quando o Tribunal Constitucional decide imperativamente sobre assuntos de direitos fundamentais individuais e coletivos trazendo segurança política e jurídica no ambiente do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ABBAGANANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4a. Edição. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo. Boitempo Editorial. 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Malheiros. 2008.

\_\_\_\_\_. **On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique**. Ratio Juris, v. 13, n. 2. 2000.

ÁLVAREZ, Gerardo A. D. Aproximación a Los Derechos Fundamentales desde La Perspectiva Habermasiana. **Revista Telemática de Filosofía Del Derecho**. Disponível em: <<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero11/1-11.pdf>>. Acesso em: 02 abr. de 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11a. Edição. Tradução Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação Adriano Correia. São Paulo. Forense Universitária. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. Rio de Janeiro. Relume Dumará. 1993.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre Little Rock. In: ARENDT, H. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução Rosaura Jerome Kohn. São Paulo. Companhia das Letras. 2004. Pág. 261-281.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil – promulgada em 05 de outubro. de 1988**. vol. 1. São Paulo. Saraiva. 1988.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 10a. Edição. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1986.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia**. 2a. Edição. São Paulo. Malheiros. 1986.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia positivista**. São Paulo. Ícone. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros editores. 1994.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. São Paulo. Saraiva. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo. Saraiva. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo. Saraiva. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil comentada**. Organizadores: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo. RT. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2009.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Padova: CEDAM. 1954.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil**: compreensão crítica. Curitiba. Juruá. 2002.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

CARDOSO, Marco Aurélio. **Liberdade Negativa**: uma reflexão contemporânea. UNICAMP/Tempo da Ciência (15) 30: 135-145. Campinas. 2º. Semestre de 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito e Processo**. Nápoles. Morano Editora. 1958.

CENCI, Elve Miguel. **Direito e Globalização**: O posicionamento de Habermas diante da proposta de uma constituição para a União Européia. In: Habermas em discussão. Florianópolis. NEFIPO. 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. São Paulo. Saraiva. 1943.

CIMADON, Aristides. **Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional**. Joaçaba/SC. ed. Unoesc. 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo. Malheiros. 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **As Medidas Provisórias e a Constituição Federal de 1988**. Curitiba. Juruá.

\_\_\_\_\_. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo. RT. 2000.

\_\_\_\_\_. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo. RT. 1993.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro. Forense. 1993.

CRETELLA JR. José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro. Forense. 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo. Saraiva. 2009.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo. RT. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Volumes 1, 2, 3, 4. São Paulo. Saraiva. 1998.

DUTRA, Delamar & PINZANI, Alessandro (ORG.). Habermas em discussão: **Anais do Colóquio/Habermas**. Florianópolis. NEFIPO. 2005

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte americana**. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo. Martins Fontes. 2005.

\_\_\_\_\_. **Los derechos em serio**. Tradução Marta Guastavino. 2a ed. Barcelona. Ariel. 1989a.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do Direito em Habermas: a hermenêutica**. Lorena/SP. Editora Stiliano. 1999.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo. Landy editora. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

FREITAG, Bárbara. Habermas: do intelectual ao cidadão do mundo. Revista Tempo Brasileiro. Jul.-set., nº 138. p. 191. Rio de Janeiro. 1999.

FÜHRER, Maximilianus C. A. **Resumo de Direito Constitucional. Malheiros**. São Paulo. 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. São Paulo. Saraiva. 1968.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciência de la cultura**. Traducción e introducción de Emilio Mikunda. Madrid. Tecnos. 2000.

HABERMAS, Jürgen. “Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática”. In: HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

\_\_\_\_\_. **A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos**. São Paulo. Littera Mundi. 2001.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1989.

\_\_\_\_\_. **DIREITO E DEMOCRACIA:** entre facticidade e validade. v. I. 2a. Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2010.

\_\_\_\_\_. **DIREITO E DEMOCRACIA:** entre facticidade e validade. Vol. II. 2ª. Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2003.

\_\_\_\_\_. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa. Publicações Dom Quixote. 1998.

\_\_\_\_\_. Euroceticismo, Europa dos mercados ou Europa dos cidadãos (do mundo). **Revista Tempo Brasileiro.** Jul.-set., n. 138. p. 33. Rio de Janeiro. 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1989.

HONNETH, Axel. **Jürgen Habermas:** percurso acadêmico e obra. **Revista Tempo Brasileiro.** Jul.-set. n. 138. p. 09. Rio de Janeiro. 1999.

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado.** Montevideo – Buenos Aires. Bdef. 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado.** Tradução: Fernando Miranda. Coimbra. Armênio Amado Editor. 1945.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo. Martins Fontes. 1990.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** São Paulo. Saraiva. 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile.** v. I. Milão. Giuffrè. 1984.

LOIS, Cecília Caballero (Organizadora). **Justiça e Democracia:** entre o Universalismo e o Comunitarismo. São Paulo. Landy. 2005.

MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. **O Príncipe.** Rio de Janeiro. Bertrand. 1998.

MAIA, Antonio C. **Espaço Público e Direitos Humanos:** considerações acerca da perspectiva habermasiana. Disponível em:  
<<http://empreende.org.br/pdf/Democracia%20e%20Participa%C3%A7%C3%A3o/Espa%C3%A7o%20P%C3%ABblico%20e%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 31mar. de 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos do CEBRAP.** n. 58, novembro de 2000. São Paulo. CEBRAP.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis.** São Paulo. Martins Fontes. 2007.

MÜLLER, Friedrich. ; Barbosa, Ana Paula Costa . Conferência de Abertura Vinte Anos da Constituição: Reconstruções, Perspectivas e Desafios . Manaus: XVII

Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, 2008. (Tradução/Artigo).

NOBRE, Marcos & REPA, Luiz (Organizadores). **Habermas e a Reconstrução**. Campinas/SP. Papyrus Editora. 2012.

NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais**. São Paulo. Martins Fontes. 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. 5a. Edição revista e atualizada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo Judicial, Moderação e o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein. In: XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2007, Campos dos Goytacazes. Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2007. v. único. p. 1384-1404.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial de atos do poder legislativo**. Brasília. Brasília Jurídica. 2001.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27a ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

SIEBENEICHLER, Flávio B. Uma filosofia do direito procedimental. **Revista Tempo Brasileiro**. Jul.-set. n. 138. p. 153. Rio de Janeiro. 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros. 2006.

TAVARES, Quintino Lopes Castro. **Multiculturalismo (Livres e iguais: o retorno ao direito): Justiça e Democracia entre o Universalismo e o Comunitarismo** (Organizadora: Cecilia Caballero Lois). São Paulo. Landy Editora. 2005.

VELASCO, Juan Carlos. **Para ler a Habermas**. 1 ed. Barcelona. Alianza Editorial. 2003.

[www.icitizenforum.com](http://www.icitizenforum.com)

[www.iipdigital.usembassy.gov](http://www.iipdigital.usembassy.gov)

[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)

[www.mspc.eng.br](http://www.mspc.eng.br)



**ANEXOS**

## ANEXO A

### PREÂMBULO DO ATO INSTITUCIONAL Nº 5

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e CONSIDERANDO que a Revolução brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, **no respeito à dignidade da pessoa humana**, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, desse modo, “os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria” (Preâmbulo do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964);

CONSIDERANDO que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou **grupos anti-revolucionários** contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que “não se disse que a Resolução foi, mas que é e **continuará**” **e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido**”;

CONSIDERANDO que esse mesmo Poder Revolucionário, exercido pelo Presidente da República, ao convocar o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, estabeleceu que esta, além de representar “a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”, deveria “assegurar a continuidade da obra revolucionária” (Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966);

CONSIDERANDO, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos quais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a **Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa**, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

CONSIDERANDO que, assim, **se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução**, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária;

CONSIDERANDO que todos esses fatos perturbadores, da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, **a adotarem as providências necessárias**, que evitem sua destruição,

**Resolve editar o seguinte ATO INSTITUCIONAL:**

Art. 1º - São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional.

Art. 2º - O Presidente da República poderá **decretar o recesso** do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, **em estado de sítio ou fora dele**, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, **o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias** e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

§ 2º - Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios.

§ 3º - Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Art. 3º - **O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitadas previstas na Constituição.**

Parágrafo único – Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei.

Art. 4º - **No interesse de preservar a Revolução**, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, **e sem as limitações previstas na Constituição**, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único – Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, **não serão dados substitutos**, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II – suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III – proibição de atividades ou manifestações sobre assunto de natureza política;
- IV – aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
  - a) liberdade vigiada;
  - b) proibição de freqüentar determinados lugares;
  - c) domicílio determinado.

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos **poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.**

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, **defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.**

Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República **poderá mediante decreto**, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de

economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 7º O Presidente da República, **em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo**, fixando o respectivo prazo.

Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único – Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição.

Art. 9º - O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas do § 2º, do art. 152 da Constituição.

Art. 10 - **Fica suspensa a garantia de habeas corpus**, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11 – **Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional** e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 12 – O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 1968; 147º da Independência e 80º da República.

## ANEXO B

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**  
**TÍTULO V – DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS**  
**CAPÍTULO I – DO ESTADO DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO**

**Seção I – Do Estado de Defesa**

Art. 136 – **O Presidente da República pode**, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - **O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração**, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

- a) reunião, inda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º - **O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias**, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram sua decretação.

§ 3º - Na vigência do estado de defesa:

I – **a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente**, que a relaxará, se não for legal, facultando ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III – **a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário**;

IV – é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º - Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, **o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional**, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º - Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º - **O Congresso Nacional** apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento **devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa**.

§ 7º - **Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa**.

## Seção II – Do Estado de Sítio

Art. 137 – **O Presidente da República** pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, **solicitar ao Congresso nacional autorização para decretar o estado de sítio** nos casos de:

I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de  **fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;**

II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único – O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Art. 138 – **O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas,** e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º - O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º - Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º - **O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.**

Art. 139 – Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I – obrigação de permanência em localidade determinada;

II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV – suspensão da liberdade de reunião;

V – busca e apreensão em domicílio;

VI – intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII – requisição de bens.

Parágrafo único – **Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamento de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.**

## TÍTULO V – DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

### CAPÍTULO I – DO ESTADO DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO

## Seção III – Disposições Gerais

Art. 140 – A Mesa do Congresso nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

Art. 141 – **Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.**

Parágrafo único – Logo que cesse o estado de defesa ou estado de sítio, **as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições aplicadas.**