

**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
FACULDADE DE DIREITO**

**JULLYANE GONÇALVES SILVA**

**COMPREENSÕES ACERCA DA ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O PRISMA DA TEORIA  
DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS**

**NITERÓI  
2017**

**JULLYANE GONÇALVES SILVA**

**COMPREENSÕES ACERCA DA ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O PRISMA DA TEORIA  
DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS**

Trabalho de conclusão do curso de Direito  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal Fluminense, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Ms. Dr. Ozéas Corrêa Lopes Filho

Coorientadora:

Prof. Ms. Paola de Andrade Porto

**NITERÓI  
2017**

**Universidade Federal Fluminense**  
**Superintendência de Documentação**

**Biblioteca da Faculdade de Direito**

S586 Silva, Jullyane Gonçalves  
Compreensões acerca da atuação da jurisdição constitucional brasileira sob o prisma da teoria discursiva de Jürgen Habermas/ Jullyane Gonçalves Silva – Niterói, 2017.

61 f.

Orientador: Prof. Ozéas Corrêa Lopes Filho

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2017.

1. Direito constitucional. 2. Filosofia do direito. 3. Jurisdição. 4. Democracia 5. Habermas, Jürgen, 1929 - . 6. STF. I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito, Instituição responsável II. Título.

CDD 341.2

**JULLYANE GONÇALVES SILVA**

**COMPREENSÕES ACERCA DA ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
BRASILEIRA SOB O PRISMA DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS**

Trabalho de conclusão de curso de Direito  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal Fluminense, como  
requisito parcial para à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Aprovada em 22 de dezembro de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ms. Dr. Ozéas Corrêa Lopes Filho  
Universidade Federal Fluminense  
Orientador

---

Prof. Ms. Paola de Andrade Porto  
Universidade Federal Fluminense  
Coorientadora

---

Prof. Ms. Dr. Gilvan Luiz Hansen  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Ms. Charles da Silva Nocelli  
Universidade Federal Fluminense

**NITERÓI  
2017**

## AGRADECIMENTOS

Enfrentar o desafio que foi a Faculdade de Direito não seria possível sem o apoio incondicional da minha família. Foram meus alicerces ao longo desses anos de faculdade e principalmente nessa última etapa.

Aos amigos que fiz e aqueles que já carrego comigo pelas conquistas e angustias compartilhadas.

A Deus por esta oportunidade de crescer, por redescobrir a fé em mim e por esse sentimento de esperança na busca de um mundo melhor.

Ao meu orientador Ozéas Corrêa Lopes Filho por ter me recebido com carinho, pela calma imanada e pela luz dada sobre a pesquisa.

A minha coorientadora Paola de Andrade Porto por todos os esclarecimentos metodológicos e observações precisas acerca da pesquisa.

A Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense que me escolheu e me ensinou o verdadeiro significado de resistência, ao passar por cima das suas próprias dificuldades institucionais e permanecer no tempo e no espaço. Assim como, a todo o corpo docente, discente e funcionários que corroboraram para tornar essa faculdade tão especial.

Meu sentimento é de gratidão por esse ciclo!

## RESUMO

Este trabalho visa fazer uma análise sobre a atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira segundo a teoria discursiva proposta por Jürgen Habermas. Para tanto, buscou-se em um primeiro momento expor a singularidade do percurso teórico feito por Habermas abarcando a sua concepção da razão comunicativa, da teoria discursiva do direito, da democracia procedimental e da atuação do Tribunal Constitucional. Posteriormente, foi abordado um panorama sobre Estado, Constitucionalismo e Democracia com as suas concepções clássicas para embasar as influências sofridas pela Jurisdição Constitucional Brasileira desde a sua criação. Em um outro momento, foi exposta a teoria do juiz Hércules na resolução de casos difíceis, bem como o fenômeno do neoconstitucionalismo no Brasil para corroborar com a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal sob o prisma da teoria discursiva de Jürgen Habermas. Em um último momento, percorre a produção constitucional do Brasil, desde sua primeira Constituição de 1824 até abarcar na Constituição de 1988, marco da redemocratização brasileira, para estabelecer uma visão histórica acerca da criação e estrutura do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, como também das competências previstas para este em cada Constituição. Após este momento que foi possível estabelecer uma correlação entre a atuação do Tribunal Constitucional conforme proposta por Habermas e inspirado nos pressupostos da democracia procedimental e da razão comunicativa, e a atuação do Supremo Tribunal Federal, demonstrando de que forma esta última ocorre, sua delimitação e legitimidade para tal, e, por fim se corresponde com a concretização de um Estado de Direito Democrático. A pesquisa utilizou o método de abordagem analítico tendo por base uma investigação bibliográfica.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional Brasileira. Teoria Discursiva. Habermas. Democracia Procedimental.

## ABSTRACT

This work aims to make an analysis about the performance of Brazilian Constitutional Jurisdiction according to discursive theory proposed by Jürgen Habermas. In order to do so, at first, to expose the singularity of Habermas's theoretical course, encompassing his conception of communicative reason, discursive theory of law, procedural democracy, and the work of the Constitutional Court. Posteriorly, was presented a scenario about the State, Constitutionalism and Democracy was approached with its classic conceptions to support the influences suffered by the Brazilian Constitutional Jurisdiction since its creation. At another moment, the theory of Judge Hercules in the resolution of difficult cases, as well as the phenomenon of neoconstitutionalism in Brazil, was corroborated by the analysis of the Federal Supreme Court's action under the prism of the discursive theory of Jürgen Habermas. At a last moment, it walks Brazil's constitutional production, from its first Constitution of 1824 to encompassing the Constitution of 1988, a framework of Brazilian redemocratization, to establish a historical view on the creation and structure of the Federal Supreme Court over the years, as powers laid down for it in each Constitution. After this moment it was possible to establish a correlation between the performance of the Constitutional Court as proposed by Habermas and inspired by the presuppositions of procedural democracy and communicative reason, and the Federal Supreme Court's performance, demonstrating how the latter occurs, its delimitation and legitimacy for this, and, finally, corresponds to the realization of a Democratic State of Law. The research used the method of analytical approach based on a bibliographical research.

**Keyword:** Brazilian Constitutional Jurisdiction. Discursive Theory. Habermas. Procedural Democracy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS.....	11
1.1 O agir comunicativo como parte de uma teoria reconstrutiva da sociedade .....	11
1.2 O Direito como instrumento de integração social, formação coletiva e legítima da vontade jurídico-política .....	15
1.3 A Democracia Procedimental na visão de Habermas.....	20
1.4 O papel e legitimidade do Tribunal Constitucional para Habermas.....	25
2. AS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA .....	30
2.1 A origem do Estado .....	30
2.2 O surgimento do Estado de acordo com a concepção contratualista.....	32
2.3 O fenômeno do Constitucionalismo .....	35
2.4 A Democracia em sua concepção tradicional.....	39
3. UMA ANÁLISE ACERCA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	43
3.1 A Teoria do juiz Hércules de Ronald Dworkin .....	43
3.2 Uma análise acerca do fenômeno do neoconstitucionalismo e sua influência no Brasil ...	46
3.3 Aspectos históricos da Jurisdição Constitucional Brasileira .....	48
3.4 Por uma releitura do ideal democrático como forma de reorientar a atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira .....	53
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS .....	59





## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fazer uma análise sobre a atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira tendo como prisma a teoria discursiva proposta por Jürgen Habermas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 que marcou o processo de redemocratização no Brasil, surge a problemática de qual seria o papel da Jurisdição Constitucional em um Estado Democrático de Direito. Se esse órgão deveria apresentar uma atuação tão interventiva nos outros poderes. Se estaria atuando em prol da efetivação dos direitos fundamentais da sociedade brasileira. Se haveria alguma limitação ao seu ativismo judicial. Se teria legitimação para atuar de forma interventiva.

Para tanto, a hipótese preliminar era de demonstrar formas de atuação do Supremo Tribunal Federal que pudessem garantir a efetivação dos direitos fundamentais a fim de concretizar o Estado Democrático de Direito, através dos fundamentos teóricos propostos por Jürgen Habermas.

Desta forma, a finalidade geral do presente trabalho consiste na demonstração do papel essencial do Supremo Tribunal Federal em um Estado Democrático de Direito, como órgão garantidor das normas e princípios dispostos na Constituição. Para que tal finalidade seja atingida, fez necessário um exame acerca das suas competências, da sua legitimação e delimitação da sua atuação juntamente com os fundamentos teóricos propostos por Habermas.

Observa-se a relevância da análise apresentada uma vez que o desempenho da Jurisdição Constitucional no Brasil possui grande importância e correlata relação com o Estado Democrático de Direito. Nos últimos tempos a democracia brasileira vem sofrendo ataques. Logo, o Tribunal Constitucional pode tornar-se um instrumento essencial para a manutenção e desenvolvimento da democracia brasileira.

Neste sentido, o presente trabalho se dividiu em três partes em que cada compôs um capítulo. No primeiro capítulo buscou-se expor as teorias desenvolvidas por Jürgen Habermas, ao perpassar por conceitos referentes a razão comunicativa, a teoria discursiva do direito, a democracia procedimental e a atuação do Tribunal Constitucional. Fundamentos estes que permitiram a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal diante de um Estado Democrático de Direito.

Já no segundo capítulo buscou-se expor os conceitos tradicionais acerca do Estado, do Constitucionalismo e da Democracia que influenciaram a concepção de Estado, Governo e Constituição nos dias atuais.

E, por fim no terceiro capítulo buscou-se demonstrar a teoria do juiz Hércules na resolução de casos difíceis tal como proposto por Ronald Dworkin, também perpassou o fenômeno do neoconstitucionalismo juntamente com os aspectos históricos da Jurisdição Constitucional Brasileira. Para tão logo, estabelecer uma reorientação da atuação do Supremo Tribunal Federal como instrumento garantidor dos direitos fundamentais e do princípio democrático.

A técnica de pesquisa adotada consiste numa análise bibliográfica, o que ocorreu por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas e normas constitucionais. O método adotado foi o analítico.

## 1. A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

### 1.1 O agir comunicativo como parte de uma teoria reconstrutiva da sociedade

Para uma melhor elucidação da teoria discursiva do direito elaborada por Jürgen Habermas, é preciso expor alguns dos principais pontos acerca da teoria do agir comunicativo, esclarecendo a singularidade do caminho teórico percorrido por Habermas. Em um primeiro momento, será abordada a ruptura alcançada pela razão comunicativa em face dos paradigmas estabelecidos pela razão prática.

A razão prática possui como seu ponto central a filosofia da consciência, onde o indivíduo é considerado por si só e a construção da sociedade é feita a partir das experiências e sensações desse sujeito. No que compete a esta razão, a produção normativa está voltada para um *dever ser*, onde a razão prática serve como guia para as ações dos indivíduos, o que é conquistado em termos práticos a partir do direito positivo (MOREIRA, 1999, p. 107).

O autor constrói a sua ruptura com a razão prática quando entende que as sociedades modernas são tão complexas e pluralistas que não podem mais serem sustentadas apenas por uma razão que impõe um agir e que está centrada no indivíduo, na autorreflexão.

Neste sentido, há um afastamento da concepção de sociedade tal como concebida pela razão prática, onde a sociedade é constituída da reunião de vários sujeitos considerados individualmente, o que seria apenas uma dimensão ampliada daquele sujeito autoreflexivo (MOREIRA, 1999, p. 109). Influenciado pela razão prática, o direito natural até Hegel, tinha como fim a normatização da correta e única ordem política e social, imposta pela razão prática (HABERMAS, 1997a, p. 19).

Neste diapasão, Habermas ao romper com a razão prática estabelece um novo paradigma, o qual seria, a razão comunicativa que ao contrário da razão prática não estabelece normas do agir para o sujeito. A razão comunicativa está pautada em um agir comunicativo, que molda a interação social através do diálogo. Este também acaba por produzir conteúdo normativos através da busca do consenso. (*Idem, ibidem*)

O consenso, na visão de Habermas (1997a, p. 20), nasce a partir do diálogo onde os interlocutores apresentam suas ideias e dialogam buscando o entendimento, essa construção é coletiva, sendo o palco de elaboração de normas jurídicas e morais. O autor salienta que o elemento moral deve ser desligado na prática do discurso. O discurso deve ser racional, ao passo

que os indivíduos devem se articular, desenvolvendo a cultura da linguagem e dominando as técnicas de argumentação.<sup>1</sup>

Neste sentido, a razão comunicativa não produz nenhuma indicação concreta do modo de agir, pois não é informativa, logo, nem tão pouco é prática. Habermas (1997a, p. 21), destaca que a razão comunicativa possui um ponto negativo na medida em que não gera necessariamente uma motivação e uma condução da vontade, como a razão prática.

Através do agir comunicativo há geração de compreensões e assertivas que precisam ainda de esclarecimentos argumentativos, nada que conduza a um agir motivado e conduzido pela vontade e sim conduz apenas ao entendimento (*Idem, ibidem*).

Habermas esclarece que o pensamento participa da comunicação, através de proposições que são submetidas a juízos de validade quando exteriorizadas. Para a comunicação é importante que o falante tenha intenção de que suas expressões linguísticas sejam compreendidas de forma idêntica ao pensamento do interlocutor.

Logo, também é necessário que as mesmas expressões linguísticas possuam igual sentido em situações diversas. Para isso, a paridade entre os sujeitos torna-se essencial para o diálogo que como dito anteriormente deve ter por base a racionalidade (PALOMBELLA, 2005, p. 357).

Para que o agir comunicativo alcance as pretensões de validade, são necessários 4 requisitos:

Encontramo-nos, portanto, diante de quatro pretensões de validez: 1) inteligibilidade, 2) verdade, 3) veracidade, 4) retidão. As pretensões de validez estabelecem o fundamento da pragmática universal: não lhe atribuem nem o objetivo, nem o conteúdo. O fim da pragmática universal, como já mencionamos neste texto, é instituir uma forma de razão, um tipo de racionalidade - A Razão Comunicativa. Este é o teor (STIELTJES, 2001, p. 57).

A inteligibilidade é alcançada quando há o emprego correto da sintaxe, além de utilizar as expressões linguísticas que estejam de acordo com o local e tempo em que o discurso está sendo proferido. Além do mais, é essencial que haja verdade por detrás das expressões linguísticas, devendo ocorrer coerência no discurso, a falta de verdade induz o interlocutor a erro que poderá anular a validade do discurso.

<sup>1</sup> O agir comunicativo está ligado as ideias de mundo, os quais influenciam de sobremaneira o discurso proferido. Os resultados desse discurso podem ser a própria crítica, ou a transcendência. A transcendência do discurso é o que promove os processos de aprendizagem.

A veracidade importa na performance e sentido ilocucionário do discurso, que não devem induzir o destinatário a erro, evitando a manipulação (HABERMAS, 1997a, p. 37-39). A retidão no discurso dispõe que a comunicação deve ocorrer de forma não violenta, seja de forma clara ou subentendida, o discurso não deve expressar violência para que alcance a validade (NADER, 2014, p. 304).

Cabe acrescentar que os indivíduos se encontram imersos em uma realidade que é pré-interpretada linguisticamente, o que Habermas denomina de mundo da vida. Para uma maior elucidação:

[...] o mundo da vida constitui o horizonte de uma *práxis* do entendimento mútuo, em que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a bom termo com seus problemas cotidianos. Os mundos da vida modernos diferenciam-se nos domínios da cultura, da sociedade e da pessoa. A cultura articula-se – segundo os aspectos de validade das questões sobre a verdade, justiça e gosto – nas esferas da ciência e da técnica, do direito e da moral, da arte e da crítica da arte. As instituições básicas da sociedade (como a família, a Igreja e a ordem jurídica) geraram sistemas funcionais que (como a economia moderna e a administração do Estado) desenvolvem uma vida própria por meios de comunicação próprios (dinheiro e poder administrativo). As estruturas da personalidade, por fim, nascem de processos de socialização que equipam as jovens gerações com a faculdade de orientar-se de maneira autônoma num mundo tão complexo (HABERMAS, 2004, p. 320).

Estes domínios são núcleos estruturais simbólicos que estão interligados e se reproduzem através da linguagem. Neste sentido, possibilitam a própria reprodução do mundo da vida. Portanto, a prática comunicativa do cotidiano pauta-se sobre a base das tradições culturais e das ordens sociais legítimas, dependendo igualmente das identidades de indivíduos socializados, resultando “com a mesma originariedade, do jogo entre reprodução cultural, integração social e socialização” (HABERMAS, 1997a, p. 111-112).

O mundo da vida está impregnado de consensos obtidos através das experiências em comum, convicções e pressuposições compartilhadas e aceitas, ocorrida em meio a indivíduos que compartilham mesma cultura, tradições e línguas. O agir comunicativo baseia-se nessas situações intersubjetivamente reconhecidas (HABERMAS, 1997a, p. 40).

Este é o pano de fundo no qual a teoria do agir comunicativo se pauta. O que torna possível a integração social através da linguagem sendo esta orientada para o entendimento, minimizando os riscos de dissenso que podem acarretar em crescente desintegração social (*Idem, ibidem*).

Neste ponto, cumpre esclarecer que é um equívoco quando se entende que o consenso é sinônimo de uniformidade de pensamento. Só há possibilidade de consenso pelo dissenso, cada subsistema tem o seu espaço e papel. O diálogo é fundamental. (*Idem, ibidem*).

Desta forma, o mundo da vida forma tanto o contexto para os processos de entendimento onde há situações intersubjetivamente reconhecidas, como contribui para a construção de novos consensos através da troca de experiências e convicções. Cada indivíduo recebe uma parcela diferenciada dos elementos que compõem o mundo da vida, disso advém a necessidade de tolerância diante de uma sociedade pluralista. (*Idem, ibidem*).

Ademais, cumpre esclarecer que há outra esfera que compõem a sociedade, além do já mencionado mundo da vida comunicativamente entregue. Esta outra esfera é a do sistema, onde há adoção de uma lógica própria. Em sociedades avançadas há a institucionalização desse sistema que acaba por subdividi-lo em economia e política (administração estatal e poder burocrático). (HABERMAS, 1997a, p. 61).

Estes subsistemas são funcionalmente diferenciados e indispensáveis para a conservação material e institucional da ordem social, bem como a sua reprodução. Neste contexto sistêmico vige a ação estratégica ou instrumental que é aquela voltada para o resultado e orientada para o sucesso:

Na medida em que os atores estão exclusivamente orientados para o sucesso, isto é, para as conseqüências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente, por meio de armas ou bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários. A coordenação das ações de sujeitos que se relacionam dessa maneira, isto é, estrategicamente, depende da maneira como se entrosam os cálculos de ganho egocêntricos. [...]. Ao contrário, falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as conseqüências esperadas. (HABERMAS, 1989 apud OLIVEIRA, 2009, p. 20-21)

Na esfera do sistema a linguagem é substituída por meios de controle e integração de caráter técnico (dinheiro e poder), onde não há qualquer conteúdo normativo vez que independem das orientações dos indivíduos. Para Habermas uma das patologias das sociedades modernas é a invasão da instrumentalidade sistema no contexto de integração comunicativa (HABERMAS, 1997a, p. 61).

A colonização do mundo da vida onde este está subordinado aos imperativos do dinheiro e do poder evidente quando pelo alto grau de burocratização, empobrecimento cultural, fragmentações da consciência e psicopatologias da personalidade o que contribui para a anomia social, a desarticulação dos indivíduos, o enfraquecimento da esfera pública, a diminuição do

*status* de cidadão como indivíduo que contribui para a formação coletiva da vontade, afetando diretamente a própria democracia. (*Idem, ibidem*).

Como meio de resolução Habermas busca respostas em noções mais abrangentes de racionalidade, qual seja a razão comunicativa que torna possível ao indivíduo tomar posição em relação a si e ao mundo, de nele situar-se e interagir.

Habermas (1989, p. 124-125) afirma que a ação comunicativa tem precedência em face da ação estratégica, visto que mesmo para exercer influência sobre outro e valer-se dele como instrumento é necessário utilizar-se da linguagem e buscar o entendimento.

O agir comunicativo, para Habermas, representa um emancipação e libertação dos indivíduos em face de uma sociedade dominada pelo mercado, o que gerou exclusão social que foi tratada a miúdo por políticas públicas pouco eficazes, como também a despolitização das massas advinda do impedimento por parte do Estado de questionamentos relativos ao poder e à lei, visto que esses não eram discutidos tanto na esfera na pública.

Ao invés dos indivíduos transferirem o poder ao Estado, legitimando-o, Habermas propõe que estes assumam o poder através da cidadania (NADER, 2014, p. 302-303). Por esses motivos a razão comunicativa é uma teoria reconstrutiva da sociedade.

A teoria do agir comunicativo como reconstrutiva da sociedade, conforme situada por Habermas, nos orienta a não separar a reflexão da ação, esta que se dará pelo diálogo. Desta forma, a construção do conhecimento é validada pelo discurso quando há a transcendência das ideias de mundo exteriorizadas através da comunicação e obtidas através do consenso.

Neste contexto, a guinada linguística que possibilitou a construção da teoria do agir comunicativo trouxe o consenso através do diálogo, como meio para evitar que haja uma ética do *dever ser* onde há limitação da liberdade do indivíduo, assim como tenta evitar um moralismo autoritário quando há falta de diálogo gerando imposições.

A razão comunicativa é construída através do diálogo, diferente da razão prática que é construída através da reflexão. Com isso, a razão comunicativa permite a construção de uma visão própria da Moral, do Direito e da Democracia, como ficará mais claro ao passo do desenvolvimento da pesquisa.

## **1.2 O Direito como instrumento de integração social, formação coletiva e legítima da vontade jurídico-política**

A partir da reviravolta linguística o conceito de Direito é trabalhado a partir do procedimento. O círculo hermenêutico junto ao agir comunicativo performativo das partes seja



em arenas judiciais ou legislativas contribui para que a decisão judicial seja vista como um ato coletivo, carregado de legitimidade, obtido através dos argumentos produzidos pelas partes (CRUZ, 2009, p. 6).

Ademais, Habermas se distingue de Kant no que se refere a relação entre Direito e Moral, dentre outros. Oportuno mencionar, de forma sucinta, que Kant foi o filósofo responsável pela edificação da filosofia transcendental que preocupava-se na forma em que se dava a possibilidade de conhecimento do indivíduo, sendo este tido como um sujeito transcendental. Kant afirmava que o conhecimento era fundamentado na experiência. Contudo, este nunca ocorre de maneira neutra, sofrendo influência a priori da sensibilidade e do entendimento. Desta forma, teceu crítica ao racionalismo e ao próprio empirismo. (SILVEIRA, 2002)

Assim, Kant que Moral e Direito deveriam ser planos separados, incomunicáveis. Ao contrário, Habermas acredita que a relação entre Direito e Moral é que legitima a ordem jurídica de um Estado de Direito, uma vez que a Moral deve ser complementada através do Direito Positivo, como é possível observar através da seguinte transcrição:

O princípio da teoria do discurso, configurado inicialmente de acordo com a formação da vontade individual, comprovou-se no campo ético e no da filosofia moral. Entretanto, é possível provar, sob pontos de vista funcionais, por que a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo. Por esta razão, questões da teoria do direito rompem *a limine* o quadro de uma reflexão meramente normativa. Apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito – e do Estado de Direito – precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos (Habermas, 1997a, p. 23).

A legitimidade das normas jurídicas é concretizada quando há uma relação com a Moral, em vez de simplesmente negá-la. Assim, o ordenamento jurídico é reconhecido e este passa a ser aceito no seio social. Salientando que isto não significa que o Direito deve ser subordinado à Moral, ou vice-versa, reconhecendo que ambos possuem insuficiências que devem ser suprimidas através de uma relação de complementariedade entre a Moral e o Direito (CRUZ, 2009, p. 6).

Para Habermas a legalidade também é uma fonte legitimadora do Direito. Porém, não é a única. O autor entende que a legalidade será fonte legitimadora quando há racionalidade nos processos de produção de normas jurídicas, e esta racionalidade é de ordem moral. (HABERMAS, 1997b, p. 203).

Logo, quando há o entrelaçamento entre argumentação moral e os processos de produção de normas jurídicas pode se concluir que a legalidade será fonte legitimadora do

Direito. Por isso, o Direito não pode se fechar e não ter contato com conteúdos morais, pois ele perde uma de suas fontes legitimadoras e estratifica-se.

Habermas questiona a legitimidade das leis no que diz respeito a possibilidade de o legislador político modificar as leis a qualquer tempo. Essa legitimidade é assegurada através do processo democrático, pois este possibilita que haja “um caráter discursivo à formação política da vontade” (HABERMAS, 1997b, p. 308), supondo que haja um certo grau de racionalidade na troca de ideias para a construção política da vontade.

A legitimidade provém da ideia de autodeterminação, ao passo que os membros da sociedade se reconhecem como autores e destinatários do direito. Isto foi possível através da guinada linguística que substituiu a ideia de que a comunidade jurídica era constituída por um contrato social (tal como disposto por Hobbes e Kant), pela ideia de constituição através do entendimento obtido pelo discurso, o que possibilitou a autodeterminação como meio de legitimidade jurídica. (*Idem, ibidem*)

O autor acredita que o Direito possui ofícios relacionados a integração social e este é também é responsável por constituições e perdas que se instalam na área da integração social. Neste diapasão, o Direito seria uma espécie de mediador social. Logo, inserido no mundo da vida. (*Idem, ibidem*)

As fontes de integração social para Habermas são três: a solidariedade, o poder administrativo e o dinheiro. Neste sentido, Habermas explica:

“[...]o direito está ligado às três fontes da integração social. Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social. As instituições do direito privado e público possibilitam, de outro lado, o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado; pois as operações do sistema administrativo e econômico, que se configura a partir do mundo da vida, que é parte da sociedade, completam-se em formas do direito.” (HABERMAS, 1997a, p. 61-62)

Diante de tais considerações, o autor ressalta que o direito constitui um instrumento ambíguo de integração social em meio a contextos de dominação política que possui como referência imperativos de uma economia de mercado, vez que este pode representar um poder ilegítimo.

Em um primeiro momento, não há como afirmar se a ordem jurídica como instrumento de integração social está apoiada na construção livre e coletiva da vontade ou se advém de “mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas” (HABERMAS, 1997a, p. 62).

Entretanto, o direito não pode se fechar ao passo que não receberá críticas com motivação de alterá-lo. Logo, essas normas estabelecidas positivamente são modificáveis e ao mesmo tempo criticáveis e carentes de justificação.

Desta forma, quanto mais racional, criticável e aberta for a configuração do direito, bem como for resultante de um processo participativo de seus destinatários e vinculada a força integradora do seu agir comunicativo, menor será o limite para a autolegislação indevida do Estado e mais reduzido o potencial de legitimação indevida. (HABERMAS, 1997a, p. 114-115)

É notório que a legitimidade deriva da compreensão dos indivíduos a partir da ótica discursiva. O equilíbrio tão necessário entre individualismo e solidariedade passa pelo caminho do consenso discursivo. A solidariedade torna-se cada vez mais necessária em sociedades pluralistas e complexas como forma de combate a desagregação social devido ao multipolarismo. (FERREIRA, 2007, p. 85-86)

Mais especificamente no que tange ao processo de construção da Constituição, quando há ampla, livre e igualitária participação dos indivíduos neste, além de legitimar a Constituição também produziria uma adesão maior dos indivíduos ao sistema jurídico. Isto seria a autolegislação para Habermas (FERREIRA, 2007, p. 80).

Ao invés dos indivíduos transferirem o poder ao Estado, legitimando-o, Habermas propõe que estes assumam o poder através da cidadania. Este modelo de participação também poderia ser levado ao processo constitucional como forma de legitimação do mesmo. (*Idem, ibidem*)

Na teoria discursiva do Direito elaborada por Habermas, este ultrapassa o conceito epistemológico de verdade, ao propor o consenso social. Antes, a verdade era a correspondência entre o que se afirma e a realidade. Como podemos observar, houve uma substituição por Habermas dessa tradicional concepção, onde o consenso demonstra a validade de uma afirmação (CRUZ, 2009, p. 6).

Desta forma, Habermas (1997a, p. 23) deixa em suspenso a tensão existente entre validade e facticidade, para se concentrar na análise das forças legitimadoras do Direito. Contudo, apesar de Habermas deixar essa tensão em suspensão, ele inevitavelmente admiti que ela existe na dimensão do direito.

O Direito alimenta-se tanto da tensão existente entre validade e facticidade, quanto da tensão existente entre liberdade e coerção. Assim, explica Habermas:

Partimos do fato de que as garantias meta-sociais do sagrado caíram, as quais tinham tornado possível a força de ligação ambivalente de instituições arcaicas e, assim, uma ligação entre facticidade e validade, na própria dimensão da validade. Encontramos a solução desse enigma no sistema de direitos que

provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo (Habermas, 1997a, p. 47).

Contudo, a tensão existente entre coerção e liberdade é uma relação interna diferentemente da tensão existente entre validade e facticidade, conforme também proposto por Kant.

O Direito teria o papel de coibir aquele que atinge a liberdade do outro, desta forma encontra-se tensão existente entre o poder de usar a força e a liberdade de cada indivíduo. (HABERMAS, 1997a, p. 48-49). Assim, Habermas utiliza o conceito de legalidade proposta por Kant para reafirmar que as normas do direito são ao mesmo tempo normas de coerção e normas de liberdade.

Ademais, Habermas (1997a, p. 50-51) ressalta que a legitimidade de uma norma não advém apenas da força com que ela consegue se impor. A legitimidade da norma advém também do grau de aceitação e reconhecimento que esta possui no seio social, ou seja, da forma que ocorreu a fundamentação da norma e se esta é reconhecida pela sociedade. Caso a legitimidade da norma seja fraca, tornará necessário outros fatores para que haja a estabilidade da ordem jurídica, tais como mais coerção, entre outros.

Habermas (*Idem, ibidem*) pensa o Direito a partir da teoria do discurso o que leva este a ser uma razão que age enquanto se comunica. Equivale a dizer que o Direito seria construído a partir do uso público da razão, onde ocorreria a criação de regras comuns. Também seria o procedimento pelo qual há a garantia da participação e do consenso no agir comunicativo o que corrobora com a formação coletiva e legítima da vontade jurídico-política.

O autor salienta que uma ordem jurídica não pode apenas se pautar na garantia de reconhecimento dos direitos por todos, mas também deve existir normas legítimas que assegurem a liberdade de cada um e de todos ao mesmo tempo. Neste diapasão, Habermas (1997a, p. 52) afirma que o direito positivo necessita do legislador político para preencher essas condições.

Para tanto, os participantes desse processo político devem assumir o papel de cidadãos representando “uma comunidade jurídica livremente associada” (HABERMAS, 1997a, p. 53) onde há regulamentações obtidas através da tradição e/ou através do entendimento obtido pelo agir comunicativo.

Para garantir que haja um processo de legislação eficiente, faz-se necessário a constituição cada vez mais abrangente de direitos de comunicação e de participação, estes direitos não podem ser encarados de forma individual e privada, eles devem representar uma busca de entendimento que possui uma força integradora através de uma vontade coletiva e

congruente (HABERMAS, 1997a, p. 53). Existe a necessidade de abranger esses direitos para que seja efetivada uma autonomia do cidadão, ao invés de uma apenas garantir uma liberdade de ação (HABERMAS, 1997a, p. 54).

Desta maneira, o Direito apenas conseguirá manter a sua força integradora se tiver um respaldo religioso (como no caso do Absolutismo) ou metafísico nos quais os destinatários dessas normas se reconheçam também como autores racionais das mesmas. (*Idem, ibidem*)

Não há como a autodeterminação desses sujeitos serem substituídas por um direito coercitivo apenas, visto que essa tensão interna entre facticidade e validade resulta em validade social, apenas a coerção das normas jurídicas não sustentará estas (HABERMAS, 1997a, p. 54-55). É preciso ocorrer uma conexão com a legitimidade quanto ao processo de legislação, ou seja, a necessidade da construção das normas através de um consentimento produzido pelo diálogo. (HABERMAS, 1997a, p. 54-55)

A razão comunicativa promove a solidariedade como fato de integração social que é encontrada em esferas normativas como a religião, a ética e a moral. Contudo, são deficitárias em relação a mecanismos de integração como o dinheiro e o poder e também diante do pluralismo e da racionalização da vida social, essas esferas não possuem condições universalistas. (REPOLÊS, 2003, p. 64-66)

Neste sentido, a linguagem utilizada como forma de interação entre indivíduos é o fator que liga a prática social à razão comunicativa, promovendo a solidariedade entre os indivíduos que buscam o entendimento sobre a melhor forma de reger sua vida em comum, o que ocorre utilizando os recursos do direito.

A forma de pensar o direito proposta por Habermas acaba por trazer um instrumento de integração social, capaz de emancipar e estimular, ao invés de reprimir, com vistas a alcançar os objetivos em comum de toda uma coletividade. É nesta capacidade emancipatória que converge uma proposta mais radical de democracia.

### **1.3 A Democracia Procedimental na visão de Habermas**

Como observou anteriormente o direito positivo vem para estabilizar uma ordem social pluralista e complexa onde existe um risco crescente de dissenso e a possibilidade cada vez

maior do uso da ação estratégica em busca do sucesso<sup>2</sup>, acarretando uma possível desintegração social.

Desta maneira, o direito positivo conduz a uma estabilização das expectativas de comportamento ao passo que a normatização conduzida pelo Estado impõe normas coercitivas ao indivíduo. Em um primeiro momento não ocorrerá modificação do conteúdo normativo ou questionamento de sua validade, uma vez que pressupõe que a ordem jurídica em vigor é legítima, vez que houve uma formação anterior da vontade livre e coletiva. Contudo, isto não quer dizer que as normas não estão sujeitas à exames críticos futuros. (HABERMAS, 1997a, p. 59-60)

Essa estabilização produzida pelo direito positivo não gera a extinção do risco de dissenso, mas como o próprio autor afirma “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, 1997a, p. 60).

Desta forma, para a construção e reprodução de uma ordem política em uma sociedade pluralista e complexa, esta necessita da estabilização produzida por uma ordem jurídica. Por isso toda lei é questionável uma vez que foi democraticamente elaborada. Neste âmbito, para que haja uma legitimidade do direito, este precisa que haja o exercício da autonomia pública política. (*Idem, ibidem*)

Diante dessas constatações observa-se que o princípio do discurso que serve de fundamento racional ao direito, também pode ser concretizado no princípio da democracia, ao utilizar os pressupostos do agir comunicativo que servem como justificação das normas jurídicas. (REPOLÊS, 2003, p. 117-118).

Neste movimento, podemos constatar que a democracia é necessária para a própria realização do direito, como também para aferir àquele grau de legitimidade, o que gera o paradoxo no qual para aquele que deseja que seus direitos sejam reconhecidos como legítimos, deverá em primeiro lugar reconhecer o princípio da democracia (REPOLÊS, 2003, p. 118).

Para que haja a formação coletiva da vontade que legitima o direito, é necessário a existência de direitos subjetivos de ação que garantem o livre agir e pensar, sem a necessidade de justificação, no ambiente de uma esfera privada (HABERMAS, 1997a, p. 156).

Deste modo, as liberdades de ação podem ser entendidas como liberdades negativas vez que há a possibilidade do indivíduo se retirar da esfera pública e social, evitando o uso do

<sup>2</sup> Esta não se preocupa em alcançar o consentimento, a sua principal preocupação é alcançar o sucesso individual.

agir comunicativo para o entendimento e optando pela ação estratégica em busca do sucesso na esfera privada (HABERMAS, 1997a, p. 156). Para tanto, o autor esclarece que as liberdades subjetivas:

[...]garantem uma autonomia privada, que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa. Seguindo Klaus Günther, eu entendo a 'liberdade comunicativa' como a possibilidade - pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento - de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. A isso estão ligadas obrigações, das quais as liberdades subjetivas, protegidas pelo direito, eximem. Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. (HABERMAS, 1997a, p. 155-156)

Pode-se concluir que os direitos subjetivos de ação possuem também o papel de proteger os indivíduos da imposição do agir comunicativo voltado para o consenso. Este contraste entre autonomia pública e privada presente nos indivíduos que constituem a sociedade, demonstra que os indivíduos são autores e destinatários de normas positivadas, o que acarreta na ideia de autolegislação (HABERMAS, 1997a, p. 157).

Habermas (*Idem, ibidem*) alerta que “somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral”. Por isso, a coerção jurídica só será legítima e, portanto, respeitada no caso das normas positivas resultarem de uma razão comunicativa onde as liberdades de ação são respeitadas.

Assim, a partir do princípio do discurso junto ao direito, faz surgir o princípio da democracia, uma vez que o agir comunicativo voltado para o entendimento cria a necessidade de regulação de uma vida em comum, expressando uma ideia de autonomia política e para que isso aconteça há a necessidade de se respeitar as liberdades subjetivas de ação (HABERMAS, 1997a, p. 154).

O autor vai além e esclarece que o ordenamento jurídico também deve se preocupar em garantir que haja iguais liberdades subjetivas para todos. "A liberdade de cada um deve poder conviver com a igual (*gleiche*) liberdade de todos, segundo uma lei geral." (HABERMAS, 1997a, p. 157).

O princípio da democracia seria o “núcleo do sistema de direitos, ou seja, é a partir dele que é possível introduzir teoricamente a categoria de direitos que gera o código jurídico ao determinar o status dos sujeitos de direito” (REPOLÊS, 2003, p. 123).

A democracia seria o espaço ideal de fala onde os indivíduos ao agirem comunicativamente não sofreriam interferências externas como a violência, nem tão pouco internas como as ideologias. Habermas sintetiza o caminho percorrido até então:

A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para o exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário* (HABERMAS, 1997a, p. 158)

Para tal, Habermas (1997a, p. 159) propõe que as liberdades subjetivas de ação sejam transformadas em direito fundamental para que cada um e todos tenham garantidos as mesmas liberdades de ação, protegendo seus direitos subjetivos e determinando uma maior participação de todos na vontade livre e coletiva. Esses direitos fundamentais podem ser traduzidos em:

[...]direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas. De modo semelhante, a proibição de extradição, o direito de asilo e, em geral, o *status* material de deveres, o *status* de prestações, a cidadania, etc. significam uma concretização do status geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito. E as garantias do encaminhamento do direito são interpretadas através de garantias processuais fundamentais e de princípios do direito (como é o caso da proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido do mesmo delito, a proibição de tribunais de exceção, bem como a garantia da independência pessoal do juiz, etc.). (Habermas, 1997a, p. 162-163)

A Constituição torna-se o instrumento pelo qual os direitos fundamentais às liberdades subjetivas de ação são garantidos, em virtude daquela ser um instrumento jurídico de uma sociedade que possui *status* superior em uma ordem jurídica, institucionalizando o agir comunicativo em um poder administrativo.

Para tanto, Habermas (1997a, p. 166) ressalta que "toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito".

Assim, os direitos políticos encarados como um dos direitos à liberdade de ação, deve garantir a participação de todos os potencialmente atingidos em todos os processos de



deliberação (consulta e decisão) para que a liberdade comunicativa de cada indivíduo surja para deliberarem sobre as pretensões de validade levantadas. (HABERMAS, 1997, p. 164)

Para Habermas (1997b, p. 310), a única fonte de legitimação do Estado Democrático de Direito são os pressupostos a serem respeitados do agir comunicativo e o processo de formação democrática da opinião e da vontade.

Neste diapasão, o autor reconhece que sem a democracia não há o que se falar de Estado de Direito, portanto ele analisa os modelos clássicos de democracia, inspirado nos Estados Unidos da América, quais sejam, a democracia liberal e a democracia republicana. Para tão logo, elaborar um terceiro viés, procedimental, como crítica ao modelo republicano, o qual denominou de “política deliberativa”. (HABERMAS, 2002, p. 269)

A diferença existente entre o modelo de democracia republicano e o modelo de democracia liberal, consiste de sobremaneira na forma em que realizam o processo democrático. Na concepção liberal, o Estado é criado para servir a sociedade, sendo um instrumento para a concretização através da imposição, dos anseios sociais individuais. (*Idem, ibidem*)

Neste, há uma correlação entre o direito e administração pública, o direito serve como guia de uma concepção clássica de divisão de poderes, com o objetivo de limitar o exercício do poder arbitrário estatal, ou seja, a Constituição de um Estado Democrático de Direito na concepção liberal tem como principal função resolver eventuais conflitos existentes na relação entre Estado e sociedade. É um direito de viés positivista com pretensão de garantir a liberdade individual (HABERMAS, 1997b, p. 305). Assim, o modelo liberal possui as suas vantagens e desvantagens.

Enquanto na concepção republicana, o Estado não é um simples instrumento a disposição da sociedade, muito mais, ele possui uma função de formação social. A política nessa visão é tida como uma “reflexão sobre o contexto de vida ético” (HABERMAS, 2002, p. 270).

Para Habermas o modelo republicano possui vantagens e desvantagens. Ao passo que a vantagem consiste na forma comunicativa dos cidadãos estabelecerem acordos mútuos, o que possui um viés radical democrático. Porém, a desvantagem estaria na idealização dos cidadãos que precisam ser virtuosos para que o processo democrático se realize. (HABERMAS, 2002, p. 276).

Diante desse conflito o autor propõe um terceiro modelo de democracia que "baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo."

(HABERMAS, 2002, p. 277). Isto ocorrerá através do agir comunicativo que elabora normas através do diálogo voltado para o consenso e tem no direito o instrumento garantidor da esfera pública e privada para que o agir comunicativo alcance a finalidade de elaboração de normas.

Pode-se constatar que a democracia para Habermas não é apenas uma forma de governo. A democracia é também uma possibilidade para a sociedade pluralista e complexa. Cada indivíduo pode e conseguirá manifestar suas ideias quando todos puderem se manifestar com a mesma dignidade, igualdade e respeito.

#### **1.4 O papel e legitimidade do Tribunal Constitucional para Habermas**

Ao adentrar a esfera da jurisdição constitucional, Habermas (1997a, p. 297) defende que a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. Para ele, a legitimidade ocorrerá quando há racionalidade no processo legislativo. O processo legislativo deve ser autônomo, sem intervenção dos demais Poderes, como clara alusão ao princípio da separação dos poderes.

No tocante ao direito constitucional, a teoria discursiva do direito proposta por Habermas (1997a, p. 297), terá na jurisprudência a representação dos discursos jurídicos.

A análise de Habermas (*Idem, ibidem*) acerca da jurisdição constitucional consiste na relação entre as competências do legislador e o princípio da separação dos poderes. Há que se destacar que as amplas competências atribuídas ao Tribunal Constitucional não perfazem de modo necessário interferência na separação dos poderes do Estado.

Na sua análise, Habermas usa o modelo do Tribunal Constitucional Federal Alemão, e expõe que este possui inúmeras funções que convergem no tocante a interpretação da constituição para a prática de uma decisão a fim de assegurar a ordem jurídica vigente. Dentre as suas competências, o autor destaca três, como segue:

Se tomarmos como exemplo o Tribunal Federal Constitucional, poderemos distinguir três esferas de competência: as disputas entre os órgãos (inclusive as controvérsias entre a União e os Estados), o controle da constitucionalidade de normas jurídicas (nosso interesse estará dirigido especialmente as leis) e os recursos constitucionais (HABERMAS, 1997a, p. 299).

O autor coloca em primeiro plano que a interferência do Tribunal Constitucional, através do exercício da competência referente ao controle da constitucionalidade de normas jurídicas e os recursos constitucionais, pode ser problemática no que tange ao princípio da separação dos poderes (*Idem, ibidem*).

Isto se deve ao fato do Tribunal Constitucional ser encarregado da uniformização do direito, logo possui autorização para declarar a importância de leis e constitui um órgão superior máximo encarregado com tarefas de reflexão e autocontrole. Neste mesmo sentido, estão dispostos os Tribunais Federais Superiores. (*Idem, ibidem*)

O cerne da problemática se estabelece quanto da análise da competência do governo, como órgão máximo do executivo, que também possui uma tarefa de autocontrole e reflexão administrativas. A problemática se torna ainda maior quando há interferência de um poder no outro no que tange a decisão constitucional de litígios entre órgãos. (*Idem, ibidem*)

As disputas entre os órgãos é o *locus* maior da problemática. O Tribunal possui a competência constitucional técnico-profissional para resolver esses conflitos. Contudo, só poderá usar esta competência, o tribunal que possui os meios de coerção para impor a sua decisão perante os outros poderes (HABERMAS, 1997a, p. 299-300).

Como também ressalta que há problemática no que tange a interferência do Tribunal Constitucional quando este exerce a prática de decisão com o fim de assegurar a ordem jurídica de acordo com o que prescreve a constituição e o sistema de direitos, relativo ao controle de constitucionalidade abstrato, vez que concorre com o legislador que fora legitimado de forma democrática para a elaboração das leis (HABERMAS, 1997a, p. 300).

Diante desse quadro, Habermas (*Idem, ibidem*) sugere que antes que o Poder Judiciário realize um reexame da norma, o próprio Poder Legislativo deveria realizar uma autorreflexão quando da elaboração de normas, com o objetivo de o legislador empreender de melhor forma no processo os princípios e normas dispostos na Constituição.

Isto se realizaria através de criação de comissões parlamentares, onde fosse incluído juristas especializados, acreditando que tal feito contribuiria para a racionalidade do processo legislativo e estaria de acordo com a teoria discursiva. (*Idem, ibidem*)

Ademais, Habermas (*Idem, ibidem*) defende que de acordo com a teoria do discurso é necessário que a separação de poderes se dê de forma assimétrica, ou seja, o Poder Executivo não deve exercer atividades a legislação e a justiça, as quais deveriam ficar a cargo do controle parlamentar e judicial, de forma que não haja inversão de papéis, uma vez que tal caracterizaria a derrocada do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, o autor ressalta que o controle parlamentar deve abster-se ao controle abstrato de normas, uma vez que uma de suas funções primordiais é a elaboração de normas que de acordo com o princípio do discurso são obtidas de forma fundamentada em uma teoria da argumentação, logo, há uma configuração autorreflexiva. Desta mesma maneira, é razoável

que o legislador não interfira na competência relativa aos tribunais de aplicarem o direito (HABERMAS, 1997a, p. 301).

Segundo o autor, o controle judicial de constitucionalidade exercido pelos tribunais deve ter por finalidade aclarar as normas jurídicas e buscar a manutenção coerente da ordem jurídica vigente (HABERMAS, 1997a, p. 302).

A interpretação das normas jurídicas deve ocorrer a luz de uma argumentação racional e ao seguir essa linha de pensamento observa-se que as competências dos Tribunais Constitucionais necessariamente não apresentam uma ameaça ao princípio da separação dos poderes (HABERMAS, 1997a, p. 303-304). Para tanto, Habermas explica que:

As normas de princípio, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos. (HABERMAS, 1997a, p. 306)

Habermas (1997a, p. 338) diferencia as concepções liberais e republicanas acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, para tão logo utilizar a compreensão republicana aplicando a mesma as condições processuais que irão resultar em uma força legitimadora do processo democrático, o qual diz respeito a formação política da vontade.

As bases estariam na força de discursos políticos que comportariam "orientações axiológicas e interpretações de carências, e, com isso, a própria compreensão pré-política de si mesmo e do mundo, a fim de poder transformá-las de forma razoável." (HABERMAS, 1997a, p. 339). As condições do discurso regeriam de forma racional o processo de formação política da vontade de forma que os cidadãos teriam consciência de seu direito à autodeterminação.

O papel essencial do Tribunal Constitucional seria o de proteger a democracia deliberativa, ameaçados por grupos econômicos e de interesses que desejam impor suas vontades privadas ao Estado e conseqüentemente a sociedade. Neste sentido, Habermas esclarece que para alcançar tal fim a política deliberativa deve:

[...] está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam a 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 de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política

da opinião nos círculos informais da comunicação política. (Habermas, 1997a, p. 340)

A teoria do discurso nesse passo rompe com uma concepção ética e idealista acerca da autonomia do cidadão, pois permite que durante o processo deliberativo os melhores argumentos emergjam. E por isso a política deliberativa não é algo raro, ou que seja visto como exceção, ela torna-se a base da formação política da vontade. (HABERMAS, 1997a, p. 345)

Diante dessa perspectiva, ao utilizar uma compreensão constitucional procedimental da jurisdição constitucional a sua legitimação será proveniente da racionalidade do processo democrático e, portanto, terá a liberdade de realizar as suas competências referentes a aplicação do direito visto que o processo democrático que visa defender tem caráter legítimo. (HABERMAS, 1997a, p. 345-346)

Habermas (1997a, p. 346-347) reconhece a necessidade de uma jurisprudência mais ativista no sentido de proteger o procedimento democrático e a política deliberativa de formação da vontade livre e coletiva.

O processo político deliberativo de formação da vontade não deve apenas preocupar-se com a ética das leis. A preocupação também deve girar em torno da harmonização do encontro entre interesses estratégicos e o bem comum (HABERMAS, 1997a, p. 351).

Como também deve preocupar-se com o resgate dos princípios universalistas de justiça no contexto de uma sociedade pluralista e complexa. Desta forma, o conceito de política deliberativa constitui um nexos com a realidade em vez de ser apenas um ideário, pois abre espaço para os diferentes discursos existentes dentro de uma sociedade complexa e plural. (HABERMAS, 1997a, p. 351-352).

Diante do exposto, a jurisdição constitucional na perspectiva de Habermas deve cumprir com as suas competências visando garantir as condições democráticas relativas a política deliberativa, para tanto é necessário a existência da livre circulação de opiniões e vontades no seio da sociedade civil. Isto só ocorrerá caso o Tribunal Constitucional possa assegurar igualmente um espaço público de comunicação, para que as manifestações de soberania popular existam e se concretizem junto aos direitos fundamentais.

Com as ideias elaboradas por Habermas em sua obra *Direito e Democracia*, bem como com a ajuda de obras que possuem correlação, foi possível pensar a forma pela qual a democracia é vista e adotada pelo Estado, instituições e sociedade civil.

Para tanto, ao utilizar a teoria discursiva de Habermas pode-se pensar a democracia e a atuação das instituições, sobretudo aquela relativa a jurisdição constitucional, através de uma lente procedimental e deliberativa. Assim, Habermas recupera o conceito de esfera pública e

privada, bem como de autonomias pública e privada, constituindo um modelo procedimental de democracia que está aliado ao direito e ao agir comunicativo.

## 2. AS CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

### 2.1 A origem do Estado

Para tecer compreensões acerca da construção da Jurisdição Constitucional Brasileira é necessário que o percurso perpassasse por um viés interdisciplinar, tais como, a História, a Antropologia, a Ciência Política, o Direito Constitucional, entre outros (MIRANDA, 2002, p. 32). Em um primeiro momento caberá a análise do surgimento do Estado.

Para Miranda (2002, p. 32-33), existem algumas ideias principais que trazem a necessidade do surgimento do Estado:

- a) Necessidade, em toda a sociedade humana, de um mínimo de organização política;
- b) Necessidade de situar, no tempo e no espaço, o Estado entre as organizações políticas historicamente conhecidas;
- c) Constante transformação das organizações políticas em geral e de formas ou tipos de Estado em particular;
- d) Conexão entre heterogeneidade e complexidade da sociedade e crescente diferenciação política;
- e) Possibilidade de, em qualquer sociedade humana, emergir o Estado, desde que verificados certos pressupostos;
- f) Correspondência entre formas de organização política, formas de civilização e formas jurídicas;
- g) Tradução no âmbito das ideias de Direito e das regras jurídicas do processo de formação de cada Estado em concreto.

Neste sentido, observa-se que o Estado pode emergir entre diversas possibilidades, das mais mistas, complexas e improváveis:

No plano da Antropologia histórica, revelam-se processos mais importantes a conquista, a migração, a aglutinação por laços de sangue ou por laços econômicos, a evolução social pura e simplesmente para organizações cada vez mais complexas. No plano do Direito constitucional comparado e do Direito internacional dos últimos duzentos anos, é também possível tipificar processos como a elevação a Estado de comunidade dependente, a secessão ou o desmembramento de Estado pré-existente. (MIRANDA, 2002, p. 34)

A análise do processo histórico permeará o mundo ocidental, onde há indícios do surgimento da concepção de Estado na Antiguidade e na Idade Média até a estruturação do Estado Moderno europeu que influenciou diversas organizações jurídica-políticas no mundo ocidental (MIRANDA, 2002, p. 38).

Na Antiguidade, especificamente o Estado grego mais conhecido como cidade-Estado chamada de *pólis*. Nesta época, acreditava-se que a sociedade era constituída de forma natural decorrente do fator sociabilidade inerente ao homem (RIBEIRO JÚNIOR, 1997, p. 47 et seq.).

A *pólis* para os gregos era o local onde se reuniam para deliberarem e formarem os seus valores, configurar o convívio social, o que se deu até a formação do Império de Alexandre, o Grande (356-323). (*Idem, ibidem*)

Essa forma de constituição social grega foi o primeiro grande exemplo de ideia de Democracia, uma vez que reinava certa liberdade e mobilidade. A democracia grega, especificamente aquela do período áureo ateniense, não era uma democracia representativa, era exercida de forma direta pelos que eram considerados cidadãos, dos quais não participavam os escravos, por exemplo. Ademais, a ideia de liberdade é diferente da tida nos dias atuais, a liberdade era aquela exercida pelas pessoas que possuíam direitos políticos. Igualmente se dava as ideias de igualdade perante a lei ou isonomia. (MIRANDA, 2002, p. 41)

Contudo, Aristóteles enxergava que se tratava de uma sociedade autoritária visto que o poder era uno e indivisível e apenas exercido por certa parcela da população grega. (*Idem, ibidem*)

Desta forma, observa-se que na Grécia é onde surge as matrizes do pensamento político ocidental, onde há os primeiros questionamentos acerca do poder político. Por isso, foi onde surgiu as primeiras classificações de sistemas políticos:

[...] à visão idealista de PLATÃO (*A República, As leis*) contrapõe-se a visão realista de ARISTÓTELES, com o seu estudo de dezenas de Constituições (*Política*). E da mesma maneira, são diferentes as classificações de formas de governo de um e de outro: em PLATÃO, formas reais – timocracia, oligarquia, democracia, tirania – e ideais – monarquia e aristocracia, politeia (democracia) – e degeneradas – tirania, oligarquia, demagogia. (MONCADA, 1953 apud MIRANDA, 2002, p. 43)

Já o Estado Medieval era influenciado pela doutrina cristã, de onde extraia as suas bases filosóficas. Por causa da fundação do Cristianismo a sociedade passa a ter uma igualdade pautada nos dogmas cristãos e de certa forma uma aspiração a universalidade das leis cristãs, através da propagação da religião para toda a humanidade (STRECK; MORAIS, 2003, p. 21).

Neste cenário, o feudalismo como modo de organização política, social e cultural, além de organização militar é regido por três principais institutos jurídicos, quais sejam: vassalagem, benefício e imunidade. (*Idem, ibidem*).

A vassalagem ocorria em casos onde proprietários de terras pequenas necessitavam de proteção para as suas terras e estes prestavam serviços para o senhor feudal em troca de proteção. O benefício era o contrato estabelecido entre um chefe de família e um senhor feudal para que este reservasse terras para aquele cultivar. E, por fim a imunidade que consistia na isenção tributária concedidas pelo senhor feudal as terras sujeitas ao benefício. (*Idem, ibidem*).



Diante do feudalismo, o Estado Medieval apresentava características como a instabilidade política, econômica e social, pois estava sujeito a guerras e invasões bárbaras. Também a fragmentação do poder em diversos reinos, nobres, entre outros. Sociedade regida pela hierarquia e privilégios, com sistema jurídico consuetudinário. (*Idem, ibidem*).

Há uma certa descontinuidade da passagem histórica entre o Estado Medieval e o Estado Moderno, mas nada alarmante. Contudo, as deficiências da organização social no Estado Medieval determinaram as características de ruptura do Estado Moderno. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 24).

Desta forma, no Estado Moderno o poder está concentrado nas mãos do Rei, que dita as leis que atingem todos os indivíduos. Assim, a falta de demarcação territorial da Idade Média é alcançada pelos limites territoriais precisos do Estado Moderno. Aqui é possível observar que o Estado ressurgiu com a sua acepção plena. (MIRANDA, 2002, p. 51).

Da concentração do poder nas mãos do Rei surge uma crescente institucionalização que ocorre a partir da unificação dos reinos, gerando uma unidade política maior, o que fez o aparelho estatal crescer e se desenvolver. (*Idem, ibidem*).

Ainda cabe mencionar que o surgimento do Estado admite uma análise positiva a partir da Teoria Política, a qual consiste em dois modelos: o modelo contratualista e o modelo ou concepção orgânica. O primeiro modelo traduz-se na crença de que o Estado é artificialmente criado pelos homens para reger uma harmoniosa convivência social. O segundo modelo constitui-se na crença de que o Estado é algo natural ao homem. Estes pontos serão melhor analisados a seguir. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 30-35).

## **2.2 O surgimento do Estado de acordo com a concepção contratualista**

A análise da concepção contratualista é relevante para a compreensão da trajetória percorrida pelo Estado Moderno, assim como para o seu *status* de Estado Constitucional conquistado ao longo dos últimos cinco séculos. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 31).

Como constatou-se anteriormente na concepção contratualista o Estado é formado artificialmente uma vez que os homens que já constituíram-se em sociedade chegam a um consenso para que se coloque fim ao Estado Natural, visto como pré-político e iniciem o Estado Social e Político. (*Idem, ibidem*).

Neste diapasão, a ideia de contrato social nasce para suprir a falta de legitimidade anteriormente existente no Estado Natural, assim como base para o desenvolvimento de um sistema jurídico. (*Idem, ibidem*).

Para uma investigação ainda mais pormenorizada será utilizado as principais ideias de alguns pensadores, como Hobbes, Locke e Rousseau para expressar as vertentes contratualistas.

Hobbes caracteriza o Estado através do *Leviatã* (também é o nome de sua obra), que é uma espécie de monstro mitológico. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 33).

Dessa forma, Hobbes propõe que o Estado emergiu da necessidade dos homens de se defenderem uns dos outros, bem como das invasões estrangeiras. Assim, todo o poder foi transferido a um homem ou a uma assembleia de homens para que este representasse todos os outros. O *Leviatã* seria formado pela vontade de cada indivíduo através de uma espécie de consenso em aceitar e se ver representado nos desígnios estabelecidos por um homem ou uma assembleia de homens (STRECK; MORAIS, 2003, p. 33-34). Consta-se que Hobbes era um dos principais pensadores do regime absolutista.

Hobbes via no Estado Natural uma permanente guerra de todos contra todos. Neste Estado todo o homem possui direito a tudo, sendo este podendo ser utilizados da forma que convier ao homem no intuito de autopreservação. Para cessar essa constante guerra de todos contra todos é necessário a realização do pacto social, renunciando todas as coisas em busca da liberdade recíproca. (HOBBS, 1993, p. 78-103).

A sociedade e o Estado no pensamento de Hobbes, é uma construção conjunta. Assim, nasce o poder soberano onde os demais se submetem as vontades de um (ou de uma assembleia de homens), poder este decorrente de um contrato.

Diferentemente, o pensamento de Locke é que o homem está imerso em um contexto histórico, o que não acontece com Hobbes. Logo, o homem sofre influência das épocas anteriores e da época presente. Assim, o *estado de natureza* seria natural ao homem, onde ele poderia gozar de toda a liberdade imposta pelas leis da natureza. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 35).

Para uma melhor compreensão do pensamento de Locke é necessária uma imersão histórica. Desta forma, destaca-se a Inglaterra do Século XVII onde ocorria uma disputa pelo poder real, pela Dinastia Stuart. Este fato foi determinante, visto que esta dinastia presava pela permanência do absolutismo e do já constituído parlamento. De outro lado, estavam os representantes da burguesia que presavam pela mudança da configuração do poder, adotando um regime liberal que ajudaria a expandir o comércio, base dessa classe social. (PAZZINATO; SENISE, 2004, p. 86-87)

Nos anos seguintes, a Inglaterra foi palco de diversas disputas políticas, tais como a Revolução Puritana de 1640, onde houve vitória do parlamento em face do rei Carlos I,

reforçando o poder deste instituto. Mais adiante, contudo, houve uma restauração breve da monarquia onde a Dinastia Stuart retornou a Inglaterra. (PAZZINATO; SENISE, 2004, p. 88)

Não perdurou por muito tempo, visto que a Revolução Gloriosa retirou o rei Jaime II, da Dinastia Stuart, colocando fim ao regime absolutista e inaugurando o período do liberalismo político. Neste período, o parlamento também ficou ainda mais fortalecido e foi quando surgiu o *Bill of Rights* em 1689, uma declaração de direitos e liberdades que também estabeleceu a sucessão real no poder. (PAZZINATO; SENISE, 2004, p. 89)

Locke estava imerso nesse período de constantes transformações sociais e foi um dos maiores influenciadores do liberalismo político, visto que defendia a liberdade, “o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade, cernes do pensamento liberal.” (STRECK; MORAIS, 2003, p. 36). Logo, havia uma crescente valorização do indivíduo.

Para Locke o pacto social é necessário para preservar e ampliar os direitos existentes no *estado de natureza*, este é aquele marcado pela igualdade e liberdade, onde os indivíduos são dotados de razão e propriedade. A propriedade era referente a vida, liberdade e bens. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 38). Aqui Locke se distancia de Hobbes, uma vez que difere o estado de natureza do estado de guerra. Para Hobbes o estado de natureza é o estado de guerra.

O autor acrescenta que o trabalho advém da propriedade e aquele é anterior a formação da sociedade, pois já existia no *estado de natureza*. Desta forma, o pacto social é necessário para proteger a propriedade, onde o Estado é visto como forma de resolução de todos os inconvenientes. Ressaltando que a formação do Estado era decorrente do princípio da maioria. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 37)

Em Locke encontramos alguns fundamentos úteis a construção de um constitucionalismo democrático. Um deles, seria o direito de resistência. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 36-37). Em que Locke dispõe que quando há um governo tirano que viola a propriedade de forma constante, o povo tem o direito de se opor a esse governo e destituí-lo.

Por fim, resta a compreensão das ideias de Rousseau cuja as ideias apresentaram diferenças em relação aos demais autores. Rousseau via no *estado de natureza* uma categoria histórica que será necessária para o entendimento do homem inserido em comunidade. Assim o homem seria um ser histórico. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 38)

Para Rousseau quando há o primeiro vestígio de marcação territorial por parte dos homens origina-se a propriedade e desta advém a desigualdade. A desigualdade seria a base da hostilidade dos homens. (*Idem, ibidem*)

O autor acredita que os homens nasceram livres e bons, tendo o processo civil formado de uma sociedade o corrompendo, visto que teve épocas em que o mais forte reinava sobre os mais fracos. Neste sentido, o contrato social era necessário para garantir novamente a liberdade dos homens, ao preservar os homens dos próprios homens e conjuntamente os seus bens. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 39)

Rousseau também influenciou as transformações sociais decorrentes de sua época. Dentre a mais marcante, destaca-se a Revolução Francesa de 1789, onde surgiu o Estado Moderno. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 44).

Desta forma, a Revolução Francesa foi o marco do nascimento do Estado Moderno uma vez que rompeu com a ordem dominante, qual seja a monarquia e modificou a hierarquia social uma vez que houve a ascendência da burguesia ao poder, o que gerou transformações sociais, políticas e culturais. (PAZZINATO; SENISE, 2004, p. 126-129).

Diferentemente das Revoluções Inglesas, a Revolução Francesa transcendeu territórios, uma vez que houve a propagação dos ideários da revolução por todo o Continente Europeu e pelas Américas (PAZZINATO; SENISE, 2004, p. 129). A perspectiva liberal trouxe a urgente necessidade da consagração e alargamento dos direitos do homem, o que ocorreu na inclusão dos direitos sociais nas Constituições posteriores. (PAZZINATO; SENISE, 2004, p. 126).

Ademais, o Constitucionalismo veio como instrumento onde estão estabelecidos as regras e processos jurídicos surgidos ao longo das transformações sociais e políticas do Estado. Como será observado mais adiante.

### **2.3 O fenômeno do Constitucionalismo**

A Constituição tal como a concebemos nos dias atuais possui base no Estado Moderno, sendo fruto das revoluções dos séculos XVII e XVIII (NETO; SARMENTO, 2012, p. 52). O constitucionalismo moderno possui características como a limitação do poder estatal, visando que haja mais garantia aos direitos dos governados do que um poder absoluto a ser exercido pelo Estado.

Para que se chegue no constitucionalismo moderno, faz-se necessário compreender as outras formas do constitucionalismo, quais sejam: o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo medieval, frutos, respectivamente, da Antiguidade e da Idade Média. (*Idem, ibidem*)

Como foi visto anteriormente, na Grécia Antiga vigorava a democracia direta, onde aqueles que eram considerados cidadãos reuniam-se em praça pública para debaterem questões para formar as regras do convívio social, julgarem questões envolvendo seus membros, dentre outras. Os cidadãos na Grécia Antiga eram aqueles considerados homens livres. As mulheres, os escravos, os estrangeiros e seus descendentes assim não eram considerados.

A Constituição na Grécia Antiga estava representada na chamada *politeia* que seria uma organização política formada por uma assembleia de cidadãos que seriam responsáveis pelo processo político da época. Esse processo político tinha como objetivo o bem comum. Contudo, ainda assim era diverso do modelo jurídico de Constituição tal como concebido atualmente que possui preocupação em proteger direitos individuais. (*Idem, ibidem*).

Na Idade Média não havia uma centralização do poder político que era composto por inúmeros reinos. Cada reino era responsável pela criação de suas normas, pela prestação jurisdicional e pelo uso da força. Assim, não era possível a criação de uma Constituição como concebida no período moderno, que rege e representa a todos. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 53).

O mais parecido a ideia de Constituição eram os pactos estamentais entre reinos que reconheciam certos direitos e impunham certas limitações:

Destes pactos estamentais, o mais conhecido é a Magna Carta, firmada em 1215 na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra, pelo qual esse se comprometia a respeitar determinados direitos dos nobres ingleses. O Rei se obrigava, por exemplo, a não criar novos tributos sem prévia autorização dos nobres, concedida em assembleia, obtendo, como contrapartida, o reconhecimento do seu poder. A esses pactos faltava, contudo, a universalidade que caracteriza as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos, mas apenas liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 53).

O constitucionalismo moderno é apresentado em três vertentes, quais sejam: o modelo inglês, o modelo francês e o modelo norte-americano. Este constitucionalismo tem por base a garantia dos direitos individuais, como forma de limitar o poder estatal, bem como a legitimação do poder pelo consentimento da maioria o que dá origem a democracia representativa. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 55).

O marco do Constitucionalismo inglês remonta ao século XVII, onde predominou diversas transformações sociais e políticas. Nessa época houve um crescente aumento político do Parlamento que demonstrava preocupação em garantir os direitos individuais. Nesse período foram emitidos três principais documentos garantindo alguns direitos individuais e impondo

limites ao poder monárquico: *Petition of Rights* (1628), *Habeaus Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). (CANOTILHO, 2003, p. 55-56).

Cabe ressaltar que o constitucionalismo inglês é conhecido por respeitar suas tradições e costumes. Desta forma, não há uma Constituição inglesa que seja escrita. Trata-se de um Direito Constitucional Consuetudinário, formado por princípios da *commom law* de criação dos tribunais, textos apartados e outros. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 56). O Parlamento inglês é o órgão supremo e responsável por editar as leis que não poderão ser alteradas por outro órgão. O modelo inglês não possui muitos adeptos no período atual em que vigora as constituições escritas.

Já o Constitucionalismo francês como já observado possui como base a Revolução Francesa de 1789. Do ponto de vista da Teoria Constitucional, a Revolução Francesa se apresentou como uma ruptura tão profunda e radical que foi o marco da teoria do Poder Constituinte, uma vez que fundou uma nova ordem jurídica. (CANOTILHO, 2003, p. 58).

A nova ordem jurídica foi aquela estabelecida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que trazia em seu corpo direitos individuais universais. Diferentemente do modelo inglês, na França reinou a supremacia do Poder Legislativo, o qual seria responsável pela edição das leis. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 57).

Entretanto, tal direcionamento ao Poder Legislativo, fez com que no modelo francês prevalecesse um sistema legalista formalista, no qual os juízes apenas eram responsáveis pela aplicação da lei, não podendo emitir qualquer parecer sobre o conteúdo da lei em si. Isto, foi decorrente da desconfiança nutrida ao longo da história ao Poder Judiciário que era fortemente ligado ao Antigo Regime. (*Idem, ibidem*).

Por mais que o marco constitucional esteja relacionado a Revolução Francesa, este não foi o único evento que gerou transformações sociais e políticas. Houve períodos de instabilidade e transformação e cada um deles fez com que existissem diversas constituições francesas que permearam estes diversos períodos. (*Idem, ibidem*).

Apesar do modelo francês apresentar características de supremacia do Poder Legislativo no que tange a Constituição e isto ter influenciado diversos países ao longo do século XX e XXI. Atualmente, consolida a possibilidade da jurisdição constitucional, o que será visto em momento oportuno. (*Idem, ibidem*).

Como última vertente do constitucionalismo moderno, o modelo norte-americano que teve como seu marco a Constituição de 1787, aprovada por todos os estados. Esta Constituição ainda em vigor é demasiadamente sintética e generalista, possui alguns poucos artigos e foi reformada poucas vezes. (CANOTILHO, 2003, p. 59). Isto, favorece a interpretação

constitucional que pode ser renovada de modo a modificar-se ao passo que atualiza as normas estabelecidas na Constituição sem a necessidade de alteração formal.

Assim, “no modelo constitucional dos Estados Unidos, a supremacia da Constituição não é apenas uma proclamação política, como na tradição constitucional francesa, mas um princípio judicialmente tutelado” (NETO; SARMENTO, 2012, p. 58). Isto posto, o Poder Judiciário pode reconhecer a validade da norma em face da Constituição através do sistema do *judicial review*. (CANOTILHO, 2003, p. 60).

Este sistema possui diversas contestações acerca da legitimidade dos órgãos do Poder Judiciário em proferirem juízes de validade acerca das leis estabelecidas pelos representantes do povo. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 58).

O constitucionalismo norte-americano é relevante pois foi o que concebeu o sistema de freios e contrapesos maximizando o instituto da separação de poderes, assim como também instituiu o sistema presidencialista e o Estado Federal. (*Idem, ibidem*).

O modelo norte-americano possui um viés democrático e liberal, uma vez que o povo se autogoverna e também há uma preocupação em garantir a liberdade individual de cada um em face de uma maioria. (*Idem, ibidem*).

Cabe ainda mencionar de forma resumida a evolução do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social que modificou e ampliou diversas funções estatais, inclusive o alcance das próprias constituições. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 59).

Neste diapasão, o constitucionalismo liberal é aquele preocupado em limitar os poderes do Estado para garantir uma maior liberdade individual, o que acontecia principalmente pela adoção da doutrina da separação dos poderes. Na concepção econômica correspondia a ideia de não intervenção do Estado na economia. (*Idem, ibidem*).

Promovia a igualdade formal, onde não havia hierarquia social rígida como no Antigo Regime. Todos eram iguais perante a lei, contudo, apenas parte da população que possuía considerável *status* econômico que podia participar das decisões mais importantes. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 60).

A grande desigualdade econômica, a falta de igualdade material e a desconsideração da dignidade humana fizeram emergir um novo constitucionalismo que seria o social. Este constitucionalismo era caracterizado pela intervenção estatal com o objetivo de disciplinar o mercado garantindo desenvolvimento e estabilidade econômica. (*Idem, ibidem*).

O Estado também passou a atuar no intuito de garantir cada vez mais a igualdade material através de políticas públicas. Desta forma, constata-se que o constitucionalismo social não veio para exterminar o constitucionalismo liberal, mas sim utilizar as suas características

positivas acrescentando elementos de justiça social e bem-estar coletivo. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 61).

Diante do exposto, fica claro o caminho percorrido no processo de formação da sociedade organizada e do Estado visto as diversas teorias apresentadas. Nesta etapa, ficou evidenciado o lento processo de conquistas das liberdades individuais e dos direitos humanos. Processos este que andam junto com o desenvolvimento da democracia, o que irá ser explorado no próximo ponto.

#### **2.4 A Democracia em sua concepção tradicional**

Nessa parte da pesquisa comportará a difícil tarefa de abordar alguns conceitos de democracia tendo considerado as suas várias vertentes e o seu papel ao longo da história. Não tem-se a pretensão de aprofundar por demais neste assunto, apenas o objetivo de rever algumas compreensões sobre democracia para ajudar a identificar certos aspectos desta pesquisa.

Apurou-se de forma rápida que a democracia direta possui origem na Grécia, mais precisamente em Atenas, onde os considerados cidadãos se reuniam-na *pólis* para exercer diretamente o poder político. Esse poder política era exercido buscando o bem de todos. Ressaltando que os cidadãos eram os homens livres, dentre os quais não faziam parte as mulheres, os escravos, os estrangeiros e seus descendentes.

A crítica à democracia direta ateniense comportava-se no fato de existirem muitos escravos à época que não possuíam representação política, uma vez que apenas os homens livres tinham tal direito, e estes eram parcela ínfima da população. Neste sentido, alguns apontam que na verdade, na Grécia Antiga vigorava uma “democracia minoritária ou aristocracia democrática” (BONAVIDES, 2012, p. 289).

Os gregos consideravam três características essenciais para que houvesse democracia: isonomia, isotimia e isagoria (BONAVIDES, 2012, p. 291). A isonomia proclamava que todos deveriam ser iguais perante a lei, sem que houvesse qualquer tipo de distinção. Já a isotimia proclamava o fim dos títulos ou hereditariedade que viessem a ser utilizados como instrumento de participação no sistema político, as funções públicas eram abertas a todos os homens livres. A aristocracia dotada de privilégios seria a antítese do ideal democrático grego. Por fim, a isagoria seria o reconhecimento do direito de todos os cidadãos de manifestarem-se acerca de todos os assuntos nas assembleias populares.

Assim, observa-se que as características da democracia grega destoam das modernas democracias. Os princípios em volto da democracia grega são um pilar necessário e essencial



para o desenvolvimento da democracia moderna, por isto a sua importância. Inclusive a isonomia fora transfigurada para a ideia de igualdade que permeou a Revolução Francesa.

A democracia direta tal como concebida na Grécia perdeu espaço ao longo dos anos, visto que houve uma expansão considerável da população, o que não permitia que todos se representassem, assim como o ideal de bem comum passou a dar lugar aos interesses particulares com a valorização individual ao passar dos anos. Desta forma, viu-se o declínio da democracia direta grega. (BONAVIDES, 2012, p. 293-294).

Neste diapasão emerge a democracia indireta ou representativa. Este sistema representativo tornar-se essencial ao pensar no Estado Moderno e todas as suas características. O Estado Moderno pelo seu largo território é visto como Estado-nação, diferentemente do Antigo Regime onde havia diversos reinos e por isto diversas ordens jurídicas. Ademais, ainda possui o elemento unificação política que acabou por gerar supremacia sobre todas as outras instituições sociais. (BONAVIDES, 2012, p. 294)

Assim, a democracia indireta possui raízes históricas nas Revoluções Inglesas do século XVII. Não seria possível fugir do advento da democracia indireta, caso contrário nenhum governo se firmaria diante da complexidade social, a extensão e a densidade demográfica do Estado Moderno. Desta forma, condenando a democracia direta tal como exercida na Grécia. Apenas, alguns institutos permearam ao longo do tempo. (*Idem, ibidem*)

A democracia indireta seria aquela caracterizada pelo exercício da soberania popular de forma indireta, assim o povo que é a fonte originária do poder transfere esse poder a representantes que exercerão funções de governo e que serão eleitos periodicamente. Dentre suas principais características:

A moderna democracia ocidental, de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale* do Contrato Social de Rousseau); o sufrágio universal com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre; a temporariedade dos mandatos eletivos; e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem. (BONAVIDES, 2012, p. 295)

As características apresentadas formam uma sólida modelagem para as práticas democráticas tais como exercidas nos dias atuais.

Ademais, há que mencionar uma terceira forma de democracia de cunho contemporâneo e misto. Trata-se da democracia semidireta. Esta possui alguns dos institutos da democracia representativa, contudo, com o acréscimo de alguns instrumentos de participação popular, típicos das democracias participativas. (SILVA, 2013, p. 145).

De certa forma a democracia semidireta com os seus institutos de participação popular acaba por aproximar a democracia representativa da democracia direta, vez que o povo pode se manifestar de forma direta ao utilizar certos instrumentos de participação como por exemplo plebiscito. (BONAVIDES, 2012, p. 295-296)

Bonavides (2012, p. 296), adverte que na democracia semidireta o povo não sofreria alienação política tal como na democracia representativa, onde a sua participação era restrita apenas ao seu voto. Mais do que isso, na democracia semidireta o povo passa a ter papel jurídico, além do papel político, uma vez que tem participação em procedimentos legislativos.

Isto torna-se mais claro com os instrumentos políticos criados para a participação popular, quais sejam: o referendo, a iniciativa popular, o plebiscito, o veto popular, o direito de revogação e a ação popular. (SILVA, 2013, p. 143-144; BONAVIDES, 2012, p. 296).

Apenas o referendo, a iniciativa popular, o plebiscito e a ação popular são reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente. Os três primeiros estão dispostos no art. 14, III e regulado no art. 60, §2º da Constituição de 1988:

Art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular;

[...]

Art. 60 – [...]

§2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

O berço da democracia semidireta foi o Pós Primeira Guerra Mundial, em que as instituições democráticas estavam em crise. O país representante desse modelo foi a Suíça que irradiou seus institutos para todo o continente europeu. (BONAVIDES, 2012, p. 297).

Com o advento do constitucionalismo moderno, como já estudado, houve o desenvolvimento dos instrumentos de participação popular. Contudo, também houve um aumento da participação dos partidos políticos que acabaram por abarocar boa parcela do exercício político. Atualmente com a descrença nos partidos políticos, pode ocorrer a reversão

desse quadro, onde os instrumentos de participação passam a ganhar importância e destaque novamente. (BONAVIDES, 2012, p. 298).

Ante ao exposto, fica demonstrado as linhas argumentativas clássicas que deverão ser levadas em consideração junto com a compreensão de democracia procedimental vista no primeiro capítulo, para então analisarmos a atuação do Tribunal Constitucional Brasileiro.

### 3. UMA ANÁLISE ACERCA DA JURISIDÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

#### 3.1 A Teoria do juiz Hércules de Ronald Dworkin

Por certo a Filosofia do Direito de Ronald Dworkin ao expor os conceitos do juiz Hércules na obra *Império do Direito* ajudará a esclarecer alguns pontos acerca da atuação do magistrado em *hard cases* (casos de difíceis soluções), e adotando a analogia poderemos compreender melhor a atuação do Tribunal Constitucional Brasileiro.

Dworkin (2002, p. 131) desenvolve o evento do *hard case*, aquele em que não há resolução em texto legal para resolução da lide, apresentando quais tipos de argumentações o juiz deve se valer para decidir.

Neste contexto, o autor faz distinção entre os argumentos de política e os argumentos de princípio. (DWORKIN, 2002, p. 129). Os primeiros são aqueles que demonstram o fomento ou proteção a algum objetivo coletivo, considerados relevantes para a comunidade como um todo. Já os argumentos de princípio são aqueles que justificam determinadas situações em que se respeita ou assegura um direito individual ou de um determinado grupo.

O autor sustenta que ambos os argumentos possuem um liame fronteiro entre as funções do legislador e do juiz, distribuindo responsabilidade política entre eles. Diante deste liame, Dworkin (2002, p. 129-131) propõe que o legislador utilize argumentos de princípio e de política, mas um juiz ou tribunal somente utilize argumentos de princípios e isso não indicaria que estão legislando.

Neste sentido, afirma o autor sobre a necessidade de que juízes utilizem argumentos de princípio em casos difíceis. Com argumentos de princípio é que cabe ao Tribunal efetuar revisão judicial, pois estará atuando para atingir o objetivo essencial da democracia, conforme concebida pelo autor. (DWORKIN, 2002, p. 129-131).

O autor reconhece explicitamente a Constituição como “mãe e guardiã da democracia” (DWORKIN, 1999, p. 476) e engendra que a Constituição torna possível a democracia, pois seria o objetivo por ela perseguido. A democracia, portanto, seria de expressão constitucional.

Desta forma, o autor defende que a Constituição expressa princípios, e, por isso, não se pode compreender que ela pare no tempo para atender às ideias de um determinado governo, de uma determinada época. Em clara crítica ao historicismo que levava os intérpretes a entender que as intenções geradoras esgotariam totalmente a Constituição. Assim esclarece que:

[...] na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça. Isso não poderia ser obtido

através da forma frágil de historicismo, que liga os juízes às opiniões concretas dos governantes históricos que criaram cada direito, até onde tais opiniões concretas possam ser descobertas, mas pede-lhes para utilizar algum outro método de interpretação quando os fundadores da Constituição não tinham nenhuma opinião, ou quando esta perdeu para a história. É uma fórmula infalível para produzir incoerência no esquema constitucional que gera, porque os fundadores, em diferentes épocas, tinham opiniões concretas diferentes sobre as exigências da justiça, e porque os juízes que usam métodos não históricos quando essas opiniões não podem ser recuperadas terão opiniões concretas diferentes daquelas de qualquer fundador. O historicismo forte liga os juízes às intenções históricas concretas de modo ainda mais firme: exige que tratem essas intenções como se esgotassem totalmente a Constituição. Mas isso equivale a negar que a Constituição expressa princípios, pois não se pode considerar que estes parem ali onde também param o tempo, a imaginação e os interesses de algum governante histórico. A Constituição leva os direitos a sério; já o mesmo não se pode dizer do historicismo. (DWORKIN, 1999, p. 441).

A par disso, o autor desenvolve a ideia de direito como integridade, voltando para o passado e futuro, requerendo uma leitura dinâmica, integrando a interpretação à prática constitucional, a fim de verificar o direito como um todo coerente.

Para chegar a essa interpretação contínua ou integrativa, Dworkin (1999, p. 277-278) aponta duas fases necessárias: da adequação e do ajuste. Na fase da adequação, deve-se verificar quais são as interpretações compatíveis com os capítulos anteriores<sup>3</sup>. Mas, caso o intérprete entenda que há mais de uma compreensão possível, “que nenhuma interpretação isolada se ajusta ao conjunto do texto, mas que mais de uma o faz”, deve passar à segunda fase, que “vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento” (*Idem, ibidem*).

A figuração montada por Dworkin tem o objetivo de fazer com que os magistrados busquem em conjunto de argumentações de princípio, a melhor interpretação, que maximize a estrutura de princípios.

Desta maneira, Dworkin (2002, p. 165) desenvolve a figura de um juiz imaginário para descrever o raciocínio que deve ser desenvolvido para um julgamento coerente em casos difíceis. Cria, assim, o “juiz Hércules”, utilizando-se de personagem da mitologia grega, com capacidades sobre-humanas e que concebe o direito como integridade.

A figura do juiz Hércules, em Dworkin, tem o intuito de demonstrar como o juiz pode chegar à resposta certa em casos difíceis. Esse juiz com poderes inimagináveis dispõe do tempo que quiser para tomar decisões. A figura mitológica investida em juiz é capaz de analisar todo o ordenamento jurídico e precedentes para extrair deles os princípios subjacentes que bem

<sup>3</sup> O autor utiliza o romance como analogia para ao sistema interpretativo ora analisado.

direcionam ao significado substantivo da moral básica. Hércules deve encontrar a resposta que resista a todo tipo de contra argumentação. (*Idem, ibidem*).

Com essa exemplificação, o autor não quer referir que juízes possuem poderes sobre-humanos, mas sim deseja traçar um modo de busca de decisão ideal, com observância na integridade do direito (análise do conteúdo normativo disponível) e do objetivo democrático (igualdade de *status* entre os cidadãos). Pretende compor um caminho de busca de decisão baseada em argumentação de princípio. Isto porque torna-se uma tentativa dos juízes a busca pela resposta certa, mas considerando todas as limitações, elas podem não ocorrer. Assim, explica o autor:

Disse que Hércules, que tem habilidades sobre-humanas e, por isso, trabalha rapidamente, poderia preparar de antemão toda uma teoria política, ricamente detalhada, com a qual poderia então enfrentar casos específicos difíceis. Não foi minha intenção sugerir que os juízes mais comuns de fato fazem a mesma coisa, embora desempenhem suas funções até onde o uso completo de suas habilidades e de seu tempo mais limitados lhes permitem. Foi minha intenção, no entanto, dizer que fazem parcelas bem pequenas do mesmo trabalho, como e quando a ocasião assim requer, de modo que não produzem uma teoria geral, mas, na melhor das hipóteses, pequenos trechos de uma teoria geral ou, como sem dúvida freqüentemente ocorre, trechos de teorias diferentes. Mesmo fazendo isso, baseiam-se não em um estudo filosófico formal, mas em ideias intuitivas do que um esquema mais geral justificaria, feitas mais articuladas pela experiência de defender suas intuições diante de casos reais e hipotéticos proporcionados pela prática. (DWORKIN, 2002, p. 549).

Hércules é guiado pelo senso de integridade constitucional, verificando a melhor solução possível para a prática constitucional. Tal é o sentido da responsabilidade que Dworkin quer aferir à jurisdição, ou seja, na busca por argumentos de princípios quando se depara com casos difíceis que Hércules é a simbologia dessa observância, alçando a jurisdição à protetora dos princípios, aplicando os sentidos que se manifestam democraticamente na constituição, decidindo através de argumentos de princípio.

Por último, o autor faz uma advertência quanto à atuação da jurisdição, contudo reconhece que esta é um mecanismo promissor da democracia:

Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade de poder político seriam destruídas. Mas agora estamos considerando apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas. Não é fácil perceber como devemos examinar se e quando os cidadãos individuais perdem, em poder político, se forem atribuídas aos tribunais algumas dessas decisões. Mas parece plausível que – seja como for que se meçam perdas de poder político – que alguns cidadãos ganham mais do que perdem. [...] Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal. (DWORKIN, 2001, p. 31-32)

Nesse teor, Dworkin admite que a revisão judicial pode errar e atingir uma decisão antidemocrática ao buscar pela decisão certa, porém a tentativa de alcançar a resposta correta, justifica sua existência.

Por tudo isso, observa-se que Dworkin enfatiza a Constituição como verdadeira fonte da democracia, buscando destacar que a interpretação deve ser construída de acordo com argumentações principiológicas, conferindo e esclarecendo concepções sobre justiça e concepções moralmente esperadas.

### **3.2 Uma análise acerca do fenômeno do neoconstitucionalismo e sua influência no Brasil**

Visando consolidar as informações anteriores de aspecto iniciador, não de modo tardio, mas para corroborar ao contexto delineado no Brasil, pertinente alguns delineamentos acerca da figura do neoconstitucionalismo.

Assim, no capítulo anterior, o constitucionalismo mostra-se como uma evolução de documentos que limitam a atuação estatal, com o fito de reconhecer direitos fundamentais do indivíduo, além de conferir algum poder de deliberação política. Já no que tange ao neoconstitucionalismo, encontra-se um importante intuito da consolidação desses direitos.

Para Barroso (2005, p. 3-5) esse novo constitucionalismo possui três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico.

Como marco histórico, assinala a reconstitucionalização da Europa após a Segunda Guerra Mundial e ao longo do século XX, redefinindo a posição da Constituição e a “influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”, aproximando as ideias do constitucionalismo e da democracia, produzindo uma forma política que é rubricado com vários nomes, tais como “Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático” (BARROSO, 2005, p. 3).

Estatui como a principal referência, a Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição Alemã, de 1949, especialmente com a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. Já no Brasil, Barroso dá destaque histórico à redemocratização do país, com a Constituição Federal de 1988, que promoveu a travessia de um estado autoritário e violento para um Estado democrático de direito (*Idem, ibidem*).

Com efeito, embora se constate um atraso na redemocratização, bem como reconstitucionalização do país, a Constituição de 1988 produziu e ainda produz um expressivo período de estabilidade institucional, pois sob sua vigência, a história brasileira já vivenciou a destituição por impeachment de um Presidente da República, denúncias de esquemas de

financiamento eleitoral, eleição de Presidentes da oposição, dentre outros episódios. (*Idem, ibidem*).

Como marco filosófico, Barroso (2005, p. 4) elege o pós-positivismo, pela reaproximação do Direito com a filosofia, além de desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais calcada na dignidade humana.

Por sua vez, como marco teórico, Barroso (2005, p. 5) aponta três grandes transformações de paradigma. A primeira dessas transformações é o reconhecimento da força normativa dos dispositivos constitucionais, não restringindo o código a um documento essencialmente político.

Num primeiro momento, a concretização das propostas constitucionais ficava à cargo do legislador e à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo qualquer papel relevante ao Judiciário. Mas essa perspectiva começou a ser alterada no período pós-guerra. Esse debate sobre a força normativa da constituição só adveio ao Brasil na década de 80, enfrentando resistências do regime político até então implantado. (BARROSO, 2005, p. 6).

A segunda transformação apontada é a expansão da jurisdição constitucional, modelo inspirado pela experiência norte-americana, a qual preconizava a supremacia da constituição. O enredo orientava-se pela constitucionalização dos direitos fundamentais, com o intuito de imuniza-los no processo político majoritário, cabendo ao judiciário a proteção da observância desses direitos. (*Idem, ibidem*).

Já no Brasil, a expansão da jurisdição constitucional se deu a partir da Constituição Federal de 1988, pois ampliou-se o rol dos legitimados na propositura de ações de controle concentrado, inclusive inserindo mais mecanismos processuais de demanda, como o mandado de injunção. Além disso, desenvolveu-se um sistema híbrido do controle de constitucionalidade no Brasil, onde comporta o controle concentrado e difuso de constitucionalidade. (BARROSO, 2005, p. 7).

E por fim, como terceira transformação do ponto teórico, Barroso (2005, p. 8) o surgimento de uma nova interpretação constitucional, diante da carência da tradicional interpretação. Assim "deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico." (*Idem, ibidem*).

Para tanto, o autor expõe:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser



integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente: (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2005, p. 9)

Para realizar a interpretação conforme acima exposta, é necessário a inclusão de “cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação”. (*Idem, ibidem*)

Ressaltando que no caso brasileiro, por termos uma constituição recente, este processo relacionado a nova interpretação constitucional ainda encontra-se em desenvolvimento. (BARROSO, 2005, p. 8-9)

Essas ponderações reforçam a importância da verificação teórica da democracia procedimentalista expostas no primeiro capítulo, pois esta reconhece a importância da jurisdição constitucional como instrumento para a manutenção e o desenvolvimento da democracia, onde a sua atuação, principalmente diante de casos difíceis, ou, em outras palavras, diante de casos que não possuem normatização pronta, deve preocupar-se em garantir os direitos fundamentais e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

É latente que democracia e neoconstitucionalismo desenvolvem uma comum existência, mas ao ser problematizada tal convivência, remete-se a teoria procedimental, com o intuito de verificar a tensão dali proveniente. Esse é o amparo que o estudo tem, pois ao mesmo tempo que coloca lado a lado ou concomitantemente os ideais democráticos com o novo constitucionalismo, percebe-se além da ampla convivência abstrata, um choque quando pensadas em âmbito concreto.

Neste sentido, ainda é necessário retomar o contexto histórico constitucional no Brasil, a fim de se refletir a sua evolução judicial, tarefa esta que se desenvolverá adiante.

### **3.3 Aspectos históricos da Jurisdição Constitucional Brasileira**

Não se pretende aqui esgotar o enredo histórico, apenas apresentar os contornos importantes para a formação da instituição do Supremo Tribunal Federal que se tem hoje, de

acordo com o advento das Constituições. Nesse passo, passa-se a vislumbrar o caminho brasileiro da jurisdição constitucional.

A primeira Constituição brasileira foi a Constituição do Império, que vigorou de 1824 a 1889, marcada pela influência da Constituição Francesa de 1814. A guarda da Constituição ficou ao encargo do Legislativo, mas havia também a previsão do Poder Moderador, o qual foi responsável pela organização política da época, visto que tratava-se de um poder com competências relacionadas a inspeção sobre os demais poderes e as decisões políticas. (LENZA, 2012, p. 101).

Eleita a Assembleia Constituinte em 1890, a primeira Constituição da República foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, tendo por relator o então Senador Rui Barbosa. Houve uma reforma em 1926 e a Constituição vigorou até 1930. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 84).

Nesse sentido, há uma grande influência de Rui Barbosa no pensamento constitucional brasileiro, vez que inspirado pela Constituição norte-americana, impulsionou o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade sobre leis federais e estaduais. O sistema de governo se consagrou presidencialista e a forma de Estado Federal, gerando a forma de governo republicana. O Poder Moderador foi extinto e adotou-se a clássica forma de tripartição dos poderes preconizada por Montesquieu. (*Idem, ibidem*)

O Supremo Tribunal Federal foi criado pela Constituição Provisória da República, de 22 de junho de 1890, e efetivamente instalado como cúpula do Poder Judiciário brasileiro, em fevereiro de 1891. Figuro na Constituição republicana, com composição por 15 juízes, nomeados pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

O que demonstra desde do primeiro momento da criação do Supremo Tribunal Federal que seus ministros não são eleitos diretamente pelo povo e sim nomeados pelo Presidente, o que de certa forma permite a ocorrência de influência política no Poder Judiciário. Mais além, permite a manipulação política em decisões de extrema importância para o país, tais como, o julgamento de crimes cometidos por políticos que quando em exercício do mandato possuem foro privilegiado. (TAVARES, 2012, p. 1257).

Esse período foi marcado pelo autoritarismo, violando-se direitos fundamentais, com perseguição a opositores, censura de imprensa e não observância da Constituição, com decretações de estado de sítio e intervenção federal rotineiras, além de descumprimento de decisões judiciais pelo Executivo. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 86-88).

Durante a sua vigência, a primeira Constituição Republicana sofreu apenas uma alteração, em 1926, ampliando as hipóteses de intervenção pela União, bem como proibindo o

controle judicial sobre a decretação do estado de sítio e limitando o uso do *habeas corpus* somente para casos exclusivamente ligados à liberdade de locomoção. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 88).

A história brasileira também conta que a República Velha teve seu fim com a Revolução de 1930, com a instituição do Governo Provisório de Vargas, por meio do Decreto nº. 19.398, de 11 de novembro de 1930. Em fevereiro de 1931, Vargas editou decreto diminuindo o número de ministros do STF para 11 e, após, aposentou compulsoriamente seis ministros. Durante o governo provisório, Vargas decretou o Código Eleitoral, que instituiu a Justiça Eleitoral, adotando o voto feminino e o sufrágio universal, direto e secreto. Esse governo durou até o advento da Constituição de 1934. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 89-90).

A Constituição de 1934 vigorou até 1937, rompeu com o modelo de constitucionalismo liberal anterior e inaugurou o constitucionalismo social, contudo, por muito pouco tempo. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 90). A estrutura do Poder Judiciário foi mantida tal como previa a Constituição de 1891. O Supremo Tribunal Federal passou a se chamar Corte Suprema e manteve a redução no número de ministros em onze. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 92).

Manteve-se a competência recursal no sistema difuso e concentrado de constitucionalidade, mas também criou novos mecanismos de atuação, como a reserva de plenário aos Tribunais Federais e Estaduais quando da análise da inconstitucionalidade (*Idem, ibidem*). Ou seja, previu que os Tribunais, somente em maioria absoluta de seus membros, poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Ainda, vislumbrou a possibilidade de efeito geral ao pronunciamento de inconstitucionalidade, condicionando tal efeito à atuação do Senado Federal (artigo 94, inciso IV). Com essa previsão, foi introduzida a eficácia *erga omnes* da decisão. (TAVARES, 2012, p. 303).

Ademais, também houve a previsão do mandado de segurança como remédio apto a proteger indivíduo de atos praticados com ilegalidade ou abuso de poder, prevendo o artigo 113, item 33 (NETO; SARMENTO, 2012, p. 92), o mandado de segurança para “defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (BRASIL, 1934).

Também previu em seu artigo 113, item 38, a ação popular. Contudo, a maior novidade foi em relação aos direitos sociais, visto que trazia previsão de direitos relacionados a ordem econômica, educação, família, dentre outros. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 93).

Já no ano de 1937 foi outorgada uma nova constituição, redigida por Francisco Campos, apelidada de “Constituição Polaca” em vista da influência de seu texto pela constituição polonesa fascista de 1935. A constituição de 1937 deveria ter sido submetida a um plebiscito nacional, conforme sua previsão no artigo 187, o que nunca aconteceu. (LENZA, 2012, p. 114).

A Carta Polaca manteve o número de onze ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como a vitaliciedade dos cargos. A nomeação também se manteve pelo Presidente com o posterior referendo do Senado (denominado Conselho Federal por aquela constituição), o que não era efetivo, pois como estava fechado o Parlamento, Vargas acabava nomeando os ministros sem a aprovação do Senado. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 97).

Além disso, a Carta de 1937, conquanto tenha mantido o controle de constitucionalidade em sede recursal pelo Supremo, sujeitou as decisões que declarassem a inconstitucionalidade ao crivo do Presidente que poderia submetê-la novamente à aprovação pelo Parlamento (*Idem, ibidem*). As circunstâncias tornaram o chefe do Executivo a autoridade maior do Estado, no âmbito de todos os poderes. Esse período foi marcado por abundância violações dos direitos fundamentais. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 99).

Vargas foi destituído do poder pelas Forças Armadas, em 1945, havendo eleições. O General Gaspar Dutra foi escolhido como novo Presidente. Em fevereiro de 1946 foi instalada nova Assembleia Constituinte, sendo promulgado o texto na nova Constituição em setembro do mesmo ano. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 100).

A nova Constituição manteve o Supremo como órgão de cúpula do Judiciário, com 11 ministros e cargos vitalícios. Além disso, reestabeleceu o controle difuso aos moldes da Constituição de 1934, sem submeter a decisão do Supremo à valoração do Presidente, e a possibilidade de efeito *erga omnes* pela atuação do Senado. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 103).

Além disso, reestabeleceu a representação interventiva, conferindo novo contorno, para que o Procurador Geral da República submetesse ao Supremo o ato estadual arguido de inconstitucionalidade, a fim de ser verificada a possibilidade de decretação de intervenção (TAVARES, 2012, p. 304).

Em 1964, contudo, o Presidente em exercício, João Goulart, foi derrubado pelo movimento militar, instalando-se o Governo Militar (ditadura) no Brasil. Embora a constituição de 1946 tenha sido substituída apenas em 1967, ela traduziu uma existência formal, pois o país passou a ser governado por Atos Institucionais. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 106).

O Ato Institucional nº 1, também de autoria de Francisco Campos, trouxe diversas restrições à democracia, como o poder de aposentar civis e militares, suspender direitos políticos, cassar mandatos e excluir essa cassação da apreciação judicial. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 107).

Em outubro de 1965, pelo Ato Institucional nº 2, o Governo Militar alterou a composição do Supremo Tribunal Federal para 16 ministros, nomeando juízes pertencentes à base de apoio do regime (NETO; SARMENTO, 2012, p. 108). Na sequência, em novembro, adveio a Emenda Constitucional nº 16, a qual inseriu no ordenamento o controle abstrato de normas federais e estaduais, sendo a competência de julgamento atribuída ao Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) e a propositura pelo Procurador Geral da República. (TAVARES, 2012, p. 304).

O Congresso Nacional foi fechado em 1966 e reaberto para aprovar a Constituição de 1967. Essa nova Carta, tida como outorgada<sup>4</sup>, manteve os critérios de controle concentrado e abstrato, como previsto nas constituições anteriores. Não houve grandes mudanças em relação a competência do Supremo Tribunal Federal disposta na antiga constituição. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 108-111).

Em 1968, o Ato Institucional nº 05 afastou a aplicação do *habeas corpus* e o controle judicial sobre quaisquer atos praticados com base nessa norma, além de suspender a garantia de vitaliciedade para diversos cargos públicos, como para os ministros do Supremo Tribunal Federal. Nessa toada, aposentou compulsoriamente três ministros que se mostraram contrários aos interesses do regime: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, todos nomeados por presidentes civis, outros dois ministros deixaram a Corte em protesto. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 113). O sistema de direitos sofreu grandes retrocessos, com a autorização da tortura, censura, perseguição, fim das imunidades, imposição de pena de morte a outros casos sem ser de guerra. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 113-115).

Finalmente, em 1978, com a revogação total do Ato Institucional nº 5, deu-se início ao processo de redemocratização do país (NETO; SARMENTO, 2012, p. 117). Todavia, só em 1987 houve a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, promulgando-se a nova Constituição somente em 05 de outubro de 1988. Surge aí, com maior efetividade, a redemocratização (NETO; SARMENTO, 2012, p. 126).

Podendo-se afirmar pelo visto até o momento que não trata-se de um órgão democrático partindo da forma de como são compostos os seus membros. Contudo na

<sup>4</sup> Aquelas constituições que são impostas por quem não possuem poder para tal, não há participação popular.

perspectiva de Habermas, isto não é um indicativo de um órgão antidemocrático, uma vez que o autor preocupa-se com a atuação do órgão como instrumento de fortalecimento da democracia e dos direitos fundamentais. E a legitimidade do órgão constitucional jaz no processo democrático que instituiu suas competências e atuação na Constituição .

Ainda observa-se que nos momentos de crise democrática a atuação do órgão constitucional restou tímida ou inexistente, e não representou o papel de garantidor dos direitos fundamentais tal como exposto por Habermas quando expõe a sua teoria da atuação dos Tribunais Constitucionais presente no primeiro capítulo.

Assim, cientes da vertente do constitucionalismo, da democracia, bem como dos aspectos históricos da Jurisdição Constitucional Brasileira anteriores a Constituição de 1988, passa-se a analisar parâmetros criados para inibir ou regular a atuação judiciária, visando que sua ocorrência se dê dentro dos parâmetros constitucionais, para tanto utilizará as teses proferidas anteriormente por Habermas e Dworkin.

### **3.4 Por uma releitura do ideal democrático como forma de reorientar a atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira**

Como se apurou a grande divergência está em como se deve dar a atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira, bem como na atribuição de certo poder de influência que tal órgão pode e exerce sobre a política.

Neste sentido, passa-se a analisar as contribuições e competência dispostas na Constituição de 1988, ainda mais no que tange ao Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1988 é tida como uma constituição social, compromissória e dirigente. A Constituição Federal de 1988 é marcada pelo constitucionalismo social na medida que impõe medidas para a intervenção do Estado no mercado ou na justiça social. O seu caráter compromissório advém do fato do seu texto não expressar apenas uma ideologia política. E, por fim o seu caráter dirigente advém do fato de além de organizar os poderes e os Estados a Constituição de 1988 também possui normas que estabelecem metas, objetivos e programas que o Estado deve seguir por meio de políticas públicas. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 136-137). Foi a constituição que mais se preocupou com a consagração de direitos fundamentais:

O sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ao lado de um amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, a Carta de 88 também garantiu direitos sociais — tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito — e ainda agregou direitos de 3ª dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ela se preocupou sobretudo com a efetivação dos

direitos fundamentais, para que não se tornassem letra-morta, como, infelizmente, era costumeiro em nosso constitucionalismo. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 138).

Além do sistema de direitos fundamentais a Constituição de 1988 trouxe os instrumentos da democracia participativa: a ação popular, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Já visto no capítulo anterior.

Também consagrou as liberdades públicas que no período da Ditadura Militar sofreram abundâncias violações, dentre elas destaca-se o direito à informação, a liberdade de expressão e associação. Sem mencionar o sufrágio universal, inclusive a analfabeto que outrora não ocorria, eleições periódicas (*Idem, ibidem*).

Desta forma comporta o ideal de Habermas de que o princípio da democracia seria o núcleo do sistema de direitos, onde o espaço ideal de fala dos indivíduos ao agirem comunicativamente não sofre interferências externas como a violência.

No que tange ao processo de construção da Constituição, quando há ampla, livre e igualitária participação dos indivíduos neste, além de legitimar a Constituição também produziria uma adesão maior dos indivíduos ao sistema jurídico. Isto seria a autolegislação para Habermas e constata-se ao passo da reunião da Assembleia Constituinte para elaborar a Constituição de 1988, a qual seus participantes foram eleitos pelo povo. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 130).

Em relação ao Poder Judiciário, destaca-se a ampliação da sua autonomia financeira e administrativa, o que acabou por gerar um aumento de sua importância política. Ainda agregou novos liames a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público, órgãos relevantes para a defesa de direitos individuais e coletivos. (NETO; SARMENTO, 2012, p. 140).

A Constituição de 1988 manteve a composição do Supremo Tribunal Federal em 11 ministros, indicados pelo Presidente, subordinados à aprovação pelo Senado (art. 101, parágrafo único) e a vitaliciedade do cargo, mantendo algumas diretrizes anteriores. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

Observa-se que durante todo o período compreendido entre criação do Supremo Tribunal Federal e os dias atuais, com o advento da Constituição Federal de 1988, os membros que compõe o órgão constitucional sempre foram indicados pelo Presidente da República e nunca pelo voto da maioria, de acordo com o ideal democrático.

Por mais que haja um juízo de validade pelo Senado, conforme previsto na Constituição vigente, este na maioria das vezes é apenas uma questão de formalidade, vez que nos bastidores é o local onde os arranjos políticos são feitos.

Primeiramente, ao Supremo Tribunal Federal foi designada a competência precípua de guardião da Constituição (art. 102, caput). Para tanto, foram atribuídas as competências de controle já existentes (controle difuso em grau recursal), bem como foi inserido o controle abstrato. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

De início se previu o controle abstrato no julgamento de competência ordinária do Supremo Tribunal Federal para julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (SILVA, 2013, p. 52-54).

Ainda, reformou-se o monopólio de propositura pelo Procurador Geral da República, incorporando vários outros legitimados ativos. Essa ampliação da iniciativa de propositura de ações de controle abstrato permitiu outra face das discussões perante o Tribunal Constitucional, não se limitando a ações de interesse restrito do Governo Federal, vez que a ação só poderia ser proposta pelo Procurador Geral da República. (SILVA, 2013, p. 53).

Ainda, com a Emenda Constitucional nº. 03, de 1993, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade, porém com rol restrito (poderiam propor o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República). Em 1999, com o advento das leis nº. 9.868 e nº. 9.882 disciplinando as ações diretas previstas até então, restou atribuída a eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas nessas ações (SILVA, 2013, p. 53-54). Ou seja, embora a Constituição tenha silenciado naquele momento, o legislador infraconstitucional se incumbiu de conferir maior amplitude ao controle abstrato de normas.

Por conseguinte, em 2004, com a Emenda Constitucional 45, conhecida por reformar o Poder Judiciário, o rol de legitimados para a propositura de Ação Direta de Constitucionalidade foi ampliado para os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Além disso, a eficácia vinculante e o efeito *erga omnes* em Ação Direta de Inconstitucionalidade também foi constitucionalizado (art. 102, §2º), submetendo os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta em todas as esferas federal, estadual e municipal às decisões assim proferidas pelo Supremo. (TAVARES, 2012, p. 308-309).

A Emenda de 45 também realizou a criação da súmula vinculante pelo Supremo, bem como o requisito de repercussão geral para análise de recurso extraordinário pela Corte, no âmbito do controle difuso (*Idem, ibidem*). Mesmo com um começo mais tímido, a Constituição de 1988 foi sendo alterada para conferir maior amplitude de poderes à Corte Constitucional.

As principais previsões constitucionais comportando as competências do Supremo Tribunal Federal foram expostas, onde constata-se que, de certa forma, suas competências corroboram com a nomenclatura de “guardião da constituição”. Contudo, há necessidade que



este órgão não atue apenas de uma forma a respeitar procedimentos. Mas, segundo a teoria acerca da atuação do Tribunal Constitucional conforme proposta por Habermas e inspirado nos pressupostos da democracia procedimental, faz-se necessário uma a atuação para proteção dos procedimentos democráticos, ou das condições de funcionamento da democracia como dos direitos políticos, liberdade de expressão e possibilidade de oposição política e acesso à informação sejam assegurados por uma espécie de ativismo judicial que opere em favor da democracia garantindo os pressupostos de seu funcionamento, conforme visto no primeiro capítulo.

Habermas ressalta a importância da observância dos direitos fundamentais nas questões levadas ao Tribunal Constitucional. Assim, também roga-se por uma postura ativa do Supremo Tribunal Federal para que este faça prevalecer os direitos fundamentais. Neste sentido, infere-se uma ponderação pelo não retrocesso social, pois ao ser estabelecido pela Constituição um direito fundamental, as políticas estatais não podem alterar vantagens já conquistadas.

Ademais há um alerta a respeito do juiz Hércules tal como concebido por Dworkin, tendo em vista o seu alto grau de idealização que não corresponde à realidade prática dos Tribunais, inclusive ao Supremo Tribunal Federal. Para clarificar, discorrem:

Não se deve adotar na jurisdição constitucional uma visão idealizada do juiz – como o “Hércules” de Ronald Dworkin –, que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho. Uma teoria que se baseie em idealizações distantes de realidade não funcionará bem na prática, quando operada por juízes constitucionais concretos, “de carne e osso”, atuando no interior de instituições que têm as suas fragilidades e limitações. Se, por exemplo, magistrados, que não são peritos em Economia, começarem a invalidar políticas econômicas do governo, sob o argumento de que as mesas não são razoáveis, ou são ineficientes, é provável que as suas intervenções, ainda que muito bem-intencionadas, revelem-se ao final contraproducentes, mesmo na perspectiva dos princípios jurídicos que objetivaram defender. (NETO; SARMENTO, 2013, p. 154-155)

Tal problemática acerca da idealização do labor do magistrado ainda corrobora com a tese de Habermas de que o Poder Legislativo deve efetuar uma reanálise de normas tidas como inconstitucionais que são levadas ao Tribunal Constitucional, com vistas a sanar tal irregularidade. Assim, a norma é reanalisada pelo órgão que lhe deu origem, inibindo a problemática acerca da legitimação do órgão constitucional para decidir tais questões.

## CONCLUSÃO

O estudo foi fundamental para compreender de que forma deve ocorrer o ativismo judicial, fenômeno esse que vem ocorrendo de maneira cotidiana no Brasil, tendo em vista que se percebe atualmente um Poder Judiciário ativo na formulação ou efetivação de políticas públicas e, além disso, um notório ator no processo democrático.

A presente pesquisa abordou a teoria discursiva elaborada por Jürgen Habermas estabelecendo uma correlação com a Jurisdição Constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, ao longo da pesquisa foram trabalhados conceitos que demonstraram-se relevantes para entender o papel do Supremo Tribunal Federal ao longo da história constitucional do Brasil, dentre eles destaca-se as concepções tradicionais de Estado, Constitucionalismo e Democracia.

Já no primeiro capítulo foram expostos os conceitos do agir comunicativo, da teoria discursiva do direito, da democracia procedimental e da atuação de um Tribunal Constitucional tal como proposto por Jürgen Habermas. Estes formaram a base para estruturar uma releitura da atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira.

Assim, logo no primeiro momento constatou-se que o agir comunicativo na busca pelo consenso é capaz de formular normas que regem a vida social. Neste sentido, o Direito seria construído a partir do uso público da razão, onde ocorreria a criação de regras comuns. Também seria o procedimento pelo qual há a garantia da participação e do consenso no agir comunicativo o que corrobora com a formação coletiva e legítima da vontade jurídico-política. O instrumento jurídico que expressaria essa vontade é a Constituição.

A democracia para Habermas não é apenas uma forma de governo. A democracia é também uma possibilidade para uma sociedade pluralista e complexa. Cada indivíduo pode e conseguirá manifestar suas ideias quando todos puderem se manifestar com a mesma dignidade, igualdade e respeito.

Diante desses fatos, a Jurisdição Constitucional na perspectiva de Habermas deve cumprir com as suas competências visando garantir as condições democráticas relativas a política procedimental, para tanto é necessário a existência da livre circulação de opiniões e vontades no seio da sociedade civil garantindo um agir comunicativo livre de violência. Neste passo urge a necessidade cada vez mais crescente dos debates públicos como meio de participação popular nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O que só ocorrerá caso o Supremo Tribunal Federal ou fontes normativas assegurem um espaço público igualitário de comunicação, para que as manifestações de soberania popular existam e se concretizem junto aos direitos fundamentais.

Podendo-se concluir a partir da exposição do trabalho que o Supremo Tribunal Federal não trata-se de um órgão democrático partindo da forma de como são compostos os seus membros, visto que esses são indicados pelo Presidente da República ficando sujeito a aprovação do Senado (art. 101, CF), não sendo eleitos pelo voto da maioria.

Contudo na perspectiva de Habermas, isto não é um indicativo de um órgão antidemocrático, uma vez que o autor preocupa-se com a atuação do órgão como instrumento de manutenção e fortalecimento da democracia e dos direitos fundamentais. E a legitimidade do órgão constitucional jaz no processo democrático que instituiu suas competências e atuação, conforme expresso na Constituição.

Desta feita, a teoria discursiva proposta por Habermas nos conduz a uma releitura de como a democracia é constituída e exercida, não trata-se apenas de um governo da maioria ou de representatividade, é uma possibilidade diante de uma sociedade complexa e plural. Quando essa perspectiva for alterada a compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal também sofrerá uma mutação, onde este será um instrumento capaz de salvaguardar a Constituição, os ideais democráticos e os direitos fundamentais.

Cabe também mencionar que é problemática a concepção de magistrado tradicional, na figura do juiz Hércules tal como exposta por Dworkin, visto que esta figura idealizada, dotada de sabedoria e onisciência não corresponde com à realidade prática dos Tribunais, inclusive ao Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a tese de Habermas acerca da necessidade de cooperação entre os Poderes vem nos resgatar. Desta forma, diante da realidade prática o Supremo Tribunal Federal deveria possuir mecanismos previstos constitucionalmente para efetuar uma cooperação com o Poder Legislativo, com o objetivo de sanarem conjuntamente questões envolvendo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas.

Por tudo isso, a jurisdição mostrou-se como um mecanismo promissor da democracia, na intensa busca de concretizá-la.

Por fim, cabe mencionar que o estudo despertou alguns interesses em engendrar novos esforços para uma análise mais detalhada da atuação do Supremo Tribunal Federal. Contudo, no futuro, a partir de um viés mais prático.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Separata de: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005. v. 240. p. 1-42. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>> Acesso em: 30 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2017
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2017
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza et al. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Construção Social do Sentido da Constituição na Democracia Contemporânea: entre Soberania Popular e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, E. Direito e democracia na jurisdição constitucional: uma análise a partir do princípio da democracia de Habermas. Separata de: *Campo Jurídico*, Bahia: Faculdade São Francisco de Barreiras – FASB, 2015. vol. 3, n. 2. p. 163-188. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/93/78>>. Acesso em: nov. 2017

FERREIRA, Daniel Brantes et al. *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. I.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. II

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação: Ensaio Filosófico*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2002. 532p. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17792218/direito-constitucional---daniel-sarmento>> Acesso em: 20 nov. 2017

\_\_\_\_\_. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Separata de: *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2013. v. 6, n. 2. p. 119-161. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris%20/article/view%20File/%2011773/9225>>. Acesso em: 09 dez. 2017

OLIVEIRA, Juliano Cordeiro da Costa. *Ação Comunicativa e Democracia: Por uma Política Deliberativa em Jürgen Habermas*. Fortaleza, 2009. 107 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Departamento de Filosofia, Universidade Federal do Ceará, Niterói, 2009. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6501/1/2009-DIS-JCCOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAZZINATO, Alceu L.; SENISE, Maria Helena V.. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Ática, 2004.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIRO JÚNIOR, João. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVEIRA, Fernando Lang da. A teoria do conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. Separata de: *Caderno Catarinense de Ensino de Física*, Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. vol. 19, número especial. p. 28-51. Disponível em: < <https://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/KANT.pdf>>. Acesso em: dez. 2017

SOUZA, Jessé (organizador). *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

STIELTJES, Claudio. *Jürgen Habermas: a desconstrução de uma teoria*. São Paulo: Germinal, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Histórico. Sítio Oficial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <[http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/6911/TAVARES\\_Andr\\_\\_Ramos\\_-\\_CURSO\\_DE\\_DIREITO\\_CONSTITUCIONAL.pdf](http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/6911/TAVARES_Andr__Ramos_-_CURSO_DE_DIREITO_CONSTITUCIONAL.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2017.

VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; MARQUES, Gabriel Lima (organizadores). *Democracia e suas Instituições: V Fórum de Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Imos Gráfica e Editora, 2014.



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
Faculdade de Direito – Coordenação do Curso de Graduação (SGD)

**ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE FIM DE CURSO**

Em 22 de dezembro de 2017, às 15 h, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, reuniu-se a Banca composta pelos professores abaixo-assinados para examinar e avaliar a defesa oral do trabalho **COMPREENSÕES ACERCA DA ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O PRISMA DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS**, da graduanda **JULLYANE GONÇALVES SILVA**.

Ao final dos debates, foram concedidas as seguintes notas:

Professor (a)	Nota	Assinatura
OZEAS CORREA LOPES FILHO (Orientador)	10	<i>[Assinatura]</i>
PAOLA DE ANDRADE PORTO (Coorientadora)	10	<i>[Assinatura]</i>
GILVAN LUIZ HANSEN	10	<i>[Assinatura]</i>
CHARLES DA SILVA NOCELLI	10	<i>[Assinatura]</i>
<b>Média Final</b>		

Com isto, o trabalho foi  APROVADO ( ) APROVADO COM RESTRIÇÕES ( ) REPROVADO, sendo este resultado também atestado pela seguinte assinatura da graduanda:

*[Assinatura]*  
Estudante avaliado