



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Thiago Cabral Rodrigues

**A jurisdição constitucional em Habermas**

Florianópolis – Santa Catarina  
2023

Thiago Cabral Rodrigues

## **A jurisdição constitucional em Habermas**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ética e Filosofia Política.

Orientador: Prof. Aylton Barbieri Durão, Dr.

Florianópolis – Santa Catarina

2023

Cabral Rodrigues, Thiago

A jurisdição constitucional em Habermas / Thiago Cabral Rodrigues ; orientador, Aylton Barbieri Durão, 2023.

124 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Filosofia. 2. Filosofia do direito. 3. Jurisdição Constitucional. 4. Ronald Dworkin. 5. Jürgen Habermas. I. Barbieri Durão, Aylton. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

## **A jurisdição constitucional em Habermas**

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 12 de abril de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão (Presidente e Orientador)  
PPGFi/CFH/UFSC

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra  
PPGFi/CFH/UFSC

Prof. Dr. Luis Carlos Binotto Leal  
PGET/CCE/UFSC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Ética e Filosofia Política.

Insira neste espaço a  
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a  
assinatura digital

Prof. Aylton Barbieri Durão, Dr.  
Orientador

Florianópolis/SC, 2023.

À minha filha, fonte inesgotável de desejo de eterno retorno.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que de alguma forma estiveram comigo nesta jornada. Especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão pelo constante incentivo e orientação, desde antes da aprovação do processo seletivo. Agradeço também à minha família, notadamente a minha esposa, Jéssica, por ter sido rocha enquanto eu ia atrás dos meus sonhos, e minha filha que teve menos de mim do que merecia em alguns momentos. Agradeço a paciência e apoio incondicional. Sem vocês, nada disto faria sentido.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer um apanhado histórico sobre a formação e a importância do direito constitucional para a coerência do sistema, bem como o seu papel de estabilização das expectativas sociais sem perder de vista a necessidade de garantir a segurança jurídica. Ainda que a questão não seja o enfoque principal do trabalho, o tema se mostra presente e importante para a quadra histórica em que se vive, onde constantemente, no Brasil, se debate sobre o ativismo do judiciário. Para análise da temática será levado em conta a teoria do direito formulado por Jürgen Habermas em sua obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Também será levado em conta outros aspectos da vasta teoria de Habermas, especialmente em relação à teoria do agir comunicativo. Por fim, de modo conclusivo, será abordado, ainda na visão de Habermas, os limites por assim dizer, impostos para a jurisdição constitucional de modo a manter um equilíbrio entre a constante tensão entre facticidade e validade.

**Palavras-chave:** Filosofia do direito; Teoria do direito; Soberania Popular; Agir comunicativo; Democracia deliberativa; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin.

## ABSTRACT

The present work aims to make a historical overview of the formation and importance of constitutional law for the coherence of the system, as well as its role in stabilizing social expectations without losing sight of the need to guarantee legal certainty. Although the issue is not the main focus of the work, the theme is present and important for the historical period in which we live, where, in Brazil, there is constant debate about the activism of the judiciary. For analysis of the theme, the theory of law formulated by Jurgen Habermas in his work *Law and democracy: between facticity and validity* will be taken into account. Other aspects of Habermas' vast theory will also be taken into account, especially in relation to the theory of communicative action. Finally, conclusively, it will be addressed, still in Habermas' view, the limits, so to speak, imposed on constitutional jurisdiction in order to maintain a balance between the constant tension between facticity and validity.

**Keywords:** Philosophy of law; Theory of law; People's Sovereignty; Act communicative; Deliberative democracy; Jurgen Habermas; Ronald Dworkin.



## SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE: ASPECTOS GERAIS SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO.....	22
I. O ESTADO MODERNO PÓS-REVOLUÇÃO FRANCESA .....	22
II. O FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO .....	24
III. O DIREITO COMO FORMA DE LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL .....	26
IV. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	30
V. A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE .....	34
VI. ASPECTOS GERAIS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA .....	36
VII. O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO.....	37
VII.I O CONSTITUCIONALISMO MODERNO .....	39
VII.II A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	44
SEGUNDA PARTE: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO.....	47
I. O DISCURSO ÉTICO EM HABERMAS: BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO .....	47
II. A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO .....	49
III. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO.....	54
TERCEIRA PARTE: CONCEITOS-CHAVE DA OBRA <i>DIREITO E DEMOCRACIA</i> .....	57
I. A SEPARAÇÃO DOS PODERES EM HABERMAS.....	57
II. LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DAS NORMAS.....	62
III. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO MORAL E PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA.....	67
IV. O DIREITO COMO <i>MÉDIUM</i> ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE .....	70
V. A COORIGINALIDADE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A SOBERANIA POPULAR.....	77
QUARTA PARTE: PARA UMA LEITURA CORRETA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	85
I. O PODER ADMINISTRATIVO .....	85
II. A PRIMAZIA DA CONSTITUIÇÃO PERANTE AS LEIS .....	89
III. AS PROPOSTAS PARA A TEORIA DO DIREITO.....	94
III.I CRÍTICA DE DWORKIN ÀS PROPOSTAS ANTERIORES.....	96
III.II A CRIAÇÃO DE UM JUIZ HÉRCULES .....	99
III.III AS CRÍTICAS À DWORKIN E AS RESPOSTAS DE HABERMAS.....	100
IV. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	104

IV.I A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PARADIGMA LIBERAL.....	105
IV.II A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO PELOS VALORES .....	107
V. PARA UMA LEITURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	111
VI. A PROPOSTA DE HABERMAS EM COMPLEMENTO À PROPOSTA DE PETER HÄBERLE .....	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	121
REFERÊNCIAS.....	125

## INTRODUÇÃO

O tema principal da presente tese é o exercício da jurisdição constitucional. Não obstante, percorre-se um longo caminho até que se chegue à questão fulcral. Como o foco é a jurisdição constitucional, faz-se necessário, antes, tratar sobre o Constitucionalismo.

Nesse sentido, apresenta-se um apanhado histórico sobre a formação do Estado contemporâneo, iniciando pela teoria da separação dos poderes. A ideia da separação dos poderes é relevante tanto para a compreensão da formação do Estado de direito e democrático, quanto para o próprio exercício da jurisdição constitucional. Em última análise e de maneira propedêutica, a teoria da separação dos poderes também pode ser lida como uma forma de limitação do poder do soberano. Não só a separação dos poderes mas também tantos outros mecanismos foram criados para que esse poder do soberano fosse colocado dentro de limites legais, assim configurando um Estado de direito no âmbito de uma concepção em que o poder emanaria do povo, por isso, um Estado democrático. Contudo, não se perde de vista outros vieses mais modernos, como o de Jurgen Habermas.

Na recuperação histórica, por necessidade de um corte temporal, parte-se da Revolução Francesa, que foi na época uma resposta aos sistemas absolutistas vigentes até então. Cabe ressaltar que a Revolução Francesa, apesar de seu aparente “fracasso” ao não conseguir impedir o retorno do Antigo Regime, foi extremamente importante para o avanço sociopolítico das sociedades contemporâneas.

Nessa incursão histórica, também será abordada a importância dada ao poder executivo que, por sua vez, tem a tônica de garantir os direitos individuais e a ordem social. Se antes o monarca atuava livremente com base em interesses próprios, passa-se a exigir que o Estado tenha um papel atuante na concretização dos interesses individuais e coletivos. Cabe, assim, ao Executivo o importante papel de estabilização das expectativas da sociedade.

Concomitantemente à toda essa agitação ocorrida após a Revolução Francesa, o Constitucionalismo ganha força dentro do sistema de Direito. Se antes a positivação das normas servia como garantia dos cidadãos frente ao Estado, nesse momento, já não se pode mais esperar apenas da positivação o mecanismo necessário para a defesa dos interesses individuais e sociais. Dessa maneira, o Constitucionalismo mostra-se como uma forma de divisão do poder e organização

do Estado, criando um sistema de governo pautado em leis e não mais em homens, exigindo a aplicação racional do Direito. Ainda que o marco temporal não remeta à primeira constituição, o Constitucionalismo, como movimento político-social, tem seu ápice com o surgimento da Constituição dos Estados Unidos, em 1787, e com a Constituição da França, em 1791, ambas com forte inspiração nas ideias de racionalidade advindas do Iluminismo do século XVIII, sobretudo, quanto à valorização da liberdade formal (*laissez faire*) e do individualismo, marcas que apontam para o Liberalismo.

As primeiras constituições resumiam-se em estabelecer regras sobre a organização do Estado, exercício e transmissão do poder e limitação do poder do Estado (assegurada pela enumeração de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos). Somente com o desenvolvimento do Constitucionalismo é que a constituição deixa, dentro de uma perspectiva estritamente liberal, de ser apenas a ordem jurídica fundamental do Estado liberal, assumindo um caráter de norma jurídica formal, protetora dos direitos humanos. Como decorrência dessa evolução, as constituições deixaram de tratar exclusivamente da organização política liberal para regular qualquer forma de organização política, não importando o regime e nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos.

Na segunda parte do presente trabalho, aborda-se a Teoria do agir comunicativo, tendo em vista o seu importante papel em toda a teoria de Habermas. Para o autor, a questão da moralidade e sua base na comunicação e discurso perpassa por uma solução a um problema social da modernidade que é o de promover a integração social e continuar o processo de reprodução social e cultural de forma estável. Tal solução dá-se através da comunicação e de sua contrapartida reflexiva, isto é, o discurso. Assim, através da comunicação e do discurso, os sujeitos podem chegar a um acordo fundamentado. Afinal, citando o próprio autor em sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*: “atingir a compreensão é o telos inerente à fala humana”. A função comunicativa da fala deve, desse modo, contemplar a ideia de que o ato de fazer algo em termos linguísticos tem uma relação direta com a dialética existente entre sujeitos e sentidos que é intermediada por uma “reflexividade linguística”. É a partir dessa reflexividade que se pode estabelecer um consenso linguístico racionalmente motivado, mediado pela possibilidade de uma fundamentação e crítica dos atos de fala.

No terceiro capítulo, por sua vez, são apresentados alguns conceitos-chave da teoria do Direito de Habermas, extraídos de sua obra *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Inicialmente, é abordada a questão da legitimidade e da legalidade das normas. Habermas aponta que há relação direta entre legalidade e legitimidade, característicos do Estado Democrático de Direito, o que não significa que sejam sinônimos. Pelo contrário, para que a legalidade produza legitimidade, ela mesma precisa ser legítima, partindo de um fundamento racional apto a validar todo o ordenamento jurídico. É somente a partir da aplicação da Teoria do agir comunicativo, dentro de uma visão democrática, que se pode extrair a validade das normas. A legitimidade não pode, portanto, ser extraída apenas da legalidade, mas de um sistema complexo onde a deliberação pública é parte inerente ao processo democrático.

Ao final da análise de Habermas sobre a teoria do direito de Kant, faz-se a necessária diferenciação entre o princípio da moral e o da democracia. Para Habermas, o princípio dos direitos estaria entre os princípios da democracia e os princípios da moralidade. Na crítica de Habermas, esses dois princípios se entrelaçam na construção da teoria jurídica kantiana. Os princípios morais e os princípios democráticos estariam interrelacionados, e os princípios jurídicos não seriam mais um intermediário entre esses princípios, mas o outro lado da moeda, em que os princípios morais e os princípios democráticos são consistentes.

Ainda no intuito de conciliar direito e democracia, Habermas traça o elo entre os direitos fundamentais e a autonomia dos cidadãos. Habermas vê nos dois conceitos uma relação de cooriginalidade. A ausência da cooriginalidade dos conceitos difere a teoria de Habermas das teorias de Rousseau e Kant. Habermas reformula os dois conceitos aplicando a sua teoria do discurso racional para demonstrar que a antinomia entre os direitos fundamentais e a soberania popular é apenas aparente. Essa tensão pode ser solucionada a partir de Rousseau e Kant, quando suas teorias são analisadas de forma complementar. Nesse sentido, há uma reciprocidade entre os direitos fundamentais (liberdade de ação) e os direitos de participação política como forma de exercício da soberania popular.

Habermas rompe com Adorno e Korkheimer ao tentar demonstrar que as instituições políticas e do direito criadas pela burguesia ainda eram capazes de resolver problemas éticos e práticos. A grande questão para Habermas, ao distanciar-se dos primeiros frankfurtianos, é conciliar a teoria social crítica e seu ideal

emancipatório apoiado na razão sem esbarrar no pessimismo de seus antecessores. A solução, então, encontra-se na discussão weberiana sobre a ação e racionalidade, na busca do fundamento de uma razão comunicativa, para além da razão instrumental. Essa distinção entre racionalidade de fins e valores levou a uma ênfase maior para a racionalidade de fins, aumentando a dimensão instrumental da racionalidade ao invés da sua dimensão normativa e ética. Habermas aponta para a coexistência entre ações orientadas para fins e ações voltadas para o entendimento.

Por fim, no quarto e último capítulo, desenvolve-se de fato a tese central desta proposta, isto é, a leitura correta da jurisdição constitucional. Para tanto, inicia-se a argumentação abordando, pelo viés habermasiano, o poder administrativo. Reforça-se que Habermas percebe a relação entre direito e política como fontes cooriginárias. Nesse sentido, o Direito apresenta-se como um *médium* para estabilização de expectativas. A relação intrínseca entre Direito e política dá-se pelo motivo de que os direitos subjetivos dependem dos organismos de tomada de decisões, atribuindo a tais decisões força obrigatória para aquela comunidade, e vice-versa, de modo que devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Uma vez estabelecida essa relação, os direitos positivados precisam ser revestidos de um fator de coercitividade que emana do poder de sanção conferido ao Estado, surgindo, assim, o poder administrativo. Do poder administrativo, desdobra-se o papel dos tribunais como meio de fazer valer o direito e, com ele, as decisões legitimamente tomadas pelo Estado.

O tribunal constitucional tem mostrado com ainda mais ênfase a função de estabilização e coerência do ordenamento jurídico. Não por acaso a constituição, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, passou a ter primazia em relação às demais leis. A primazia da constituição não deve, entretanto, ter relação apenas com o princípio da colisão formal, no sentido de tornar nula determinada norma. Ela precisa se voltar com ainda mais força para o seu papel de vinculatoriedade, normatividade e executoriedade da constituição perante a legislação ordinária. Na visão de Konrad Hesse, a norma constitucional não existe independentemente da realidade. Sua essência reside na sua vigência, entre a norma regular e a sua pretensão de ser concretizada na realidade. A essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) ele ainda liga as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais.

A força normativa da constituição é dependente da interpretação constitucional, mas não de qualquer interpretação. Ela deve ser capaz de conseguir

concretizar com excelência o sentido da proposição normativa dentro daquelas condições reais dominantes. Dito de outra forma, quando a realidade fática se altera, a interpretação constitucional precisa se adaptar.

Mesmo que sob o prisma da teoria de Konrad Hesse, ou até mesmo da aplicação da Teoria do agir comunicativo na teoria do direito de Habermas, as questões levantadas não apresentam uma solução direta para o problema da tensão existente entre facticidade e validade. Tal tensão pode ser traduzida naquela que há entre a segurança jurídica e a tomada de decisões corretas. Como meio de superá-la, Habermas apresenta quatro soluções para o problema da racionalidade da jurisdição. Após, o pensador elege a proposta de Ronald Dworkin a respeito do Direito como integridade, como solução viável para a tensão existente.

A solução de Dworkin para resolver o problema entre segurança e racionalidade busca fundamentar as decisões singulares com base em contextos coerentes do Direito racionalmente reconstruído. A coerência seria assim uma medida de validade de uma declaração, sendo mais fraca do que a verdade obtida através de um processo de dedução lógica, mas mais forte do que aquela conseguida por meio do critério da não contradição. A coerência é alcançada quando os argumentos utilizados possuem uma qualidade pragmática apta a produzir um acordo racionalmente motivado entre os participantes da argumentação.

Dworkin busca fundamentar uma teoria do direito, não uma teoria da justiça, de modo a buscar princípios e determinações de objetivos válidos aptos a justificar uma ordem jurídica concreta, tornando cada decisão tomada em casos singulares, coerentes entre si e com o todo. Dessa forma, alinham-se os princípios jurídicos com as determinações de objetivos políticos do legislador, podendo se reconstruir a massa do Direito vigente de forma que este tenha uma validade normativa justificada. Para fortalecer a sua teoria, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, que teria a capacidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e de corrigir de forma exigente a massa do Direito positivo. Da teoria de Dworkin surgem inúmeras críticas as quais Habermas procura responder e que são objeto de análise da presente tese.

É relevante ressaltar que, ao final da quarta e última parte desta pesquisa, a jurisdição constitucional torna-se objeto de estudo. A principal crítica a ser respondida refere-se a como a jurisdição constitucional afeta a separação dos poderes. Habermas responde à problemática sob três enfoques diferentes: (i) a disputa de paradigmas; (ii)

a abordagem metodológica, com base na teoria de Dworkin; (iii) o discurso político à luz de uma teoria do discurso.

Por fim, como último tema tratado, será abordado a proposta de Peter Häberle a respeito de uma sociedade de intérpretes da constituição como complemento à solução dada por Habermas em relação à jurisdição constitucional. Sua proposta almeja garantir uma ampla participação popular no processo de interpretação constitucional, salvaguardando e reforçando o papel da democracia em sociedades plúrimas como as contemporâneas.

Como é possível perceber, o tema abrangido neste trabalho revela-se importante para a fase histórica em que se vive, pois, mesmo após trinta anos da publicação da obra *Direito e democracia de Habermas*, seus tópicos mostram-se de grande atualidade. Ainda que a abordagem escolhida neste estudo não leve em conta aspectos do ordenamento jurídico brasileiro, os assuntos debatidos podem servir como guisa interpretativa para o problema do ativismo do judiciário, bem como útil no que tange à definição do papel do Supremo Tribunal Constitucional.



## **PRIMEIRA PARTE: ASPECTOS GERAIS SOBRE A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO**

Nesta primeira parte, faz-se um apanhado histórico sobre a formação do Estado contemporâneo, iniciando pela teoria da separação dos poderes. Abordando aspectos gerais para a formação do Estado moderno, contempla-se a Revolução Francesa, o fortalecimento do poder executivo, o surgimento do Constitucionalismo, entre outras questões igualmente relevantes.

### **I. O ESTADO MODERNO PÓS-REVOLUÇÃO FRANCESA**

Quase cinquenta anos após a emblemática obra de Montesquieu, chega ao fim a Revolução Francesa, marcando a ascensão de Napoleão ao poder, consistindo em um dos momentos históricos mais importantes da filosofia política moderna. Para a sua melhor compreensão, faz-se imprescindível o corte temporal dos eventos que sucederam o atual estágio, sob pena de se alargar em demasia o escopo de estudo. Nesse sentido, o enfoque atém-se ao fortalecimento do poder executivo. Entende-se que o poder executivo, por ser o responsável pela aplicação das políticas públicas, é um dos principais responsáveis pela transição do Estado monarquista para um Estado de Direito. Afinal, a maior parte das funções exercidas pelo monarca passaram a ser desempenhadas pelo chefe do poder executivo.

Em termos temporais, um bom ponto de partida é o ano de 1800. Mais precisamente, o 18 Brumário do ano VIII (9 de novembro de 1799). Evidentemente que, para o pensamento filosófico, os anos anteriores também são importantes, inclusive, os dez anos que antecederam a tomada de Napoleão ao poder. Contudo, enfatiza-se apenas a formação do Estado Moderno, que teve suas maiores contribuições após a referida data. Salienta-se que a França é o local onde boa parte dos acontecimentos históricos que marcaram a formação do Estado Moderno ocorreram. Na época, a França era o lugar de poder econômico e intelectual da Europa, recebendo as atenções do mundo.

Ainda que cercado de alguma controvérsia histórica, o golpe de Estado de 18 de brumário do ano VIII pode ser tido como o marco inicial da era napoleônica na França e na Europa. Nesse período, Napoleão já era um nome conhecido por todo o território francês. Suas vitórias no Egito e sobre os exércitos ítalo-austríacos

foram importantes para a formação da sua imagem de herói. A sua fama pavimentava pouco a pouco seu intento em aplicar o golpe de Estado que assinalaria o fim da Revolução Francesa. O Estado estava fragilizado, os longos anos de revolução aliados ao seu fracasso político, ao não conter as forças sociopolíticas do Antigo Regime, contribuía ainda mais para a ascensão de Napoleão. Dessa forma, o estabelecimento do novo regime, com a derrubada do antigo Diretório e a criação do Consulado, foi bem recebido pela burguesia, que buscava a paz e o restabelecimento da ordem interna.

Segundo Louis Roederer, um dos idealizadores do golpe, ao falar dos princípios do Brumário, existia no mínimo o intuito de atender os anseios da burguesia:

A Constituição baseia-se nos verdadeiros princípios do Governo representativo, nos direitos sagrados da propriedade, da igualdade e da liberdade.

Os poderes por ela instituídos serão fortes e estáveis, como convém à garantia dos direitos dos cidadãos e dos interesses do Estado.

Cidadãos, a revolução fixou-se nos princípios sob os quais foi iniciada. A Revolução terminou.<sup>1</sup>

Da mesma forma, repetindo e colocando a propriedade, a igualdade e a liberdade como valores supremos, os três cônsules nomeados pela Constituição adotada (pós-golpe), ou seja, Napoleão Bonaparte, Jean-Jacques-Régis de Cambacères e Charles-François Lebrun anunciavam, em 15 de dezembro de 1799 (24 Frimaire do Ano VIII), os valores centrais a serem perseguidos pelo novo regime político:

A Constituição está fundada sobre os verdadeiros princípios do governo representativo, sobre os direitos sagrados da propriedade, da igualdade, da liberdade. – Os poderes que ela institui serão fortes e estáveis, tais como devem ser para garantir os direitos dos cidadãos e os interesses do Estado. – Cidadãos, a Revolução está fixada nos princípios que a começaram: ela está acabada.<sup>2</sup>

O destaque dado em relação à propriedade, como adiante será melhor aprofundado, mostra-se determinante para moldar o futuro do Estado moderno.

<sup>1</sup> Apud Bertrand de Jouvenel. As Origens do Estado Moderno - uma história das idéias políticas no século XIX, Editora Zahar.

<sup>2</sup> GODECHOT, Jacques; FAUPIN, Hervé (Org.). Les constitutions de la France depuis 1789. Paris: Flammarion, 2018, p. 162.

Instaurada a revolução, dava-se início ao período em que a burguesia consolidaria seu poder econômico. Napoleão efetuava a façanha de reprimir tanto os revolucionários que estavam à esquerda quanto os monarquistas que estavam à direita política, trazendo estabilidade ao governo. Esse não era, entretanto, o único mérito que pode ser atribuído a Napoleão. Em 21 de março de 1804, entraria em vigor o Código Civil francês, o chamado Código Napoleônico. Até então, não havia na França uma codificação única, ou um conjunto de leis; o direito era baseado nos costumes locais que garantiam amplos privilégios aos senhores feudais. O Código Civil formaria um conjunto de leis aplicáveis em todo o território e, mais importante, por todos os franceses independentemente da condição econômica, social ou cultural (com exceção das mulheres que foram tolhidas de muitos desses direitos).

Com forte inspiração na revolução e no direito romano, o Código Napoleônico consagrou os grandes princípios da Revolução: liberdade da pessoa; liberdade e segurança da propriedade; abolição do feudalismo, laicismo, entre outros. Como consequência, buscou-se criar um poder executivo forte e estável, capaz de garantir esses direitos individuais. Com o fortalecimento do poder executivo, pouco a pouco, forma-se, com ainda mais vigor, a ideia de um exército nacional ou a de nação armada, cujas consequências refletiram-se na forma de poder. O Estado passaria a seguir os trilhos definidos por esse arcabouço de princípios.

## **II. O FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO**

Mas nem tudo pode ser analisado com base no prisma francês. O fortalecimento do poder executivo também ocorrera em outras nações, ainda que por caminhos diferentes. Em relação à outra grande potência da época, os Estados Unidos, é importante que se aponte que havia uma diferença gritante entre a sua sociedade da época e a da França. Para citar apenas algumas diferenças, nos Estados Unidos, não existia uma religião predominante, muito menos que exercia algum poder político significativo como a Igreja Católica na Europa. Também não havia a divisão da sociedade por classes, já que o feudalismo não existiu em terras americanas. Ademais, não ocorria a usurpação do poder por qualquer família, por mais influente que pudesse ser. Mesmo assim, no que se refere à força do poder

executivo, as duas grandes potências guardam similaridades. Durante o século XVIII, pairava uma certa desconfiança em relação ao poder executivo. Na América, a desconfiança também se mostrava presente, mesmo sem a herança monarquista comum na Europa. Prova disso surge da análise individual de cada uma das constituições dos estados confederados (com exceção de Nova York), em que a Assembleia é o poder soberano, ainda que a autoridade da confederação dê-se pelo congresso dos estados.

Apesar disso, o simples fortalecimento do poder executivo não poderia operar por si só a estabilização necessária para a nova forma de governo e, em especial, para o novo regime adotado na França. Era preciso garantir aos cidadãos que os seus direitos individuais seriam assegurados. Apenas mencionar a existência de direitos individuais já não seria o suficiente. Se durante a revolução buscava-se um executivo fraco, após, a procura passou a ser por um executivo cada vez mais forte, justamente como forma de garantir a aplicação dos direitos prometidos.

Sieyès, um dos três consules do novo regime, bem demonstrou a importância dada à garantia dos direitos individuais em seu projeto de declaração de direitos em 1789. A seguir, citam-se alguns artigos:

ARTIGO 11. - A liberdade, a propriedade e a segurança dos cidadãos devem repousar sobre uma garantia social, que esteja à prova de todos os ataques.  
(...)

ARTIGO 15. - Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não tem Constituição.

Outro ponto interessante que assegurava essa mudança de paradigma consiste na forma como tais garantias eram dadas aos governados. No sistema antigo, a tônica dessas garantias ocorria em relação aos direitos positivados, dos quais seus titulares estavam investidos. No sistema moderno, por sua vez, a garantia social dá-se no que tange aos direitos que os representantes da nação consideravam “naturais” ou “sagrados”. A mudança, por mais simples que pareça, ajudou a acabar com o “direito perpétuo” que, principalmente na monarquia, buscava valer-se da positivação de alguns direitos para defender que eles jamais poderiam ser extintos.

Assim, o período seguinte à Revolução Francesa foi marcado pelo intento de remediar as mazelas deixadas pelo *ancien régime*. Mas era preciso ir além, não

apenas na França, mas no mundo como um todo. O conceito de nação ainda estava em desenvolvimento, sua consecução era decorrência lógica da busca de uma unidade política e social. Alexis de Tocqueville, em sua obra “O antigo regime e a revolução” aponta a direção:

Segundo os economistas, o Estado não deve unicamente comandar a nação, também deve formá-la de uma certa maneira; cabe-lhe moldar o espírito dos cidadãos em acordo com um determinado modelo que se propôs de antemão; é seu dever enchê-lo com certas ideias e fornecer ao seu coração certos sentimentos que julga necessário. Na realidade não existem limites aos seus direitos nem ao que pode fazer; não reforma simplesmente os homens .. quer transformá-los; talvez, se o quisesse, poderia fabricar outros! "O Estado faz dos homens tudo que quer", diz Bodeau. Esta frase resume todas suas teorias.<sup>3</sup>

O novo regime passou a ser marcado pelo fortalecimento do poder executivo que, por sua vez, tinha o objetivo de garantir os direitos individuais e a ordem social. Na França, a mudança foi marcada pela chegada de Napoleão ao poder. Já nos Estados Unidos, em um período próximo, é a convenção da Filadélfia (que deu origem à Constituição Americana de 1787) o marco teórico que dá início ao fortalecimento do poder executivo, especialmente, através do poder investido na figura do presidente.

Apesar de serem traços marcantes para o fim do Estado Absolutista, certamente, não foram as únicas formas encontradas para limitar o poder do Estado. O medo causado pelo *ancien régime* com certeza deixou raízes profundas na população. Outra forma encontrada, a qual será melhor abordada no próximo tópico, diz respeito ao Direito como um todo e ao Direito Constitucional, com os quais buscou-se limitar o poder estatal por meios de limites impostos através de uma legislação que antecederia todas as outras.

### III. O DIREITO COMO FORMA DE LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL

O Estado moderno, liberal e democrático surge como uma reação ao Estado absolutista. Em linhas gerais, as teorias políticas baseiam-se em três grandes

---

<sup>3</sup> Tocqueville, Alexis de, 1805-1859. O antigo regime e a revolução; Trad. de Yvonne Jean. - 4ª ed - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 157.

grupos para barrar o poder estatal: (i) jusnaturalismo; (ii) teorias da separação dos poderes; (iii) democracia.

Em relação ao primeiro grupo, o jusnaturalismo, merece destaque uma vertente dessa forma de pensar que é o contratualismo. A teoria contratualista defende que a passagem do estado de natureza para o estado civil ocorre através de um contrato social, fazendo com que os direitos naturais e individuais fiquem sob o manto de um soberano, que seria o responsável pela sua guarda. Nesse sentido, é dever precípua do Estado cumprir essa função, previamente acordada pelos contratantes no pacto social.

Para alguns pensadores, como Norberto Bobbio, o contratualismo pode ser interpretado como uma teoria liberal, servindo de fundamento para a formação do Estado liberal e democrático, como se observa no trecho a seguir:

Parece que a doutrina moderna do Estado liberal e democrático está ligada às teorias do *contratualismo*, quer dizer, às teorias que fundamentam o poder estatal num acordo dos simples membros da comunidade. Mas as teorias contratuais respeitam o problema da *justificação* e do *fundamento* do poder, enquanto as que examinamos até agora<sup>4</sup> referem-se a um problema diferente, ou seja, ao da *extensão* ou do âmbito do poder. Em outras palavras, pode-se dizer que as primeiras dizem respeito ao problema da legitimidade do poder, as outras dizem respeito à maneira pela qual o poder pode ser exercido.<sup>5</sup>

Nesse sentido, de um modo próprio, após a formulação das teorias contratualistas, é que a relação de poder entre o Estado/Soberano e os cidadãos passou a ser mais bem delineada.

Apesar da ampla utilização do termo *contrato social*, é importante destacar que a ideia de *pacto social* se mostra mais adequada à teoria. Afinal, os próprios contratualistas têm a clara noção de que o pacto social não é uma versão universalizada do contrato privado.

De forma resumida, pode-se identificar três grandes pensadores teóricos do contratualismo que são Hobbes, Locke e Rousseau. Hobbes, concebe a sua teoria contratualista como sendo uma busca pela liberdade, ponto-chave de sua teoria, pois haveria uma troca entre aquilo que se tinha no estado de natureza e no Estado Civil.

<sup>4</sup> Jusnaturalismo; separação dos poderes; democracia.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. 12. ed. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 28.

Como no estado de natureza era lícito cada um fazer o que quisesse<sup>6</sup>, criava-se uma guerra de todos contra todos, tal choque entre as pessoas impedia a sua liberdade. Ora, se a todo instante a minha liberdade pode ser cerceada pelo conflito com os outros, eu certamente não tenho uma liberdade plena. Por isso, forma-se o Estado Civil, como alternativa de buscar a paz, alcançando-se também a liberdade. Assim, as leis de natureza são uma construção da razão que tem como objetivo alcançar a paz e a conservação do homem. Entende-se que a natureza dita a busca da paz, sendo a sua ideia de “reta razão - isto é, a lei de natureza - é que procuremos a paz, quando houver qualquer esperança de obtê-la”<sup>7</sup>. Aqui também há um fator de medo preponderante, pois a procura pela paz, ao menos em Hobbes, é o contraponto para o medo.

Dentre os contratualistas, apenas Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã* (Livro II, capítulo XVIII), irá referir-se ao pacto social como uma “assembleia”, negando a ideia de que o pacto social seja de fato um pacto entre o povo e o representante. Para Hobbes, o pacto social não pode ser um contrato entre cada indivíduo privado com o representante soberano, uma vez que esses contratos privados perderiam sua validade com o próprio pacto social. Assim, é antes um acordo coletivo de cada um com cada um dos outros. Além disso, o pacto social pode instituir como representante tanto um homem como uma assembleia de homens.

Em Locke, a liberdade também se mostra como um importante fator para a formação do Estado Civil. De forma diferente de Hobbes, Locke percebe que o estado de natureza não é marcado pela guerra de todos contra todos, mas por um estado de relativa paz. O surgimento do Estado Civil almeja, na verdade, a conservação dessa paz e a convivência em comunidade. Locke possui uma visão liberal em que a (conservação da) propriedade adquire um papel central. Contudo, o ponto que realmente interessa, neste estudo, é a ideia de consenso presente em sua teoria<sup>8</sup>. A

---

<sup>6</sup> “(...) todo homem é opaco aos olhos de seu semelhante – eu não sei o que o outro deseja, e por isso tenho que fazer uma suposição de qual será a atitude mais prudente, mais razoável. Como ele também não sabe o que quero, também é forçado a supor o que farei. Dessas suposições recíprocas, decorre que geralmente o mais razoável para cada um é atacar o outro, ou para vencê-lo, ou simplesmente para evitar um ataque possível: assim a guerra se generaliza entre os homens.” Josuel Stenio da Paixão Ribeiro, Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau. Disponível em: [www.redalyc.org/journal/934/93453803002/html/#redalyc\\_93453803002\\_ref15](http://www.redalyc.org/journal/934/93453803002/html/#redalyc_93453803002_ref15)

<sup>7</sup> . HOBBS, T. Os Elementos da Lei Natural e Política, Trad. Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 36.

<sup>8</sup> A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma

sociedade política é fruto da racionalidade e do consentimento do povo, ou seja, o poder atribuído ao governante só é legítimo se tiver a concordância do povo.

Por fim, Jean-Jacques Rousseau, naquilo que o difere dos demais filósofos citados, acredita que a sociedade corrompe o ser. Em um estado de natureza, os homens seriam bons e viveriam em paz, sendo o ser humano, por natureza, irrepreensível em sua conduta. É a sociedade que torna as pessoas más, a partir da “divisão do trabalho e da propriedade privada” criando diferenças que acabam por as corromper.

Assim, com o tempo, a preocupação com a limitação do poder do soberano também passou a ser alvo de análise da filosofia política. Em outras palavras, podemos dizer que a característica que distingue o Estado liberal e democrático tem mais relação com a forma como o poder estatal é limitado do que com a maneira como é instituído e justificado.

Todavia, para que o aparato criado seja respeitado pelos indivíduos de determinada sociedade, é essencial que haja um fator de coercibilidade. Kant, em seus estudos, já havia percebido tal necessidade. Por isso, para ele, é a coerção externa que possibilita a coexistência entre a liberdade de cada um de acordo com uma lei universal. Portanto, é a coerção que possibilita, por meio do direito, a garantia do máximo e igual exercício das liberdades individuais, como segue:

O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei; (...) esse direito apoia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa que possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo as leis gerais.<sup>9</sup>

Pensamento alinhado ao de Kant é apresentado por Carlos Ari Sundfeld, em sua obra *Fundamentos de Direito Público*:

A primeira característica do poder político é a possibilidade do uso da força física contra aqueles que não se comportem de acordo com as regras vigentes: quem não obedece à proibição de matar seu semelhante é perseguido e preso; quem não paga os impostos é privado de seus bens. É verdade ser uma exceção o uso, pelo Estado, da força física contra os membros do país. Mas essa possibilidade existe, como último recurso contra os insubmissos, e é em virtude dela que as pessoas, normalmente,

---

comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte. (LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 468).

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 407



aceitam, sem resistir, as imposições do Estado. Isso não é tudo. O que há de significativo no Estado é o fato de ele reservar para si, com exclusividade, o uso da força. O Estado nega, a quem por ele não autorizado, o direito de usar a força contra os outros indivíduos. Assim, a segunda característica fundamental do poder estatal é a de não reconhecer a ninguém poder semelhante ao seu. Então, a peculiaridade do poder do Estado (poder político) é, de um lado, o basear-se no uso da força física e, de outro, o reserva-se, com exclusividade, o uso dela.<sup>10</sup>

Assim, tem-se a difícil tarefa de conciliar os limites do exercício do poder estatal e a necessidade de uso da força (fator de coercibilidade) para que as leis sejam cumpridas.

Como segunda forma de barrar o poder estatal, surgem as teorias de separação dos poderes, na tentativa de criar um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Trata-se de dizer que quem faz as leis (legislar) não pode aplicá-las (equivalente atualmente ao poder executivo), e quem aplica não resolve os conflitos (julgar):

Qualquer Estado contém em si três poderes, quer dizer, a vontade universal unificada que se ramifica em três pessoas (política): o poder soberano (trias (soberania) na pessoa do legislador, o poder executivo na pessoa do governante (em observância à lei) e o judicial (que atribui a cada um o seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (iudiciaria) potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria).<sup>11</sup>

Esse aspecto será melhor aprofundado ao longo do texto, mas cabe já dizer que sempre houve uma preocupação em limitar os poderes do Estado e que essa não foi a única forma teorizada para que ele fosse restringido. Assim, o direito pode ser mencionado como uma das principais ferramentas para se alcançar esse objetivo.

Por fim, figura a democracia como uma das relevantes formas de barrar o poder do soberano. Com o advento da democracia, cada indivíduo passa a deter uma parcela da soberania, extraíndo o soberano o seu poder da vontade dos cidadãos.

#### **IV. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

---

<sup>10</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21. <sup>11</sup> KANT apud FELDHAUS, Charles. Direito e moral: três estudos a respeito da filosofia prática de Kant. Florianópolis: Apolodoro Editora, 2007.

Em algumas teorias da separação dos poderes, a sua evolução confunde-se com a história da evolução da limitação do poder político. Por esse motivo, é que a sua análise inicial se mostra tão importante para o desenvolvimento do tema. A limitação dos poderes do soberano marca a transição entre o Estado absolutista e o Estado democrático. Mais adiante, ao abordar-se o Constitucionalismo, será possível notar que ele também se encontra no cerne da formação do Estado de Direito.

Entretanto, como contraponto a essa visão, é possível salientar que algumas teorias da separação dos poderes abordam a sua necessidade sob um outro aspecto, pelo prisma da eficiência, por exemplo. Não por acaso, como primeiro desdobramento do tema, elege-se o ponto de vista de Jurgen Habermas que será tratado no terceiro capítulo, já que o autor é o objeto principal desta pesquisa.

Todavia, recupera-se de Platão a sua concepção da *Pólis* perfeita, em que há três castas políticas distintas que devem compor uma sociedade, ou seja, os trabalhadores; os guardiões e os filósofos. Já Aristóteles, em sua obra *Política*, divide as classes políticas em realza, nobreza e povo, sendo o poder dividido em legislativo, executivo e judiciário.

Por sua vez, no século XVII, o filósofo Inglês John Locke formula uma teoria de separação dos poderes, mesmo que de forma implícita, através do *Segundo tratado sobre o governo civil*. Locke identifica quatro funções e dois órgãos do poder, o legislativo (exercido pelo parlamento) e o executivo (exercido pelo monarca). Além dessas duas funções, ainda cabe ao rei tratar de questões de segurança, como guerra e paz, bem como garantir o “bem público”, que, segundo o próprio filósofo inglês, terminologicamente, era impreciso, deixando margem para condutas absolutistas.

Inicialmente, a teoria não tinha por objetivo a construção de um regime democrático focado no controle mútuo dos poderes do Estado, fazendo uso do sistema de freios e contrapesos. A ideia era conferir uma proteção à liberdade individual e ao mesmo tempo aumentar a eficiência do Estado, fazendo com que cada órgão fosse especializado em determinada função. Dessa forma, buscava-se diminuir o absolutismo dos governos da época, em razão da incompletude do poder, pois este era limitado pelo próprio poder.

Somente no século XVIII, com Montesquieu, é que a teoria de tripartição dos poderes ganha força e notoriedade, principalmente, nos países do *civil law*, como no caso do Brasil. Pode-se entender que somente na teoria formulada por Montesquieu é que aparece uma real intenção de limitação do poder, alertando sobre o perigo de

se concentrar em um órgão apenas todos os poderes do Estado. A limitação aqui não se dá em relação ao poder do Estado, mas da sua limitação “dentro do Estado”, como se percebe nas palavras de Montesquieu<sup>12</sup>:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. um mesmo grupo ou pessoa jamais deve ocupar função em mais de um poder, pois isto implicaria na liberdade do próprio Estado.

É importante frisar que, apesar de sua aceitação dominante no modelo de estado democrático de direito contemporâneo, a teoria da divisão de poderes de Montesquieu constitui uma entre várias teorias da divisão de poderes. Há outras, inclusive, mais modernas como a de Habermas – objeto do próximo tópico. Também se faz necessário destacar que a teoria de Montesquieu incorpora a teoria aristotélica, segundo a qual deve-se dividir o poder entre executivo, legislativo e judiciário, de modo a acomodar as três classes políticas, isto é, a realeza, a nobreza e o povo dentro do estado. A teoria de Aristóteles também é importante para explicar o republicanismo de Maquiavel, Rousseau e Kant.

Apesar do avanço teórico, é possível conceituar a teoria do citado filósofo como sendo uma teoria de divisão dos poderes e não separação - uma vez que o termo separação dos poderes é muito forte para definir a sua teoria, que visava apenas distribuir as funções dentro do Estado. Seja como for, atualmente, esse entendimento está tão intrínseco em nosso ordenamento que é possível notar que a existência de três poderes independentes e harmônicos (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário) é pressuposto do próprio Estado Democrático.

Na Idade Média, quando tradicionalmente se utilizava a constituição mista, já havia uma tentativa de limitar o poder real, a exemplo da Inglaterra. E é justamente lá que surge a ideia de uma Monarquia Mista, onde o Rei, os Lordes e os Comuns deveriam repartir o poder político.

Conforme Paulo Bonavides, neste período:

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrograda de um rei que se confundia com o Estado no exercício

---

<sup>12</sup> MONTESQUIEU, Charles S. O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 193.

do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.<sup>13</sup>

Historicamente, o absolutismo político está intimamente ligado ao conceito de um sistema político centralizado, que busca uma racionalidade funcional à burocracia estatal da monarquia (também conhecida como monarquia absolutista). Dessa forma, diminuir a concentração de poder era garantir a liberdade individual e impossibilitar o surgimento de um regime ditatorial, além de ser um método que garantiria uma maior eficiência do Estado.

Contudo, Montesquieu, em sua teoria de tripartição dos poderes, limita a atuação do Estado deixando ao executivo apenas as funções de julgar e punir (com base nas leis promulgadas pelo legislativo). Nas palavras dos professores José Américo M. Pessanha e Bolivar Lamounier (1979), Montesquieu:

[...] opta claramente pelos interesses da nobreza, quando põe a aristocracia a salvo tanto do rei quanto da burguesia. Do rei, quando a teoria da separação dos poderes impede o Executivo de penetrar nas funções judiciárias; dos burgueses quando estabelece que os nobres não podem ser julgados por magistrados populares.<sup>14</sup>

Ao mesmo tempo, por fazer parte da nobreza e ser um aristocrata autêntico, ele defende que a nobreza, por ser mais capaz (dada a sua superioridade natural), deveria servir como mecanismo para contrabalancear o poder da burguesia. Observa-se que é uma teoria nitidamente liberal frente à sua época, mas que para os padrões atuais não deixa de ser conservadora. Apresenta como foco a cooperação harmônica entre os poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário), prezando mais pela eficácia mínima do governo do que pela independência e autonomia dos poderes.

Ao menos de relance, vê-se que Montesquieu parece perceber uma relação entre a função jurisdicional e executiva. Tal qual Hans Kelsen desenvolveria depois, no século XX. Para o autor, a função do Estado está relacionada à sua capacidade de tornar eficaz a sua ordem jurídica. O poder, que é uma função do Estado, deve ser dividido em três órgãos (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), para que haja a criação e a aplicação do Direito. Identifica-se então na verdade uma

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.

<sup>14</sup> PESSANHA, José Américo Motta e LAMOUNIER, Bolivar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. In: Montesquieu: Do Espírito das Leis. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1979. (Coleção "Os Pensadores"), p. 23.

bipartição de funções, muito embora sejam necessários três poderes para exercer as duas funções.

É interessante notar que na Constituição dos Estados Unidos de 1787 já há uma divisão formal dos três poderes, ao tratar em seu artigo 1º das competências do legislativo, no artigo 2º, do executivo e, no artigo 3º, do judiciário. Essa ideia é expressa também pelo doutrinador James Madison, em sua obra “O Federalista”, ao comentar a respeito da constituição norte-americana, defendendo que:

A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditários, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania.<sup>15</sup>

No Brasil, a separação dos poderes também é expressa em nossa Carta Magna, em seu art. 2, que elenca os três Poderes da União. Posteriormente, vê-se a tripartição dos poderes como cláusula pétrea da Constituição, em seu art. 60, § 4º, III, onde o constituinte vetou a elaboração de emenda tendente a abolir a separação dos poderes.

Em síntese, com o sistema de separação dos poderes é possível evitar excessos ou precipitações por parte do Estado, além de aumentar a sua eficiência política. O mesmo ocorre no sistema bicameral, como é o caso do Brasil, onde há duas casas no Congresso Nacional com a função de legislar.

## **V. A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE**

De acordo com Kant, a posse inicial, comum de toda a terra, perpassa por uma posse comunitária de indivíduos inter-relacionados. Isso leva ao entendimento de que cada indivíduo, além do direito de possuir a terra a qual se encontra ou nasce, tem também, justamente em virtude da posse originária comum (*communio possessionis*), o direito de ser possuidor de qualquer tamanho de terra desde que correspondente à força que tenha para defender a sua posse.

Assim, no estado de natureza, cada indivíduo tem um direito provisório de usar os objetos externos e de afastar todos os demais de seu uso pelo postulado jurídico da razão prática. Pode-se dizer que o direito adquirido de propriedade

---

<sup>15</sup> Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, O Federalista, XLVII DALLARI apud Dalmo Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 19.ed., Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP, p. 60.

depende de três fatores: a posse comum originária, a vontade do primeiro ocupante e a vontade unificada do povo, que só é efetiva no estado civil. No estado de natureza, existe uma posse empírica que tem a presunção de se tornar jurídica como antecipação do ingresso no estado civil, só então, haverá uma posse jurídica ou inteligível.

A grande questão formulada por Kant é como definir normas que proibam a posse dos outros, quando eu não estiver na posse do objeto. Por isso, em um segundo estágio de evolução, surge o dever recíproco de unir-se num sistema público armado com determinações jurídicas de caráter material e processual. Apenas o Estado pode garantir o legítimo, o direito e o justo, conforme segue:

Mas a lei distributiva do meu e do teu de cada um, relativa ao solo, não pode, de acordo com o axioma da liberdade externa, surgir de outro modo senão que oriundo de uma vontade unificada originariamente e a priori (que, para tal unificação não pressupõe nenhum ato jurídico), quer dizer, só pode surgir no estado civil (*lex iustitiae distributivae*), o único estado que determina o que é legítimo, o que é de direito e o que é justo<sup>16</sup>.

A relação estabelecida por Kant entre propriedade e Estado é intrínseca. Sem a garantia ao direito à propriedade, o próprio Estado se torna inviável e sem o Estado a propriedade permanece incerta<sup>17</sup>. Para Kant, o que leva à passagem do estado de natureza para o estado civil é a necessidade de superação das injustiças, havendo uma garantia ao direito privado.

Das palavras de James Harrington, em sua obra "*Oceania: Empire follows the nature of property*", pode-se apreender que o poder político (*empire*) segue a sorte do poder econômico (*property*). Desse entendimento, é possível concluir que a natureza do poder político depende da natureza do poder econômico. Segundo Kant, o direito

---

<sup>16</sup> KANT apud HECK, José. N. Estado, propriedade e trabalho em I. Kant, p. 5. Disponível em: <https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/233/428>.

<sup>17</sup> As we saw, this amounts to saying that only a state can be fully justified in enforcing property rights; any attempt to enforce rights privately in the state of nature will necessarily fall short of the ideal set by the right to freedom (although such an attempt may be justified if it is the only available option). Together, these two claims yield Kant's conclusion that forcing individuals to leave the state of nature is compatible with their right to freedom, since freedom itself demands that they leave the state of nature. In other words, all this shows that individuals have a duty of right to leave the state of nature. LOUIS. Philippe Hodgson. Kant on Property Rights and the State. *Kantian Review*, 2010, p. 57-87 doi:10.1017/S1369415400002375.

à propriedade está de acordo com o direito e a liberdade, sendo juridicamente necessário. A propriedade também permite verificar que a posse jurídica é uma relação inteligível.

## VI. ASPECTOS GERAIS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

Outro aspecto importante e que merece destaque em relação à formação do Estado moderno compreende a segurança jurídica. Apesar de ser um termo recente e com origem na doutrina do direito, seu pensamento político mostra-se alinhado com as ideias já expostas, no sentido de salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

De acordo com José Afonso da Silva, observa-se que:

(...) a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.<sup>18</sup>

No ordenamento brasileiro, a sua expressão máxima encontra-se no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF) de 1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”.

Pode-se desdobrar o conceito de segurança jurídica em dois aspectos, o aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança.<sup>19</sup> Esses dois aspectos já demonstram por si só a magnitude que tal conceito alcança em nossos tempos. Não é difícil perceber que essa concepção tem implicações de ordem econômica, política e social. Em seus dois

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

<sup>19</sup>Estes dois princípios - segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ - legislativo, executivo e judicial (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000, p.257).

aspectos, a segurança jurídica representou, com o fim dos governos absolutistas, uma proteção contra os arbítrios desmedidos cometidos pelos governantes sem qualquer amparo legal ou até mesmo justificação (plausível ou não).

Em outras palavras, o poder absoluto não reconhece limites, não identificando acima de si mesmo nenhum outro poder.<sup>20</sup> A ideia de estabelecer limites ao poder do Estado é o que permeia a formação do Estado liberal e democrático, como já dito linhas acima.

Por tal motivo, o princípio da segurança jurídica tornou-se um dos pilares do Estado de Direito. Também pudera, uma das maiores conquistas do Estado de Direito, como o próprio termo sugere, foi justamente a submissão da vontade do monarca absolutista à vontade popular, através e em conformidade com a lei.

No pensamento de J. J. Canotilho, o ideal de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social. Atualmente, a ideia de segurança jurídica mantém um vínculo estreito com a ordem, a forma de organização do Estado e até mesmo com o dever de abstenção do Estado em alguns casos. O princípio da segurança jurídica também serve de guisa para estabelecer padrões legais a serem levados em consideração nas relações sociais.

## VII. O SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Como já adiantado, o Constitucionalismo guarda íntima relação com o fim do Estado absolutista. Cabe aqui expor a brilhante síntese de Wolkmer sobre o Estado moderno:

O Estado Moderno surge, inicialmente, sob a forma do Estado Absolutista (legitimado pelo poder monárquico), evoluindo, posteriormente, para o chamado Estado Liberal Capitalista. Desse modo, o Estado Absolutista é um Estado de transição: sua estrutura prepara o advento do Estado Liberal, fundado no modo de produção capitalista.<sup>21</sup>

Embora sejam mais evidenciadas as constituições escritas, é importante ressaltar que as constituições, em um sentido amplo, também podem se dar de forma

<sup>20</sup> Conceito este de um Estado sem limites, caro à doutrina de Maquiavel.

<sup>21</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e direito. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1989, p. 95.



não escrita. Conceitualmente, é válido dizer que a constituição é o conjunto de normas que organiza o estado ao mesmo tempo que impõe limites aos poderes e à atuação dos governantes. Ou seja, como norma fundamental do Estado, esse conjunto de normas pode aparecer de qualquer forma, inclusive, sem a sua positivação de forma escrita.

Nesse sentido, Jesus Miranda Carvalho entende:

(...) que melhor se definirá a Constituição como o estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto é, abrangendo mas não se restringindo estritamente ao político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do normativo-jurídico específico (nesse sentido, total - e não apenas tendencialmente - é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*. Com esse sentido também poderemos, então, definir a Constituição como lei fundamental da sociedade.<sup>22</sup>

Para Kildare Gonçalves Carvalho, o Constitucionalismo “consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder.”<sup>23</sup>

Como já mencionado, o movimento tem sua origem na Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e na Constituição da França, de 1791. Além da proximidade entre as datas de suas promulgações, as duas constituições também guardam semelhanças em relação aos seus referenciais teóricos. Ambas apresentam forma escrita e rígida, com forte inspiração nas ideias de racionalidade advindas do Iluminismo do século XVIII, sobretudo, quanto à valorização da liberdade formal (*laissez faire*) e do individualismo, marcas que apontam para o Liberalismo.

Na primeira fase, o conteúdo das pioneiras constituições resumia-se a estabelecer regras sobre a organização do Estado, o exercício e a transmissão do poder e a limitação do poder do Estado (assegurada pela enumeração de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos).

---

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora 1990. p. 138.

<sup>23</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional –Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Somente com o desenvolvimento do Constitucionalismo é que a constituição deixa, dentro de uma perspectiva estritamente liberal, de ser apenas a ordem jurídica fundamental do Estado liberal, assumindo um caráter de norma jurídica formal, protetora dos direitos humanos. Como decorrência dessa evolução, as constituições deixaram de tratar exclusivamente da organização política liberal para abranger qualquer forma de organização política, não importando o regime, nem o modo de distribuição da competência aos poderes estabelecidos. O Constitucionalismo contemporâneo ainda sofrerá uma outra mudança, abarcando também indagações políticas com atenção especial a questões democráticas e sociais. Seja para qual fase se olhe, a marca registrada do Constitucionalismo permanece sendo a limitação, através do Direito, dos possíveis abusos do Estado na esfera privada. Por isso, os direitos individuais mostram-se tão caros a essa corrente de pensamento político.

Para Bonavides (2004), há de se fazer uma distinção entre a evolução no campo constitucional brasileiro e no europeu. Para o renomado autor, na Europa, a evolução constitucional teve suas raízes na luta contra o poder absolutista da época (*ancien régime*), tendo história e tradição. Ao passo que no Brasil, o nosso constitucionalismo herdou vícios e taras do absolutismo europeu, inclusive, no que diz respeito à escravatura.

Sem dúvida, ambos tiveram como fonte doutrinária o constitucionalismo francês, o qual se inspirava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em especial, o art. 16 da Declaração passou a ser mencionado expressamente na Constituição francesa de 1791, servindo de guisa interpretativa do constitucionalismo contemporâneo: *“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminé, n’a point de constitution.”*

## VII.1 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

A par de todos os mecanismos de contenção de poder, o Estado precisa ter um aparato capaz de manter a ordem ao mesmo tempo em que assegura aos cidadãos suas garantias individuais. Não por acaso, a segurança jurídica, até então traço marcante do positivismo, também se mostra um importante instrumento de defesa dos cidadãos, servindo de escudo contra os arbítrios do Estado, e da sociedade contra os seus próprios arbítrios. É justamente sobre esse aspecto da segurança jurídica, entre a dualidade do poder do Estado soberano e a defesa dos

cidadãos contra esse poder, que deve perpassar uma boa teoria de justiça. O debate sobre a necessária relação entre positivismo e segurança jurídica ganhou fôlego ainda maior após a Segunda Guerra Mundial, iniciando uma crise do positivismo e da escola Kelseniana, a qual tinha o aspecto da segurança jurídica como um dos seus traços mais marcantes.

Dentre as diversas atrocidades cometidas durante o conflito, houve também aquelas cometidas contra o ideário de justiça, em especial, a doutrina do positivismo jurídico. Como resposta aos antigos dogmas, aconteceu o avanço das teorias de separação dos poderes aliado ao crescimento do Constitucionalismo, principalmente, nos países de tradição política inglesa, acabando por se mostrar uma forma atual de controle do poder estatal e de luta pelas garantias dos indivíduos<sup>24</sup>. Surge assim uma nova dogmática jurídica.

O Constitucionalismo contemporâneo, também chamado de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, teve sua origem na Europa, no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. A fim de citar algumas referências dessa nova forma de ver o Constitucionalismo, deve-se destacar a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã<sup>25</sup>), de 1949, e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Até essa época, prevalecia na Europa o pensamento positivista, que defendia que a lei assumia o papel de principal fonte do Direito e o Juiz, a função de executor das soluções propostas pelo legislativo para os problemas sociais. Os direitos acabavam por existir à medida que eram contemplados na lei.

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial e com o término dos regimes totalitários (nazifascistas), a história se repete no sentido de que, se antes o estopim

---

<sup>24</sup> Agustín Gordillo, em sua obra *Princípios Gerais de Direito Público*, p. 68, defende bem este avanço entre o Estado de Direito da mera legalidade para o constitucionalismo: “O conceito de Estado de Direito, por certo, não é unívoco e sofreu uma evolução que o foi aperfeiçoando: numa primeira fase pode-se dizer que o fundamento era um respeito à lei por parte do Poder Executivo: este era o então vigente princípio da legalidade dos particulares. Logo os limites que o Estado de Direito impõe são estendidos à própria lei: se diz então: como já vimos, quem também a lei deve respeitar princípios superiores: é o outro princípio fundamental do respeito à Constituição por parte das leis manifestado através do controle judicial da dita constitucionalidade. O indivíduo aparece, assim, protegido contra os avanços injustos dos poderes públicos numa dupla face: por um lado, que a Administração respeite a lei, e, por outro, que o legislador respeite a Constituição. O cerne da questão radica sempre, como se percebe, em que os direitos individuais não sejam transgredidos por parte dos poderes públicos.”

<sup>25</sup> Novamente na visão de BARROSO, extrai-se que a Constituição alemã de 1949 foi designada como “Lei Fundamental” originalmente, o que marcava seu caráter provisório, criada para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade, o que ocorreu apenas em 03 de outubro de 1990.

para o surgimento do Constitucionalismo era a reação ao Estado absolutista, agora, a motivação são os regimes totalitários. Assim, a população mundial passou a reivindicar novos direitos e garantias fundamentais capazes de coibirem abusos por parte do Estado ou por quaisquer detentores de seus poderes, assim como o traçar efetivo de mecanismos de controle constitucional, para fazer valer tais prerrogativas. Certamente, as limitações impostas até então não foram capazes de impedir as atrocidades cometidas contra a humanidade no século XX. Uma nova forma de pensamento e de interpretação do Constitucionalismo fazia-se necessária.

Luís Roberto Barroso<sup>26</sup> salienta que a decadência do positivismo acontece, em grande parte, pela derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, aproximando o Direito e a Ética novamente. O fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha são movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.

Ainda se tratando do pós-positivismo, afirma Luiz Roberto Barroso:

A superação histórica do jus naturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.<sup>27</sup>

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

<sup>27</sup> BARROSO, ob. citada, p. 4-5.

embalagem para um produto qualquer, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. A insurreição histórica contra o *jus naturalismo* e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo passa a ser a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Para Celso Lafer, essa noção constitucional deve e alcança o âmbito internacional, pois esta é uma conquista a nível mundial:

Num mundo único a cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para o indivíduo beneficiar-se do princípio da legalidade, evidenciando-se dessa maneira o surgimento de um novo “estado totalitário de natureza”, não pode ser examinada apenas no âmbito interno de uma comunidade política. Em verdade, só pode ser assegurada por um acordo da *comitas gentium*, pois este só pode existir, observa Hannah Arendt, em artigo publicado em 1949, por meio de acordo e garantias mútuas, pois não se trata de algo dado, mas construído, no caso, requer um entendimento de alcance internacional. A relevância desta conclusão não é hoje contestada em Direito Internacional Público, que *ratione materiae* necessariamente inclui no seu objeto a repartição legal da população mundial.<sup>28</sup>

Com essa quebra de paradigma, o que se vê é uma redução do papel do legislador em prol do juiz. Se no pós-Revolução Francesa, buscou-se fortalecer o poder executivo, agora, deseja-se um caminho diferente, com o fortalecimento do judiciário. Nessa linha de pensamento, o judiciário passa a atuar como intérprete da constituição com a finalidade de aplicá-la ao caso concreto, investido de força normativa.

A constituição começa a ser vista como norma dotada de supremacia, onde todas as demais leis devem buscar o seu fundamento. Nela, a defesa dos direitos humanos ultrapassa as fronteiras estatais, numa tentativa de construção de um sistema integrado internacional de proteção, formado essencialmente pela interseção normativa entre tratados internacionais e textos constitucionais.

Com o estreitamento dos vínculos entre Direito e Política, supera-se então o antigo paradigma positivista do Direito, de caráter meramente formal, em que cabia

---

<sup>28</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos. 1.ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, p. 153-154.

ao Estado apenas aplicar o que fosse estipulado pelo legislativo, sendo a lei considerada a expressão do próprio Direito. Passa-se então à compreensão de que o Direito não poderia extrapolar as relações dos poderes, tornando inconcebível o entendimento que em nome da “vontade do legislador” o Estado pudesse agir a bel-prazer, como se suas ações fossem amparadas e legitimadas com base nesse argumento.

Muito mais do que um avanço nos postulados constitucionais, o neoconstitucionalismo surge como uma necessidade de resposta a uma sociedade cada vez mais complexa, sendo o epicentro dessa nova realidade a validação e a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, ele não se restringe ao vínculo entre governantes e governados, mas se estende para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma dessas pessoas tenha seus direitos violados ou ameaçados de lesão.

A partir dos princípios filosóficos da Teoria Kantiana, que apresenta a ideia de que o ser humano deve ser um fim e não um meio, repudiando qualquer tentativa de instrumentalização do homem; e de Hegel, que refuta essa noção de dignidade, analisando a necessidade de assunção da condição de cidadão para o ser humano atingir tal qualidade (dignidade), fundamentando a máxima de que cada um deve respeitar os outros como pessoas, é que se chega a conclusão de que a dignidade é (também) o resultado do reconhecimento.

Ingo Wolfgang Slart aduz que a dignidade humana dentro de uma concepção jurídica pode ser concebida como

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (parâmetros da Organização Mundial da Saúde), além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>29</sup>

No plano teórico, o novo direito constitucional ocasionou uma mudança para reconhecer a força normativa da constituição e, devido a essa elevada carga

---

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2001, p. 59-60.

valorativa, originou-se o que se denomina como constitucionalização do direito (também denominada de “expansão da jurisdição constitucional”), na qual a constituição passa a irradiar seus valores por todo o ordenamento jurídico.

Dotado dessa força normativa, o judiciário passa a exercer um papel mais ativo, já que ao juiz compete a aplicabilidade direta da constituição. Esse, quando chamado pela sociedade a se manifestar, nas demandas sociais, seja na área da saúde, educação ou quaisquer outros problemas ocasionados pela falta de regularização de políticas públicas adequadas ou não implantadas pelo executivo, deve atendê-la positivando tais direitos, esquivando-se de questões de foro político.

Diferentemente da visão positivista e dos defensores da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a nova dogmática acaba por reaproximar o Direito com a Moral, sendo o grande marco filosófico do neoconstitucionalismo. Por consequência, essa teoria reclama por um novo dogma interpretativo, tratando de temas como separação dos poderes, colisão de direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, apenas para citar os mais importantes.

No campo teórico, o pós-positivismo busca esclarecer as mudanças ocorridas nos sistemas jurídicos contemporâneos, marcados por uma constituição invasora, disseminando seus preceitos fundamentais e modificando a forma de interpretar e aplicar as leis, sob o enfoque da luz constitucional.

Novamente, para Barroso, há de se destacar três transformações fundamentais que levaram à subversão do conhecimento convencional em relação à aplicação do direito constitucional, a saber: a) o status de força normativa da constituição; b) a ampliação da jurisdição constitucional; e c) o surgimento de uma dogmática da interpretação constitucional renovada.

Além de sua força normativa, legado constitucional europeu, advindo da segunda metade do século XX, compreende-se a constituição como forma de se atribuir sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade<sup>30</sup>, para se alcançar a finalidade suprema do documento que é o *bem maior*.

## VII.II A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

---

<sup>30</sup> STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto. Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 209.

Como vimos, a constituição passa a ter um papel preponderante no ordenamento jurídico. É sobre esse movimento de filtro do Direito, ocasionado pelo Constitucionalismo, que ora se discorre. A constitucionalização do Direito é marcada pela expansão das normas constitucionais cujo conteúdo material e axiológico se estende por todo sistema jurídico através de sua força normativa.

Tendo por base esse pressuposto, é possível vislumbrar o alcance que a constituição passa a ter. Os princípios e regras do documento passam agora para o campo do direito infraconstitucional, condicionando a validade e o sentido de todo o ordenamento. Além disso, vê-se também uma atuação da *Lex Mater* nos três poderes, tanto entre eles, quanto deles em relação a particulares e entre particulares.

Nas palavras de Barroso, encontram-se exemplos dessas inter-relações:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.<sup>31</sup>

Dessa forma, o sistema jurídico deve sempre priorizar o bem-estar coletivo, jamais poderá proteger determinados direitos e valores para beneficiar algumas poucas pessoas. Essas normas de abrangência infraconstitucional deram à Constituição brasileira, por exemplo, um caráter prolixo e ao mesmo tempo corporativo e analítico.

Toda vez que uma matéria ascende à constituição ocorre uma interferência dos limites de atuação do legislador ordinário e da aplicação que posteriormente será dada pelo judiciário. A margem interpretativa e modificativa que poder-se-ia dar a determinadas matérias, acaba por ficar restrita à visão inicial do legislador ao formular

---

<sup>31</sup> BARROSO, ob. Citada.



a constituição (nem sempre desejável). Tão grande é a força normativa que esse documento adquire que passa de uma supremacia meramente formal para assumir também uma supremacia material.

Antigamente, esse papel era desempenhado pelo Código Civil, que tomava um caráter, muitas vezes, de direito geral, pois abordava inúmeros temas em um único código. A partir de seus princípios, o resto do ordenamento incorporava uma unicidade dogmática em relação ao mesmo. Com o passar do tempo, à medida que o código envelhece e perde o seu caráter dogmático “atual”, ocorre a “decodificação” do código. Inúmeras leis específicas foram editadas para comportar as mudanças do trinômio sócio-jurídico-econômico.

À luz de tais premissas, ocorre o que alguns autores chamam de *filtragem constitucional*. Toda ordem jurídica passa a ser lida e interpretada sob a ótica da constituição. Para Canotilho, “a principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo crivo”<sup>32</sup>.

Assim, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Não há como se falar em aplicação do direito sem falar em aplicação da Lei Maior, seja diretamente, quando a pretensão se funda na própria constituição ou, indiretamente, quando ao aplicar a lei, o intérprete analisa se sua aplicação vai ao encontro da constituição, sempre orientada para o alcance da realização dos fins constitucionais.

---

<sup>32</sup> CANOTILHO, ob. Citada, p. 45.

## **SEGUNDA PARTE: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO**

Nesta segunda parte da presente pesquisa, o enfoque volta-se para a teoria do agir comunicativo de Habermas. Para a formulação da sua teoria do agir comunicativo, Habermas toma como base a comunicação e o discurso, visando a uma solução para um problema social da modernidade, o de promover a integração social e continuar o processo de reprodução social e cultural de forma estável. A solução dá-se através da comunicação e de sua contrapartida reflexiva: o discurso. Assim, por meio da comunicação e do discurso os sujeitos podem chegar a um acordo fundamentado. A ideia então é mostrar como é possível chegar a um consenso racionalmente motivado.

### **I. O DISCURSO ÉTICO EM HABERMAS: BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO**

Habermas procura, assim como faz unindo o Direito à Moral, ligar a criação de normas gerais às circunstâncias da vida social, mantendo umnexo entre elas. Para tanto, o autor vale-se dos princípios da Teoria da Ação Comunicativa e das pretensões de validade da ética do discurso (inteligibilidade, verdade, sinceridade e correção). Em verdade, Habermas busca substituir a razão prática pela razão comunicativa, de modo que o comportamento nas sociedades possa ser orientado conscientemente. Todos os desdobramentos acerca da razão comunicativa são tratados detalhadamente pelo autor em sua obra “A Teoria da Ação Comunicativa”, ainda na década de 1980. Segundo a teoria da ação comunicativa, a razão possui um papel fundamental, sendo a soma da razão do todo e também de suas partes. É a partir da razão, que Habermas extrai a fundamentação da ética do discurso, que servirá, por sua vez, de embasamento para a sua filosofia do Direito. Ao transformar a razão em racionalidade ética comunicativa, o autor procura reunir o mundo objetivo com a intersubjetividade do sujeito e a subjetividade de cada um. A ética do discurso, assim e diante de sua pluralidade, permite que se alcance o individual bem como o universal, ao mesmo tempo que deixa apenas de ser para se tornar ação quando necessário. A ética do discurso não se mostra como um obstáculo à razão, mas uma forma de detectá-la no mundo da vida.

Com o Iluminismo, a razão foi reduzida a uma funcionalidade instrumental, tornando-a incapaz de orientar o agir. Ao racionalizar o mundo, o Iluminismo fez dele

manipulável, sendo controlado por forças econômicas e determinações técnicas do sistema. Perde-se a confiança na razão. De acordo com essa visão crítica acerca da razão iluminista, com base na Escola de Frankfurt, o Iluminismo ocasionou a sua própria paralisação, decorrente da ideia de que o saber é técnica e não crítica, reduzindo a razão iluminista a um saber antecipado, materialista, levando ao desencantamento do mundo:

O preço da dominação não é meramente a alienação dos homens com relação aos objetos dominados; com a coisificação do espírito, as próprias relações dos homens foram enfeitadas, inclusive as relações de cada indivíduo consigo mesmo [...] O animismo havia dotado a coisa de uma alma, o industrialismo coisifica as almas. O aparelho econômico, antes mesmo do planejamento total, já provê espontaneamente as mercadorias dos valores que decidem sobre o comportamento dos homens. [...] As inúmeras agências da produção em massa e da cultura por ela criada servem para inculcar no indivíduo os comportamentos normalizados como os únicos naturais, decentes, racionais. De agora em diante, ele só se determina como coisa, como elemento estatístico [...] <sup>33</sup>

Habermas rompe com Adorno e Korkheimer ao tentar demonstrar que as instituições políticas e do direito criadas pela burguesia ainda eram capazes de resolver problemas éticos e práticos. A grande questão para Habermas, ao distanciar-se dos primeiros frankfurtianos, é conciliar a teoria social crítica e seu ideal emancipatório apoiado na razão sem esbarrar no pessimismo de seus antecessores. A solução na visão de Habermas encontra-se na discussão weberiana sobre ação e racionalidade, na busca do fundamento de uma razão comunicativa, para além da razão instrumental. Com isso, Habermas recupera a ideia de modernidade de Max Weber segundo a qual haveria ocorrido uma separação entre as ações racionais regidas por fins, em que a racionalidade se mediria pela eficiência na consecução de objetivos, e as ações racionais regidas por valores, onde a racionalidade seria medida por suas propriedades formais, e que ao se transformarem em princípios podem reger as formas de vida. Essa distinção entre racionalidade de fins e valores levou a uma ênfase maior para a racionalidade de fins, aumentando a dimensão instrumental da racionalidade ao invés da sua dimensão normativa e ética. Isso explicaria, para Weber, o progresso técnico, desacompanhado do progresso do espírito humano.

---

<sup>33</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 40.

Por sua vez, Habermas aponta a coexistência entre ações orientadas para fins e ações voltadas para o entendimento. O entendimento dá-se por meio de uma comunicação crítica entre os povos que buscam o consenso (universalismo) por meio de princípios, ao invés de fins práticos, impulsionando para o estado de direito universal, por meio da dialética. Mesmo a razão sendo o único fundamento seguro para a emancipação da sociedade, deve-se fugir da visão positivista da razão, que se atém apenas à explicação dos fenômenos do mundo natural, sem conseguir dar orientações práticas para a ação social, que de fato seria transformadora.

Em linhas gerais, pode-se dizer que essa é a base teórica para a formulação da teoria do agir comunicativo de Habermas, a qual será objeto de análise do próximo tópico.

## II. A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

A teoria moral insculpida na ética do discurso desenvolvida por Habermas tem seu nascedouro na obra *Teoria do Agir Comunicativo*, publicada no início da década de 1980. A partir dessa obra, Habermas busca apresentar os elementos teóricos fundantes da categoria denominada ação comunicativa. Para o autor, tal categoria prescinde a sua obra, sendo facilmente encontrada nos clássicos da ciência social. Como já adiantado, um dos principais autores com o qual Habermas dialoga é Max Weber e seu conceito de ação.

Para Habermas, na ação racional com respeito a valores, há indícios de uma dualidade no conceito de ação weberiana, compreendendo, de um lado, a relação homem-objeto e, de outro, uma relação entre sujeitos. Nesta última, Habermas desconstrói os tipos de forma de entendimento, uma em busca de um resultado, estratégico, e a outra trazendo em si o momento do entendimento livre de dominação, comunicativa. A partir dos atos de fala discutidos por Austin, na obra *Sentido e Percepção*, Habermas vai introduzir o conceito de comunicação livre de coerção, o ato de fala ilocucionário. O filósofo vai utilizar o conceito de agir regulado por normas e a constituição de um mundo das relações interpessoais legitimamente reguladas, desenvolvido por Mead, para mostrar que há um entrelaçamento com um conceito de racionalidade comunicativa.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Bettine, Marco. A Teoria do Agir Comunicativo de Jurgen Habermas: bases conceituais, São Paulo: Edições EACH, 2021.

Ao invés da teoria posterior da legitimidade democrática de Habermas, e ao contrário de *A Teoria da Justiça* de Rawls, Habermas não apresenta a sua teoria ética do discurso de forma completa em uma única obra. Não só não é compilado de forma única mas também se revela como um projeto de pesquisa em evolução, esboçado, por assim dizer, em uma série de ensaios. Dentre eles, pode-se destacar: *Consciência Moral e Agir comunicativo* (1983) e *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*, cuja maior parte apareceu originalmente em 1991. Chamar a ética do discurso de teoria moral não é realmente fazer justiça às suas peculiaridades. Por isso, não se pode interpretá-la como uma teoria moral normativa padrão, no sentido do que se deve ou não fazer e por quê. Em vez disso, é uma teoria social amplamente durkheimiana da moral, reinterpretada à luz da teoria da comunicação de Habermas.

Para o autor, a questão da moralidade e sua base na comunicação e discurso relaciona-se a uma solução para um problema social da modernidade, isto é, promover a integração social e continuar o processo de reprodução social e cultural de forma estável, como já explicitado. O problema surge, argumenta Habermas, porque a modernização dos processos (incluindo, mas não limitado à) da industrialização, da urbanização, do crescente movimento de pessoas, dos efeitos da educação e da tecnologia, da economia capitalista e do sistema de direito moderno resultaram na erosão dos hábitos e costumes estabelecidos, desmantelando as tradições e fragmentando a base compartilhada de significado e compreensão que até então sustentava a ordem social e da reprodução sociocultural.

A fluidez da vida moderna traz consigo a necessidade dos agentes sociais de renovar as bases da ordem social e da própria reprodução sociocultural. Em sua obra *O Discurso Filosófico da Modernidade*, Habermas salienta que a modernidade não pode emprestar fontes de normatividade do passado, mas, a partir de si, deve criar a sua própria normatividade:

Não há um ethos compartilhado, nenhuma doutrina religiosa abrangente, nenhuma ordem moral universal subjacente na qual os membros das sociedades modernas possam confiar para fixar suas crenças, coordenar suas atitudes e interações e garantir sua coexistência pacífica e livre de conflitos. Em vez disso, os agentes sociais modernos precisam continuamente tematizar, negociar e concordar racionalmente sobre os termos de sua interação e a base de sua vida comum. E tudo isso tem que ser feito, por assim dizer, em tempo real, de uma maneira que acompanhe os vários processos de modernização que continuamente dissolvem e fazem

fluir a substância normativa da sociedade, como as tradições religiosas compartilhadas.<sup>35</sup> (tradução livre)

A tarefa, como visto, mostra-se contínua e árdua. A solução proposta por Habermas vem da comunicação e de sua contrapartida reflexiva, ou seja, o discurso, como já mencionado. Assim, cabe reforçar que através da comunicação e do discurso os sujeitos podem chegar a um acordo fundamentado. Afinal, citando o próprio autor em sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*: “atingir a compreensão é o telos inerente à fala humana”.

Mas apenas tratar da ética do discurso em Habermas não auxilia, por si só, na compreensão da solução proposta pelo autor. Nesse sentido, é preciso demonstrar de que forma ele explica como o procedimento da argumentação moral (discurso) e o princípio moral (U) estão interligados com a estrutura social da ação comunicativa.

Na teoria pragmática do entendimento, Habermas situa a descrição dos atos de fala e, conseqüentemente, da performatividade, no universo da interação social. A função comunicativa da fala abarca a ideia de que o ato de fazer algo em termos linguísticos tem uma relação direta com a dialética existente entre sujeitos e sentidos que é intermediada por uma “reflexividade linguística”. É a partir dessa reflexividade que se pode estabelecer um consenso linguístico racionalmente motivado, mediado pela possibilidade de uma fundamentação e crítica dos atos de fala.

Habermas elenca em sua obra *Teoria do Agir comunicativo* três tipos básicos de ato de fala, caracterizados por três diferentes pretensões de validade: a verdade, a retidão e a veracidade.

Uma pretensão de validade, de acordo com Habermas, é uma garantia pragmática para justificar um enunciado (ou ação), se solicitado a fazê-lo, que cada falante não pode deixar de fornecer se falar ou agir com sinceridade. O falante precisa fundamentar a sua pretensão de validade levantada pela força ilocucionária atrelada ao ato de fala; já o ouvinte deve tomar uma posição, afirmativa ou negativa, diante de tal pretensão e deve também fundamentar a sua posição. Esse procedimento de fundamentação conduz, quando as pretensões de validade são contestadas, a uma transição da ação comunicativa para o discurso. Nas ações, as pretensões de validade levantadas de modo factual são aceitas sem maiores entraves. Já no

---

<sup>35</sup> FINLAYSON, James Gordon. *The Habermas-Rawls Debate*, New York, NY, Columbia University Press, 2019, p. 28

discurso, ao contrário, serve para a fundamentação de pretensões de validade de opiniões e normas problematizadas.

Desta feita, o significado (e a compreensão) de um enunciado ou ato de fala depende de sua pretensão de validade. Em outras palavras, depende das razões que o falante poderia aduzir para sustentá-lo e de sua aceitação pelo ouvinte. É o que Habermas vai chamar de “base de validade do significado”. Desta base de validade do significado, o autor irá extrair as consequências pragmáticas e socio-ontológicas da fala, ou seja, das razões daquilo que está implicitamente embutido no ato de fala. Os significados estabelecidos pelo discurso encontram fundamento nas razões, e essas razões, por sua vez, formam a racionalidade do mundo social e garantem sua estabilidade. Nos atos de fala do cotidiano, esse apelo às razões permanece consideravelmente implícito, assim como a própria aceitação de tais razões. Entretanto, quando essa pretensão não é aceita, isto é, ao ser contestada pelo ouvinte, há uma migração do plano de ação para o plano do discurso ou argumentação. Os discursos são, afirma Habermas, uma forma reflexiva de comunicação ou “ação orientada para a compreensão que, por assim dizer, se sobrepõe a esta”. Por isso, para o estudioso, o discurso é argumentação, no sentido de ser uma prática disciplinada governada por regras. Habermas identifica três níveis de regras adotando as indicações de R. Alexy. No primeiro nível, estão as regras básicas da lógica, como o princípio da contradição, e as regras semânticas básicas de universalização e consistência:

(1.1) Nenhum orador pode se contradizer;

(1.2) Todo falante que aplica o predicado F ao objeto A deve estar preparado para aplicar F a todos os outros objetos semelhantes a A em todos os aspectos relevantes;

(1.3) Falantes diferentes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes.

Já no segundo nível, estão as normas procedimentais, como os princípios de sinceridade e responsabilidade, ou seja, que todos os participantes devem se comprometer, mesmo que apenas implicitamente, a afirmar apenas o que genuinamente acreditam e sempre justificar quando solicitado o que afirmam ou fornecer razões para não ter apresentado justificativa. Essas são, afirma Habermas, pré-condições para toda argumentação genuína, no sentido de uma “busca da verdade”. Novamente, são três as regras:

(2.1) Regra da Inclusão:

"Todo e qualquer sujeito capaz de agir e falar pode participar de discursos."

(2.2) Regra da Participação:

"Todo e qualquer participante de um discurso pode problematizar qualquer afirmação, introduzir novas afirmações, exprimir suas necessidades, desejos e convicções."

(2.3) Regra da Comunicação Livre de Violência e Coação:

"Nenhum interlocutor pode ser impedido, por forças internas ou externas ao discurso, de fazer uso pleno de seus direitos, assegurados nas duas regras anteriores."

No terceiro nível de regras, encontram-se as bases para se chegar a um consenso racionalmente motivado. Nesse nível, estão contidas as pré-condições procedimentais que imunizam o discurso contra a coerção, a repressão e a desigualdade, e contra todas as forças persuasivas, exceto a "força não forçada do melhor argumento":

(3.1) Todo aquele que pode falar, pode tomar parte no discurso;

(3.2.a) Todos podem questionar qualquer afirmação;

(3.2.b) Todos podem introduzir qualquer ponto de vista no discurso;

(3.2.c) Todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades;

(3.3) Nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda de seus direitos fixados em (1) e (2), quando dentro ou fora do discurso predomine a força."

Habermas não apresenta uma justificação em relação a tais regras. Na verdade, ele pensa que essas regras não podem ser justificadas pelo argumento, porque são pré-condições pragmáticas da argumentação. Mas pode-se mostrar que essas regras são de fato pré-condições, porque não se pode negá-las sem cair numa "contradição performativa". Em outras palavras, pode-se explicitar que as regras do discurso são inerentes à própria argumentação.

De forma resumida, é possível destacar que, a partir do princípio do discurso, as questões práticas podem ser decididas racionalmente, pois Habermas consegue chegar na Teoria da Argumentação para demonstrar tal conclusão. Na lógica da argumentação, o autor designa três planos: plano lógico dos produtos; plano dialético dos procedimentos; e plano retórico dos processos. Para cada plano haverá uma resposta para um questionamento. No plano do produto, o objetivo é satisfazer uma pretensão de validade com argumentos; sob o ponto de vista procedimental, busca-se concluir o debate com um acordo motivado racionalmente; e, sob o aspecto dos



processos, almeja-se o convencimento de um auditório universal e o alcance de um assentimento universal para um proferimento.

Para a universalização do discurso (princípio da universalização (U)), que é a ideia-chave da ética do discurso de Habermas, volta-se a atenção agora. Desse modo, o tema ficará carente de uma abordagem mais detalhada da Teoria da argumentação, mas, para os fins ora propostos, entende-se que o corte se faz adequado.

### III. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO

De forma breve, passa-se a explicar como a ética do discurso deriva do princípio moral ou princípio de universalização (U). Pode-se dizer que a sua origem advém da primeira especificação de (D) que, ao receber um conteúdo moral, afirma que as normas de ação somente podem ser justificadas segundo a perspectiva de todos. Segundo Habermas, uma norma moral precisa incorporar interesses universalizáveis. A partir dessa consideração simétrica de interesses (ou seja, um interesse de todos/ universal) é que as normas de ação podem ser justificadas. Dessa forma, as normas morais conservam as exigências de imparcialidade e de livre assentimento já presentes em (D) e agregam a exigência de universalidade em (U). Chega-se à conclusão, então, que, quando (D) se volta para normas morais, ele se transmuda em (U). Nesse momento, ele passa a desempenhar a tarefa de uma regra de argumentação, pois o objetivo de um discurso moral são normas de ação hipoteticamente universalizáveis e seu objetivo é avaliar se os interesses expressos em tais normas são de fato universalizáveis.

Conforme o pensamento de Habermas, uma norma é válida se e somente se as consequências e aspectos previsíveis efeitos de sua observância geral para os interesses e orientações de valor de cada indivíduo possam ser livremente aceitos em conjunto por todos os interessados.<sup>36</sup> Nas palavras de Alexy, a versão de Habermas acerca do princípio da generalizabilidade é o resultado direto da estrutura do discurso tal como determinado pelas regras de racionalidade (2.1) e (2.3).<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> GUNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, 2010, p. 42.

<sup>37</sup>“(2.1) Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso”; “(2.2) Todos podem transformar uma afirmação num problema”, “introduzir qualquer afirmação no discurso”, “expressar suas atitudes, desejos e necessidades”; e “(2.3) Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso”. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 190.

Entretanto, um ponto fundamental na distinção entre as regras do discurso e o princípio (U) reside na necessidade de fundamentação do último. Como indica o subtítulo de seu ensaio principal sobre o tema, Habermas concebe a ética do discurso como um “programa de justificação filosófica”. Com o princípio (U), a ideia de Habermas é fundamentar; já com o princípio (D), busca explicitar a noção essencial de sua ética do discurso, sendo o seu objetivo alcançado somente havendo como base argumentos racionais que garantam o bom andamento da prática argumentativa e que possibilitem a consecução satisfatória para o seu fim, qual seja, um acordo não coercitivo.

Habermas, apesar de herdeiro da ética kantiana, por meio da generalização (U), opera uma reformulação do Imperativo Categórico nos seguintes termos: *“Ao invés de submeter a sua máxima a um exame individual submete-a a um Discurso público real, para ver se tal máxima é de fato, universalizável.”*

Com essa reformulação, Habermas também busca se sobrepor a segunda objeção hegeliana à Kant contra o universalismo abstrato, quando Hegel afirma que o Imperativo Categórico exige uma separação entre o universal e o particular, concluindo que os juízos considerados válidos são totalmente alheios à dimensão particular e, via de consequência, ao contexto do problema a que se busca a solução. Contudo, para Habermas a crítica não se aplica nem ao IC de Kant e com menos ênfase ainda poderia ser aplicada à sua ética do discurso. Embora nos dois casos se busque a universalidade, nenhum deles despreza a particularidade ou a pluralidade das formas de vida e dos interesses existentes. Na visão de Habermas, quanto mais diferenciadas se tornam as sociedades modernas, e com isso os interesses e valores, mais gerais e abstratos devem ser os princípios para avaliar se as normas em questão são moralmente justificadas para regular o interesse de todos nos espaços de ação comum dos indivíduos. Aquilo que é a crítica de Hegel é, em verdade, para Habermas, o triunfo das duas teorias, que justamente por apresentarem um princípio de universalização abstrato são capazes de abarcar toda a complexidade inerente às sociedades modernas, ao mesmo tempo que incorporam o particular.

Em termos práticos, pode-se dizer que o princípio de universalização (U) tem como foco a resolução de conflitos entre os interesses privados e o interesse geral no procedimento de legislação moral, determinando as considerações dos indivíduos que serão afetados pelas normas a serem criadas. De outra forma, o princípio do discurso (D) se destina a validar o procedimento moral, uma vez que a prática discursiva da

argumentação busca a obtenção da validade e da aceitação das normas com base na força do melhor argumento:

De acordo com o Princípio D, as conjunções das duas propriedades fazem a minha prática deliberativa, ou de qualquer outra pessoa, um elemento necessário para o produto intersubjetivo que constitui a validade da norma N. A primeira propriedade é que se N, na práxis, usufrui do estatuto de uma norma válida ou inválida é uma distinção que faz a diferença para os meus interesses de tal forma que essa diferença é suficientemente importante para se preocupar com isso. A segunda propriedade é que eu participe da prática discursiva, ou seja, a prática argumentativa não-coercitiva de examinar, testar e construir os motivos que justificam a favor ou contra as declarações que julgam alguma norma de ação como válida. A julgar N como válido é, naturalmente, para realizar uma prescrição.<sup>38</sup>

Se por um lado o princípio do discurso age como princípio moral para consecução de uma norma válida, por outro, o princípio de universalização é responsável pelo direcionamento da prática discursiva com base em critérios que sobreponham o interesse geral e que possam levar ao assentimento dos afetados na prática legislativa. O primeiro relacionar-se-ia com a prática, o segundo com o fim que se busca, propriamente dito. Em conclusão, pode-se justificar filosoficamente o princípio (U) como o único princípio moral subjacente, cuja função social é coordenar ações morais e, portanto, fornecer a base moral subjacente da ordem social.

---

<sup>38</sup> KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethic's in Habermas's Between Facts and Norms. In: SCHOMBERG, Rene von; BAYNES, Kenneth. (Ed.). Discourse and democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms. Albany: State University of New York, 2002, p. 203-204.

## TERCEIRA PARTE: CONCEITOS-CHAVE DA OBRA *DIREITO E DEMOCRACIA*

Ainda na intenção de afunilar a temática para que seja possível compreender a jurisdição constitucional em Habermas, convém destacar alguns conceitos extraídos da obra *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade.

Como será possível ver, os conceitos a serem tratados, no presente capítulo, ainda que nem sempre tenham uma relação direta com a jurisdição constitucional, são essenciais para se entender a teoria do Direito proposta por Habermas. Partindo do pressuposto teórico já tratado, o agir comunicativo, Habermas irá alicerçar a sua teoria do Direito.

### I. A SEPARAÇÃO DOS PODERES EM HABERMAS

Como primeiro ponto a ser tratado da obra *Direito e Democracia*, iremos fazer um contraponto a teoria da separação dos poderes apresentada no primeiro capítulo. A abordagem do tema precisou ser amadurecida antes da sua apresentação, conforme ora se discorre.

Os levantamentos apresentados até agora formam a base para que seja possível abordar a ideia de separação dos poderes em Habermas. O ponto de vista do teórico afasta-se das premissas já estudadas, pois o seu enfoque não reside na limitação do poder.

As teorias analisadas relacionam-se às características de suas épocas e ambiente, sem levar em conta, por óbvio, a complexidade das sociedades modernas, com novas relações e dinâmicas políticas. A divisão entre função legislativa, administrativa e jurisdicional já não dá conta de explicar e coordenar todos os anseios e demandas da sociedade. Considerando tal complexidade é que Habermas apresenta o seu viés.

Em suma, podemos dizer que a doutrina tradicional apresenta o princípio da separação dos poderes com duas regras. A primeira é de que as funções do Estado (função legislativa, administrativa e jurisdicional) devem ser exercidas por uma autoridade especializada. A segunda diz respeito à independência dessas autoridades, devendo ser mutuamente independentes entre si. Desse modo, evita-se o despotismo de um poder sobre o outro, ou até mesmo sobre o Estado, criando uma espécie de equilíbrio entre os poderes.

Entretanto, os desenhos institucionais não se mantêm fiéis à ideia clássica, forçando a doutrina da separação dos poderes a se readaptar à nova realidade. O executivo passou, por exemplo, a exercer algumas funções legislativas, sem que isso configurasse qualquer espécie de afronta ao princípio da separação dos poderes, pois aceita-se que esse avanço seria apenas uma função atípica do Poder Executivo, inclusive, como forma de manter o equilíbrio (*checks and balances*). De igual modo, os tribunais constitucionais passaram a intervir diretamente no Poder Legislativo, com base na mesma ideia de funções típicas e atípicas.

A análise da separação dos poderes pelo prisma da democracia deliberativa parte da diferenciação feita por Habermas, em sua obra *Direito e Democracia* (p. 239-252), considerando o retrato de Frank Michelman sobre a diferenciação entre liberalismo e republicanismo. Para os liberais, os direitos individuais dos cidadãos possuem um caráter negativo, ou seja, estão relacionados à proteção da liberdade do indivíduo em relação ao Estado e aos demais cidadãos. Da mesma forma, o exercício dos direitos políticos, com a eleição dos representantes, visa garantir que o poder estatal será exercido de acordo com o interesse da sociedade. O direito acaba por garantir os direitos individuais e a política como uma forma de garantir posições cada vez mais elevadas que garantam um maior acesso ao poder administrativo:

A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos do direito privado.<sup>39</sup>

Como se observa, a busca ocorre pelos objetivos de toda a sociedade, e não pela soma dos interesses privados que a compõem.

Já o modelo republicano de democracia não concebe a sociedade estruturada em torno do mercado, e nem a política como *médium* entre o Estado e a sociedade. A integração social então dá-se basicamente pelo poder administrativo e pela busca dos interesses privados que ocorrem no mercado, assim como pela solidariedade. Compreende-se como prioridade a formação de uma vontade política fundada num entendimento mútuo ou num consenso construído de forma comunicativa. Do ponto

---

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 1. 2.ed./ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 239.

de vista dos cidadãos, o mais importante são as liberdades positivas e os direitos políticos de participação e comunicação. O processo político é baseado no diálogo em contraposição ao mercado. As decisões majoritárias nascem justamente dessa prática discursiva, que não se confunde com o poder administrativo, uma vez que este se conforma ao primeiro, só podendo o poder administrativo ser exercido dentro dos limites traçados pelas leis geradas pelo processo democrático.

O modelo de democracia deliberativa baseada na teoria do discurso de Habermas faz uma junção entre o modelo liberal e o republicano, mas rejeita a concepção do Estado enquanto comunidade ética e do Estado como protetor de uma sociedade estruturada em torno do mercado. O foco volta-se para o procedimento de deliberação e de tomada de decisões, que envolvem o respeito às regras do discurso e às formas de argumentação, sem dar ênfase aos direitos fundamentais universais ou à vida ética daquela comunidade. Nesse campo, o que se busca é o florescimento da razão prática pelo discurso.

Em Habermas, o poder comunicativo também é responsável por moldar o poder administrativo, mas, diferentemente do modelo republicano, na democracia deliberativa, não se almeja uma unanimidade de opiniões (consenso), antes o reconhecimento às condições de comunicação e procedimentos institucionalizados que levam a um consenso racional, assimilando a pluralidade social levando a formação da vontade política. Essa, por sua vez, irá criar regras sobre matérias relevantes para todos.

Para dar vazão à sua teoria, Habermas propõe a reformulação dos princípios do Estado de Direito, dentro, agora, de uma perspectiva da teoria do discurso:

As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.<sup>40</sup>

Habermas então apresenta quatro princípios capazes de garantir o exercício efetivo da autonomia política: (i) a soberania popular; (ii) a ampla proteção jurídica ao

---

<sup>40</sup> HABERMAS, ob. Citada, p. 249.

indivíduo; (iii) a legalidade da atuação da administração pública e (iv) a separação entre Estado e sociedade.

O primeiro princípio, a soberania popular, é responsável por articular o Estado de Direito com o sistema de direitos, cabendo aos cidadãos criar as próprias leis que as irão vincular por meio de um processo democrático com amplo debate e negociações, que leve as questões políticas a um tratamento racional. A ideia é que as negociações que emergem desse campo façam parte de um modelo processual que, a partir de questões pragmáticas, passe por um esclarecimento de questionamentos morais e chegue até discursos jurídicos, que conduzam à formação racional da vontade política. O princípio da soberania popular deve ser complementado, no entanto, pelo princípio do pluralismo político.

Da lógica dos discursos resulta também o princípio do pluralismo político e a necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar, bem como os partidos políticos, através de uma formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos.<sup>41</sup>

A autodeterminação dos cidadãos torna-se ao mesmo tempo institucionalizada e informal, sendo o seu aspecto informal garantido pelos direitos fundamentais. Todo poder político emana do poder comunicativo dos cidadãos.

A perspectiva do segundo princípio, isto é, a ampla proteção jurídica do indivíduo, é garantida por um judiciário independente. Para isso, Habermas faz uma diferenciação entre a competência de legislar e de aplicar o direito. A lei é produzida pelo legislativo com base em um discurso de justificação, delimitando, assim, a atuação estatal ao mesmo tempo que dá lastro para as pretensões jurídicas dos indivíduos. Por sua vez, o poder Judiciário, na perspectiva de representante imparcial da comunidade jurídica, desenvolve perante uma ampla esfera pública jurídica o papel de aplicar as normas. Como a justificação e a aplicação das normas implicam em lógicas de argumentações distintas, a sua distribuição também se faz necessária em diferentes poderes do Estado. Como o juiz está vinculado à lei, o judiciário fica impedido de definir os limites da sua própria atuação.

O terceiro princípio, o da legalidade, ocupa, segundo Habermas, o sentido central da separação e do balanceamento dos poderes. A conclusão não é das mais difíceis. Se a lei emanada do poder comunicativo gerado pelos cidadãos e se a administração pública só pode atuar de acordo com a lei, é através do princípio da

---

<sup>41</sup> HABERMAS, ob. Citada, p. 214.

legalidade que o poder administrativo se submete ao poder comunicativo. Assim, qualquer norma e ato administrativo contrários à lei ou à constituição são passíveis de ser anulados pelos tribunais. A legalidade, na visão habermasiana, tem seu campo de atuação expandido em relação ao viés liberal de proteção do indivíduo contra o Estado. Fazendo da separação dos poderes, dentro da teoria do discurso, diferente da concepção clássica:

O princípio da legalidade da administração esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes. Superando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma diferença entre fundamentação de normas e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos. Sob este aspecto, já consideramos a ligação que existe entre a justiça – que não prescindir das realizações do executivo – e a lei. O mesmo vale para a relação entre o poder legislativo e o executivo, que se encontra sob a reserva da lei.<sup>42</sup>

Por fim, o quarto princípio que rege a separação dos poderes, na visão de Habermas, é a separação entre o Estado e a sociedade. Essa divisão, ainda que tradicionalmente ligada ao viés liberal, não deve guardar relação apenas com o modelo do Estado constitucional burguês, podendo ser aplicada também para um Estado de direito concebido na perspectiva da teoria do discurso. Apesar da necessidade dessa separação, Habermas percebe a dificuldade da sociedade civil em neutralizar as diferenças da riqueza e o risco de este poder social eventualmente restringir ao invés de facilitar a autonomia cívica:

A sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados, a fim de que o poder social possa impor-se na medida em que possibilita, sem restringir, o exercício da autonomia dos cidadãos. (...) O poder social tanto pode possibilitar como restringir a formação do poder comunicativo.<sup>43</sup>

Após expor os quatro princípios<sup>44</sup>, Habermas sintetiza o seu ponto de vista aduzindo que a organização do Estado de direito deve servir à auto-organização política autônoma de uma comunidade, sendo esta formada pela associação de membros livres e iguais de direito. Nesse sentir, o papel das instituições do Estado de

---

<sup>42</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 216.

<sup>43</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 219.

<sup>44</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 220.



direito é assegurar que o poder comunicativo possa surgir através de uma vontade formada racionalmente, estabilizando expectativas e realizando fins coletivos. Na visão de separação dos poderes de Habermas, a dinâmica constitucional deve estar funcionando em prol da institucionalização dos procedimentos que permita o controle de modo democrático do poder administrativo, mantendo sempre um “diálogo” entre o poder comunicativo e o poder administrativo.

A visão clássica da separação dos poderes acaba sendo superada à medida que a complexidade social exige a superação desta visão limitada da divisão entre “legislativo”, “judiciário” e “administração”, por ser uma estrutura concreta herdada:

Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos.<sup>45</sup>

A visão de Habermas mostra um contraponto importante para a superação da teoria clássica de separação dos poderes. Ainda que para o bom entendimento do tema seja necessária uma melhor introdução à doutrina de Habermas, é oportuno que se mostre que o antigo paradigma da separação dos poderes de Montesquieu não se mostra como a única alternativa contemporânea, havendo teorias mais adequadas e avançadas para o desenho das sociedades modernas.

Para uma melhor análise da visão de Habermas em relação a teoria da separação dos poderes e o papel da jurisdição constitucional, recomenda-se a leitura do tópico IV.I da quarta parte do presente trabalho, onde o autor reinterpreta a teoria construtivista do direito de Dworkin para um modelo procedimentalista, especialmente de sua resposta a crítica da interpretação liberal da clássica divisão dos poderes.

## **II. LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DAS NORMAS**

Avançando no tema, após termos tecido alguns comentários sobre a teoria da separação dos poderes em Habermas, convém tratarmos sobre a diferenciação entre legitimidade e legalidade das normas. Antes de se explicar a legitimidade e a legalidade das normas, faz-se necessário situar, na teoria habermasiana, o princípio moral, que também irá guardar relação com o princípio da democracia.

---

<sup>45</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 239.

Habermas explica que Kant, para formular sua doutrina do Direito, toma como ponto de partida os direitos naturais subjetivos. Nessa perspectiva, cada pessoa teria o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, já asseguradas juridicamente, fossem feridas. Com a passagem do Direito natural para o Direito positivo, houve o monopólio do uso da força pelo Estado, tornando o direito de uso da força em uma autorização para iniciar uma ação judicial, como se verifica no trecho a seguir:

Para Kant, a relação entre facticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade, fundada pelo direito. De si mesmo, o direito está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto esse uso só se justifica quando “elimina empecilhos à liberdade”, portanto, quando se opõe a abusos na liberdade de cada um. Essa “relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um” se manifesta na pretensão de validade do direito. Regras do direito estatuem condições do uso da coerção “sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser ligado ao arbítrio de outra, segundo uma lei geral da liberdade”. De um lado, é possível extorquir a legalidade do comportamento como “a simples conformidade de uma ação com a lei”; por isso os sujeitos devem poder obedecer à lei por razões apenas morais. Basta que os destinatários percebam que as “condições do uso da força” configuram apenas uma ocasião para um comportamento conforme as normas; pois razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção. De outro lado, porém, a integração social, ou seja, a “associação” do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros, só é possível sob o ponto de vista moral e na base de regras normativamente válidas, merecedoras do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários – “segundo uma lei geral da liberdade”. Embora pretensões de direito estejam ligadas a autorizações de coerção, elas também podem ser seguidas, a qualquer momento, por “respeito à lei”, isto é, levando em conta sua pretensão de validade normativa. O paradoxo das regras da ação, que exigem apenas um comportamento objetivamente conforme as normas, sem levar em conta a possibilidade de seu reconhecimento moral, se resolve com o auxílio do conceito kantiano da legalidade: normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> HABERMAS, ob. citada, p.48.

Assim, a partir da doutrina de Kant, pode-se dizer que a coerção e a liberdade são dois componentes da validade do Direito. Mas a validade do Direito positivado só é aprovado como Direito quando obtém força através de procedimentos juridicamente válidos, sendo necessária a sua referência simultânea da validade social (fática) e a sua legitimidade. Por validade social, deve-se entender a aceitação fática no círculo dos membros do Direito, tornando-a uma espécie de facticidade artificial. Já por legitimidade, convém entender o surgimento através de um processo legislativo racional. Essa ideia, por sua vez, liga-se intimamente à do princípio da democracia em Habermas. Em complemento, ele explica que a legalidade cria, nas sociedades modernas, a própria legitimidade da ordem quando alguns critérios democráticos são respeitados. A legitimidade torna-se dependente da ordem legal, da institucionalização do poder democrático e do direito discursivo. O ponto central, nesse processo de legitimação da ordem legal, validando-a socialmente, deve passar pela forma argumentativa como essas normas são elaboradas.

O Direito, na visão habermasiana, serve como meio de legitimação do próprio ordenamento jurídico, funcionando como mecanismo de criação de uma liberdade limitada, mas consentida dos indivíduos – criando controle e integração social. Por sua vez, a integração é garantida por meio da linguagem. Somente por meio da comunicação é que se pode chegar a um entendimento racionalmente desenvolvido entre os indivíduos. Assim, a legitimidade normativa é extraída do agir comunicativo. Diferentemente, portanto, do viés de Max Weber, que compreende a legitimidade como interligada à legalidade.

Para que o agir comunicativo tenha plena eficácia na formação do entendimento racional entre os indivíduos, algumas premissas são necessárias. A primeira delas é que a pretensão dos enunciados linguísticos concebidos como aceitos possam ser criticados pelos envolvidos na ação social. O mesmo ocorrerá em relação ao princípio da democracia, como será melhor apresentado no próximo tópico.

O agir comunicativo mostra-se igualmente útil para evitar a desintegração social, pois o discurso visa ao argumento mais racional, levando os indivíduos (ou ao menos inclinando-os) ao consenso. No caso do Direito, o consenso também deve se dar em relação à sua obrigatoriedade, a qual depende da aplicação do agir comunicativo dentro da esfera pública.

Habermas, para elaborar sua teoria, usa como contraponto a teoria de Weber<sup>47</sup> a qual defende que a legitimidade de um ordenamento social possivelmente ocorre por meio de fontes diversas, que fornecem fundamentos para a sua legalidade. Já a legalidade fica restrita às leis escritas e das instituições competentes e quadros administrativos. Assim, em Weber, a legalidade segue uma sequência. Ao analisar a legitimidade, Weber busca responder "qual a última razão pela qual, em toda a sociedade estável e organizada, há governantes e governados; e a relação entre uns e outros se estabelece como uma relação entre o direito, por parte dos primeiros, de comandar, e o dever, por partes dos segundos de obedecer"<sup>48</sup>. O conceito de legitimidade de Weber teria a função de diferenciar os tipos puros de dominação, sendo três: dominação tradicional, a obediência; dominação carismática; e dominação legal/racional. No primeiro tipo, a validação vem da tradição e dos costumes. No segundo, a carismática, a dominação vem de critérios que apelam para a emoção ao invés da razão. Por fim, a última forma de domínio, a legal ou racional, extrai seu fundamento da validade dos regulamentos estabelecidos na lei. Assim, obedece-se à regra:

(...) não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer. Também quem ordena obedece, ao emitir uma ordem, a uma regra: à "lei" ou "regulamento" de uma norma formalmente abstrata.<sup>49</sup>

A base para o controle racional apontada por Weber é particularmente importante. Segundo o autor, é aí que reside a estabilidade da norma jurídica moderna. É, portanto, na crença na legitimidade, que resultará a submissão à norma, adotando-se um critério positivista da lei e um quadro administrativo com viés burocrático. Estando a legitimidade fundada na legalidade, deve-se responder o que se entende por legal. Weber busca sobrepor a barreira da legitimidade do direito positivado através da procedimentalização pela qual o direito é produzido. Em última análise, a pedra angular da legitimidade do Direito moderno, segundo o pensamento weberiano, é a crença em processos estabelecidos que garantem a identificação do direito. A legitimidade passa a ser insculpida dentro da legalidade. Portanto, esse direito é garantido por seu próprio processo legal formal, sem precisar de quaisquer

---

<sup>47</sup> WEBER, Max. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Economia e Sociedade, Brasília: Ed. UnB, 1991, p. 188.

<sup>48</sup> BOBBIO, Noberto. Teoria geral da política. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2000, p. 140-141.

<sup>49</sup> WEBER, ob. citada, p. 139

razões externas. Essa é a característica que isola a dominação legítima das outras formas de dominação, a não dependência de fatores externos.

Por sua vez, a teoria de Habermas contrapõe-se ao conceito de dominação racional de Weber. Em sua visão, a legalidade é a mola propulsora para a criação da legitimidade da ordem, quando respeitados alguns critérios democráticos. Pode-se dizer que há um imbricamento entre legitimidade e ordem legal, entre ordem legal e institucionalização do poder democrático e poder democrático e direito discursivo. Sublinha-se, assim, o princípio da democracia:

(...) o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo de normatização discursiva.<sup>50</sup>

Contudo, essa relação direta entre legalidade e legitimidade, característica do Estado Democrático de Direito, não significa que os conceitos sejam sinônimos. Pelo contrário, para que a legalidade produza legitimidade, ela mesma precisa ser legítima, partindo de um fundamento racional apto a validar todo o ordenamento jurídico. Habermas acusa Weber de deslocar o problema da legitimidade para o procedimento da legalidade. Apenas da legitimidade não se pode extrair a legalidade. É preciso fugir desse vício positivista. Desse modo, segundo Habermas:

A resposta do positivismo jurídico consiste no recurso a uma regra fundamental arbitrariamente adotada ou que se tornou hábito, a título de premissa fundamentadora da validade. [...] Em contraposição a isso, a teoria do discurso atribui ao próprio procedimento da formação democrática da opinião e da vontade a força geradora da legitimidade.<sup>51</sup>

Como se percebe, e conforme já adiantado, a legitimidade guarda relação direta com o princípio da democracia. A validade do ordenamento advém, para além da legitimidade e da legalidade, da produção de normas no interior de um espectro democrático onde haja a participação de todos, com a utilização de princípios discursivos e racionais. Weber tem assim uma visão mais simplista, pois ancora a legitimidade de uma decisão legal na mera confiança na racionalidade do ordenamento jurídico, sem se preocupar com o modo como esses procedimentos são instituídos.

<sup>50</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 145.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 99.

Em última instância, pode-se dizer que, para os indivíduos aderirem a uma norma, eles precisam participar da sua elaboração. A autoridade da norma jurídica, dessa forma, está ligada à participação dos indivíduos. Essa participação nem sempre precisa ser real, podendo ser apenas possível. Habermas não descuida do distanciamento existente entre a comunidade ideal (objeto de sua teoria) e a comunidade real (limitada em certa medida). Um dos artifícios para superar essas limitações é a utilização da regra da maioria. Em sociedades complexas e pluralistas, não se pode esperar uma participação irrestrita de todos os indivíduos. Por sua vez, a regra da maioria deve, ao menos, ser inclusiva em relação ao discurso de qualquer grupo social, primando por não tomar decisões irreversíveis.

A fonte normativa da legitimidade brota, segundo essa concepção, da combinação da inclusão de todos e do caráter deliberativo de formação da sua opinião e da sua vontade. A ideia de constituição livre e conduzida pela razão de uma vontade comum [...] se expressa, portanto, no vínculo de inclusão e deliberação.<sup>52</sup>

Portanto, é a partir da aplicação da teoria do agir comunicativo, no âmago de uma visão democrática, é que se pode extrair a validade das normas. A legitimidade não pode assim ser extraída apenas da legalidade, mas de um sistema complexo onde a deliberação pública é parte inerente ao processo democrático.

### **III. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO MORAL E PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA**

O princípio da democracia mostra-se extremamente relevante na teoria jurídica de Habermas. Não por acaso, o autor dá ênfase à questão da moral e da democracia para superar a doutrina do Direito formulada por Kant. Uma das grandes críticas e diferenças entre o pensamento de Kant e Habermas reside na relação de proximidade (ou distância) entre o direito e a moral, e o princípio da democracia como instrumento de validação do ordenamento jurídico. Para Habermas, deve haver uma interligação entre os dois princípios.

Kant vê o Estado como forma de garantir a comunidade dos homens como uma comunidade racional de liberdade externa, por meio da subordinação ao direito. O direito tem sua origem no contrato originário, onde os cidadãos se submeteriam a

---

<sup>52</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 100.

uma forma de coação externa por meio de uma legislação jurídica. Essa forma de coação relaciona-se à restrição de liberdade dos arbítrios de um súdito para com o outro. O direito e a obrigação passam a ser correlatos, de modo que ao mesmo tempo que o direito é uma garantia para a liberdade externa, ele também se mostra como uma obrigação dos cidadãos que devem proteger os direitos por meio da coação imposta pelas normas jurídicas. Essa seria a característica negativa do direito, pois limita a liberdade dos indivíduos para que haja um equilíbrio entre a liberdade dos demais, de acordo com uma lei que possa ser universalizada.

Ainda no viés de Kant, o Estado não deve garantir a felicidade dos cidadãos<sup>53</sup>. Kant entende que os indivíduos aderem ao contrato social não como forma de transferir a competência legislativa para o soberano, mas como meio de configurar um processo de socialização mediante o princípio do direito, mantendo a necessidade de postular advinda da capacidade moral. Nesse sentido, ao aderirem ao contrato social, ocorre a institucionalização daquilo que Kant percebe como o único direito natural do ser humano: a liberdade externa ou o direito de igual liberdade de ação entre os indivíduos.

Diferentemente da ideia no estado de natureza hobbesiano, em que os cidadãos celebram o contrato com o objetivo de alcançar um direito, o contrato originário kantiano constitui-se como um fim em si mesmo. Kant, em seu modelo contratual, fundamenta o direito dos seres humanos para viverem sob leis públicas de coerção recíproca. O contrato originário cumpre a finalidade de institucionalizar o direito inato dos seres humanos, garantindo iguais liberdades subjetivas de ação. Na visão de Kant, o direito original dos seres humanos é o fundamento da vontade autônoma dos indivíduos na qualidade de pessoas morais.

Ao mesmo tempo, esse direito inato requer uma previsão legal, ou seja, esse direito tem uma imagem negativa – garantindo um espaço em termos de liberdade subjetiva de ação – e uma lei legislativa positiva que possa proteger esse direito, representando o exercício da liberdade e a vontade soberana do povo. Os direitos originais do homem são a base da vontade independente do indivíduo como pessoa

---

<sup>53</sup> [...] o conceito de um direito externo em geral procede inteiramente do conceito de liberdade nas relações externas dos homens entre si, e não tem nada a ver com o fim que os homens perseguem de modo natural (o propósito de ser felizes) nem com a prescrição dos meios para alcançá-lo; [...] KANT, Immanuel. Teoría y Práctica. Estudio Preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo. Tradução de M. Francisco Pérez López, Juan Miguel Palacios e Roberto Rodríguez Aramayo. Madri: Tecnos. 2006, p. 26.

moral. Ao mesmo tempo, esse direito inato requer uma previsão legal, ou seja, um direito com imagem negativa – assegurando um espaço em termos de liberdade subjetiva de ação – e uma legislação ativa protegendo esse direito, que representa o exercício da vontade suprema do povo. Kant notou a necessidade de distinguir o único direito originário do sistema de direitos.

A questão da legitimidade da legislação jurídica estabelece a resposta dentro do ordenamento jurídico e requer princípios democráticos para estabelecer um processo democrático de formulação de normas jurídicas. Um legislador político kantiano estabeleceria normas com as quais fosse possível obter o consentimento da população. Nesse sentido, por meio da ideia racional do contrato primordial, exemplar de todas as socializações juridicamente válidas, estabelece-se o vínculo entre o direito primitivo, os fundamentos morais e os princípios democráticos. O contrato original na filosofia política de Kant estabelece um vínculo entre o processo democrático de fazer leis e os direitos subjetivos baseados na moralidade. De acordo com Habermas, o único direito humano – a liberdade – é baseado na autonomia moral do agente moral, articulada na forma de lei.

O princípio correto agora liga o princípio democrático com os princípios morais da filosofia política de Kant. Na visão de Habermas, Kant propôs o conceito de autonomia do direito privado com base em sujeitos racionais julgando de acordo com a moralidade. O conceito de autolegislação apareceu pela primeira vez em obras de filosofia moral, e esse conceito representa o cerne do comportamento moral. Somente quando o sujeito moral usa sua razão prática, ele pode formular um código moral que possa ser generalizado e obedecido por ele mesmo. Na *Metafísica dos Costumes*, Kant sistematiza a teoria da autonomia e da autolegislação por meio da razão prática, que assume a forma de duas partes, a filosofia do direito e a ética ou a doutrina do direito e da virtude.

Para Habermas, Kant reelaborou o conceito de autonomia política de Rousseau, configurando-o como autonomia moral representada pelo imperativo categórico. O princípio dos direitos estaria entre os princípios da democracia e os princípios da moralidade. Habermas critica a filosofia política de Kant porque o conceito de autonomia não faz uma distinção clara entre princípios morais e democráticos. Na crítica de Habermas, esses dois princípios entrelaçam-se na construção da teoria jurídica kantiana. Nesse sentido, os princípios jurídicos são apenas um aspecto da construção dos princípios morais e dos princípios democráticos



no que se refere à utilização dos princípios morais e ao comportamento dos legisladores políticos nas instituições do regime de direitos.

Os princípios morais e os princípios democráticos estariam inter-relacionados, e os princípios jurídicos não seriam mais um intermediário entre esses princípios, mas o outro lado da moeda, em que os princípios morais e os princípios democráticos são consistentes. Essa ambiguidade na construção da doutrina jurídica deve ser atribuída a Kant e Rousseau, pois, na teoria política desses filósofos, havia uma competição ambígua entre os direitos humanos e a soberania do povo.

A questão como um todo ficará ainda mais clara no próximo tópico, em que será analisado especificamente o princípio da democracia no âmbito da teoria habermasiana. Por ora, o ponto principal é destacar a existência desta relação entre o princípio da moral e o princípio da democracia, sem a qual o conceito do agir comunicativo perderia sua razão de ser.

#### **IV. O DIREITO COMO *MÉDIUM* ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**

Conforme já dito, Habermas busca por meio da sua teoria, demonstrar a relação existente entre direito e democracia. Para isso, o autor busca demonstrar a relação entre os direitos fundamentais (também chamados de direitos humanos ou liberdades subjetivas) e a autonomia pública dos cidadãos (soberania popular).

Habermas vê nos dois conceitos uma relação de cooriginalidade, sendo justamente esta a ausência da cooriginalidade dos conceitos, o que difere a teoria de Habermas das teorias de Rousseau e Kant. O equívoco, segundo ele, seria o foco na filosofia da consciência e as utilizações de percepções políticas. Rousseau aproximou-se de uma óptica republicana, ao passo que Kant voltou-se para a política liberal.

Habermas, por sua vez, ao reconstruir os dois conceitos aplica a sua teoria do discurso racional para demonstrar que a antinomia entre os direitos fundamentais e a soberania popular é apenas aparente. Essa aparente tensão pode ser solucionada a partir de Rousseau e Kant, quando suas teorias são analisadas de forma complementar. Nesse sentido, há uma reciprocidade entre os direitos fundamentais (liberdade de ação) e os direitos de participação política como forma de exercício da soberania popular.

Em linhas gerais, para que não se fuja da proposta da presente tese, convém destacar brevemente os conceitos dos citados filósofos, justamente por antecederem Habermas.

Para Kant, as liberdades subjetivas estão classificadas na categoria de direitos inatos e irrenunciáveis, cuja legitimação se extrai dos princípios morais e sem qualquer dependência em relação à autonomia política dos cidadãos. Dessa forma, o exercício da soberania popular (autonomia política dos cidadãos) é limitado pela capacidade de regulamentação das condutas da sociedade no que tange às liberdades subjetivas. Kant vê a necessidade de assegurar as liberdades subjetivas individuais por serem anteriores à soberania popular legisladora, condicionando a primeira à segunda. Há então um realce para a autonomia privada, por ser a única maneira de legitimar o direito.

Recapitulando o já mencionado, quando trata-se da diferenciação entre moral e direito na visão de Kant, convém lembrar que a moral se relaciona a um dever interno ao passo que o direito diz respeito a um direito externo, sendo ambos baseados no imperativo categórico. A liberdade, sendo preexistente ao direito, levaria os indivíduos com base na razão a reconhecerem a necessidade de uma autoridade externa, para que através das normas preservassem o seu próprio direito. Em Kant, a justificação da coação existente no direito tem o intuito de cercear a liberdade de modo a evitar a violação arbitrária à liberdade dos demais indivíduos.

Jean-Jacques Rousseau, por seu turno, apresenta uma visão mais social do direito, extraíndo o princípio da soberania do povo. Em Rousseau, nota-se que a ordem social resulta de um acordo entre indivíduos que, ao reconhecerem os obstáculos inerentes à vida no Estado de natureza, decidem instituírem o Estado Civil fundado sob o direito público. O Estado Civil instituído, por sua vez, teria o propósito de tornar concreta a liberdade e a igualdade postuladas pelo jusnaturalismo, por meio de convenções, que legitimariam a ordem social já que o direito em si não provém da natureza.

Nas palavras de Rousseau, trata-se de

encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça

tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social.<sup>54</sup>

Por meio do pacto social, fundante às outras convenções sociais sob o aspecto normativo, os indivíduos substituem a sua liberdade natural por uma liberdade civil. Isso faz com que as liberdades subjetivas também deixem de ter um conteúdo metafísico, típico do direito natural.

Habermas vê no direito subjetivo um papel central na moderna compreensão do direito, correspondendo ao conceito de liberdade de ação subjetiva. Assim, os direitos subjetivos estabelecem os limites interiores pelos quais os sujeitos podem empregar livremente a sua vontade, ao mesmo tempo que estabelecem um patamar de igualdade de ação para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas.

O Direito, na visão moderna, mostra-se como o principal mecanismo de integração social nas sociedades econômicas, onde os indivíduos deslocam-se do ponto de vista ético para se voltarem para um viés de interesses particulares, substituindo a ideia de vida boa pela de busca do justo. Concomitantemente a isso, o Direito moderno é marcado pela tensão entre as normas criadas pelas ordens democráticas constitucionais e a facticidade do contexto social.

Como se vê, deve-se ter como premissa que, em sociedades modernas (complexas e pluralistas), a aplicação de uma teoria comunicativa se mostra essencial para validação do sistema jurídico, onde a legitimidade do sistema tem raízes na racionalidade. A partir dessa ideia inicial, é possível chegar à conclusão de que apenas na democracia podem coexistir projetos de vidas diferentes entre os indivíduos sem que isso afete diretamente a integração social. O que legitima uma decisão tomada em consonância com a perspectiva democrática, onde a maioria decide, não advém da própria maioria, mas da racionalidade do argumento. Esse controle da legitimidade do sistema jurídico fica ao encargo dos próprios cidadãos, os quais analisam a racionalidade do argumento:

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se a si mesmo [...] A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado, a carga de legitimação dos cidadãos desloca-se para os procedimentos de formação discursiva da

---

<sup>54</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social e outros escritos. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 30.

opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente; de outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.<sup>55</sup>

Em sociedades pluralistas, como as que vivemos hoje, a fundamentação das normas jurídicas precisa ser extraída de procedimentos neutros e imparciais, na busca pelo melhor argumento. Para que essas normas possuam uma pretensão de validade, elas precisam ser germinadas com a possibilidade do consentimento de todos os cidadãos em processos legislativos preestabelecidos, mesmo que o consenso não exista.

Habermas vê o princípio da democracia como resultante de uma especificação correspondente às normas de ação que surgem na forma do direito, podendo ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e, também, morais. O princípio da democracia liga-se à forma como será institucionalizada uma política racional da opinião e da vontade que podem ser geradas, garantindo a participação igualitária de cada membro na consecução da norma jurídica. Refere-se, portanto, ao nível de institucionalização externa.

O Estado Democrático (e) de Direito tem como um dos seus objetivos primários a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas. Como dito alhures, ainda no primeiro capítulo, essa foi uma vitória conquistada a duras penas pelos cidadãos. Mesmo diante desse avanço na participação popular em decisões políticas, o sistema como um todo ainda está longe da sua forma ideal. Apesar das críticas deferidas em relação à efetividade dos modos de participação previstos e prescritos nas constituições democráticas modernas, o saldo mostra-se positivo, diante do aumento na participação dos indivíduos no cenário político-social. O acesso à internet e aos meios digitais, de um modo geral, também tende a acelerar a participação dos cidadãos.

Assim, para se falar em um Estado Democrático de Direito, necessariamente, deve-se abordar a participação efetiva dos indivíduos nos processos de validação discursiva. A questão também guarda relação direta com o princípio da soberania, objeto de estudo do próximo tópico. Sua busca, acrescente-se, deve estar pautada no equilíbrio entre visões de mundo plúrimas geradas pelos processos discursivos na consecução do argumento mais racional.

---

<sup>55</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 168.

Mas toda essa autonomia política dos cidadãos esbarraria, se assim fosse, num sistema jurídico onde o direito se subordinasse à moral. Nesse sentido, para Habermas, é preciso refutar a ideia de direitos fundamentados apenas moralmente, na espera de sua positivação jurídica. Pelo contrário, os direitos subjetivos, que garantem a autonomia privada (ligados diretamente aos direitos humanos fundamentados moralmente), passam a ser condições formais de autonomia pública. Desse modo, eles não se apresentam como restrições às deliberações do legislador político, mas como condições - sendo ao mesmo tempo condicionantes e objeto de normas jurídicas a serem positivadas no processo legislativo. Daí resultam as ideias de Habermas de cooriginalidade entre autonomia privada e pública; direitos humanos e soberania popular. O pensamento fundamental é que o princípio da democracia esteja entrelaçado com o princípio do discurso e da forma do direito:

Esse entrelaçamento eu entendo como uma gênese lógica de direitos, que pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito de liberdades subjetivas de ação em geral é constitutivo como tal da forma direito é e termina com a institucionalização jurídica das condições de um exercício discursivo da autonomia política, com a qual a autonomia privada posta [gesetzt] abstratamente de início pode ser configurada. Por isso o princípio da democracia só pode aparecer como cerne 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 geração de direito legítimo, isto é, o princípio da democracia, se constituem cooriginariamente.<sup>56</sup>

O princípio democrático precisa englobar postulados da teoria democrática representativa de modo a oferecer aos cidadãos não só a possibilidade de participar dos processos de decisão mas também de terem uma participação efetiva. O mesmo vale para os diversos argumentos lançados para a tomada de determinada decisão, nesse caso, não há necessidade de consenso, mas de análise de todos os argumentos razoáveis possíveis. Cabe ao Estado efetivar essas participações através, por exemplo, de eleições periódicas, separação dos poderes, participação dos cidadãos em órgãos representativos, pluralismo partidário e do próprio constitucionalismo, dentre outros meios. Aqui, Habermas vai aplicar preceitos da teoria do agir comunicativo para sustentar que a democracia necessita de um

<sup>56</sup>HABERMAS apud REPA. Disponível em: [www.scielo.br/j/trans/a/h736TxVDG7tnS75vBwk7QkN/?lang=](http://www.scielo.br/j/trans/a/h736TxVDG7tnS75vBwk7QkN/?lang=)

processo deliberativo livre, sem fatores de coerção, sendo que a legitimidade tem raízes na produção do processo comunicativo dentro da esfera pública.

Na prática, o que ocorre é um deslocamento da validade do ordenamento do direito natural para o discurso prévio entre aqueles cidadãos afetados diretamente por aquela ação legislativa. A norma precisa manter um certo grau de revisão, no sentido de ser revista ou invalidada caso não atenda a esses requisitos, já que, no decorrer do tempo, uma norma pode se tornar injusta por não comportar mais o argumento racional obtido anteriormente. Ou ainda, pode-se chegar à conclusão de que aquela norma nunca foi fidedigna à vontade discursiva daqueles agentes. Os sistemas de direito já não comportam mais uma aplicação cega e irrestrita das normas, sem a possibilidade de sua revisão, visão comum na teoria positivista de Max Weber.

De acordo com a teoria habermasiana, o Direito deve conjugar elementos prescritivos, mas, ao mesmo tempo, passíveis de revogação. Essa dualidade difere esse novo paradigma do Direito da visão positivista de antes, pois os cidadãos deixam de ser meros destinatários das normas para terem um papel ativo na sua criação. Soma-se a isso o próprio conceito de legitimidade do Direito, que depende da participação dos cidadãos. Habermas conclui que o Direito não deve ser uma instância externa aos indivíduos, mas sim parte deles.

Justamente por serem parte integrante do sistema, os cidadãos também estão obrigados a segui-lo, sob pena de uso de meios coercitivos por parte do Estado. Assim, sempre que um cidadão age de forma dissidente ao consenso geral, o Direito pode se valer de meios coercitivos para buscar a efetivação das normas que foram estabelecidas em um consenso racional por meio de uma teoria discursiva:

o direito ao mesmo tempo legítimo e coercitivo coloca os cidadãos diante da escolha de seguir as normas vigentes ou por interesse próprio, na expectativa de sanções, ou por respeito à lei, tendo em vista o procedimento da positivação democrática do direito.<sup>57</sup>

É importante pontuar ainda que o simples procedimento legislativo não confere à norma uma autoridade absoluta, como dito anteriormente, é preciso poder revisar a norma de modo a verificar se ela é injusta ou até mesmo inválida. A norma jurídica só adquire legitimidade quando expressa a vontade discursiva dos envolvidos, não ficando restrita apenas a questões racionais, como na filosofia da consciência ou da metafísica. A teoria discursiva do Direito não é imune a críticas, certamente, há

---

<sup>57</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 106.

diferença entre a comunicação ideal e a comunicação real. Em sociedades tão complexas e tão plurais, não seria possível garantir a participação efetiva de todos na formação de um consenso racional. Como a situação ideal da fala não pode ser alcançada em termos práticos, a teoria busca criar espaços onde haja um alcance mínimo do argumento racional que, apesar de restrito, ainda se mostra capaz de promover normas legítimas do ponto de vista discursivo e condizentes com o princípio democrático. Assim,

O conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais.<sup>58</sup>

O Direito passa a ter como função a integração social entre o mundo da vida e os sistemas sociais, permitindo a livre escolha dos cidadãos em (i) usar a racionalidade estratégica obedecendo a lei por medo, através de um cálculo de custo e benefício entre o lucro da transgressão *versus* a sanção aplicada para transgressão; ou (ii) pelo uso da racionalidade comunicativa, quando a decisão é tomada com base na racionalidade comunicativa, por respeito à lei e na busca cooperada por um entendimento recíproco. Ademais,

Por isso, o direito funciona como um transformador linguístico, traduzindo a linguagem estratégica dos sistemas para linguagem comunicativa do mundo da vida e vice-versa, o que possibilita, por exemplo, que as reivindicações do mundo da vida, expressas comunicativamente, como a proteção da esfera privada contra as disfunções ocasionadas pelos sistemas sociais ou a preservação do meio ambiente, possam ser promulgadas na forma de leis que os agentes envolvidos com o sistemas sociais têm que levar em consideração para realizar a escolha racional da melhor estratégia de ação a partir da lógica própria de cada sistema.<sup>59</sup>

Embora tenham sido feitas as explanações necessárias, considerando os limites aqui propostos, sobre o princípio da democracia, ainda se mostra importante de forma mais específica abordar a cooriginalidade entre os direitos humanos e a soberania popular, pois é justamente esse pensamento de Habermas que o separa

<sup>58</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 53.

<sup>59</sup> BARBIERI, Aylton Durão. A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/17309/15876>

da visão de Rousseau e Kant. Portanto, essa parte de sua teoria é determinante para a formulação da ideia de uma democracia deliberativa.

## **V. A COORIGINALIDADE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A SOBERANIA POPULAR**

A teoria do Direito de Habermas mostra a importância do direito como forma de composição de conflitos sociais. Para tanto, as normas, ao serem positivadas, para adquirirem validade, precisam passar por um amplo processo democrático no qual todos os indivíduos possam ser ouvidos e buscar um consenso racional. Essa procedimentalização do Direito, naturalmente, esbarra na difícil conciliação entre os direitos de ordem subjetiva e a vontade geral do povo.

Habermas, distanciando-se de Rousseau e Kant, almeja essa conciliação através da explicação de cooriginalidade entre as ideias. Ao tratar da cooriginalidade entre os direitos humanos e a soberania popular, ele inicia sua explicação aduzindo que as ordens modernas do Direito só podem ser legitimadas com base em fontes que não coloquem em contradição as ideias de justiça e os ideais de vida pós-tradicionais. Além disso sendo ao mesmo tempo compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade, e com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável (individual e coletivamente). A grande questão é como conciliar as concepções de autodeterminação e autorrealização.

A autodeterminação e a autorrealização, no entanto, não subordinam os direitos e a soberania do povo, sendo apenas a expressão da diferenciação existente entre questões morais e éticas. Justamente por compartilharem afinidades com esses conceitos, a autodeterminação e a autorrealização podem ser mais ou menos acentuadas. Nos Estados Unidos, por exemplo, as tradições políticas podem ser classificadas entre “liberais” e “republicanas”. Nessas duas perspectivas políticas, os direitos humanos correspondem à autodeterminação moral e soberania do povo como à autorrealização ética. Por isso, nessa dicotomia política, os direitos humanos e a soberania do povo aparecem como concorrentes ao invés de complementares. Habermas busca, em sua teoria, justamente o oposto, comprovando o caráter cooriginário entre os dois entendimentos.

Conceitualmente falando, os princípios dos direitos humanos consistem na liberdade individual dos indivíduos, os chamados direitos naturais, com fundamento



na razão, pré-políticos. Por sua vez, o princípio da soberania popular adquire o papel de autorrealização ética da comunidade política, que compartilha valores que formam a sua identidade coletiva. São, dessa maneira, os direitos políticos de participação no processo de formação pública da vontade e da opinião.

Para os liberais, há o receio constante da tirania da maioria, pedindo o primado de direitos humanos que garantam as liberdades pré-políticas do indivíduo, colocando barreiras à vontade do legislador político, de modo que ele não assuma o papel de soberano. Por seu turno, os republicanos preferem focar na auto-organização dos cidadãos, fazendo dos direitos humanos elementos da própria tradição. Outra diferenciação pontuada pelo autor é que, para os liberais, prevalece o momento moral-cognitivo, enquanto que, para os republicanos, prepondera o ético-voluntário. Tanto Rousseau quanto Kant - apesar do primeiro tender mais para os valores condizentes com o lado republicano e o segundo mais para os do lado liberal - buscam se opor a esta ideia, tentando unir os direitos humanos e o princípio da soberania. Mas, segundo Habermas, nenhum dos dois filósofos foi capaz de juntar os dois conceitos que são concorrentes ao invés de complementares.

Kant vê os direitos humanos como anteriores à vontade unida do povo, tendo em vista que os direitos humanos possuem lastro no direito natural, tendo como fundamento a moral. Rousseau, por sua vez, subordina os direitos humanos à soberania popular. Isso porque a autonomia privada e o conteúdo normativo dos direitos humanos só são definidos no ato de constituição da vontade geral e do pacto social. Desse modo, a autonomia pública, exercida pela forma de leis gerais e abstratas, acaba por instituir o conteúdo dos direitos humanos extraíndo a legalidade da legitimidade. A vontade geral, assim, teria a função, através do processo legislativo democrático, de estabelecer quais conteúdos normativos são aptos à universalização, mantendo iguais as liberdades subjetivas. Então,

O princípio procedimental de soberania popular representa, para o estado de direito, o mesmo papel que o princípio da democracia representa para o sistema de direitos. Assim como o princípio da democracia serve de dobradiça entre a autonomia privada e a autonomia pública, dado que, sob as condições do discurso jurídico, submetido simultaneamente à exigência do entendimento e da forma jurídica, os cidadãos têm de se atribuir reciprocamente, segundo a gênese lógica dos direitos, os direitos subjetivos fundamentais que garantem as liberdades individuais, bem como os direitos políticos de participação e comunicação, o princípio da soberania popular

permite a mediação entre os direitos subjetivos fundamentais e o direito objetivo instituído pelo estado de direito, porque a fundamentação do direito objetivo tem de pressupor a fundamentação simultânea dos direitos subjetivos, uma vez que somente cidadãos portadores de direitos subjetivos fundamentais podem participar em discursos de fundamentação dos princípios do estado de direito<sup>60</sup>.

Kant extrai, para a fundamentação da sua teoria do Direito, a aplicação do princípio moral das relações externas, produzindo os direitos privados subjetivos. Esse rol de direitos seria irrenunciável, sendo legitimado antes mesmo da instituição de leis públicas, não dependendo da autonomia política dos cidadãos. Por serem anteriores ao contrato social, que instituiria a autonomia política dos cidadãos, esses direitos precedem a vontade do legislador soberano. Contudo, Kant não interpreta a ligação da soberania popular aos direitos humanos como uma forma de restrição, tendo em vista que ninguém poderia ceder a sua autonomia privada, garantida pelo direito natural, às leis que tentassem usurpar essa autonomia.

Rousseau fundamenta sua teoria na autonomia do cidadão, introduzindo um nexó interno entre a soberania popular e os direitos humanos. Diferentemente de Kant, em Rousseau a vontade do soberano do povo depende de leis abstratas e gerais para se manifestar, está contida a ideia de direito a iguais liberdades subjetivas. A autonomia política não se fundamentaria na reserva dos direitos naturais. Os direitos humanos seriam, assim, diluídos no exercício da soberania popular. Outra implicação dá conta de que estariam excluídos dessa equação todos os interesses não universalizáveis, de modo que apenas passassem pelo crivo do Direito formas de regulamentar a todos as mesmas liberdades subjetivas. Mas para Habermas:

O visado nexó interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma de leis gerais.

Nem Kant, nem Rosseau conseguem descobrir esse nexó. Sob premissas da filosofia da consciência, é possível aproximar a razão e a vontade no conceito da autonomia – porém essa capacidade da autodeterminação é atribuída a um sujeito – seja ao eu da “Crítica da razão prática”, seja ao povo do “Contrato Social”.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 208-209.

<sup>61</sup> HABERMAS, ob. citada, p.137.

Habermas, por outro turno, tem como pressuposto que as liberdades de ações subjetivas fundamentam a sua legitimidade através do processo legislativo, que tem como ponto de apoio o princípio da soberania do povo. Somente após garantir aos cidadãos o exercício da autonomia política é que se pode explicar o paradoxo da legitimidade a partir da legalidade. Chama-se paradoxo, pois os direitos políticos também devem ser interpretados como liberdades de ação subjetiva, fazendo do comportamento legal um dever. Dessa maneira, os direitos subjetivos devem ser interpretados como prerrogativas normativas legítimas, exercidas durante o próprio ato de produção democrático do direito, conferindo a estes a sua legalidade. Nesse processo legislativo democrático, os cidadãos buscam alinhar as expectativas normativas com a implementação de regras de convivência que visem ao bem da comunidade. Já a correção dessas normas dá-se pela ação comunicativa orientada pelo consentimento entre todos os envolvidos.

Os direitos humanos inspirados na tradição liberal de Hobbes e Locke servem como forma de frear os poderes do Estado, pois ao reconhecerem o conteúdo moral das liberdades de ação dos indivíduos acabam por preservar e tolerar as diferenças entre as pessoas no convívio social. Essa visão, inclusivista, opõe-se ao caráter integralista de Rousseau. O integralismo do pacto social de Rousseau leva à dissolução do dissenso razoável por superdimensionar a vida ética e neutralizar as idiosincrasias. A dissolução do dissenso razoável, por sua vez, levaria a democracia a perder o seu elemento fundamental, tornando homogênea a opinião pública por vias transversas, sendo incompatível com a realidade do *ethos* das sociedades complexas. A vida interior seria assim cooptada pela vida exterior, perdendo-se a privacidade por meio da publicidade. Vê-se em Rousseau uma nítida diminuição do debate na esfera pública, ou como diria Habermas, haveria *déficit* institucional de discursividade:

O princípio procedimental da soberania popular, conseqüentemente, supera a imagem republicana da autogestão democrática dos cidadãos reunidos em assembleia e capazes de chegar a uma vontade comum, que é incompatível com as condições da sociedade complexa dividida em sistemas funcionais. Em lugar de localizar a soberania popular no povo entendido como um macrossujeito, ele prefere difundir-la por meio do intercâmbio entre as redes informais de comunicação da esfera pública e as instituições formais do estado de direito, com o objetivo de produzir uma figura política anônima ou carente de sujeito.

Habermas, na tentativa de superar esse *déficit* discursivo, reformula as teorias de Rousseau e Kant a partir da tese de cooriginalidade entre os direitos humanos e a soberania popular. Rousseau, em seu estudo, acaba por não levar em conta o pluralismo político típico de sociedades complexas. Em síntese, Rousseau percebe a soberania como a vontade do corpo político, que resulta da união de todos os associados de um povo. Assim, para fins de deliberação política, todos têm a mesma condição de participação. Em outras palavras, há uma defesa da autonomia política do cidadão (autolegislação política), que, por sua vez, não se condiciona a quaisquer direitos naturais preexistentes. Rousseau aproximar-se-ia assim de um pensamento republicano, enquanto Kant teria uma visão mais próxima do pensamento liberal. Na perspectiva republicana, o processo democrático é um processo de coletivização social, com a participação política da comunidade em uma assembleia reunida, havendo uma reciprocidade ético-política entre os membros da comunidade. Os direitos subjetivos seriam decorrência de um ordenamento jurídico objetivo, com a participação política dos cidadãos.

De outra forma, no pensamento liberal, há um amplo destaque aos direitos humanos, também chamados de direitos naturais, oriundos de uma realidade pré-política, devendo ser protegidos por um ordenamento jurídico legítimo. Na visão liberal, é preciso limitar juridicamente o exercício da vontade do povo. No caso, os direitos humanos consistem nas liberdades subjetivas, tornando-se o limite entre a construção das normas da sociedade e a soberania popular.

Já Habermas vê a necessidade de inclusão dos cidadãos no debate discursivo, abarcando até mesmo interesses privados, como sendo o próprio núcleo do processo democrático. Para o citado filósofo, apenas o princípio dos direitos humanos e da soberania são capazes de legitimar o Estado Democrático de Direito. Habermas vê então com maus olhos as teorias de Rousseau e Kant, por motivos distintos. A de Rousseau por levar em conta o procedimento apenas pela perspectiva ética na formação da vontade política, sem atenção ao procedimento. A de Kant pelo motivo inverso, já que os direitos que serão alvo do debate político são predeterminados, passando pelo filtro da moral, subordinando o processo democrático à fundamentação moral dos direitos subjetivos. Em contraponto, Habermas enxerga que apenas o princípio da democracia confere legitimidade à autonomia política, ao passo que os direitos fundamentados moralmente (direitos humanos) são as condições formais para o exercício da autonomia. Os direitos humanos não são restrições às deliberações do

legislador político, mas condições de possibilidades que são também objeto do conteúdo de normas jurídicas à espera da positivação pelo processo legislativo.

Se Rousseau pode ser acusado de ignorar o pluralismo, especialmente o político, Habermas não percorre o mesmo caminho. Para este, a participação discursivamente inclusiva de cidadãos é constituinte do processo democrático, não devendo se excluir dessa equação os interesses privados. A complexidade e a pluralidade das sociedades contemporâneas também levam a essa conclusão, expondo a necessidade de criação de procedimentos para elaboração de regras visando à formação de compromissos, sendo um jogo inerente ao processo democrático. A prática deliberativa mostra-se necessária para a formação da opinião e da vontade pública.

Todo esse processo, como de se esperar, é na teoria habermasiana dependente da racionalidade comunicativa, que:

(...) se nutre das relações de solidariedade presentes na comunicação cotidiana entre os indivíduos, por isso, permite que os falantes se entendam no mundo da vida através de atos da fala que enunciam locutoriamente um conteúdo proposicional e apresentam ilocutoriamente uma pretensão de validade. Assim, os atos da fala constatativos, que descrevem objetos no mundo externo, pretendem ser verdadeiros, os atos da fala regulativos, que expressam as normas orientadoras da ação dos agentes sociais, pretendem ser retos, enquanto os atos de fala representativos, que manifestam as interações dos sujeitos, pretendem ser sinceros. Esta pretensão de validade dos atos da fala, entretanto, pode ser problematizada pelos falantes na comunicação ordinária. No caso dos atos da fala regulativos, que são as formas de comunicação correspondentes ao âmbito da filosofia prática, pode-se questionar, em um primeiro nível, se o agente violou a norma da ação cuja validade é reconhecida intersubjetivamente por todos, isto pode ser resolvido a partir dos mecanismos de solução de conflito presentes na própria ação comunicativa, contudo, em um segundo nível, os agentes podem questionar a validade da própria norma de ação, o que demanda a suspensão da ação comunicativa, que é um amálgama de ação e linguagem, e a passagem para os discursos práticos, onde somente são permitidos argumentos que possibilitem chegar a um consenso racional entre os falantes sobre a validade da norma.<sup>62</sup>

A racionalidade comunicativa serve como instrumento de mediação para compreender a responsabilidade recíproca e os interesses coincidentes, de onde se

---

<sup>62</sup> BARBIERI, ob. citada.

extraem os direitos fundamentais como produto da solidariedade humana e a busca da vida digna para os cidadãos. A partir dessa comunicação entre os direitos humanos e a soberania popular, é que Habermas vai aduzir a existência de um nexos interno entre os dois princípios. Por isso, diante desse vínculo condicionante, há apenas uma falsa concorrência entre os princípios, sendo eles, em verdade, cooriginários, pressupondo-se mutuamente no processo legislativo. Dessa relação, também irá se extrair a legitimidade do Estado Democrático de Direito. Rousseau e Kant, por sua vez, não enxergam os princípios dessa forma, apegando-se, segundo Habermas, de forma demasiada à filosofia da consciência:

Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência da ética de uma comunidade concreta; e a autonomia privada só é protegida contra o poder subjugador da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais.<sup>63</sup>

Nesse sentido, a teoria do discurso racional aproxima a razão e a vontade ao legitimar a formação discursiva da opinião e da vontade, orientando o uso da linguagem pelo entendimento para que os indivíduos cheguem a um consenso comum. Direito e democracia acabam por se entrelaçar. Ao aplicar a Teoria da ação comunicativa no sistema jurídico, chega-se ao princípio democrático. Como se viu, a Teoria da ação comunicativa busca uma fundamentação pós-convencional das normas gerais, sem qualquer distinção entre normas morais ou jurídicas, mantendo um caráter normativo (imparcial em relação aos juízos práticos, portanto) e, ao mesmo tempo, com um alto nível de abstração, garantindo a sua neutralidade entre direito e moral. Dessa forma, no princípio do discurso (D): “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.

As normas jurídicas passariam então a ser válidas, pelo princípio da democracia, quando houver concordância entre os “parceiros do direito” através do processo jurídico de normatização discursiva: “O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros

---

<sup>63</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 137-138.

do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.”<sup>64</sup>

Para Habermas, somente a compreensão do nexos entre direitos humanos e soberania popular levaria à coesão interna entre democracia e direito, possibilitando uma boa gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. Assim,

o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. A procedimentalização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada (HABERMAS, 2003c, p. 21).

Em outros termos, o que Habermas defende é que os dados da soberania popular não seriam preexistentes, mas formados e garantidos (validados) no âmago de uma teoria procedimentalista. A formação da soberania popular seria uma criação viva da sociedade. Ao se conferir liberdades subjetivas aos cidadãos, eles possuem autonomia para, no interior de uma ação comunicativa, formarem acordos sobre pontos controvertidos. Dessa forma,

A soberania popular, segundo a teoria discursiva, surge inicialmente com base na liberdade comunicativa dos cidadãos no mundo da vida, que consiste na capacidade para chegar ao entendimento, implícita na ação comunicativa cotidiana. Os sujeitos dotados de liberdades subjetivas de ação podem entrar em conflito entre si, porém, a liberdade comunicativa inerente à ação comunicativa permite que cheguem a um acordo sobre as questões controvertidas.<sup>65</sup>

Ainda que não seja intuito abordar o tema, convém destacar a finalidade prática do conceito de soberania popular. Da dispersão da soberania popular, na ampla rede de comunicação dentro da esfera pública, com base na teoria do discurso, será possível inibir o poder social de determinados grupos de pressão, fazendo a opinião pública ser orientada pela tomada de decisões dos cidadãos e não desses grupos, e contendo o poder administrativo das instituições do Estado de Direito.

---

<sup>64</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 145.

<sup>65</sup> BARBIERI, Aylton Durão. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito. Disponível em: [www.scielo.br/j/trans/a/xWbY9dstVR5sJkzgzBnz8DGY/?lang=pt](http://www.scielo.br/j/trans/a/xWbY9dstVR5sJkzgzBnz8DGY/?lang=pt)

## QUARTA PARTE: PARA UMA LEITURA CORRETA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste tópico, a abordagem feita tem como objetivo analisar a jurisdição constitucional e o seu papel no ordenamento jurídico. Para uma boa resposta, diversas questões serão levantadas, especialmente, na limitação das funções do tribunal constitucional, sob pena de interferência na separação dos poderes. Ademais, abrange-se a teoria de Konrad Hesse em relação à força normativa da Constituição e, a teoria do direito integrativo de Ronald Dworkin em atenção à boa parte dos problemas vinculados à jurisdição constitucional. Por fim, teremos como enfoque a teoria de Peter Häberle.

### I. O PODER ADMINISTRATIVO

Inicialmente, para uma necessária releitura do Direito Constitucional, a pluralidade social precisa ser levada em conta. Como exposto ao longo da presente tese, na visão de Habermas, a validade das normas jurídicas advém da participação popular e democrática na sua formação. A Teoria do agir comunicativo e a utilização do princípio do Discurso precisam ser incorporados à equação constitucional.

As constituições seguem a mesma sorte da Teoria do Direito de Habermas, talvez com até mais razão, uma vez que o seu cerne abarca o meio de controle do poder estatal, de modo a resguardar os direitos individuais ao mesmo tempo que garante a estabilidade da ordem jurídica.

Habermas percebe a relação entre direito e política como fontes cooriginárias. Nesse sentido, o direito apresenta-se como um *médium* para estabilização de expectativas. A relação intrínseca entre direito e política ocorre porque os direitos subjetivos dependem dos organismos de tomada de decisões, atribuindo a essas definições força obrigatória para aquela comunidade, e vice-versa, de modo que devem a obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Uma vez estabelecida essa relação, os direitos positivados precisam ser imbuídos de um fator de coercitividade que emana do poder de sanção conferido ao Estado. Nas palavras de Habermas:

O direito à proteção jurídica individual concretiza-se em direitos fundamentais, que apoiam pretensões a uma justiça independente e imparcial



nos julgamentos. E estes pressupõem a instalação de um tribunal organizado politicamente, que reivindica o poder de sanção do Estado, a fim de proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa.

O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos. Estes têm que ser instaurados com o auxílio do poder politicamente organizado. Além disso, a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados.<sup>66</sup>

O Estado revela-se então como necessário para organizar, sancionar e executar os direitos criados pela formação da vontade política. A própria organização do poder político, por meio de um sistema, é estabelecida por meio da linguagem jurídica. A normatividade do Direito não advém, contudo, da sua forma ou do seu conteúdo moral dado *a priori*, mas através de procedimentos que o institui, legitimando-o. É importante destacar também que, para além da forma de direito, a organização do poder político precisa ser também legitimamente instituído, para que a sua formação obtenha uma aceitação racional por parte de todos os membros do Direito. Dessa forma, como consequência do processo, incorpora-se ao Estado a autonomia política dos cidadãos, fazendo da legislação um poder no Estado – institucionalizando, por assim dizer, a autodeterminação dos civis. Dessa forma, a participação popular, na esfera política, sedimenta o ideal de soberania popular. Tal participação não mais se dá, como em sociedades menos complexas, pela presença física da população, sendo necessário um complexo sistema do poder político, que irá se dividir em poder comunicativo e poder administrativo.

De maneira muito superficial em relação ao tema e de forma muito resumida, pode-se dizer que o poder político e o direito legitimado pelo Estado são dois dos componentes que dão origem ao poder estatal, organizado de acordo com o Direito. Assim, Habermas aponta que a ligação entre o poder político e o Direito possibilitam o exercício de um poder organizado pelo Estado. Essa organização da forma de poder mostra-se essencial para desvincular a legitimação do poder político exclusivamente pela via do Direito. O Estado passa a ter competência para tomar decisões

---

<sup>66</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 171.

juridicamente obrigatórias, o que não retira do Direito a sua função de estabilizar expectativas na sociedade:

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito.<sup>67</sup>

Habermas demonstra que, ao transformar-se o poder político em poder legal, o Direito passa a adquirir a função de garantir a segurança jurídica, de modo que os destinatários das normas possam medir as causas e consequências de seus atos.

Nesse sentido, ao reconhecer um arcabouço de direitos aos cidadãos, o Direito serve como uma barreira para os abusos que possam ser cometidos por quem quer que seja. É justamente como resultado de uma sociedade pluralista, que a lei passa a ser um ponto de partida e não mais de chegada, adquirindo uma característica dúctil. Não há, portanto, a prevalência de um só valor, ou de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. Aliado a isso, o conceito de autonomia política, com base na teoria do discurso, traz em seu cerne a legitimação do Direito pela mobilização discursiva dos cidadãos. Uma norma só será justa quando houver consenso entre todos de que aquela norma pode ser seguida por qualquer pessoa, desde que em situação semelhante.

Habermas menciona ainda o problema a ser transposto em relação ao poder administrativo. Embora a teoria do discurso possa legitimar o poder político, a teoria, por si só, não explica a legitimação do poder administrativo – essencial para o exercício das funções de sanção, organização e execução tão caras ao sistema de direitos. Se por um lado o exercício da autonomia política representa a formação discursiva de uma vontade comum, essa autonomia não se traduz na implementação de leis resultantes dessa vontade.

Habermas define a administração (correlato ao Poder Executivo) como sendo a responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Se por um lado os discursos jurídicos se prestam à aplicação de normas, por outro, a atividade administrativa é assegurada por discursos pragmáticos.

---

<sup>67</sup> HABERMAS, ob. Citada, p.182.

Ao se instituir um código do poder, o que se busca fazer em verdade é a criação de um sistema administrativo que se orienta por autorizações que possibilitam a tomada de decisões obrigatórias à nível coletivo. Assim, no Estado Democrático de Direito, os fluxos comunicativos, especialmente os advindos da esfera pública e da sociedade civil, precisam atuar diretamente no processo de deliberação do centro político de modo a influenciar e legitimar as decisões legislativas, ao mesmo tempo que limitam a atuação do poder administrativo formado no aparato estatal e no sistema econômico. Por isso, Habermas vai sugerir que o Direito deve ser um *médium* onde o poder comunicativo se transmuda em poder administrativo. O autor ainda irá pontuar que a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões. Desse modo, o poder administrativo não pode interferir em questões fundantes à sua própria legitimação (normatização do Direito e jurisdição). Assim,

Devido ao seu conteúdo idealizador, os pressupostos comunicativos gerais de argumentações só podem ser preenchidos de modo aproximado. Para julgar na perspectiva dos participantes, é necessário que os pressupostos pretensiosos da comunicação estejam suficientemente preenchidos, pois não existe um critério autônomo situado fora do processo. Isto constitui uma razão suficiente para manter aberta a possibilidade de rever as opiniões provisoriamente fundamentadas, à luz de novas informações e argumentos. O processo jurídico compensa esse falibilismo, na medida em que garante decisões inequívocas, obrigatórias e de acordo com o prazo. Pois, no processo jurídico, pode-se controlar, na perspectiva de um observador, se as normas do processo foram mantidas. Desse modo, a obrigatoriedade social de um resultado obtido conforme o processo, tomada de empréstimo ao direito, entra no lugar de uma racionalidade procedimental, apenas imanente, isto é, assegurada somente através da forma da argumentação. A institucionalização jurídica também tem o sentido de enxertar nos discursos e em sua racionalidade procedimental incompleta uma justiça processual quase pura, nas palavras de Rawls. Por este caminho, a lógica da argumentação não é silenciada, e sim, colocada a serviço da produção de decisões que têm força de lei.<sup>68</sup>

A formação do poder administrativo é fundamental para a compreensão do papel dos tribunais, pois, em última análise, os tribunais constitucionais são órgãos administrativos institucionalizados por meio do Direito.

---

<sup>68</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 223.

## II. A PRIMAZIA DA CONSTITUIÇÃO PERANTE AS LEIS

Como já discorrido, em um sistema com foco no procedimento caracterizado pelo agir comunicativo, a força legitimadora reside justamente no respeito ao procedimento democrático com a participação de todos os envolvidos. Assim, a justiça da lei é assegurada por essa gênese democrática e não pelos princípios jurídicos em si. Dessa forma, o que se percebe é que há um reforço à primazia da constituição perante a legislação, afinal, a constituição tem como um de seus propósitos estabelecer as condições do processo legislativo.

Nessa linha de pensamento, pode-se dizer que o Estado Democrático tem no cerne da sua criação a forma de juridicização do poder, a partir da soberania popular. Se por um lado esse poder não pode se autolimitar, por outro, ele precisa carregar em si uma proposta de institucionalização do poder.<sup>69</sup>

Com base na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>70</sup>, pode-se definir o Constitucionalismo como o movimento político e jurídico que “visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”. Como veremos, o conceito recém referido também ajudará a entender a importância da primazia da constituição em relação às leis ordinárias. Estabelecer a constituição como a autoridade máxima de um ordenamento jurídico positivo é tão antigo quanto o surgimento das constituições e da criação de normas fundamentais expressas. Mesmo assim, nem sempre essa primazia da constituição teve efeitos jurídicos concretos, no sentido de derrogação de leis futuras contrárias à letra e ao espírito da constituição. Na verdade, somente é possível falar em efeitos materiais da violação da constituição quando a violação pode ser determinada de forma certa e juridicamente compulsiva, guardando uma relação estreita com a formação da jurisprudência constitucional.

Até surgir uma jurisdição constitucional, a ideia que prevalecia era a de que a constituição conteria apenas uma proclamação de princípios políticos, a depender do legislador para produzir efeitos, dirigindo-se ao Executivo e ao Legislativo, sem

---

<sup>69</sup> Para Emmanuel Joseph Siyés: “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos a constituição desse corpo.” (SIVÉS, Emmanuel Joseph, A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?, org. e introd. Aurélio Wander Bastos, trad. Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986, p. 116-117)

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional, 34. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 7.

alcançar os juízes e os cidadãos. Pensava-se, inclusive, que as constituições teriam apenas conteúdo moral, sem qualquer eficácia jurídica, não sendo possível aos jurisdicionados invocar a constituição para a solução de conflitos. Ferdinand Lassale, em 1862, defendia a tese de que questões constitucionais não eram questões jurídicas, mas políticas. Só em 1929, Kelsen apontaria que um ordenamento constitucional teria que ter um alto grau de precisão, sendo “altamente perigoso se a constituição tivesse referências a princípios gerais como justiça, liberdade e equidade”.

Todavia, a divisão liberal dos poderes apoia-se numa interpretação estreita desse conceito de lei. Ela caracteriza a lei através de princípios semânticos gerais e abstratos e considera preenchido o princípio da legalidade da administração, quando a execução administrativa se limitar rigorosamente a uma concretização do conteúdo normativo geral, de modo adequado às circunstâncias. Na linha dessa interpretação, a lei não deve a sua legitimidade ao processo democrático, mas à sua forma gramatical. O encurtamento semântico propõe uma interpretação da divisão de poderes, seguindo uma lógica de subsunção. Segundo esta linha, a ligação do legislativo à constituição e a ligação do executivo à lei medir-se-ia pela subordinação lógica dos conteúdos normativos mais específicos aos mais gerais; medidas, estatutos e decretos têm que subsumir-se à lei, do mesmo modo que as leis simples se subordinam à norma constitucional. Nessa ótica, a lógica da divisão de poderes poderia ser operacionalizada com o auxílio de relações de inclusão. Tal explicação, ao mesmo tempo econômica e elegante, que manteve até hoje sua força sugestiva, levantou objeções que não se dirigem, em primeira linha, à lógica da divisão dos poderes mas à sua interpretação liberal.

Pois o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos. Também estas leis materializadas surgem, via de regra, como normas gerais, formuladas sem nomes próprios e dirigidas a muitos destinatários indeterminados. Ela contém, todavia, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou concretos, finalidades que servem de medida, que abrem à administração um amplo espaço de opinião. Como consequência do desenvolvimento que culminou no intervencionismo estatal, foram se materializando espaços cada vez mais amplos do direito; por isso, uma administração planejadora, executora e configuradora não pode mais restringir-se à implementação

técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas.<sup>71</sup>

Apenas ao longo do século XX, com a utilização de instrumentos de controle de constitucionalidade por todo o mundo, essa antiga ideia foi perdendo força para dar vazão à de superioridade normativa da constituição. Ocorre, assim, a passagem de um Estado de Direito para um Estado Constitucional. Pela primeira vez, a lei precisaria conformar-se com uma ordem superior do direito, subordinando-a à constituição.

Se, no Estado Liberal, a constituição resumia-se a organizar o Estado e garantir direitos individuais, na nova perspectiva, o documento também passa a assegurar direitos sociais e econômicos, bem como a estipular metas e objetivos para os Poderes Públicos. Além disso, toda essa mudança de perspectiva teve reflexo direto na jurisprudência constitucional. De acordo com Rainer Wahl:

Para a ordem constitucional, é decisiva a relação da ordenação material da constituição com a execução processual através da jurisprudência constitucional: a constituição não é apenas a autoridade máxima, ela tornou-se num padrão jurídico para a jurisprudência. Este fenômeno não só deu origem a um novo destinatário para a regulamentação material do direito constitucional mas, desta forma, a constituição foi confrontada, de forma anteriormente desconhecida, com os efeitos jurisdicionais. O direito constitucional tornou-se eficaz através da jurisprudência constitucional, ao mesmo tempo que o caráter jurídico da constituição aumentou; isto é conhecido como fator positivo, e sobre isto não é necessária maior problematização. Deve aqui referir-se, pelo seu interesse, uma outra consequência não menos importante. A introdução e o desenvolvimento de uma ampla mesmo com o artifício da figura de um juiz Hércules, Dworkin ainda precisa satisfazer as exigências ideias da sua teoria. Jurisprudência constitucional apoia e concentra o significado da constituição, primeiramente nos aspectos jurídico e jurisdicional. Assim, as observações que se possam fazer sobre a constituição têm de tomar em consideração o fato de que todas as afirmações sobre o significado da constituição e sobre o seu conteúdo são afirmações que se referem a um padrão jurídico e a uma jurisprudência especialmente sensível. Das múltiplas consequências dessas circunstâncias, três delas devem ser aqui analisadas.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 236-237.

<sup>72</sup>Wahl, Rainer. A primazia da constituição. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60193/58510/0>

A primazia da constituição não deve, entretanto, ter relação apenas com o princípio da colisão formal, no sentido de tornar nula determinada norma. Ela precisa voltar-se com ainda mais força para o seu papel de vinculatoriedade, normatividade e executoriedade da constituição perante a legislação ordinária.

Nessa linha de pensamento, convém destacar a visão de Konrad Hesse<sup>73</sup> e sua teoria sobre “a força normativa da Constituição”, estampada em sua obra homônima. Hesse buscava combater o normativismo Kelseniano, no qual a constituição estaria isolada da realidade social, e do sociologismo de Lassale, que foca apenas na realidade social deixando de lado o normativismo que permeia o Constitucionalismo. De maneira propedêutica, para Hesse, a constituição deve operar a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, os quais necessariamente precisam interagir. A realidade social acaba por influenciar na constituição, mesmo que observada apenas pelo prisma de quem aplica a norma. Afinal, a aplicação não se dá por meio de uma máquina, mas de um ser humano.

Hesse irá defender que a norma constitucional não existe independentemente da realidade, sendo que a sua essência reside na sua vigência, entre aquilo que a norma regular e a sua pretensão de ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) ainda irá ligá-la às condições naturais, técnicas, econômicas e sociais.

Mas a constituição não deve ser analisada distante do seu aspecto pragmático, pois é dotada de uma pretensão de eficácia, de modo a influenciar a órbita social, sem se resumir a ser um mero espelho das relações de poder. Para que toda essa aspiração da constituição seja posta em prática, é necessário que a força normativa seja dotada daquilo que Hesse chama, em sua teoria, como sendo a “vontade de Constituição”. Desse modo, é desejável que a sociedade também esteja mobilizada para esse fim, já que quanto maior for essa “vontade”, menores serão os limites impostos pela realidade social.

O autor apresenta três pontos de origem para a formação da vontade de constituição. A primeira vertente é a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa que não possa ser derogada, que proteja o Estado contra as demais forças. A segunda é o entendimento de que essa ordem constituída necessita de um constante processo de legitimação, não se resumindo à sua legitimação pelos fatos.

---

<sup>73</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

Por fim, a terceira vertente, que dá origem à vontade de constituição, é o pensamento de que essa ordem necessita da vontade humana para ter eficácia.<sup>74</sup>

Da citada obra de Hesse, ainda é importante destacar aquilo que, na visão do autor, seriam os requisitos para que a constituição possua força e eficácia. Por questões didáticas, serão abordados três dos argumentos trazidos pelo autor.

Assim, o primeiro ponto é a necessidade de o conteúdo da constituição estar em uma linha de correspondência direta com o presente, de modo a incorporar o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Desse modo, estarão assegurados o apoio e a defesa da consciência geral. Ademais, para que essa relação com o presente seja possível, faz-se necessário que a constituição tenha maleabilidade para se adaptar às mudanças.

O segundo ponto apontado por Hesse abrange a já mencionada “vontade de Constituição”. Para que a constituição seja robusta, é necessária a força de vontade de abdicar de interesses próprios em prol da estabilidade da constituição. Uma constituição que sofra constante reforma acaba por ter a sua confiança abalada, esvaziando a sua força normativa.

Por fim, a força normativa da constituição é dependente da interpretação constitucional. Essa interpretação deve ser capaz de conseguir concretizar com excelência o sentido da proposição normativa dentro daquelas condições reais dominantes. Dito de outra forma, quando a realidade fática se altera, a interpretação constitucional precisa se adaptar, desde que mantido um limite interpretativo que não altere a finalidade (telos) daquela proposição constitucional. Havendo a necessidade de ultrapassar esse limite, deve-se proceder com a revisão constitucional.

---

<sup>74</sup> “Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade<sup>12</sup>. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também com problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.” (Hesse, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod\\_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf))



A visão de Konrad Hesse revela-se essencial na compreensão sobre a primazia da constituição perante as demais normas. Seus conceitos e teorias mostram-se precisos na análise da força normativa da constituição e, por isso, guardam estreita relação com a tese defendida. Da mesma forma, os conceitos abordados apresentam-se amigáveis à filosofia de Habermas.

### III. AS PROPOSTAS PARA A TEORIA DO DIREITO

Mesmo que sob o prisma da teoria de Konrad Hesse, ou até mesmo da aplicação da Teoria do agir comunicativo na concepção do Direito de Habermas, os aspectos levantados não apresentam uma solução direta para o problema da tensão existente entre facticidade e validade. Tal tensão pode ser traduzida naquela que ocorre entre a segurança jurídica e a tomada de decisões corretas. Como meio de superar essa tensão, Habermas apresenta quatro soluções para o problema da racionalidade da jurisdição. Após, Habermas elege a proposta de Ronald Dworkin como solução viável para a tensão existente. A proposta do Direito como integridade, de Dworkin, no entanto, será o tema final da presente tese.

Habermas, antes de apresentar o seu ponto de vista sobre a teoria de Dworkin, começa por explicar três outras possíveis soluções para a tensão entre facticidade e validade. Se de um lado o direito vigente garante a segurança jurídica, ao atender as expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado, por outro, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito buscam dar legitimidade a essas expectativas de comportamento. Ao aplicar o direito ao caso concreto, a decisão judicial precisa conciliar simultaneamente essas duas garantias.

Aqui já é possível perceber a dificuldade da tarefa imposta. Se a segurança jurídica exige decisões consistentes, o mesmo não se pode dizer em relação à pretensão de legitimidade da ordem jurídica. A segurança jurídica irá se preocupar em aplicar o Direito com base em decisões pretéritas, ou até mesmo de tradições do Direito consuetudinário. A legitimidade da ordem, pelo contrário, deverá fugir desses limites impostos por decisões semelhantes operadas no passado. A fundamentação racional precisa ser constante e atual para que possa ser aceita pelos membros do Direito. Assim, a racionalidade da jurisprudência, para conciliar *segurança jurídica* com a *correção* das decisões, precisa buscar a sua aplicação no plano interno, mas de modo a fundamentar a sua racionalidade no plano externo.

Partindo dessas premissas, ao superar o direito natural, em que o direito era subordinado a padrões supra positivos, três alternativas aparecem para regular a já citada tensão: (i) a hermenêutica; (ii) o realismo e (iii) o positivismo jurídico.

A primeira solução proposta, a hermenêutica, foge da visão clássica do aristotelismo ao não mais aplicar a decisão a uma norma correspondente, em uma relação direta de subsunção. A norma não consegue retratar com fidelidade a complexidade daquela situação extraída do mundo da vida. Por isso, a hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação onde parte-se de uma pré-compreensão valorativa entre normas e estados de coisas. Essa pré-compreensão, no entanto, fica mais apurada à medida que a troca dessa relação se dá de forma recíproca. A hermenêutica também, segundo Habermas, resolve o problema da racionalidade da jurisprudência, ao inserir a razão no complexo histórico da tradição. Com base nesse arcabouço, a racionalidade da decisão aplica os costumes e o conhecimento jurisprudencial prévio à própria norma. Ou seja, incorpora-se a experiência social na aplicação do direito, com ainda mais ênfase nos casos onde não é possível fazer a subsunção dos fatos às normas, seja pela sua inadequação ou pela sua inexistência.

A segunda solução para a tensão entre facticidade e validade é o realismo jurídico. Para essa corrente de pensamento, a simples hermenêutica não seria capaz de conferir validade para as decisões jurídicas diante da complexidade das sociedades contemporâneas, onde diferentes interesses e forças religiosas concorrem entre si a todo instante. De um modo geral, o realismo jurídico não contesta o valor descritivo do processo hermenêutico, mas parte de uma outra pré-compreensão para o processo de interpretação. Os juízes ao proferirem uma decisão acabam sendo permeados por fatores externos (extrajurídicos) que acabam por permitir uma aplicação do direito com base na história, psicologia e sociologia. O lado negativo, por assim dizer, é que, ao permitir influxos externos, esvazia-se o sentido da própria lógica do direito, deixando de ser fundamentada com base em procedimentos pré-selecionados, da análise do caso concreto ou do fundamento do direito. Aqui, já não seria mais possível distinguir direito e política. A segurança jurídica não depende mais da consistência do direito, as decisões do passado perdem sua validade perante as decisões atuais, pois essas últimas dependem diretamente da decisão do juiz. A legitimidade do direito pode subsistir quando o juiz, agindo com viés político, toma decisões pensando no futuro, mas com base em visões próprias que ele

tem como racionais. Ao renunciar ao primado da segurança jurídica, renuncia-se também à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, relegando essa função para o direito. Por via de consequência, o realismo peca em não conseguir explicar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas.

Antes de apresentar a proposta de Dworkin, Habermas aponta o positivismo jurídico como terceira corrente que tenta superar a tensão entre facticidade e validade. Se o realismo jurídico foge da pretensão de estabilizar as expectativas, o positivismo jurídico busca essa reaproximação sem vincular a legitimidade das decisões às tradições éticas. Tendo como expoentes Kelsen e Hart, o positivismo jurídico elabora um sentido normativo das proposições jurídicas e de um sistema de regras que seja capaz de garantir a consistência das decisões com base em regras bem estabelecidas, tornando o direito independente da política. Os positivistas resolvem o problema da racionalidade reduzindo a história institucional a regras de conhecimento, permitindo subordinações precisas. Todo esse processo acaba por privilegiar o processo da resolução dos conflitos em detrimento da fundamentação racional do conteúdo da norma, extraindo a validade da norma da obediência às regras predeterminadas pelas instituições competentes. O que se percebe no positivismo jurídico é uma primazia da segurança jurídica em relação à correção das decisões. Para os casos difíceis, em que esse problema se mostra ainda mais evidente, a resposta para Hart, por exemplo, seria a tomada de decisão por parte do juiz, com base em seu próprio arbítrio, sustentada por fundamentos não mais jurídicos.

A partir das definições acima, Habermas apresenta então a teoria dos direitos elaborada por Dworkin que pretende superar as falhas das propostas realistas, positivistas e hermenêuticas. Do mesmo modo, Dworkin deseja conciliar a segurança jurídica com a aceitabilidade racional através de direitos concebidos deontologicamente.

### **III.I CRÍTICA DE DWORKIN ÀS PROPOSTAS ANTERIORES**

Como solução para o problema posto, isto é, a conciliação entre segurança do direito e aceitabilidade racional, Dworkin posiciona-se contra o realismo, à possibilidade de decisões consistentes ligadas à regra, como forma de garantia do direito. Já em oposição ao positivismo, Dworkin prefere a aplicação de decisões

“corretas” baseadas em princípio ao invés de apenas em procedimentos. Em relação à hermenêutica, o juiz deve possuir um posicionamento crítico a uma histórica institucional do direito.

Dworkin defende ainda a utilização do princípio kantiano do direito junto com o primeiro princípio de justiça de Rawls de que cada um tem direito a iguais liberdades de ação subjetiva. Nessa perspectiva, o autor entende os direitos subjetivos como barreiras a serem colocadas contra abusos gerados por finalidades coletivas, ainda que nem todo direito subjetivo tenha valor absoluto. Ainda assim, eles servem como barreira ao cálculo do proveito e dos custos para consecução de fins coletivos. De uma forma ou de outra, essa barreira mostra-se como uma decorrência natural do princípio do igual respeito por cada um.

Assim como defendido por Habermas, ao demonstrar que o direito sofre influxos de argumentos morais, por meio do processo democrático, a teoria de Dworkin tem como premissa que há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência. Entretanto, Habermas aponta que os conteúdos morais, ao serem traduzidos para o código do Direito, sofrem uma transformação jurídica de seu significado, não apenas em relação ao seu significado, mas em relação aos seus pesos. Os conteúdos morais possuem um extenso leque de aplicação, produzindo uma escala de valores, indo desde reprovações com implicações penais, e altamente reprováveis (como homicídio, lesões corporais, por exemplo), até questões atinentes ao direito civil (como indenizações), cuja reprovação moral é menor. A primeira categoria seria o que B. Peters chama de proibições repressivas. A segunda corresponderia ao que Peters conceituou como prêmios ou custos, nos quais a reprovação da conduta não leva ao desprezo daquele que a pratica.

A moral, como medida para o direito correto, tem como pontos de partida a formação política da vontade do legislador e a comunicação política da esfera pública. Ao emprestar relevo aos conteúdos morais, o legislador traduz a linguagem moral para o código do Direito. No entanto, tal tradução, mesmo que com a sobreposição de alguns conteúdos morais, não apaga a diferenciação entre direito e moral, que possui fundamentação pós-convencional. Essa diferença de linguagens e a influência da moral sobre o direito não representam uma moralização do direito. Embora o conteúdo moral de direitos fundamentais e princípios do Estado existam, tal fato dá-se pelo cruzamento entre os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral.

Habermas<sup>75</sup>, por sua vez, afirma que a relação entre direito e moral na teoria de Dworkin não importa, uma vez que sua teoria do Direito exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídica. Dworkin analisa o princípio hermenêutico de modo construtivista, partindo de uma crítica ao positivismo.

Dworkin ainda questiona a ideia da legitimação do direito através apenas da legalidade do procedimento. O discurso jurídico deve ser independente da moral e da política, desde que os princípios morais e as finalidades políticas possam ser traduzidas para a linguagem neutra do direito e enganchadas no código jurídico. Apesar dessa uniformidade, por trás dela, há um complexo sentido de validade do direito legítimo, que dá azo para compreender-se por que, nas decisões sobre princípios, pode sofrer influência de argumentos extralegais (pragmático, ético e moral). Mas nada disso seria possível se o direito vigente já não tivesse incorporado conteúdos teleológicos e princípios morais. Entretanto, ainda haverá uma primazia dos argumentos baseados em princípios dos argumentos de determinação de finalidade.

Contra o positivismo e sua ideia do direito como um sistema fechado de regras, onde se aplicaria uma decisão em termos de “tudo ou nada”, Dworkin vale-se da tese da autonomia de Hart, para explicar a distinção entre “regra” e “princípio” e, então, apontar a sua crítica. Nesse sentido, as regras podem ser entendidas como normas concretas, predeterminadas para uma aplicação específica; já os princípios jurídicos são gerais e dependentes de interpretação para sua aplicação. Assim, para o conflito entre regras, a solução vem pelo “tudo ou nada”, excetuando uma das regras ou invalidando-a como forma de solucionar o litígio. Para os princípios, quando em colisão, a solução é estabelecer uma ordem transitiva conforme o caso concreto, de modo que um princípio deve passar à frente de outro. Mas a colisão entre regras leva a uma indeterminação da situação jurídica, que depende para sua superação de uma decisão. Ao se admitir o uso de princípios, o problema do fechamento do sistema de regras e da não solucionabilidade de conflitos e regras deixa de existir.

O direito, nessa linha de argumentos, não pode ser interpretado apenas de forma contingente (análise positivista) e nem como um instrumento à disposição de objetivos do poder político (visão do realismo). Da mesma forma, a interpretação precisa ir além das tradições jurídicas consuetudinárias, típicas da visão

---

<sup>75</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 256-257.

hermenêutica. A superação hermenêutica dá-se, para Dworkin, (i) metodicamente, com a aplicação de uma interpretação construtiva e (ii) conteudisticamente, ao reconstruir racionalmente e conceitualizar o direito vigente. O autor propõe então um sistema de direito positivo - composto por regras e princípios e pela utilização de uma jurisprudência discursiva – a fim de garantir a cada indivíduo igual respeito e consideração. No sistema de aplicação desse procedimento de interpretação construtivista, “cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.”<sup>76</sup>

### III.II A CRIAÇÃO DE UM JUIZ HÉRCULES

A solução de Dworkin para resolver o problema entre segurança e racionalidade busca fundamentar as decisões singulares com contextos coerentes do direito racionalmente reconstruído. A coerência seria assim uma medida de validade de uma declaração, sendo mais fraca do que a verdade obtida através de um processo de dedução lógica, mas mais forte do que aquela conseguida através do critério da não contradição. A coerência é alcançada quando os argumentos utilizados possuem uma qualidade pragmática apta a produzir um acordo racionalmente motivado entre os participantes da argumentação.

Dworkin busca fundamentar uma teoria do direito, não uma teoria da justiça, de modo a buscar princípios e determinações de objetivos válidos aptos a justificar uma ordem jurídica concreta, tornando cada decisão tomada, em casos singulares, coerentes entre si e com o todo. A procura pela construção de uma ordem social fundada em princípios de justiça é relegada pelo autor. A natureza deontológica dos princípios os torna aptos para ir além das justificativas internas e fundamentar as próprias premissas. Dessa forma, alinhando os princípios jurídicos com as determinações de objetivos políticos do legislador, pode-se reconstruir a massa do direito vigente de forma que tenha uma validade normativa justificada.

---

<sup>76</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 261.

Mas para que a própria teoria tenha coerência, será preciso lançar mão da ideia de um “juiz Hércules”, em que suas capacidades intelectuais sejam comparáveis com a força física de Hércules. O juiz Hércules precisaria então conhecer todos os princípios e objetivos válidos para uma justificação coerente e ter uma macro visão sobre os elementos do direito. Com essas habilidades únicas, o juiz Hércules teria a capacidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e de corrigir de forma crítica a massa do direito positivo. Da coerência dos princípios, sairá a justificativa para a histórica institucional daquele sistema de direitos. Por outro lado, esse sistema deve ser justo, sendo continuamente aprimorado pela experiência.

Aqui haverá de ser traçada ainda uma linha tênue entre o papel de reconstruir o direito vigente e o que não cabe ao juiz, mas ao legislador, de construir o direito. Hércules precisará reconciliar a história, por meio da reconstrução racional das decisões do passado, com a justiça, através da pretensão de aceitabilidade do presente.

### **III.III AS CRÍTICAS À DWORKIN E AS RESPOSTAS DE HABERMAS**

Mesmo com o artifício da figura de um juiz Hércules, Dworkin ainda precisa satisfazer as exigências da sua teoria. Habermas<sup>77</sup> irá apresentar então três grupos de críticas dirigidas a Dworkin elencando suas respostas a elas.

Inicialmente, Dworkin precisa verificar se essas exigências ideais são apenas uma ideia reguladora que servirá de guisa interpretativa aos juízes ou se o ideal utilizado por eles como medida ao processo de decisão judicial é falso. O primeiro ponto diz respeito ao abalo ocasionado pelo realismo em relação aos três dogmas da teoria do Direito: a suposição de que existem direitos; a suposição entre a consistência das decisões e a conformidade com o direito; e a suposição de que os juízos dos tribunais são racionais. Dworkin, segundo Habermas, responde a esses três questionamentos através de um modo construtivista. Nesse sentido, os direitos indisponíveis, por apresentarem um sentido deontológico, possuem um peso maior do que os bens coletivos e as determinações de objetivos políticos. Mas, para que os direitos indisponíveis sejam definidos, é preciso fundamentá-los na teoria do Direito e, ao se trilhar esse caminho, especialmente em relação às decisões do passado, talvez

---

<sup>77</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 264-276.

seja necessário ajustar os erros. Somente a aplicação do direito positivo, justificado por princípios, é capaz de criar decisões corretas.

Ainda que se projete a imagem de um juiz Hércules, os juízes sempre serão de carne e osso, tornando a sua atividade diária apenas um reflexo da busca de uma confirmação da prática da decisão, permeada por fatores externos como interesses, parcialidade ideológica, opiniões políticas, etc. A sua procura, por assim dizer, é a racionalização das decisões para compensar a indeterminação do direito. Entretanto, essa indeterminação interna do direito não é resultado do próprio direito, mas da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível e da história institucional de uma ordem jurídica que também recusa uma reconstrução racional. Por isso, a interpretação reconstrutivista, para ser bem-sucedida, precisa buscar na história uma razão já existente.

O princípio da integridade explica que todas as ordens jurídicas apontam para a ideia do Estado de Direito, de modo a possibilitar uma hermenêutica crítica na história institucional, ainda que a razão prática deixada seja esmaecida. O princípio da integridade também pode ser traduzido como o ideal político da comunidade, em que há um reconhecimento entre os membros do Direito como livres e iguais. A partir desse reconhecimento, tendo como premissa a igual consideração e o igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade, é que se tem a concordância da comunidade em relação àquele sistema de direitos, garantindo autonomia privada e pública. Dworkin defende que o modelo de princípios, apesar das críticas, é o melhor modelo de comunidade.

Habermas sintetiza as respostas dadas a essa primeira rodada de críticas da seguinte forma:

(...) as idealizações embutidas na teoria de Hércules são deduzidas de uma ideia reguladora que não é talhada diretamente conforme o problema da racionalidade, a ser solucionada pela jurisdição, uma vez que deriva de uma autocompreensão normativa das ordens do Estado de direito, inscritas na realidade constitucional. A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais. Entretanto, esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização. A prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo



consequências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível.<sup>78</sup>

No segundo bloco de questionamentos, os críticos de Dworkin consideram que o programa destinado ao juiz Hércules é irrealizável. O primeiro ponto impõe-se pela teoria de que o Direito vigente é permeado por princípios e fins opostos, tornando qualquer tentativa de reconstrução racional fadada ao fracasso. A tese da indeterminação radical implica que o Direito possui uma estrutura na qual não pode ter uma prática de decisão que garanta a justiça. Em resposta, Dworkin explica que há uma diferença entre os princípios que colidem no caso singular e dos princípios que se contradizem mutuamente. Sem essa diferenciação, os críticos não conseguem perceber que o esforço teórico de Hércules só tem início no ponto onde eles encerram as suas pesquisas históricas. Ao prever a incorporação de princípios, além das regras, ao sistema jurídico, não é difícil notar a possibilidade de colisões entre esses elementos. Entretanto, tal choque não se traduz em uma incoerência do ordenamento. Todas as normas vigentes são em certa medida indeterminadas, sendo sua aplicação restrita a casos específicos, sem maior necessidade de uma análise hermenêutica. Mas a incoerência do sistema de direitos ocorre quando as regras conflitantes, que exigem uma aplicação nos termos de tudo ou nada, prescrevem para o mesmo caso aplicações contraditórias e com pretensão de terem a mesma validade. Do mesmo modo, exigir que uma norma tenha validade *prima facie* apenas significa que essa norma teve uma fundamentação imparcial, o que é diferente de sua aplicação imparcial, esta sim apta a gerar uma decisão válida em determinado caso. Por esse ponto de vista, somente quando uma norma válida mostra-se como a única norma apropriada para o caso, fundamentando um juízo singular, é que se pode falar em correção da decisão.

Ao aplicar-se a norma de forma parcial encerra-se com o problema da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Dessa forma, não se pode confundir a validade da norma com a adequação da norma à situação. É preciso que dentro do universo de normas válidas *prima facie* se escolha aquela que mais se encaixe à situação. O processo hermenêutico ficaria resumido, assim, ao cruzamento entre a descrição da situação e a concretização da norma geral.

---

<sup>78</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 268.

Por essa razão, não se pode interpretar como colisão entre normas uma contradição do sistema, pois estaria a se confundir validade com adequação da norma.

Por fim, o terceiro e último grupo de críticas refere-se à dificuldade de se chegar a uma decisão correta a cada nova aplicação. Da mesma forma, a relação de normas válidas modifica-se a cada instante a depender do caso a ser decidido. Assim, toda norma válida torna-se dependente de uma complementação coerente entre todas as outras possíveis, modificando o seu significado a cada situação, ficando ao encargo da história produzir uma interpretação diferente, pois é ela quem produz as situações imprevisíveis para os casos. Aparentemente, a teoria coerencial só consegue evitar a indeterminação da própria estrutura contraditória do direito vigente, tornando-a indeterminável. Gera-se o questionamento sobre se essa teoria poderia de fato garantir a segurança do Direito. Contra a teoria dworkiana já se levantou o questionamento de que a reconstrução racional das decisões passadas, caso a caso, levaria a uma interpretação retroativa do direito vigente.

Mas, para responder a problemática da segurança jurídica, é necessário que se (re)interprete o próprio conceito de segurança jurídica. Naturalmente, um sistema que não seja formado apenas por regras não pode ter um mesmo grau de previsibilidade. Nesse ponto, o positivismo jurídico de fato se sobrepõe. Entretanto, a segurança jurídica, apoiada em um conhecimento prévio de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa um princípio que também pode ser contraposto, na aplicação de determinado caso, a outros princípios. A segurança precisa atingir um outro nível, de modo a garantir decisões corretas no sentido de garantir a cada jurisdicionado a pretensão de um processo equitativo, cujas decisões tomadas levem em conta apenas argumentos relevantes e não arbitrários.

De outra maneira, a solução para o problema da retroatividade da interpretação do direito pode ser dada através de paradigmas em substituição aos ideais. Esses paradigmas conteriam descrições generalizadas de situações de um determinado tipo, como forma de solucionar casos de colisões típicos e previsíveis. Outra função importante da criação desses paradigmas seria aliviar o juiz Hércules da difícil tarefa de escolher e aplicar os princípios adequados ao caso. As próprias partes, com a utilização de paradigmas, poderiam prever o desenrolar do processo. Habermas ainda alerta para a necessidade de esses paradigmas serem usados de forma reflexiva, abrindo-se uns ao outros, comprovando-se na pluralidade de

interpretações da situação. Do contrário, paradigmas fechados eliminariam a coerência ideal do direito vigente.

#### IV. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Até aqui foi possível perceber como a teoria de Dworkin, na visão de Habermas, serviu como base de solução ao problema da racionalidade da jurisdição, conciliando segurança jurídica e aceitabilidade racional. Diz-se base de solução, pois ainda coube a Habermas reinterpretar a teoria construtivista do direito para o âmago de um modelo procedimentalista com a intenção de chegar-se de fato a solução. Contudo, apesar das respostas trazidas, esse molde procedimentalista não é por si só capaz de estabelecer limites claros para a divisão de poderes de modo que a justiça não se avoque do papel de legislador. Com ainda mais critério, essa problemática ganha força quando analisa-se o controle judicial da constitucionalidade por meio de tribunais constitucionais.

Mas, a toda teoria que se apresente, é possível tecer críticas. A principal a ser trabalhada refere-se a como a jurisdição constitucional afeta a separação dos poderes. Habermas<sup>79</sup> responde à indagação valendo-se de três enfoques diferentes: (i) a disputa de paradigmas; (ii) a abordagem metodológica, com base na teoria de Dworkin; (iii) o discurso político à luz de uma teoria do discurso.

A primeira crítica está sedimentada na interpretação liberal da clássica divisão dos poderes. A ampliação dos poderes da justiça acaba por sobrecarregar o tribunal constitucional criando uma legislação concorrente, algo perigoso do ponto de vista normativo. A crítica, assim, tem como objeto o desenvolvimento do Estado liberal de direito que, por sua vez, transforma-se num Estado intervencionista e do bem-estar social.

O segundo aspecto das críticas abrange a indeterminação do direito, que é posta em destaque, diante da jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional, que acaba por equiparar a orientação por meio de princípios com a comparação entre bens.

---

<sup>79</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 299 e seguintes.

Por fim, a terceira crítica lançada tem como viés a proteção do procedimento democrático da legislação, sob o ponto de vista republicano, de forma não instrumental e, portanto, alcançando o processo político como um todo.

#### **IV.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PARADIGMA LIBERAL**

Habermas inicia a discussão destacando que os tribunais constitucionais possuem várias funções ao mesmo tempo, assim, ainda que a função precípua seja a interpretação da constituição, e de rebote a coerência do ordenamento, todas essas funções extras, por assim dizer, não se comunicam diretamente em harmonia. Em uma macro divisão, seriam três as funções: (i) resolução da disputa entre órgãos; (ii) controle de constitucionalidade de normas jurídicas e (iii) recursos constitucionais. Ao assumir tais funções, o tribunal constitucional responsabiliza-se pelo papel de órgão máximo do judiciário, imbuído da tarefa de reflexão e autocontrole das normas. O que se vê é que, de um modo ou de outro, todas essas funções se mostram problemáticas em certa medida para a teoria clássica da divisão dos poderes. Contudo, a divisão dos poderes não pode ser ferida, uma vez que os tribunais não possuem meio coercitivos para impor suas decisões perante o legislativo e o executivo.

Uma proposta diferente, atribuindo ao legislativo a função do controle da constitucionalidade, por meio de tribunais “internos” especializados (com um corpo técnico), apesar de tentador, não se mostra adequada, uma vez que o exercício parlamentar ao redefinir questões éticas e morais, transforma-as em questões negociais, capazes de compromisso. Haveria uma corrupção dos fins, por assim dizer. Não obstante, o controle abstrato das normas permanece como função irrenunciável do legislador.

A solução de atribuir ao executivo essa função de controle da constitucionalidade também não poderia ser adotada. O executivo não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça. Sair-se-ia da usurpação da competência de um poder sobre o outro, para a usurpação de um poder sobre dois outros. Essa proposta tornaria o chefe do executivo em guarda da constituição, numa visão Schmittiana.

O legislativo, assim como o judiciário, deve ter a capacidade, dentro de uma teoria da argumentação, de uma análise autorreflexiva, de modo a revisar a sua própria atividade. Dessa forma, o legislador não pode se imbuir da função de analisar

se os tribunais ao aplicar o direito estão levando em conta os argumentos normativos com base numa fundamentação racional da lei. Mas não seria ultrajante derrogar ao legislador, em segunda instância, o seu autocontrole. A transmissão dessa função, para o tribunal constitucional, por sua vez, depende de uma fundamentação mais complexa. Nesse sentido, como o discurso sobre os direitos fundamentais antecede as decisões tomadas pelo legislativo, a argumentação jurídica de leis concretas não reside no discurso.

Na controvérsia entre C. Schmitt e Kelsen, Schmitt não consegue aceitar que o controle abstrato deva ser reservado apenas à aplicação das normas, tendo em vista que as regras gerais não podem ser aplicadas umas às outras. Em resposta, Kelsen afirma que a questão não está no conteúdo da norma, mas na constitucionalidade da sua criação. Habermas, por sua vez, defende que o argumento decisivo para a solução não se dá como se institucionaliza a análise da interpretação constitucional, mas no campo político-jurídico. A busca deve ser pela clareza do direito e para a manutenção da ordem jurídica coerente. Para Habermas, tem pouca importância se a colisão dá-se entre vários direitos fundamentais, ou entre leis simples com direitos fundamentais, o importante é que o caso passe por uma interpretação construtivista no sentido de Dworkin.

Ao final, como forma de demonstrar que a jurisdição constitucional não afrontaria a separação dos poderes pela criação concorrente de normas pelo tribunal constitucional, Habermas salienta que o tribunal constitucional apenas enfrenta casos de colisões, na quase totalidade dos casos relativos a princípios. Nesse sentido, a decisão correta a ser aplicada, no caso concreto, precisa ser encontrada, quer dizer, fundamentada através de uma argumentação racional. Assim, se bem analisado, o caráter criativo da decisão não é algo exclusivo da jurisdição constitucional, mas de toda interpretação. Assim, argumentar nesse sentido, não demonstraria por si só a ofensa à separação dos poderes.

Ainda sobre a formulação de um paradigma liberal, há uma necessária separação entre a esfera privada e a esfera estatal do bem comum, devendo as tarefas e os objetivos do Estado continuarem entregues à política, não constituindo-se em objeto da normatização do direito constitucional. A preocupação aqui gira em torno de transferir-se aos tribunais, ao invés do parlamento, o papel de cuidar do bem comum. Como contraponto, os defensores do ponto de vista contrário, a favor da não

separação entre as esferas, advogam que a constituição seria uma garantia ao bem-estar social, evitando o retrocesso da divisão riscada entre Estado e sociedade.

O modelo liberal apoia-se numa lógica histórica, em que as decisões seriam um agir orientado para o passado, e as decisões legislativas voltadas para o futuro, ao passo que as decisões administrativas seriam focadas em resolver problemas na atualidade. Nesse ponto, o Estado de Direito Democrático busca a defesa entre os conflitos entre Estado e cidadão, não conferindo aos problemas das relações intersubjetivas entre os cidadãos qualquer espaço no esquema de divisão dos poderes. Entretanto, a jurisdição constitucional também precisa voltar seus olhos para os problemas do presente e do futuro, sem que isso se reflita numa intervenção da função legislativa pelo judiciário, que, em última análise, carece de representação democrática.

O contraponto acontece em relação ao efeito protetor inerente à jurisdição constitucional que é permeada por uma interpretação baseada em normas fundamentais. Elas irão garantir não só o aspecto negativo dessa proteção, na defesa contra-ataques, mas também o seu aspecto positivo. Houve outras mudanças profundas na forma como se enxerga os direitos fundamentais, que acabam por modificar a jurisprudência constitucional. Por exemplo, foi se criando, paulatinamente, conceitos-chave que serviram como elo de ligação entre a visão clássica do direito constitucional e essa nova perspectiva dos direitos fundamentais, unindo o Estado social e o Estado de direito como forma de garantir determinados bens jurídicos.

#### **IV.II A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO PELOS VALORES**

No que tange ao segundo grupo de críticas, Habermas analisa o problema da doutrina da ordem de valores, com maior ênfase no ocorrido na República Federal da Alemanha. Em linhas gerais, para uma interpretação construtivista, direitos não podem ser comparados a valores. Entretanto, contrariando essa regra construtivista, para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a Lei fundamental não seria um sistema de regras baseado em princípios, mas uma ordem de valores. Os princípios assim interpretados como valores, na proposta de R. Alexy, serviriam como mandamentos de otimização, variando o grau de intensidade conforme o caso. Nessa “ponderação de valores”, o mandamento de otimização não pode ser extraído pela própria norma e acaba por ser orientada por um fim. Por se tratar de um

escalonamento de valores, não é possível que um valor pretenda ter primazia incondicional perante os demais, a interpretação do direito então se restringe a concretizar valores caso a caso.

Habermas defende que o problema, na verdade, resume-se na adaptação de princípios do direito a valores. No sentir do autor, princípios ou normas mais elevadas, que servem de justificação para normas “inferiores”, possuem um sentido deontológico, enquanto valores têm um sentido teleológico. Normas válidas buscam estabilizar expectativas generalizadas, ao passo que valores são preferências compartilhadas intersubjetivamente. Assim,

Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.<sup>80</sup>

O autor ressalta ainda que normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores. Os primeiros detêm uma obrigatoriedade geral, em função de seu caráter deontológico de validade. Já os valores precisam ser analisados para serem aplicados ao caso concreto. Contudo, quando o tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores, as normas e os princípios são nivelados, concorrendo em cada caso concreto para obter a primazia de um sobre o outro. O tribunal constitucional atua, assim, como uma espécie de instância autoritária, eliminando a visão deontológica do discurso jurídico sobre normas e princípios do direito. Outro problema desencadeado por essa doutrina de valores também conduz ao perigo de juízos irracionais, permitindo que argumentos sejam introduzidos no discurso jurídico. A jurisdição constitucional acaba por criar uma legislação

---

<sup>80</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 317.

concorrente, onde o legislador é obrigado a cumprir aquelas determinações a partir de um cálculo de custo em relação aos direitos de liberdades.

Por outro lado, os direitos fundamentais precisam conservar o seu sentido deontológico para serem efetivos, não podendo cair numa análise de custos e vantagens. O mesmo vale para normas abertas, que dependem de um programa condicional para atingir a sua efetividade. Para esses casos, Habermas irá aduzir que essas normas, ao colidirem com outras prescrições jurídicas, não prescindem de uma decisão para definir quais valores concorrentes terão primazia sobre o outro. A questão envolve a adequação da norma aplicável *prima facie* com a situação posta ao crivo do judiciário. As normas seriam assim “adequadas” ou “não adequadas”. A jurisprudência constitucional, nesse sentido, precisa estabelecer qual a pretensão e qual a ação são exigíveis em cada conflito, ao invés de definir o ponto de equilíbrio entre bens e valores. Portanto, essa validade do juízo precisa manter o seu sentido deontológico de um mandamento, fugindo de uma perspectiva teleológica com base nos nossos desejos. Afinal, não há uma relação entre o que é melhor para cada um de nós e o que é bom para todos. Nesse sentido,

(...) o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal.<sup>81</sup>

A partir deste ponto, podemos ver um distanciamento, como se esperar de Habermas em relação a Dworkin. De se esperar, pois Habermas possui uma base teórica voltada para o procedimentalismo em oposição a uma visão construtivista.<sup>82</sup> Habermas, neste aspecto poderia ser resumido como se defendesse o consenso no procedimento, mas o dissenso em relação a matéria.

---

<sup>81</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 326.

<sup>82</sup>“Certamente os passos complexos de uma interpretação construtivista não se deixam normatizar; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.” HABERMAS, ob. citada, p. 323/324.



Em sua obra<sup>83</sup>, Habermas coloca como superada a concepção liberal do Estado segundo na qual os direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado, não possuindo um caráter objetivo e obrigatório em todas as esferas do direito. A constituição não pode mais ser entendida apenas como uma ordem à regular a relação entre Estado e cidadãos, mas também não deve se tornar um meio de impor uma determinada forma de vida sobre a sociedade. A constituição deve determinar procedimentos políticos, onde os cidadãos, agindo dentro de uma esfera livre onde estes são autodeterminados, possam em conjunto perquirir um projeto de produzir condições justas de vida. Da mesma forma o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Habermas irá se posicionar então, em defesa da tese defendida por J. H. Ely, que defende que a constituição deve primeiro defender problemas de organização e de procedimento, não ficando restrita apenas a distinção e implementação de valores fundamentais. A substância da constituição não está na regulamentação de aspectos materiais, mas sim formais. Os direitos de comunhão e participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, acabam por ocupar um lugar de destaque.

“Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.”<sup>84</sup>

Ely, concordando Habermas, volta-se contra uma compreensão paternalista do controle jurisdicional da constitucionalidade, onde uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir do seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais. Ainda que os discursos jurídicos possuam uma elevada suposição de racionalidade,

---

<sup>83</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 325/326.

<sup>84</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 327/328.

por serem especializados nas questões de aplicação das normas, estes, pela mesma razão, não podem substituir discursos políticos, que são voltados para fundamentação de normas e determinações de objetivos, onde se exige a inclusão de todos os indivíduos.

## V. PARA UMA LEITURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Por fim, em relação ao último grupo de críticas lançado à jurisdição constitucional, Habermas analisa a problemática de como a jurisdição constitucional pode afetar o procedimento democrático numa visão republicana, ou seja, dentro do modelo de constitucionalismo americano. Apesar da expressão “republicana” ser simplista na visão do autor, segue-se, assim como ele, a nomenclatura para fins didáticos.

O primeiro ponto destacado pelo autor refere-se ao fundamento que permite a jurisdição constitucional para intervir na legislação política quando suspende normas aprovadas pelo parlamento, naquilo que se denomina como controle abstrato de normas. Conforme a visão de Frank I. Michelman, a resposta encontra-se em uma autoridade derivada, extraída da soberania popular. Michelman delimita a dicotomia entre a visão republicana e a liberal pelo prisma do papel democrático. Na visão liberal, o processo democrático assume a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, fazendo dele um aparelho da administração pública. A sociedade, por sua vez, forma um sistema de trabalho social e de relação entre os indivíduos, com base na economia de mercado. Assim, a formação política da vontade dos cidadãos busca traçar limites entre os interesses sociais privados e o aparelho do Estado que tende a utilizar o poder político para fins coletivos. Já no Republicanismo, a política não se limita a estabelecer essa relação, por ser constitutiva para o processo de socialização, tornando-se um *médium* para que os cidadãos continuem as relações de reconhecimento recíproco que já existem:

Com isso, a arquitetura liberal do Estado e da sociedade é submetida a uma modificação importante: ao lado da instância reguladora descentralizada do mercado, portanto, ao lado do poder administrativo e do interesse próprio individual, entram a solidariedade e a orientação do bem comum como uma terceira fonte da integração social. Essa formação política horizontal da vontade, que depende de entendimento ou consenso obtido comunicativamente, deve ter a primazia, tanto do ponto de vista genético

como normativo. Para a prática da autodeterminação dos cidadãos pressupõe-se uma base na sociedade civil, autônoma, independente da administração pública e do comércio privado mediado pelo mercado, a qual preserva a comunicação política de ser absorvida pelo aparelho do Estado ou de ser assimilada à estrutura do mercado. Na concepção republicana, a esfera pública política e a sociedade civil, como a sua base, obtém um significado estratégico; elas devem garantir à prática de entendimento dos cidadãos sua força de integração e prática de entendimento dos cidadãos sua força de integração e autonomia. O desacoplamento da comunicação política da sociedade econômica corresponde, em nossa terminologia, a uma religação do poder administrativo ao poder comunicativo resultante da formação política da opinião e da vontade.<sup>85</sup>

Da relação entre esses princípios concorrentes, Habermas aponta quatro consequências para a avaliação do processo político: (i) diferenciação entre conceitos de cidadão; (ii) pessoa jurídica como portadora de direitos subjetivos privados; (iii) natureza do processo político; (iv) compreensão republicana da política.

Sobre a primeira consequência, ou seja, a diferença entre o conceito de cidadão na visão liberal e na republicana, Habermas indica que, no viés liberal, o status do cidadão é determinado pelos direitos negativos que ele tem em relação ao Estado e a outros cidadãos. Essa dimensão negativa dos direitos garante ao indivíduo uma barreira de proteção, tanto pelo Estado quanto contra o Estado. A ideia é que o Estado possa assegurar os direitos privados de cada indivíduo. Já o Republicanismo enxerga os cidadãos pelo prisma dos direitos positivos, tendo como enfoque os direitos políticos de participação e de comunicação. Aqui, o Estado já não se presta a servir de barreira para uma coação externa, mas para viabilizar a participação dos cidadãos, livres e iguais, na política. O cidadão republicano, assim, não se orienta apenas com base no seu próprio interesse.

Em relação à possibilidade ou não das pessoas jurídicas serem portadoras de direitos subjetivos privados, a controvérsia chega ao ponto da própria conceituação do que é o direito. Para os liberais, a ordem jurídica serve ao propósito de definir quais direitos cabem a quem. Já os republicanos percebem esses direitos subjetivos como consequência de uma ordem jurídica objetiva, garantindo a integridade da convivência autônoma numa perspectiva de iguais direitos. Em outras palavras, no Liberalismo, a

---

<sup>85</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 333.

ordem jurídica é formada a partir de direitos subjetivos, no segundo, a ordem jurídica depende da produção de seu conteúdo objetivo.

No que tange às diferenças entre liberais e republicanos, Habermas aborda as distinções entre o papel do cidadão e do direito que refletem diretamente no dissenso sobre a natureza do processo político. Para os liberais, a política busca galgar posições dentro do poder administrativo, os atores coletivos, nesse sentido, procuram constantemente manter a sua posição de poder ou adquirir novas posições. Essa luta constante tem seu êxito medido através do processo de votação. Para o Republicanismo, a formação política da opinião e da vontade não segue a sorte do mercado, mas a do diálogo. Assim, há para os republicanos uma separação clara entre o poder comunicativo e poder administrativo, que é função do Estado.

Por fim, a partir dessa compreensão política do Republicanismo, é que se pode traçar as condições processuais para legitimar a opinião e a vontade popular na busca de resultados racionais. Se fosse seguida a sorte da visão liberal, a competição pelo poder, no modelo de concorrência do mercado, seria pautada pela escolha racional das melhores estratégias. Contudo, dada a pluralidade das estratégias, as quais incorporam valores pré-políticos e interesses subjetivos, a política fatalmente perde-se do uso ético e moral da razão. O Republicanismo busca, assim, por meio da força dos discursos políticos, recuperar a confiança na razão. Nesse discurso, cada indivíduo assume não a sua perspectiva, mas a dos demais membros, possibilitando a modificação racional dos pontos de vista iniciais.

Todas essas questões levantadas mostram-se importantes para pavimentar o caminho para que a jurisdição constitucional possa ser exercida sob condições de uma política deliberativa, fundante da sua própria legitimidade. Da compreensão republicana da política, acima destacada, é possível reviver o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Esse é o ponto de interesse de Habermas.

Os pressupostos comunicativos necessários para o exercício da política deliberativa almejada devem ir além da formação da vontade institucionalizada pelas corporações parlamentares, atingindo também a esfera pública política, em sua dimensão cultural e em sua base social, pois

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. Impulsos relevantes, temas e contribuições, problemas e propostas, originam-se mais nas margens do que da média estabelecida do leque de opiniões.<sup>86</sup>

Diante das influências marginalizadas, surge o problema da influência de grupos privados que tentam sobrepor os seus interesses particulares sobre os interesses gerais. Justamente por essa falha na correta separação entre o Estado e a sociedade, é que o Republicanismo vai enxergar o tribunal constitucional como uma forma de proteger a democracia deliberativa. A política deliberativa, ao ser empossada dessa função, gera desdobramentos que merecem análise.

Nesse sentido, o tribunal constitucional, como meio de preservar a política deliberativa, pode levar em conta, para atingir a racionalidade de suas decisões, os argumentos publicamente representáveis ou interesses privados, mesmo que eles não tenham passado pelo debate legislativo, para tomar suas decisões. Isso, em última instância, atinge e pode modificar o processo legislativo. O resultado do processo assume, dessa maneira, um papel secundário, já que o mais importante se torna a deliberação que irá formar o processo legislativo. Do ponto de vista dos cidadãos, o mais relevante é saber se os fins legítimos são uma consequência secundária ou se tais fins são determinantes para o processo legislativo.

A teoria do discurso busca justamente isso, ao afirmar que a formação democrática da vontade não é legitimada por convicções éticas consuetudinárias, mas por pressupostos comunicativos e procedimentos que permitem o surgimento dos melhores argumentos. O mesmo ocorre em relação ao tribunal constitucional, que também deve se pautar no agir comunicativo.

Como visto, a jurisprudência constitucional mostra-se essencial para manutenção e coerência do ordenamento jurídico. Dessa maneira, não restam dúvidas quanto à importância do seu papel. Mesmo assim, ainda se faz essencial estabelecer limites para sua atividade.

A primeira premissa que se deve levar em conta, para uma análise do tema, é que ela não deve ocorrer *in abstracto*. A constituição, quando se presta ao papel de criar um nexos interno entre autonomia privada e pública, uma jurisprudência constitucional ofensiva na análise de casos que envolvam um procedimento democrático e da deliberação da formação política da opinião e da vontade, mostra-

---

<sup>86</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 340.

se, inclusive, necessária. Sobre esse aspecto, Habermas<sup>87</sup> explica que, no entanto, o tribunal constitucional deve assumir, quando muito, o papel de um tutor, jamais de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade, sob pena de sobrecarregar o tribunal constitucional.

Para os comunitaristas, há uma relação direta entre o conceito discursivo da democracia e a incorporação deste com uma comunidade concreta e integrada eticamente. Essa ligação mostra-se necessária para explicar como os cidadãos podem orientar-se pelo bem comum em geral. Para que o indivíduo desenvolva uma noção de coletividade, ele precisa exercitar a prática em comum com outros. O exercício do diálogo coletivo não apenas contribui para o senso de comunidade, mas também se mostra útil para que o indivíduo saiba quem ele é ou gostaria de ser. Ademais, essa consciência comunitária é capaz de fazer com que o indivíduo supere o egocentrismo e o autointeresse, fazendo-o sensível à exclusão e opressão de qualquer membro do grupo, pois isso alienaria o grupo como um todo. Não por acaso, na visão comunitarista, apenas os discursos políticos que buscam o autoentendimento coletivo podem ser tidos como genuínos.

A visão comunitarista abre caminho para a necessidade de referência das bases éticas da comunidade histórica a qual o indivíduo está inserido. A tensão existente entre facticidade e validade, cuja solução competia ao *médium* do direito, passa a ficar em segundo plano, dando lugar à dicotomia entre o ideal de uma república ética e a realidade constitucional. A problemática leva à necessidade de uma fundamentação ético-política para conectar a política originária e a “decaída”. Sempre que a formação política da vontade se apresentar como um discurso ético, o discurso político precisa focar suas buscas naquilo que é o melhor para os cidadãos.

Contudo, o elo entre a formação política da opinião e da vontade e o autoentendimento ético-político não se mostra saudável ao processo legislativo o qual ele demanda. Ainda que as leis possam incorporar conteúdos teleológicos, elas não se resumem apenas à consecução de objetivos coletivos. A grande questão para o Direito é responder aos cidadãos o questionamento acerca de em qual comunidade eles querem viver. Mas a resposta vem de indagações morais ligadas a perguntas pragmáticas. Da mesma forma, a legitimidade do Direito precisa estar em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, aspectos que ultrapassam a própria

---

<sup>87</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 347.

comunidade jurídica. Mesmo assim, a formação de uma comunidade jurídica decorre ainda mais de compromissos sob condições do pluralismo social e cultural, o que não se confunde com a identidade da comunidade em geral. Por sua vez, interesses conflitantes, carentes de um consenso mútuo, necessitam de uma compensação que não pode ser extraída dos discursos éticos. Dessa forma,

O modo deliberativo da prática de legislação não deve cuidar apenas da validade ética das leis. Ao invés disso, a complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores.<sup>88</sup>

Diferentemente dos discursos ético-políticos, o conceito de política deliberativa consegue estabelecer um nexos com a realidade empírica, uma vez que leva em conta, para a sua formação, a multiplicidade dos argumentos e a institucionalização do direito através de processos.

A legitimidade da teoria procedimental vem justamente da racionalidade do processo democrático que institui a legislação. São as diferentes ordens de discurso que, ao interagirem, formam as normas jurídicas. A validade jurídica, assim, não fica condicionada à validade moral. Por isso, o procedimento argumentativo pode ser retomado com o surgimento de novos fatos ou novos argumentos ainda não debatidos, permitindo assim compensar, em parte, a falibilidade do Direito.

## **VI. A PROPOSTA DE HABERMAS EM COMPLEMENTO À PROPOSTA DE PETER HÄBERLE**

Até aqui foi possível perceber que, para a teoria habermasiana, não existe Direito sem democracia e nem democracia sem Direito. Em outras palavras, a ideia de cooriginalidade entre ambos é tão arraigada que um não existe sem o outro. Para corrigir as insatisfações da sociedade com os governos, as desigualdades sociais e a falta de participação popular nas decisões mais importantes, Habermas busca no aprofundamento da democracia pela democracia a resposta para esses e outros problemas.

---

<sup>88</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 351.

Ao Direito, caberia a função de regular a conduta das pessoas através da legalidade, a qual depende da participação de todos a fim de elaborar o conteúdo normativo para extrair a sua validade. Assim, o Direito, diferentemente de uma visão positivista, precisa constantemente de uma justificação moral racional para poder permanecer como instrumento legítimo de poder. A justificação racional ocorre, principalmente, por meio do discurso argumentativo - que busca um comum acordo, o consenso.

Para evidenciar o imbricamento existente entre Direito e democracia, englobando a cooriginalidade, entre outros conceitos, Habermas busca, em sua investigação, demonstrar a relação entre os direitos fundamentais (também chamados de direitos humanos ou liberdades subjetivas) e a autonomia pública dos cidadãos (soberania popular). Apesar de a autonomia pública, para Habermas, ter surgido após os direitos fundamentais de autonomia privada, ela é essencial para a existência e efetivação da autonomia privada. Para tanto, é útil abordar a cooriginalidade entre os conceitos. Assim, na lição de Maria Eugênia Bunchaft:

O cerne da compreensão habermasiana constitui a concepção de cooriginalidade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar as condições sob as quais os indivíduos poderiam fazer uso da sua autonomia pública; mas sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não alcançariam uma real compreensão acerca de suas necessidades.<sup>89</sup>

De acordo com esse pensamento, tanto os direitos humanos quanto a soberania popular se mostram como as principais ideias pelas quais o Direito pode ser justificado. Assim, os direitos humanos seriam os responsáveis por dar a autonomia e a liberdade necessárias para que os cidadãos conquistem a soberania popular e ela se reflita diretamente no exercício da democracia.

Contudo, a proximidade entre autonomia privada e autonomia pública gera uma tensão, operacionalizada pelo Direito, entre facticidade e validade, onde, de um lado, há a coerção de um direito legalmente constituído e, de outro, a legitimidade por um entendimento racionalmente motivado. A tensão é minimizada quando, dentro de um processo legislativo democrático, busca-se a legitimidade do direito. Incide nesse ponto a importância da Teoria discursiva do agir comunicativo, por ser ela o meio pelo

---

<sup>89</sup> BUNCHAFT, Maria Eugênia. A Filosofia Política do Reconhecimento, in SARMENTO, Daniel: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 380/381.



qual procurar-se-á o consenso sobre o conteúdo normativo, dando à legislação a legitimidade necessária para o Estado Democrático de Direito. Sai-se então do paradigma do Direito liberal e do bem-estar social para o paradigma procedimental do Direito.

Habermas aponta como um dos principais fatores para as crises das democracias constitucionais contemporâneas o fato do povo não ser realmente soberano, além de as leis não serem germinadas dentro de um espaço de livre argumentação. A solução, no entanto, não passa pelo alargamento da jurisdição constitucional.

Como viu-se nos tópicos anteriores, Habermas não é favorável à jurisprudência de valores, em que haveria uma redução dos princípios constitucionais a valores, levando a uma argumentação jurídica inconsistente, não racional. Ao se tratar a carta magna como um conjunto de valores a ser concretizado, em vez de um sistema propriamente normativo, ocorre o alargamento do escopo do Poder Judiciário. Isso acontece não diretamente pela escala de valores, mas pela ausência de legitimidade na formação desse processo. Em outras palavras, em uma sociedade plúrima como a contemporânea, não é possível estabelecer valores universais, é necessário que haja a legitimação desses valores através da argumentação. Como o judiciário possui um déficit de legitimidade para a criação de leis, quando ele atua de forma positiva, cobrindo mazelas deixadas pelo Poder Executivo e Legislativo, haveria uma ingerência deste Poder sobre os demais. Como solução, é preciso que haja um alargamento do processo participativo nas decisões judiciais. Nessa senda, a argumentação com a participação de todos fortalece a legitimidade da democracia. É justamente nesse íterim que há uma proximidade entre as teorias de Habermas e de Peter Häberle.

Para além da proximidade teórica entre as teorias, a proposta de Häberle também se mostra como uma resposta ao problema apontado na teoria de Dworkin quanto ao caráter monológico do juiz Hércules:

Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as

exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.<sup>90</sup>

Häberle, em sua obra *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, tece críticas contundentes à maioria dos teóricos do Direito, por apresentarem uma “sociedade fechada” de intérpretes. Em resumo, a interpretação constitucional não pode ficar restrita apenas ao Tribunal Constitucional e aos demais órgãos do judiciário, devendo ser expandida a todos os membros da sociedade:

Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados. Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema "Constituição e realidade constitucional" - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da "realidade constitucional".<sup>91</sup>

Fugindo da visão de Kelsen, Häberle vê a constituição como um processo público que não deve ter sua interpretação restrita aos órgãos do Poder Judiciário e nem do Tribunal Constitucional, que para o autor seria o grande guardião da constituição. Para Kelsen, centralizar a interpretação constitucional na jurisdição seria o caminho para fortalecer a democracia, deixando ao Judiciário o papel de atuar na defesa e proteção das minorias.

Já Häberle pensa diferente. Para o citado autor:

---

<sup>90</sup> HABERMAS, ob. citada, p. 277 e 278.

<sup>91</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 12.

(...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...) cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*).<sup>92</sup>

O pensador não descarta a importância da jurisdição constitucional, pois ainda seria sua incumbência dar a última palavra sobre a interpretação. A ampliação dos intérpretes da constituição levaria a uma democratização da interpretação constitucional, incluindo a participação do cidadão e das potências públicas mencionadas. A interpretação torna-se algo construído no dia a dia da sociedade, incorporando os mais diversos aspectos, típicos de sociedades plúrimas como as contemporâneas. Häberle ainda reserva um papel fundamental na interpretação constitucional à ciência em relação aos direitos fundamentais, exercendo o técnico ou *expert* no assunto um papel cointerpretativo. Desse modo, não apenas o processo de formação da interpretação mas o seu desenvolvimento posterior acaba por ser pluralista.

Para o autor, o papel da interpretação constitucional não é excluído, mas relativizado diante da pluralidade social. Häberle aponta três razões para essa relativização: (i) o juiz constitucional já não atua de forma isolada na interpretação constitucional; (ii) o juiz constitucional, quando se depara com a interpretação constitucional, precisa adequar esta interpretação com a sua atualização pública, uma vez que antes da questão ser judicializada já existem forças sociais pluralistas públicas que são intérpretes constitucionais em potencial; (iii) nem sempre a interpretação constitucional decorre de um processo formal de interpretação, pois nem todas as questões são levadas ao judiciário, seja pela falta de competência específica da própria corte, seja pela falta de iniciativa das partes. A constituição material existe ainda que não ocorra a interpretação constitucional por parte do juiz.

Para que a interpretação constitucional por todos ocorra, é preciso partir do pressuposto de que há um consenso por parte dos intérpretes sobre os conteúdos jurídicos básicos, de modo a manter um mínimo de coerência e ao mesmo tempo não dissolver a normatividade constitucional:

---

<sup>92</sup> HÄBERLE, ob. Citada, p. 13 e 14.

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos "intérpretes da Constituição da sociedade aberta". Eles são os participantes fundamentais no processo de "trial and error", de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.<sup>93</sup>

Mesmo ao ampliar a esfera de participação dos intérpretes da constituição, levando em consideração a opinião de todos os agentes, Häberle ainda reconhece na jurisdição constitucional o papel de mediar essa interpretação, de modo a controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da constituição, inclusive, abrangendo os interesses daqueles que não participaram do processo, ocorrendo uma defesa do interesse das minorias.

Dessa forma, o que se percebe é uma afinidade teórica muito grande entre as duas teorias. Em Habermas, há uma proposta para um amplo debate democrático com a participação de todos os cidadãos, em complemento, Häberle propõe, tendo como germe a mesma semente democrática, a ampliação do rol dos intérpretes da constituição, garantindo uma ampla participação popular na formação da jurisdição constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desenvolvimento da temática proposta, três grupos de pensamento precisaram ser percorridos. O primeiro deles abarcou o surgimento e a evolução do

---

<sup>93</sup> HÄBERLE, ob. citada, p. 42.

Estado moderno, principalmente, em sua relação com o soberano, bem como na garantia dos direitos dos cidadãos, sob o prisma do Constitucionalismo. A segunda macroanálise abrangeu o pensamento de Habermas e a sua teoria do Direito. Por fim, buscou-se aprofundar a visão de Habermas a respeito da jurisdição constitucional.

No que tange à primeira parte, conseguiu-se contemplar aspectos relevantes de como a sociedade se organizou frente aos governos absolutistas anteriores à Revolução Francesa. Mas não apenas isso, também foi possível analisar alguns desenhos institucionais que buscaram uma maior eficiência do Estado.

A abordagem considerando a Revolução Francesa como marco vem da necessidade de um corte temporal, sem perder de vista que a influência de outras correntes de pensamento permearam a formação dos Estados contemporâneos, ainda que não tenham sido o enfoque do presente estudo. Ao longo da pesquisa, foi possível perceber que, se antes o monarca atuava livremente com base em interesses próprios, passou-se a exigir que o Estado tivesse um papel atuante na defesa dos interesses individuais e coletivos da sociedade. Ademais, se antes a positivação das normas servia como garantia dos cidadãos frente ao Estado, com o tempo, já não mais se podia aguardar da positivação o mecanismo necessário para a defesa dos interesses individuais e sociais.

Dessa maneira, constatou-se que o Constitucionalismo mostra-se como uma forma de divisão do poder e organização do Estado, criando um sistema de governo pautado em leis e não mais em pessoas, exigindo a aplicação racional do Direito. Cabe ressaltar que somente com o desenvolvimento do Constitucionalismo é que a constituição deixa, numa perspectiva estritamente liberal, de ser apenas a ordem jurídica fundamental do Estado liberal, assumindo um caráter de norma jurídica formal, protetora dos direitos humanos.

Os tópicos abordados cobriram uma vasta gama de pensamentos sobre o tema. Assim, foi possível entender os motivos históricos que conduziram ao atual estágio social em que vivemos. Por exemplo, no segundo grande grupo de teorias e ideias apresentado, mais especificamente no segundo e terceiro capítulos, foi explanado acerca da Teoria do agir comunicativo e sobre alguns conceitos destacados da Teoria do Direito de Habermas.

Salienta-se que foram analisados alguns aspectos fundamentais do pensamento de Habermas, essenciais para um melhor entendimento do autor. Com a análise realizada, foi possível aprofundar questões importantes, que apesar de

parecerem inicialmente distantes do tema fulcral, apresentaram relevância para a tese como um todo.

Considerando os pontos-chave da teoria habermasiana, para além do agir comunicativo, situou-se o papel da moral no pensamento do autor, que enxerga o sistema do Direito positivo e da moral racional tendo como fonte a mesma matriz. É preciso recapitular que, para Habermas, o princípio dos direitos estaria entre os princípios da democracia e os princípios da moralidade. Na crítica de Habermas, esses dois últimos se entrelaçam na construção da teoria jurídica kantiana. Os princípios morais e os democráticos estariam interrelacionados, e os princípios jurídicos não seriam mais um intermediário entre eles, mas o outro lado da moeda, onde os princípios morais e os democráticos são consistentes.

É relevante ainda reforçar que Habermas também une, dentro de um pluralismo de procedimentos, as teorias do Direito, da sociologia do Direito e da história do Direito. Ao aplicar a ética do discurso - extraída da sua Teoria do agir comunicativo - ao Direito, foi possível constatar que o sistema jurídico necessita dos pressupostos normativos da moral para fundamentar as decisões judiciais e o processo legislativo.

Evidenciou-se também o rompimento de Habermas com Adorno e Korkheimer, ao demonstrar que as instituições políticas e do Direito criadas pela burguesia ainda eram capazes de resolver problemas éticos e práticos. A grande questão para Habermas, ao distanciar-se dos primeiros frankfurtianos, é conciliar a teoria social crítica e seu ideal emancipatório apoiado na razão, sem esbarrar no pessimismo de seus antecessores. Por sua vez, Habermas aponta a coexistência entre ações orientadas para fins e ações voltadas para o entendimento. A Teoria do agir comunicativo foi enfatizada, no estudo, tendo em vista o seu importante papel em toda a teoria de Habermas.

Dessa forma, juntando-se o retrospecto histórico necessário para a formação dos sistemas de Direito contemporâneos e os elementos-chave do pensamento de Habermas, foi possível atingir o objetivo proposto e, finalmente, adentrar na última parte da tese, quando foi analisada a jurisdição constitucional na visão do filósofo.

Habermas percebe a relação entre Direito e política como fontes cooriginárias. Nesse sentido, o Direito apresenta-se como um *médium* para a estabilização de expectativas. A relação intrínseca entre Direito e política acontece porque os direitos subjetivos dependem dos organismos de tomada de

decisões, atribuindo a eles força obrigatória para aquela comunidade, e vice-versa, de modo que devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Uma vez estabelecida essa relação, os direitos positivados precisam ser imbuídos de um fator de coercitividade que emana do poder de sanção conferido ao Estado, surgindo assim o poder administrativo.

Não por acaso, a constituição, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, passou a ter primazia em relação às demais leis. A primazia da constituição não deve, entretanto, ter relação apenas com o princípio da colisão formal, no sentido de tornar nula determinada norma. Ela precisa se voltar com ainda mais força para o seu papel de vinculatoriedade, normatividade e executoriedade da constituição, perante a legislação ordinária. A força normativa da constituição é dependente da interpretação constitucional.

Com o avanço do desenvolvimento do tema, superou-se o prisma da teoria de Konrad Hesse e da aplicação da Teoria do agir comunicativo, na teoria do Direito de Habermas, uma vez que as questões levantadas não apresentaram por si só uma solução direta para o problema da tensão existente entre facticidade e validade. Como meio de suplantar essa tensão, Habermas explicita quatro soluções para o problema da racionalidade da jurisdição. Após, elege a proposta de Ronald Dworkin do Direito como integridade, ou como solução viável para a tensão existente.

Viu-se que Dworkin busca fundamentar uma teoria do Direito de modo a identificar princípios e determinações de objetivos válidos aptos a justificar uma ordem jurídica concreta, tornando cada decisão tomada em casos singulares, coerentes entre si e com o todo. Dessa forma, alinhando os princípios jurídicos com as determinações de objetivos políticos do legislador, pode-se reconstruir a massa do Direito vigente de maneira que tenha uma validade normativa justificada. Para dar coerência à sua teoria, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, que teria a capacidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e de corrigir de forma crítica a massa do Direito positivo.

Ao final, foi abordada a questão da jurisdição constitucional na visão habermasiana, que visa responder à problemática sob três enfoques diferentes: (i) a disputa de paradigmas; (ii) a abordagem metodológica, com base na teoria de Dworkin; e (iii) o discurso político à luz de uma teoria do discurso.

Como último tema tratado, foi demonstrada a proposta de Peter Häberle a respeito de uma sociedade de intérpretes da constituição como complemento à

solução dada por Habermas em relação à jurisdição constitucional. Sua proposta almeja garantir uma ampla participação popular no processo de interpretação constitucional, salvaguardando e reforçando o papel da democracia em sociedades plúrimas como as contemporâneas.

Em suma, entende-se que, no âmbito do projeto inicialmente desenhado, foi possível apresentar problemas e soluções para as questões surgidas no decorrer da discussão. Sobretudo, em relação à jurisdição constitucional, alcançou-se o intuito de demonstrar os limites que devem ser impostos aos tribunais constitucionais e o importante papel desempenhado pela jurisdição constitucional como forma, inclusive, de manter a coerência do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- AZEVEDO, Paulo Roberto. **A democracia comunicativa: uma exposição da ideia de democracia em Jürgen Habermas a partir da análise dos volumes da obra “Direito Democracia, entre facticidade e a validade”**. Tempo da Ciência, Toledo, n. 27, v. 14, 1º semestre de 2007.
- BETTINE, Marco. **A Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas: bases conceituais**, São Paulo: Edições EACH, 2021.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo. Ed. Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso. **Hermeneutica e Interpretação constitucional**. São Paulo. Ed. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999.
- BARBIERI, Aylton Durão. **A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas**. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/17309/15876>



\_\_\_\_\_. **Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito.** Disponível em: [www.scielo.br/j/trans/a/xWbY9dstVR5sJkzgzBnz8DGy/?lang=pt](http://www.scielo.br/j/trans/a/xWbY9dstVR5sJkzgzBnz8DGy/?lang=pt)

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos.** 12ª ed. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo : Malheiros, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época.** Revista de Processo. São Paulo: RT, 1991.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **A Filosofia Política do Reconhecimento,** in SARMENTO, Daniel: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição.** 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis.** Trad. Manoel Domingues de Andrade, 4º ed., Armênio Amado Editor sucessor, Coimbra, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional,** 34. Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

FELDHAUS, C. **A tensão entre autonomia política e segurança política no pensamento de Kant.**

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais;** (Tradução de Leila Mendes). São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Ética.** (A. M. Neto, trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FINLAYSON, James Gordon. **The Habermas-Rawls Debate,** New York, NY, Columbia University Press, 2019.

GODECHOT, Jacques; FAUPIN, Hervé (Org.). *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Flammarion, 2018.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Direito e moral**. Lisboa: Piaget, 1992.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII**. Tradução Luiz Repa. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2014

\_\_\_\_\_. **Racionalidade e comunicação**. Lisboa: Edições 70, 1996.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

HAMILTON, Alexander, John Jay e James Madison. **O Federalista**, apud

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 19ª edição, Editora Saraiva, São Paulo/SP, 1995.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HECK, J. N. Estado, propriedade e trabalho em I. Kant.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod\\_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf)

\_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBS, T. Os Elementos da Lei Natural e Política, Trad. Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoría y Práctica. Estudio Preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo**. Tradução de M. Francisco Pérez López, Juan Miguel Palacios e Roberto Rodríguez Aramayo. Madri: Tecnos. 2006.

KETTNER, Matthias. **The Disappearance of Discourse Ethic's in Habermas's Between Facts and Norms**. In: SCHOMBERG, Rene von; BAYNES, Kenneth. (Ed.). **Discourse and democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms**. Albany: State University of New York, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. 1ª ed. - São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos da etica juridica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 2001.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora 1990.

PESSANHA, José Américo Motta e LAMOUNIER, Bolivar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. In: **Montesquieu: Do Espírito das Leis**. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1979.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RIPSTEIN, Arthur. **Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [lotuspicanalise.com.br/biblioteca/Ingo\\_W.\\_Sarlet\\_Dignidade\\_da\\_Pessoa\\_Humana\\_e\\_Direitos\\_Fundamentais.pdf](http://lotuspicanalise.com.br/biblioteca/Ingo_W._Sarlet_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Direitos_Fundamentais.pdf)

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIVÉS, Emmanuel Joseph, **A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?**,org. e introd. Aurélio Wander Bastos, trad. Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986.

STRAUSS, Leo. **An introduction to political philosophy**: Ten Essays by Leo Strauss. Detroit: Waine State University Press. Org. Hialil Gildin, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito natural e história**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Belo Horizonte, Itatiaia; São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

WAHL, Rainer. **A primazia da constituição**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60193/58510/0>

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**, Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: Ed. UnB, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.