



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO**

SHÁTYLLA PABLINY CAVALCANTE REGIS MOREIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS
PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO: EXAME DA PEC N°
03/2011**

BRASÍLIA

NOVEMBRO 2012

Shátylla Pabliny Cavalcante Regis Moreira

**Jurisdição Constitucional e o (des)equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário:
exame da PEC n° 03/2011**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito à obtenção do título de
Bacharela em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden
Benvindo**

**Brasília
Novembro 2012**

Shátylla Pabliny Cavalcante Regis Moreira

Jurisdição Constitucional e o (des)equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Judiciário: exame da PEC nº 03/2011

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharela em Direito, aprovada com conceito [].

Brasília, (DF), 12 de novembro de 2012.

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Professor Orientador

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
Membro da Banca Examinadora

Prof. Me. Fernando José Gonçalves Acunha
Membro da Banca Examinadora

*Para Mainha, com todo o meu amor.
E para Painho, com todo meu amor e minha saudade.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me ajudar a atravessar todas as dificuldades e a acreditar que o impossível podia virar realidade.

Agradeço ao apoio de toda a minha família, mas especialmente à minha Mãe, que mudou de cidade e de vida para que eu pudesse correr atrás do tão distante sonho de cursar Direito na Universidade de Brasília. Agradeço ao apoio da minha Irmã, que é minha cúmplice de uma vida inteira. Agradeço ao meu Padrasto por também ter se empolgado com a nossa mudança de cidade. Ao meu Pai eu agradeço o simples fato de ter sido o MEU Pai e, com certeza, ele estaria muito feliz e orgulhoso de suas filhas.

Agradeço ao apoio de todos os meus amigos, que sempre me fortaleceram com sua amizade. Muito me ajudaram com palavras de incentivo, com empréstimos de livros, com caronas, com uma simples conversa, com a simples presença. Não esqueço os incontáveis momentos em que eu ligava desesperada com alguma coisa e prontamente vinham me socorrer. Meus amigos foram fundamentais para que eu pudesse continuar e não pensasse em desistir.

Agradeço ao Professor Juliano Zaiden Benvindo pela disponibilidade em ser meu orientador e pela compreensão. Agradeço também aos componentes da banca pela gentileza em aceitarem meu convite.

Agradeço a todos os professores que passaram pela minha vida e que, de alguma forma, contribuíram lançando alguma ideia, relatando um bom exemplo. Agradeço aos idealizadores da Universidade de Brasília e a todas as pessoas que de alguma forma contribuem ou contribuíram para que esta Universidade pudesse ter sido minha também.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no que diz respeito ao risco da sobreposição de discursos de fundamentação e de aplicação das normas, principalmente quanto à atividade do Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade. Dessa forma, é imprescindível investigar qual a legitimidade do Judiciário para exercer tal competência, bem como esclarecer de onde o direito extrai, em última instância, a sua legitimidade. De acordo com a teoria discursiva do direito, não há direito legítimo que não seja democrático, de modo que o Poder Judiciário extrai a sua legitimidade da compreensão democrática do processo legislativo. Nesse sentido, o Judiciário assume o papel de garantidor dos direitos fundamentais, observando as condições da gênese democrática das leis, de modo a preservar as estruturas comunicativas do processo legislativo democrático, garantindo a autonomia pública e privada dos sujeitos de direito. O trabalho também se dedica a analisar as situações de conflito entre os poderes no que toca à preservação da competência de cada um. Questões que se materializam, por exemplo, na PEC nº 03/2011, por meio da qual o Legislativo apresenta proposta de alterar o inciso V do Art. 49 da Constituição Federal, com o fim de conceder ao Congresso Nacional a prerrogativa de sustar atos normativos do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; separação dos poderes; Estado Democrático de Direito; teoria discursiva; PEC nº 03/2011.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A FORMULAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA DOCTRINA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES	
1.1 Contextualização histórica	12
1.2 A contribuição de LOCKE	16
1.3 A contribuição de MONTESQUIEU	18
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
2.1 O Estado Democrático de Direito como acumulação histórica	22
2.1.1 O Paradigma do Estado Liberal	22
2.1.2 O Paradigma do Estado de Bem-Estar Social	24
2.1.3 O Paradigma do Estado Democrático de Direito	25
2.2 O Estado Democrático de Direito sob a ótica da teoria discursiva	27
3 AS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO	
3.1 A relação interna entre política e direito para a teoria discursiva	38
3.2 A Divisão dos Poderes de acordo com a teoria habermasiana	41
3.3 O controle judicial de constitucionalidade das normas	45
4 A PEC N° 03/2011: ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS	
4.1 A Proposta de Emenda à Constituição n° 03/2011	53
4.2 O inciso V do Art. 49 da Constituição Federal de 1988	54
4.2.1 O Poder Regulamentar	56
4.2.2 A Delegação Legislativa	57
4.3 Os Atos Normativos do Poder Judiciário	59

CONCLUSÃO

62

REFERÊNCIAS

65

INTRODUÇÃO

O debate sobre a separação dos poderes e as relações que se estabelecem entre eles não é novidade. Contudo, apesar de antiga, a doutrina sobre a separação dos poderes se reinventa à medida que a sociedade vai aumentando seu grau de complexidade. Há um rearranjo entre as relações que um poder desempenha em relação ao outro, de tal maneira que se questiona se o dogma da separação ainda prevalece ou até mesmo se algum dia ele realmente existiu, tendo em vista o considerável nível de interpenetração entre as funções de um poder em relação ao outro. A teoria da separação dos poderes tornou-se questionável porque foi uma solução para problemas de seu tempo, de modo que tal qual foi formulada não poderia, obviamente, corresponder às expectativas da sociedade atual, que é pluralizada e socialmente diferenciada. Nesse sentido, ela se insere em um contexto mais amplo, formado com o advento do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito é uma acumulação histórica de lutas por direitos, as quais culminaram em um dos princípios que mais caracterizam esse paradigma de Estado, que é o respeito e garantia de direitos e liberdades fundamentais. O termo *garantia* volta-se para a concretude, ou seja, não basta ter direitos em nível meramente formal: direitos precisam ser sentidos e vivenciados. Eis a diferença do Estado Democrático de Direito para os outros modelos que o antecederam: direitos que tradicionalmente eram concedidos de maneira apenas formal ou parcial aos indivíduos desprivilegiados socialmente passam a ser reivindicados por todos em sua integralidade. Entretanto, não é tarefa fácil manter tais conquistas, haja vista que o caminho percorrido até culminar no que hoje denominamos Estado Democrático de Direito é marcado por avanços e retrocessos, de modo que muitos institutos foram desenvolvidos e positivados tendo em vista assegurar que os direitos dos cidadãos não fossem tolhidos por nenhum tipo de poder. Dentre esses institutos destacam-se a doutrina da separação dos poderes, o princípio da dignidade da pessoa humana, o do pluralismo político, o da isonomia e o da legalidade¹.

É justamente a introdução dos direitos fundamentais no sistema dos direitos que muda a compreensão metodológica quanto ao papel da separação dos poderes dentro do Estado Democrático de Direito. Todavia, para os que ainda estão atrelados a uma compreensão que se coaduna com o paradigma liberal, a teoria da separação dos poderes

¹ Para Inocêncio Mártires Coelho “o princípio do Estado Democrático de Direito aparece como um superconceito, do qual se extraem – por derivação, inferência ou implicação – diversos princípios, como o da *separação de poderes*, o do *pluralismo político*, o da *isonomia*, o da *legalidade* e, até mesmo, o *princípio da dignidade da pessoa humana*[...]”. (MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p. 171, grifo do autor)

seria atropelada em nome da garantia dos direitos fundamentais, em vez de andarem juntos, seriam concorrentes. O fato é que a luta pelo reconhecimento de direitos ditos fundamentais se materializou pela via judicial, adquirindo destaque no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato das normas, de competência do Poder Judiciário, que passou a ser acusado de se apropriar de competências legisladoras por declarar a inconstitucionalidade de normas que foram legitimamente elaboradas pelo legislador político em um processo democrático. Devido a tantas dificuldades cabe investigar até que ponto o procedimento democrático confere legitimidade à norma. Cabe investigar qual o fundamento que desautorizaria o Poder Judiciário a exercer o controle de constitucionalidade e em que sentido isso entraria em confronto com a “legitimidade democrática”. É nesse ponto que a teoria discursiva de JÜRGEN HABERMAS ajudará a clarificar essas relações.

HABERMAS faz uma distinção entre as formas de discurso pertinentes a cada poder, de modo que ao Judiciário caberia o discurso de aplicação das normas, enquanto que ao Legislativo caberia o discurso de fundamentação. Na esteira do que já foi dito, o Judiciário é acusado de se apropriar do discurso de fundamentação, o que caracterizaria uma ofensa ao princípio democrático por fazer uso de uma competência que a soberania popular atribuiu ao legislador democrático na qualidade de representantes do povo. Diante desse cenário há uma disputa entre os Poderes no sentido de que nenhum quer sofrer restrições em sua competência, ao passo que todos querem ampliar seu espaço de atuação. É nessa linha que a Proposta de Emenda à Constituição de nº 03 de 2011 – PEC nº 03/2011 se insere. Trata-se de uma perfeita ilustração da disputa política entre os Poderes, especificamente entre os Poderes Legislativo e Judiciário. A referida PEC pretende mudar o inciso V do Art. 49 da Constituição Federal de modo a atribuir ao Congresso Nacional a prerrogativa de sustar atos normativos do Poder Judiciário que extrapolem a competência legislativa delegada e o poder regulamentar. Quanto ao Executivo o Legislativo já possui essa prerrogativa. Trata-se de uma PEC cujo objetivo é mais político do que jurídico, no sentido de resguardar ou restabelecer o equilíbrio entre os Poderes.

Tendo em vista o objeto da PEC, é a cláusula pétrea da separação dos poderes que está em jogo. Por conta disso, o primeiro capítulo desta monografia se dedicará a fazer uma explanação histórica e filosófica acerca dessa teoria, que surgiu em um contexto de luta pela liberdade e desde então é considerada como requisito para um Estado democrático, sem, necessariamente, conseguir garantir o respeito às liberdades democráticas. Será feito um estudo a respeito das ideias de LOCKE e MONTESQUIEU, que foram figuras fundamentais

para a elaboração da doutrina da separação dos poderes. Como a doutrina da separação dos poderes, ainda hoje, é reconhecida como fundamental para a estrutura de um Estado Democrático de Direito, sendo inclusive reconhecida constitucionalmente no sistema jurídico brasileiro, nada mais coerente que dissertar a respeito desse paradigma do Estado de direito.

Pois bem, o segundo capítulo se dedicará a um estudo do Estado Democrático de Direito. Primeiramente será feito um estudo histórico, passando pelos paradigmas do Estado Liberal e de Bem-Estar Social até chegar ao resultado dessa acumulação histórica, que seja o próprio Estado democrático de direito. A segunda parte do estudo acerca do Estado Democrático de Direito será feita a partir da análise da teoria do discurso habermasiana. Para tanto será necessário uma longa introdução conceitual sobre sua teoria, sem a qual a discussão se tornaria prejudicada.

No terceiro capítulo, ainda sob a diretriz da teoria discursiva, há uma discussão direcionada mais especificamente para as relações entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Nesse ponto será feita uma análise sobre as relações entre direito e política a partir da teoria do discurso. Será feita uma análise sobre a separação dos poderes, também sob o foco da teoria habermasiana. As discussões deste capítulo culminam na questão do controle de constitucionalidade. Nesse momento, muitas das dificuldades apontadas no início desta Introdução serão esclarecidas.

Por fim, o quarto capítulo se dedica a fazer uma análise da PEC nº 03/2011, levando em consideração tanto os seus aspectos jurídicos quanto os políticos. Neste ponto nota-se que a análise doutrinária dos aspectos jurídicos do inciso V do art. 49 da CF/88 corroboram o seu caráter de instrumento de disputa política. A PEC nº 03/2011 é uma excelente ilustração acerca das relações entre justiça e legislação.

1 A FORMULAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA DOCTRINA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para atender aos fins a que esta pesquisa se propõe será necessário examinar mais detidamente a doutrina da Separação dos Poderes e de que forma se tornou um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, faz-se mister uma investigação sobre a formulação histórica e filosófica desse instituto, o qual antecede mesmo a concepção de Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, também é preciso fazer uma incursão histórica pelos paradigmas do Estado Moderno para a devida contextualização do objeto dessa pesquisa.

1.1 Contextualização histórica

Nesse sentido, os rumos da discussão se voltarão, inicialmente, para a formação do Estado Moderno, que foi consequência, dentre outras coisas, de uma forte aspiração à unidade, não conseguida durante a Idade Média, que foi marcada pela descentralização e instabilidade do poder. Cada proprietário de terras detinha supremacia absoluta em seus domínios, tendo o poder de estabelecer regras, administrar e dirimir controvérsias. Seu poder era ilimitado e subjugava, inclusive, todas as pessoas que habitassem em seu território, o feudo. Havia ainda a figura do rei, que tinha a necessidade de afirmar constantemente sua superioridade diante da existência de tantos outros poderes, bem como lidar com tentativas de usurpação. Todo esse cenário ainda contava com a autoridade da Igreja Católica, que buscava afirmar-se também no plano temporal. A ausência de centros sólidos de poder político e as alianças celebradas entre a Igreja com senhores e monarcas facilitaram a expansão do poderio eclesiástico. Outro fator que contribuiu para que a Igreja se tornasse cada vez mais poderosa foi a aquisição de terras por meio de acordos que estabeleceram o denominado Patrimônio de São Pedro, o que lhe garantiu o *status* de maior “senhora feudal” da Idade Média. Para atender sua pretensão à universalidade e expansão do Cristianismo, bem como adquirir apoio militar para proteger todo o seu patrimônio, a Igreja Católica celebrará uma aliança com Carlos Magno, que era rei de povos bárbaros e poderoso chefe militar. A Igreja buscará a afirmação de sua autoridade na consolidação do Império como unidade política, visando à formação de um Império cristão. Desse modo, no ano de 800, Carlos Magno foi coroado pelo Papa Leão III sob o título de Imperador Romano da

Cristandade. Posteriormente, em 962 Oton I recebeu o título de Imperador do Sacro Império Romano-Germânico². Dessa forma estava constituído o Sacro Império, que existiu do século X ao século XVII. Entretanto, essa aliança foi marcada por grande instabilidade. Sobre os fatores perturbadores, DALMO DE ABREU DALLARI afirma que:

[...] em primeiro lugar, uma infinita multiplicidade de centros de poder, como os reinos, os senhorios, as comunas, as organizações religiosas, as corporações de ofícios, todos ciosos de sua autoridade e sua independência, jamais se submetendo, de fato, à autoridade do Imperador; em segundo lugar, o próprio Imperador recusando submeter-se à autoridade da Igreja, havendo imperadores que pretenderam influir em assuntos eclesiásticos, bem como inúmeros papas que pretenderam o comando, não só dos assuntos de ordem espiritual, mas também de todos os assuntos de ordem temporal. Assim, pois, formalmente, a unidade política superior é o Império, sem que haja, na prática, uma autoridade e uma ordem correspondentes. A luta entre o Papa e o Imperador, que marcaria os últimos séculos da Idade Média, só vai terminar com o nascimento do Estado Moderno, quando se afirma a supremacia absoluta dos monarcas na ordem temporal.³

Essa “supremacia absoluta dos monarcas na ordem temporal”, a qual DALLARI se refere, foi alcançada também graças ao crescimento das cidades, que por sua vez, fomentou o desenvolvimento do comércio. Rotas comerciais foram estabelecidas com o Oriente e as atividades econômicas se intensificaram a tal ponto que um novo conjunto de regras e institutos surgiu para regular os atos praticados entre os comerciantes. Além da vigência desse direito comercial, havia também a vigência de um direito local para regular as relações sociais, que sofria influência de costumes bárbaros e de preceitos do Direito Romano. Havia o direito próprio de cada feudo e também o Direito Canônico, que apesar de tratar de questões espirituais e da organização da Igreja exercia forte influência na vida pública e particular das pessoas, de modo que todo o direito deveria ser compatível com a moral cristã.

Essa estrutura política com tamanha multiplicidade de ordens vigentes prejudicava a estabilidade social e criava entraves para a expansão das atividades econômicas. Devido ao desenvolvimento mercantil, comerciantes e banqueiros passaram a acumular capitais, o que lhes garantiu acesso ao poder econômico formando um novo grupo social, que ficou conhecido como burguesia. A forma de se produzir riqueza já havia mudado, não estava mais atrelada à posse da terra, de modo que o sistema político feudal tornou-se anacrônico, restringindo inúmeras atividades, principalmente as administrativas e legais. A configuração política feudal “era causa e consequência de uma permanente

² DALLARI, 2010a, p. 45-61.

³ DALLARI, 2010b, p. 67.

instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade⁴, que somente seria alcançada por meio da afirmação de um poder absoluto dentro de uma determinada unidade territorial, onde todos obedecessem aos mesmos preceitos.

Nesse momento com tantas forças políticas lutando pelo poder, as alianças mais do que nunca terão fundamental importância. A aliança entre o monarca e as cidades é a que prevalecerá no final das contas. O Rei, que lutava para que sua autoridade se sobrepusesse aos demais centros de poder, passou a contar com o apoio da burguesia comercial, que lhe garantiu apoio econômico para se fortalecer e, desse modo, promover uma reestruturação política baseada na centralização do poder, tão necessária para a expansão das atividades burguesas, bem como para a população de modo geral, que sofria com os prejuízos do constante estado de guerra. Sendo assim, como forma de convencimento:

[...] dirão que é conveniente para todo o povo ter um governante que o proteja de agressões e interferências externas e que mantenha a harmonia interna, impedindo violências, resguardando os direitos e solucionando com justiça as divergências. Mas, para manter sua autoridade, esse governante supremo não poderá dividir o poder nem admitir contestações a suas determinações, como também não poderá admitir que alguém imponha limitações ao seu poder. O seu poder deverá ser absoluto, por força das circunstâncias. Aí está a raiz do absolutismo, no modelo que, com algumas variáveis, se definiu durante a Idade Média e atravessou os séculos, sendo ainda hoje o modelo de poder político vigente em várias partes do mundo.⁵

Dessa forma, foi se desenvolvendo um aparato estatal baseado na centralização da justiça para acabar com a multiplicidade de ordenamentos existentes, elegendo-se o Direito Romano⁶ como base do novo sistema jurídico, na centralização da força armada, na centralização administrativa e burocrática com sistema de cobrança de impostos para subsidiar a manutenção de toda essa estrutura sob um único comando⁷. Apesar do grande esforço em busca da unidade essas características foram desenvolvidas espontaneamente, e com o passar do tempo foram se tornando cada vez mais nítidas, de

⁴ DALLARI, 2010b, p. 70.

⁵ DALLARI, 2010a, p. 67.

⁶ WIEACKER descreve a ligação entre autoridade e direito romano como típica, embora não seja necessária, haja vista que os estados absolutos não se serviram apenas do direito romano para a centralização e racionalização do poder estadual, deixando alguns espaços para serem preenchidos pelos costumes locais ou pelos antigos privilégios. Entretanto, foi a ligação do direito romano à autoridade dos príncipes que modelou a sensibilidade jurídica dos povos na maior parte dos estados autoritários europeus. Por fim, a vitória definitiva da jurisprudência erudita está indissolúvelmente ligada à vitória do principado. (2004, p. 274)

⁷ TOMAZI, 2000, p. 2.

modo que, já sinalizavam a existência de um novo tipo de Estado. Segundo DALLARI⁸, o evento que marcou a documentação desse novo tipo de Estado foram os tratados de paz de Westfália, assinados em 1648, que colocaram fim em diversas disputas religiosas definindo os limites territoriais de cada Estado com o reconhecimento de seu poder soberano dentro desses limites. Era o Estado Moderno oficialmente formado.

Nota-se, assim, que as circunstâncias histórico-sociais que levaram ao surgimento do absolutismo foram as mesmas que levaram à formação do Estado Moderno. Como foi dito anteriormente, a recepção do direito romano foi crucial para a centralização do poder e conseqüente formação do Estado Moderno. Segundo WIEACKER⁹, a racionalização do direito foi tanto uma expressão quanto um resultado da racionalização da sociedade no Estado Moderno, e ainda afirma que foi sua expressão mais importante, pois a sociedade se racionalizou no Estado Moderno com os próprios meios do direito técnico. Para WIEACKER:

Em todo este processo, a jurisprudência procurou precisamente garantir os valores morais que podem legitimar e justificar qualquer fenômeno de racionalização. De facto, sem ela, o Estado da época moderna não teria podido pôr em acção nem a jurisdição igual e neutral, nem as tarefas gerais visando o bem-estar público, nem a justiça social, objectivos que a consciência social de hoje encara como os mais elevados fins do Estado.¹⁰

Entretanto, ainda para WIEACKER, “os países pagaram por isto um preço elevado que fez passar o caminho para esta sociedade moderna pelo Estado autoritário ou Estado de súbditos”¹¹. Foi este mesmo processo que se por um lado garantiu bem-estar público, por outro “capitulou perante o monopólio jurídico e jurisdicional da autoridade a força viva do povo”¹². Para ele, contudo, não se deve atribuir esta responsabilidade ao direito, pois “não foi o direito científico como tal, mas o monopólio do direito pelo Estado, que enfraqueceu ou secou a fonte da consciência jurídica social”^{13,14}. De qualquer forma,

⁸ DALLARI, 2010b, p. 53.

⁹ WIEACKER, 2004, p. 277.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibidem.

¹² WIEACKER, 2004, p. 274.

¹³ No que diz respeito ao enfraquecimento desta consciência jurídica social, WIEACKER quer dizer que os ideais jurídicos continentais [no caso, a jurisdição mais abstrata e racionalizada] “promoveram a destruição da participação dos cidadãos no direito e na jurisdição; direito e jurisdição que [...] aparecem ao cidadão como algo de estranho a que se submete de boa vontade aquele que crê no Estado e à força aquele que nele descrê”. (2004, p. 275)

¹⁴ WIEACKER, 2004, p. 276.

Estado Moderno e Estado Absoluto percorreram o mesmo caminho, e, sobre o surgimento do absolutismo tendo em vista as circunstâncias da época, DALLARI afirma que “mesmo não se podendo dizer que tenha sido necessário, foi, pelo menos, inevitável”¹⁵.

1.2 A contribuição de LOCKE

Em 1651, THOMAS HOBBS, um dos principais teóricos do absolutismo, publica “O Leviatã”. Nessa obra HOBBS expõe sua visão de como e porque os homens se associam para formar uma comunidade e qual o mecanismo para mantê-la coesa. Segundo HOBBS, os homens vivem inicialmente em “estado de natureza”, expressão que, por sua vez, não se refere apenas aos estágios primitivos da História humana, mas também às situações de desordem que ocorrem quando os homens não têm suas ações reprimidas, seja pela razão, seja pela força de instituições políticas¹⁶.

A interpretação de HOBBS sobre o exercício do poder baseia-se na existência das paixões e no funcionamento da alma humana¹⁷. A paixão que domina os indivíduos é o “medo” da morte violenta, em outras palavras, o medo de sofrer agressões por outros indivíduos. Esse temor gera um estado de desconfiança generalizado, o que faz com que os indivíduos no intento de se proteger de uma possível agressão, tomem a iniciativa e agridam antes de serem agredidos. Essa situação configura o que HOBBS denomina “guerra de todos contra todos”. Então, para superar esse estado de natureza, HOBBS defende a necessidade da celebração de um contrato social, em que os indivíduos abrem mão de sua liberdade ilimitada em prol da segurança de não sofrer agressões. Trata-se de uma espécie de mútua transferência de direitos. Contudo, para HOBBS há a necessidade da existência de um poder concreto que obrigue os homens a se manterem dentro dos limites consentidos e a honrarem, por medo da coerção, seus compromissos. Este poder concreto é o Estado, cujo titular é o soberano absoluto. Há, dessa forma, a submissão da vontade de todos os indivíduos à vontade do soberano, que, com o intento de organizar a sociedade, possui a prerrogativa de editar leis positivas, que são incontestáveis. Incontestável também é o seu poder, bem como seus privilégios.

¹⁵ DALLARI, 2010a, p. 64.

¹⁶ DALLARI, 2010b, p. 13.

¹⁷ CASTRO, 2005, p. 44.

A contestação às ideias absolutistas de HOBBS seria feita mais tarde, no final do século XVII, por LOCKE, que também parte da noção de estado de natureza para explicitar sua teoria sobre o poder político. Segundo LOCKE, o estado natural é um estado de total liberdade e igualdade, em que “qualquer poder e jurisdição são recíprocos, e ninguém tem mais do que qualquer outro”¹⁸. Há, dessa forma, no estado natural uma lei de natureza, que é a razão. É devido a esta lei que nenhum indivíduo deve prejudicar aos demais. LOCKE procura justificar a igualdade entre os homens em preceitos religiosos, isto é, todos são iguais perante Deus e a razão, por sua vez, é definida como a “regra comum e medida que Deus deu aos homens”¹⁹. A única exceção a esta lei se dá em caso de autopreservação, isto é, quando alguém viola esta regra, o que sofreu o prejuízo tem direito de castigar o violador e buscar reparação do prejuízo que sofrera. Como o objetivo de todos é preservar a existência da humanidade, todos teriam o direito de castigar o transgressor da lei da natureza. Entretanto, LOCKE afirma que não é razoável que todos os homens sejam executores da lei da natureza, pois agiriam em favor próprio e de amigos, de modo que apenas o governo civil impediria o caos gerado pela parcialidade e violência dos homens, que são juízes em causa própria. Sendo assim, LOCKE reconhece a necessidade da existência do governo civil para superar os inconvenientes do estado de natureza, mas não reconhece a legitimidade de um monarca absoluto, que, por sua vez, é homem e, assim como os demais, age em causa própria. LOCKE expressa sua objeção ao absolutismo da seguinte forma:

[...] desejaria que meus objetores lembrassem que os monarcas absolutos são somente homens. Ora, se o governo tiver de ser o recurso contra os males decorrentes de serem os homens juízes em causa própria, e não sendo por isso viável o estado de natureza, desejo saber que espécie de governo deverá ser este, e quão melhor será do que o estado de natureza, governo este em que um homem, à frente de muitos, tem a liberdade de ser juiz em seu próprio caso, impondo aos súditos tudo o quanto lhe aprouver, sem que ninguém tenha a liberdade de indagar aos executores de suas vontades ou de controlá-los, devendo todos a ele submeter-se, faça ele o que fizer movido pela razão, pelo erro ou pela paixão. Opino que muito melhor será o estado de natureza, onde os homens não estão obrigados a submeter-se à vontade caprichosa de um rei; e onde aquele que julgar erroneamente no seu próprio caso, ou no de terceiros, é responsável pelo julgamento perante o restante dos homens.²⁰

Para LOCKE, o que encerra o estado de natureza não é a submissão voluntária de todos ao soberano absoluto e sim “a concordância mútua em formar uma comunidade,

¹⁸ LOCKE, 2002, p. 23 [Capítulo II, 4].

¹⁹ Idem, p. 27 [Capítulo II, 11].

²⁰ Ibidem, p. 28 [Capítulo II, 13].

estabelecendo um corpo político²¹, tendo em vista a preservação de si próprio, da liberdade e da propriedade. Por força desse pacto os homens abdicam dos dois poderes que podiam exercer no estado de natureza. O primeiro é o poder de fazer o que bem lhe aprouver para a preservação de todos, que passa a ser exercido pelas leis feitas pela sociedade. O segundo é o poder de punir os transgressores da lei da natureza, em outras palavras, é o poder de executar a lei da natureza, que também passa a ser exercido pela sociedade. Para LOCKE, o poder legislativo é o poder supremo de uma sociedade, pois as leis estabelecidas são o “grande instrumento e meio”²² para a garantia da propriedade segura.

LOCKE defende, ainda, o exercício em separado desses dois poderes, pois o seu acúmulo levaria ao abuso do poder. Se os mesmos que elaboram as leis também tivessem o poder de executá-las, acabariam por se isentar da obediência a essas leis. Por isso, há a necessidade de um poder que elabore as leis, definindo como será o uso da força pela comunidade, em mãos distintas das que exercem o poder de executá-las. LOCKE distingue, ainda, outro tipo de poder, o chamado poder federativo, ao qual caberia “a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela”²³, mas seria exercido em conjunto com o executivo, não havendo necessidade de separá-los. Como o “poder federativo” é, em verdade, uma função do poder executivo, não desperta tanto interesse. O que realmente é relevante na teoria política de LOCKE é sua proposta de separação dos poderes legislativo e executivo. A proposta de separação tripartida dos poderes, como se conhece atualmente, seria feita posteriormente por MONTESQUIEU. Para o professor MARCUS FARO DE CASTRO, o propósito da separação dos poderes, em LOCKE, é “que o processo político e social passe a corresponder efetivamente à realização concreta da consciência do bem universal, de caráter ético, adquirida autonomamente pelos indivíduos”²⁴.

1.3 A contribuição de MONTESQUIEU

MONTESQUIEU de maneira semelhante a LOCKE também irá propor uma solução institucional como forma de impedir o abuso de poder, defendendo que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o

²¹ LOCKE, 2002, p. 29 [Capítulo II, 14].

²² Idem, p. 98 [Capítulo XI, 134].

²³ Ibidem, p. 107 [Capítulo XII, 147].

²⁴ CASTRO, 2005, p. 51.

poder”²⁵. Sendo assim, MONTESQUIEU apresenta sua teoria sobre a separação dos poderes, a partir de uma análise sobre a constituição da Inglaterra, que a esse tempo, como afirma CASTRO²⁶, já havia passado pela Revolução Gloriosa e incorporado elementos limitadores do poder monárquico, como a *Bill of Rights* de 1689. Portanto, para MONTESQUIEU, a constituição da Inglaterra tinha por objetivo direto a liberdade política, que, para ele, consiste no “direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam”²⁷. E, era justamente sobre a sistemática de separação dos poderes que essa liberdade se fundamentava.

MONTESQUIEU²⁸ afirma que há três poderes em cada Estado. O primeiro é o poder legislativo, por meio do qual as leis são criadas. O segundo é o que MONTESQUIEU chama de poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, por meio do qual se determina a paz ou a guerra, estabelece a segurança; mas pode ser chamado, simplesmente, de “poder executivo do Estado”. O terceiro é o poder executivo das coisas que dependem do direito civil, responsável por punir os crimes ou julgar as querelas dos indivíduos, que MONTESQUIEU também chama de “poder de julgar”.

MONTESQUIEU defende que se o poder legislativo e o poder executivo estiverem reunidos, o monarca ou o senado podem criar leis tirânicas para executá-las tiranicamente, de modo que não haveria liberdade. Se o poder de julgar e o poder legislativo forem exercidos em conjunto, o juiz seria o legislador, de modo que o poder sobre a vida e a liberdade das pessoas seria arbitrário. E se o poder de julgar estiver unido ao poder executivo, o juiz poderia tornar-se um opressor. Em todo caso não haveria liberdade alguma, sendo ainda mais grave se os três poderes estiverem concentrados nas mesmas mãos. Nesse caso, argumenta MONTESQUIEU, o executor da lei possui todo o poder que, como legislador, atribuiu a si mesmo, de modo que, “como possui ainda o poder de julgar, poderá aniquilar cada cidadão por suas vontades particulares”²⁹. Tanto que os monarcas que pretenderam se tornar absolutos, começaram por concentrar em sua própria pessoa todos os poderes do Estado. Eis a necessidade da separação dos poderes: garantir a liberdade política dos cidadãos.

MONTESQUIEU descreve, ainda, um sistema de freios e contrapesos para moderar a relação entre os poderes legislativo e executivo, excluindo o poder judiciário

²⁵ MONTESQUIEU, 2007, p. 164 [Livro Décimo Primeiro, IV].

²⁶ CASTRO, 2005, p. 61.

²⁷ MONTESQUIEU, 2007, p. 164 [Livro Décimo Primeiro, III].

²⁸ Idem, p. 165 [Livro Décimo Primeiro, VI].

²⁹ Ibidem, p. 166 [Ibidem].

dessa sistemática por julgá-lo um poder, de certa forma, nulo, não necessitando de nenhum instrumento que o moderasse em relação aos outros poderes. Provavelmente MONTESQUIEU pensava dessa forma porque acreditava que o juiz era meramente “a boca que pronuncia as palavras da lei”³⁰, de modo que a lei por si mesma já seria clarividente o suficiente, não necessitando de nenhum exercício de interpretação por parte do juiz. De todo modo, MONTESQUIEU reconhecia que a lei apesar de ser tão clarividente pudesse ser demasiadamente rigorosa, necessitando de moderação para seu rigor. De acordo com MONTESQUIEU, compete ao legislativo “moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela”³¹. Em outras palavras, o exercício de interpretação da lei seria feito pelo próprio poder legislativo, apesar de MONTESQUIEU considerar a lei tão clarividente que dispensasse interpretação.

Quanto ao sistema de freios e contrapesos entre os poderes legislativo e executivo deverá se operar da seguinte maneira: o poder executivo deve ter o direito de refrear o poder legislativo, pois como o poder legislativo pode atribuir a si todo o poder, poderá destruir os demais. Por isso, o executivo deve ter o direito de veto. O poder legislativo, por sua vez, não terá esse mesmo direito reciprocamente, tendo apenas o direito de fiscalizar o modo como as leis que promulgou foram executadas. Contudo, esse direito de fiscalização não implica no poder de julgar a pessoa que executa. Sendo assim, por meio de seu direito de veto, o poder executivo participa da legislação por meio de sua faculdade de impedir – necessária para sua defesa –, enquanto que o poder legislativo participa da legislação por meio de sua faculdade de estatuir.

As ideias sobre a separação dos poderes adquiriram com MONTESQUIEU estrondosa repercussão, muito mais do que com LOCKE. Fazendo um paralelo entre os dois teóricos, CASTRO conclui que os dois se aproximam no sentido de proporem uma solução institucional complexa, que é a da separação dos poderes. Contudo, eles se afastam no sentido de que MONTESQUIEU não considera necessária em sua formulação uma “prévia determinação individualista de uma consciência ética do bem comum”³², que em LOCKE tanto é necessária como é “adquirida sob inspiração divina e tem como contrapartida a supremacia do poder de legislar, o que se torna dispensável no autor francês”³³.

³⁰ MONTESQUIEU, 2007, p. 172 [Livro Décimo Primeiro, VI].

³¹ Idem.

³² CASTRO, 2005, p.64.

³³ Idem.

A influência da teoria de MONTESQUIEU sobre a “separação dos poderes”, bem como sua proposta de freios e contrapesos, causou grande impacto em toda a civilização ocidental, tanto que a “separação dos poderes” tornou-se um princípio fundamental da organização política liberal. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789, transformou a teoria da separação dos poderes em um dogma em seu art. 16, segundo o qual “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”³⁴. No Brasil, a Constituição Federal de 1988³⁵ considera o princípio da separação dos poderes como *cláusula pétrea*, isto é, “a emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria”³⁶. Em outras palavras, o princípio da separação dos poderes não pode ser afastado pelo poder constituinte derivado ou de reforma, sendo uma afronta ao projeto original da Constituição.

Contudo, atualmente, há muitas críticas ao modelo de separação dos poderes. Segundo DALLARI³⁷, a primeira crítica que pode ser feita é que ele nunca fora realmente praticado, havendo muita interpenetração entre os poderes. Ademais, não conseguiu efetivamente garantir a liberdade individual dos cidadãos, bem como o caráter democrático do Estado. O fato é que a teoria da separação dos poderes foi um produto de seu tempo e que, talvez, não acompanhou a complexidade da sociedade contemporânea. Entretanto, a discussão sobre seu mérito será realizada de forma mais detida posteriormente.

³⁴ DALLARI, 2010b, p. 220.

³⁵ O Art. 2º da CF88 afirma que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E, o §4º do Art. 60, também da CF88, afirma que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes”.

³⁶ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p. 257.

³⁷ DALLARI, 2010b, p. 221.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 O Estado Democrático de Direito como acumulação histórica

2.1.1 O Paradigma do Estado Liberal

As teorias de LOCKE e MONTESQUIEU, acima expostas, bem como de outros teóricos, que se posicionaram contra o absolutismo exerceram influência prática culminando em uma série de movimentos político-sociais que resultaram na derrubada do Antigo Regime e surgimento de um novo modelo político para o Estado Moderno, que nascera absolutista. Dentre esses movimentos três foram de grande destaque: a Revolução Inglesa, de 1688; a Revolução Americana, de 1776; e, a Revolução Francesa, de 1789. A Revolução Inglesa limitou o poder absoluto do monarca determinando a supremacia do parlamento, em nome da garantia da liberdade e igualdade dos cidadãos, que não poderiam ser privados de tais direitos, ditos naturais, justificando-se a necessidade de um governo da maioria. A Câmara dos Comuns também adquire superioridade em relação à Câmara dos Lordes, momento em que a burguesia assume o poder político na Inglaterra.

A Revolução Americana consistiu na luta pela independência das treze colônias americanas da tutela do governo inglês. Por óbvio, não iriam se livrar de um governo absoluto para se submeterem a outro, por mais que fosse norte-americano. Sendo assim, os norte-americanos procuraram afirmar seus ideais de liberdade dando aplicação prática às teorias dos filósofos políticos dos séculos XVII e XVIII³⁸. Para isso resolveram elaborar uma Constituição escrita, a qual conferiram a natureza de lei fundamental do povo. Dessa forma, buscou-se garantir a supremacia da vontade do povo, expressa pela vontade da maioria, a igualdade de direitos e o controle sobre o governo. E, por conta dos prejuízos que sofreram pelo governo inglês, os norte-americanos associaram as ideias de democracia à não-intervenção do Estado, algo que determinou a organização do Estado norte-americano³⁹.

A Revolução Francesa também lutou contra o absolutismo e em sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirmou a garantia dos direitos naturais, tais como “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”⁴⁰.

³⁸ DALLARI, 2010a, p. 231.

³⁹ DALLARI, 2010b, p. 150.

⁴⁰ DALLARI, 2010a, p. 206 [Trecho do Art. 2º da Declaração de Direitos].

Também associou a separação dos poderes à Constituição como forma de combate ao absolutismo, em seu Art. 16, cuja redação enuncia que: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Os franceses também optaram por uma Constituição escrita, que incorporou a Declaração de Direitos, cujo impacto no constitucionalismo francês foi maior do que a própria Constituição.

Nota-se, pois, que todos esses movimentos lutaram contra um governo absoluto, que tolhia as liberdades individuais. Sendo assim, o Estado passou a ser visto como um inimigo que deveria ser controlado para não intervir na vida privada dos cidadãos. Esta ideia de não-intervenção do Estado, tanto na vida social quanto econômica, é que fundamenta o paradigma do Estado Liberal, que foi a primeira etapa do *Estado de Direito*, que, por sua vez, surge quando “se consegue pôr freios à atividade estatal por meio da lei, vale dizer, no instante em que o Estado se submete a leis por ele criadas”⁴¹.

O Estado Liberal foi resultado da ascensão política da burguesia, que somou o poder político ao poder econômico que conquistara anteriormente. Além de pregar a intervenção mínima do Estado na vida social, a burguesia também defendia o mesmo no âmbito econômico, afinal um dos valores mais prezados era a propriedade, que deveria ficar a salvo de qualquer interferência estatal. A obra de ADAM SMITH, intitulada “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776, traduzia os anseios da burguesia no que diz respeito às relações econômicas⁴². Segundo SMITH, o mercado possuía uma lógica própria, sendo dispensável qualquer tipo de intervenção do Estado. Teoricamente cada mercadoria só seria produzida se houvesse um consumidor para adquiri-la, de modo que haveria uma ordem natural de regulação do mercado, a qual SMITH chamava de *mão invisível*. Portanto, não cabia ao Estado estipular uma política de controle dos preços ou da qualidade dos produtos, por exemplo. Ao Estado cabia apenas garantir que a propriedade privada fosse respeitada, bem como os demais direitos naturais dos cidadãos.

O Estado Liberal proporcionou grande desenvolvimento para a economia capitalista, entretanto haveria um colapso criado pelo próprio sistema. A concepção individualista da liberdade, segundo a qual todas as condições de liberdade e igualdade já estavam dadas na sociedade civil, impedia que o Estado adotasse uma postura de proteger os mais pobres, o que gerou grande injustiça social e uma massa proletária que era explorada

⁴¹ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p. 64.

⁴² DALLARI, 2010b, p. 278.

com baixa remuneração e submetida a uma penosa jornada de trabalho. Dessa forma, começaram a surgir os movimentos socialistas reivindicando melhores condições de vida para a classe trabalhadora e contestando a lógica capitalista. No ano de 1917, estoura a Revolução Russa dando origem ao primeiro Estado socialista, enfatizando a igualdade como direito fundamental. Logo após o fim da I Guerra, em 1919, é aprovada na Alemanha a Constituição de Weimar, que atribuía ao Estado o papel de garantidor dos direitos sociais, sendo considerada a primeira de caráter socializante⁴³.

2.1.2 O Paradigma do Estado de Bem-Estar Social

Em 1929 os Estados Unidos enfrenta uma grave crise econômica causada, em grande parte, pela superprodução. A Europa que havia se tornado a maior consumidora dos produtos norte-americanos após a I Guerra, recuperou sua indústria e diminuiu a importação dessas mercadorias. Como a oferta de produtos era maior do que a demanda, os preços caíram e, conseqüentemente, houve o desemprego em massa da população norte-americana. Foi o Estado Liberal criando as condições para sua superação. Diante desse contexto não fazia mais sentido uma política de não-intervenção do Estado, que desempenharia um papel crucial na superação da crise e contenção do avanço socialista, que tanto preocupava a burguesia. Em 1932, Franklin Delano Roosevelt é eleito presidente dos Estados Unidos e implanta uma política de governo intervencionista, que ficou conhecida como *New Deal*⁴⁴. O Estado passou a realizar obras públicas para absorver a massa de desempregados, desenvolver políticas públicas nas áreas de educação, saúde, moradia, transporte, assistência social, dentre outros. Dessa forma, o Estado Liberal foi substituído pelo Estado de Bem-Estar Social, que interfere ativamente na economia para amenizar as desigualdades sociais e evitar ou administrar as crises.

O Estado de Bem-Estar Social foi bem sucedido e a partir da II Guerra Mundial se tornaria ainda mais intervencionista, passando a financiar atividades econômicas e transformando-se no maior consumidor de produtos e serviços⁴⁵. Não tardaria para surgirem críticas a esse modelo e muitos países procuraram retomar uma postura mais liberal por meio de privatizações e enxugamento da máquina estatal, o que ficou conhecido como

⁴³ DALLARI, 2010a, p. 137-138.

⁴⁴ DALLARI, 2010b, p. 282.

⁴⁵ Idem.

neoliberalismo. Entretanto, o intervencionismo do Estado na economia e na vida social continuou presente – talvez em outros moldes – mesmo nos países que defendem o liberalismo econômico acima de tudo, haja vista que o Estado atua como sócio e como cliente dos detentores do capital, e também como agente negociador no mercado internacional.

2.1.3 O Paradigma do Estado Democrático de Direito

Com o término da II Guerra Mundial, devido aos abusos e violências cometidos contra o ser humano, a humanidade viu-se na obrigação de repensar quais os valores realmente deveriam ser prezados e muitos foram os questionamentos de como proteger a integridade física e mental do ser humano e impedir que atos como aqueles não se repetissem novamente. Diante disso, surgiu a consciência de que o primeiro dos valores deveria ser a pessoa humana intrinsecamente considerada. A liberdade e a igualdade devem ser protegidas por toda a sociedade, não apenas por interesses políticos ou econômicos de acordo com a conveniência, mas enquanto direitos inerentes à condição humana. Sendo assim, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁶. A questão dos Direitos Humanos torna-se pauta internacional, haja vista que as potências que derrotaram sistemas totalitários, como o nazismo e o fascismo, na II Guerra Mundial, iriam procurar afirmar a instauração de sistemas democráticos, que respeitassem a dignidade da pessoa humana. Os Estados que adotaram essa nova postura passariam a realizar profundas reformulações em seus sistemas jurídicos para atender às novas demandas, bem como legitimá-las. Há que se ressaltar que os anseios democráticos são de longa data, entretanto, o significado desses valores democráticos mudou com o passar do tempo, se tornando mais complexo e, por vezes, aparentemente contraditório, devido à dificuldade de conciliar certas demandas, que muitas vezes entram em choque.

Os Direitos Humanos deveriam ser incorporados às leis superiores para que tivessem plena e máxima eficácia jurídica. E, assim foi feito, havendo a constitucionalização desses direitos que adquiriram o *status* de direitos fundamentais da pessoa humana. A Constituição como norma jurídica superior adquiriu uma nova conotação, deixou de ser apenas a carta política que versava sobre a constituição e organização do Estado para ser um

⁴⁶ DALLARI, 2010a, p. 140.

“instrumento de afirmação e garantia dos direitos fundamentais”⁴⁷. A Constituição tornou-se valorativa, dirigente e garantista, assumindo o compromisso de não somente zelar pelos direitos fundamentais em âmbito formal, mas de garantir sua efetividade. Desse modo, o Estado deveria tomar a iniciativa de por meio de ações e programas institucionais corrigir as desigualdades, que são causas de conflitos e instabilidade política e social. Caso isso não fosse feito, a população passaria a exigí-lo. Obviamente, que a reivindicação de direitos também é causa geradora de conflitos, haja vista que a população é heterogênea e diverge sobre quais os direitos que devem ser efetivamente concretizados. Nesse novo cenário surgiu um novo constitucionalismo e foi se delineando as linhas gerais do Estado Democrático de Direito.

Todavia, esse novo constitucionalismo não representou, na verdade, um rompimento com o constitucionalismo liberal-burguês. O Estado Democrático de Direito foi uma espécie de superação dos modelos anteriores com correção de desvios e acúmulo de conteúdo⁴⁸. De todo modo, foi uma conquista, assim como as demais etapas do Estado de Direito, pois foram resultado de intensas lutas contra estruturas de poder fortemente estabelecidas. O Estado Liberal lutou contra o Absolutismo. O Estado de Bem-Estar Social lutou contra o individualismo exacerbado e as desigualdades geradas pelo Estado Liberal. O Estado Democrático de Direito lutou contra as estruturas neocapitalistas do Estado de Bem-Estar, em busca de uma democratização material e valorização da dignidade da pessoa humana⁴⁹. No caso brasileiro a experiência do Estado Democrático de Direito ainda é muito recente e foi resultado de lutas contra a Ditadura Militar (1964-1985), que aboliu as instituições democráticas, restringiu direitos e liberdades individuais e não admitia oposição, reprimindo de forma violenta qualquer manifestação contrária ao regime, praticando, dessa forma, vários atos violadores dos Direitos Humanos, como a tortura. Quando o regime acabou instalou-se uma Assembleia Constituinte para elaborar uma nova Constituição, que prezasse pelos direitos fundamentais da pessoa humana. Este foi o contexto da Constituição brasileira de 1988, que firmou em seu Art. 1º que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito.

Tal qual o Brasil, muitos países elaboraram novas constituições para atender aos ideais típicos do Estado Democrático de Direito. Contudo, em alguns casos, como dos

⁴⁷ DALLARI, 2010a, p. 141.

⁴⁸ Idem, p. 144.

⁴⁹ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p. 66.

Estados Unidos e da Inglaterra, que são países de direito costumeiro, não foi feita uma nova Constituição, mas mudou-se a concepção que se tinha da Constituição⁵⁰. As normas constitucionais passaram a ser interpretadas sob um novo enfoque, mudou-se a interpretação constitucional. Sendo assim, as normas constitucionais deveriam ser aplicadas tendo em vista o respeito à pessoa humana e sua dignidade. Concretamente, garantir o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana é algo complexo, devido à dificuldade da conciliação de interesses e direitos. Este é o grande desafio do Estado Democrático de Direito, o qual será examinado mais detidamente no próximo ponto.

2.2 O Estado Democrático de Direito sob a ótica da teoria discursiva

No Estado Democrático de Direito há o reconhecimento de que nenhum indivíduo vive fora da sociedade, de modo que todos os direitos que dizem respeito ao indivíduo possuem relevância social⁵¹. Relações que eram tradicionalmente consideradas como privadas passam a ser de interesse público, como as relações de família, por exemplo. Há, nesse sentido, uma interpenetração entre as áreas pública e privada, que se justifica pela efetivação dos direitos de todos os indivíduos indistintamente, o que, por sua vez, muda a concepção sobre a supremacia da vontade do povo. Um dos requisitos de um Estado Democrático é o reconhecimento da supremacia da vontade do povo, algo que fora reivindicado no âmbito das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa. Contudo, a concepção que se tinha a respeito da supremacia da vontade do povo durante o século XVIII é que ela se expressaria pela vontade da maioria, e isso seria o suficiente para garantir o respeito às instituições democráticas e aos direitos individuais. Todavia, se todos são iguais em direitos e devem ter sua vontade respeitada, os direitos da maioria não podem ter mais valor que os da minoria. Deve haver algum mecanismo para garantir que os direitos das minorias sejam respeitados e que a supremacia da vontade do povo não seja uma tirania da maioria, haja vista que muitos governos totalitários foram “legitimados” pelo apoio da maioria. O processo legislativo talvez não seja suficiente para garantir que os direitos fundamentais da pessoa humana sejam respeitados, o que aumenta a complexidade do Estado Democrático de Direito, pois pode haver alguma irregularidade no processo que faz com que alguma norma seja editada de maneira a se furtar ao princípio democrático.

⁵⁰ DALLARI, 2010a, p. 142-143.

⁵¹ Idem, p. 146.

As questões apontadas no parágrafo anterior foram teorizadas por JÜRGEN HABERMAS, para o qual “do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia”⁵². HABERMAS faz uma leitura do Estado Democrático de Direito por meio de sua teoria do agir comunicativo. Segundo HABERMAS⁵³, a teoria do agir comunicativo é um caminho alternativo à razão prática, conceito inventado pela modernidade que já não era capaz de acompanhar a complexidade das sociedades atuais, estando preso aos padrões do século XVIII. HABERMAS⁵⁴ afirma que a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir e o direito natural seria a única ordem normativa. Já a razão comunicativa, por sua vez, não tem a pretensão de determinar como os sujeitos devem agir, não é uma fonte de normas do agir. Além disso, segundo HABERMAS, não está adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico⁵⁵. Como se sabe, a razão prática é um conceito liberal-burguês, que serviu de fundamentação teórica para justificar a autonomia do indivíduo, entendido como um sujeito privado, que pertence à sociedade. HABERMAS denuncia que a concepção moderna de “uma sociedade centrada no Estado e a da sociedade composta de indivíduos”⁵⁶ tornou-se obsoleta. De modo que, a teoria do direito e do Estado de Direito precisa “sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos”⁵⁷. Em outras palavras, a teoria do direito necessita de outro fio condutor, que será o princípio do discurso. A teoria do agir comunicativo ou teoria do discurso consiste, grosso modo, na incorporação da razão por meio da linguagem. Não se trata de um abandono total da razão moderna, mas assimilá-la de um modo diferente, pelo que HABERMAS denomina o *medium* linguístico. Nas palavras de HABERMAS: “O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam”⁵⁸.

A teoria habermasiana se coloca como uma teoria reconstrutiva da sociedade, tentando assimilar a tensão existente entre facticidade e validade. Esta tensão é estabilizada na integração social por intermédio do direito positivo⁵⁹. Segundo CONTINENTINO, a facticidade diz respeito à realidade concreta, enquanto que a validade diz respeito ao modelo

⁵² HABERMAS, 2004, p. 251.

⁵³ HABERMAS, 2010, p. 19.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem, p. 20.

⁵⁶ HABERMAS, 2010, p. 17-18.

⁵⁷ Idem, p. 23-24.

⁵⁸ Ibidem, p. 20.

⁵⁹ HABERMAS, 2010, p. 21, 35.

normativo existente⁶⁰. HABERMAS defende que a sociedade deve ser integrada, em última instância, pelo agir comunicativo, que está situado entre o discurso e o mundo da vida. O conceito de “mundo da vida”, segundo HABERMAS, é um pano de fundo consensual para o agir comunicativo. É consensual no sentido de que oferece um saber que envolve os atores em uma certeza imediata, isto é, os atores se servem desse “saber” sem ter consciência de que o possuem reflexivamente e de que ele pode ser falso. Sobre o “saber” ofertado pelo mundo da vida, HABERMAS afirma que:

Falta-lhe o nexó interno com a possibilidade de vir a ser problematizado, pois ele só entra em contato com pretensões de validade criticáveis no instante em que é proferido e, nesse momento da tematização, ele se *decompõe* enquanto pano de fundo do mundo da vida.⁶¹

HABERMAS quer dizer que o mundo da vida oferece “o horizonte para as situações de fala”, que problematizadas pelo agir comunicativo passarão a constituir o discurso, que, por sua vez, promove a integração social. Em outras palavras, o “mundo da vida” nada mais é que a sociedade, que “se apresenta como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo”⁶².

Nas sociedades arcaicas a tensão entre facticidade e validade era estabilizada pela autoridade de instituições detentoras de poder. Nesse contexto o mundo da vida é composto de um complexo emaranhado de tradições. HABERMAS fala em um “complexo cristalizado de convicções”, que configura um “tipo de validade revestida com o poder do factual”⁶³. Em outras palavras, a estabilização entre facticidade e validade ocorre por conta de uma autoridade ambivalente⁶⁴ que vai de encontro aos atores de uma forma impositiva, mas devido ao fato de que as expectativas de comportamento, mesmo estando amarradas às instituições, sejam transmitidas e exercitadas culturalmente dá-se a impressão de que essas expectativas surjam naturalmente no mundo da vida, mascarando a autoridade das instituições de poder. Por isso que HABERMAS fala não somente em uma estabilização, mas em uma fusão entre facticidade e validade no contexto das sociedades tradicionais, nas quais o direito se confunde com o sagrado, ficando subordinado ao direito natural cristão.

⁶⁰ CONTINENTINO, 2006, p. 19.

⁶¹ HABERMAS, 2010, p. 41.

⁶² Idem, p. 45-46.

⁶³ Ibidem, p. 43.

⁶⁴ Essa ambivalência da autoridade se refere ao fato de imprimir nos sujeitos um sentimento misto de entusiasmo e medo. Segundo Habermas, as instituições detentoras de poder despertam um fascínio, que ao mesmo tempo atrai e também repele. (2010, p. 43)

Conforme a sociedade evolui aumenta o risco do dissenso impregnado nas tomadas de posição quanto a pretensões de validade criticáveis. O risco do dissenso aumenta porque aumenta a pluralização social, assim como, também aumenta a individualização dos sujeitos. Tudo isso acontece à medida que a sociedade vai se tornando secularizada, isto é, vai se livrando da influência das instituições religiosas, gerando um contexto que necessita de novas formas de estabilização social, que não a autoridade das instituições de poder arcaicas. Nas palavras de HABERMAS:

Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; e, na medida de seu desencantamento, decompõem-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados, formando os conteúdos mais ou menos tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente.⁶⁵

É por meio dos processos de diferenciação social que a sociedade vai se tornando cada vez mais complexa. A diferenciação social implica uma multiplicação dos papéis sociais e de tarefas funcionalmente especificadas, bem como uma multiplicação de interesses. Vale dizer que com a diferenciação social os atores que anteriormente eram vistos de acordo com o estamento ao qual pertenciam passaram a ser vistos de acordo com a função que exerciam dentro da sociedade. Para HABERMAS, os processos de diferenciação social liberaram o agir comunicativo da influência das instituições arcaicas e, em consequência disso, criou-se as condições para intensificação das esferas do agir orientado pelo interesse do sucesso individual. HABERMAS está, em outros termos, falando a respeito da formação das sociedades modernas, as quais necessitam de um meio de estabilização social diferente do das sociedades tradicionais.

Nas sociedades modernas, que são organizadas em Estados, “a ordem normativa natural é reformulada em normas do direito”⁶⁶, que passa a ser o mecanismo de estabilização social. Contudo, o direito não mais será mantido com base em garantias meta-sociais, ou seja, não mais se valerá da força da religião como critério de validade. E as “certezas do mundo da vida”, segundo HABERMAS, não podem preencher esse lugar, pois já se encontram pluralizadas e cada vez mais diferenciadas. Desse modo, o que HABERMAS chama de “fardo da integração social” fica a cargo das realizações de entendimento dos

⁶⁵ HABERMAS, 2010, p. 44.

⁶⁶ Idem, p. 45.

sujeitos, que enxergam uma incompatibilidade entre a facticidade e a validade. Nas sociedades modernas, diferentemente das arcaicas, não há uma fusão entre “a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas)”⁶⁷, pois, pelo menos fora dos domínios da tradição e dos costumes elas passam a ser incompatíveis entre si.

Nesse sentido, em que as normas do direito substituem a autoridade de instituições detentoras de poder como mecanismo de integração social, tal qual estas instituições faziam, as normas do direito também terão que se apresentar “com uma autoridade capaz de revestir a validade com a força do fático”, isto é, terão que ter a capacidade de estabelecer “uma ligação entre facticidade e validade, na própria dimensão da validade”, o que é feito por meio do “sistema de direitos que provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo”⁶⁸. Nota-se, pois, que os termos *liberdade* e *coação*, a princípio, não combinam, de modo que prover uma liberdade jurídica concomitante a uma coação também jurídica remete a uma ambivalência já exercitada pelas instituições arcaicas, cuja autoridade ao mesmo tempo em que atraía também repelia. Sendo assim, é por meio dos direitos subjetivos que o direito, enquanto mecanismo de integração social, também se vale de uma força de ligação ambivalente para estabilizar a tensão existente entre facticidade e validade. Por isso, HABERMAS afirma que: “Do ponto de vista histórico, os direitos subjetivos privados, que foram talhados para a busca estratégica de interesses privados e que configuram espaços legítimos para as liberdades de ação individuais, constituem o núcleo do direito moderno”⁶⁹.

Nas modernas sociedades econômicas, segundo HABERMAS, há uma necessidade sempre crescente de integração social, o que “sobrecarrega a capacidade de integração do mecanismo de entendimento disponível”⁷⁰. Esse mecanismo de entendimento disponível, ao qual HABERMAS se refere, é o agir orientado pelo sucesso, segundo o qual os agentes valorizam os fatos de acordo com suas preferências. Ao agir orientado pelo sucesso contrapõe-se o agir orientado pelo entendimento, por meio do qual os sujeitos agem a partir de uma compreensão da situação por meio de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente tentando chegar a um consenso. Para HABERMAS, o agir orientado pelo interesse do sucesso individual, típico da modernidade, não é capaz de estabilizar a tensão

⁶⁷ HABERMAS, 2010, p. 45.

⁶⁸ Idem, p. 47.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ HABERMAS, 2010, p. 46.

entre facticidade e validade na sociedade pós-moderna, isto é, não é capaz de integrá-la, o que somente pode ser feito pelo agir orientado pelo entendimento, que seria, em outras palavras, o agir comunicativo.

Quanto às dimensões da validade do direito, há que se falar que a coerção e a liberdade, de fato, são componentes da validade do direito, contudo, empiricamente, o direito positivo adquire sua validade por meio de procedimentos juridicamente válidos. Tais procedimentos, por sua vez, também não são válidos por si só, mas somente quando se explicam por meio da validade social ou fática do direito, bem como por meio de sua validade ou legitimidade. A validade social das normas do direito é determinada de acordo com o grau de aceitação fática dos indivíduos. Nas sociedades modernas, ao contrário do que ocorria nas tradicionais, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de costumes e tradições, mas sim sobre “a *facticidade artificial* da ameaça de sanções definidas conforme o direito”⁷¹. Já a legitimidade das regras se mede pelo fato de terem surgido de um processo legislativo racional, que constitui, segundo HABERMAS, o lugar propriamente dito da integração social, pois é o momento em que se supõe que os agentes saem de seu papel de sujeitos privados para assumirem seu papel de sujeitos públicos, que é o papel de cidadão, para participarem do processo legislativo direcionados pelo entendimento.

Em outras palavras, a legitimidade se dá pela obediência às regras pelo respeito à lei, e não tão-somente pelo motivo coercitivo do dever. Durante o processo legislativo, as leis da liberdade transformam-se em leis da coerção. Isso quer dizer que os cidadãos livremente elaboram as leis e depois se submetem a elas, sofrendo com a coerção caso a desobedeçam. É dessa forma que as leis da coerção adquirem legitimidade. Presume-se que resultaram de uma autolegislação racional por parte dos cidadãos, que são politicamente autônomos⁷². Obviamente que por questões pragmáticas todos os cidadãos não podem participar diretamente do processo legislativo, por isso que, na prática, para as normas terem legitimidade, HABERMAS afirma que “os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários”⁷³. Dessa forma, a positividade do direito representa um fragmento da realidade social artificialmente produzida. A tensão entre facticidade e validade também se faz presente no processo legislativo. Segundo

⁷¹ HABERMAS, 2010, p. 50.

⁷² Idem, p. 54.

⁷³ Ibidem, p. 59-60.

HABERMAS, um grande desafio para a elaboração normativa é a tensão entre norma e realidade.

As sociedades modernas, contudo, não são integradas somente pelo direito. Também são integradas pelos mercados e pelo poder administrativo. Entretanto, o direito ainda é o maior responsável pela integração social, pois tanto o sistema administrativo quanto o econômico se institucionalizam através do direito. O direito extrai sua força de integração social de três fontes: mercado, poder administrativo e solidariedade social. E por conta disso, o direito assimila em sua função integradora imperativos de procedências distintas. Muitas vezes os imperativos advindos do sistema econômico ou administrativo, por serem mais fortes, acabam se impondo de forma meramente factual, sem terem sido filtrados durante o processo legislativo, se utilizando da legitimação da forma jurídica para disfarçar o modo como se impuseram. Por isso, é comum que o direito atribua a aparência de legitimidade a um poder que, na verdade, é ilegítimo, se tornando um meio ambíguo de integração social.

Segundo HABERMAS, é comum nas sociedades modernas o direito ser “alvo de pressões *profanas* dos imperativos funcionais da reprodução social”, de modo que as realizações de integração jurídica “resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade” em vez de se apoiarem no “assentimento dos cidadãos associados”⁷⁴. Contudo, as realizações que se operam nos sistemas econômico e administrativo só se legitimam se estiverem inseridas no processo integrador da prática social de autodeterminação dos cidadãos. Apesar de estes sistemas constituírem suas fontes integradoras, é da solidariedade social que o direito, em última instância, extrai sua força integradora da sociedade, o que só pode ser feito através de um exercício comum das liberdades comunicativas dos cidadãos, em uma prática de autodeterminação⁷⁵. Isso quer dizer que não importam as tentativas de colonização da forma do direito tendo em vista obter sua legitimação, pois, o direito somente será legítimo se for democrático, “ancorado na sociedade civil, na esfera pública política e no *status* de cidadãos⁷⁶”. As leis obtêm sua legitimidade por meio do processo legislativo, que por sua vez, só será legítimo apoiando-se no princípio da soberania do povo⁷⁷.

⁷⁴ HABERMAS, 2010, p. 62.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁷⁷ HABERMAS, 2010, p. 115.

O processo legislativo democrático exige autonomia dos cidadãos para dela extrair sua legitimidade. E, para cumprir sua função integradora da sociedade o direito também precisa manter uma ligação com a força socialmente integradora do agir comunicativo, no caso com liberdades privadas subjetivas. Nesse contexto, há um confronto entre estas com a autonomia dos cidadãos. Segundo HABERMAS, isso acontece porque ainda hoje não se conseguiu harmonizar autonomia pública e privada. Quando a pessoa está inserida em ordens supraindividuais, os direitos subjetivos intrinsecamente considerados não conseguem garantir proteção ao cidadão. Os direitos subjetivos só fazem sentido se forem reconhecidos reciprocamente pelos sujeitos de direito, isto é, se todos os cidadãos reconhecerem os direitos subjetivos uns dos outros. Contudo, historicamente sempre foi feita uma leitura individualista dos direitos subjetivos, que não se sustenta mais. HABERMAS reitera que direitos subjetivos não se referem a indivíduos atomizados que se colocam uns contra os outros, mas, pelo contrário, pressupõem a colaboração dos sujeitos que se reconhecem enquanto pessoas livres e iguais.

Os direitos subjetivos só podem ser reclamados judicialmente se forem reconhecidos pela ordem jurídica, e tal reconhecimento é consequência de um reconhecimento anterior por parte dos cidadãos quanto aos direitos e deveres que atribuem uns aos outros. Por isso, HABERMAS afirma que os direitos subjetivos são cooriginários com o direito objetivo, que, por sua vez, é resultado dos direitos que os cidadãos atribuem uns aos outros. Em outras palavras, os direitos subjetivos são reconhecidos e passam a ser exigíveis a partir do momento em que são positivados. Dessa forma, apesar de serem cooriginários, os direitos subjetivos acabam se subordinando abstratamente ao direito objetivo, de modo que a legitimidade dos direitos subjetivos acaba se esgotando em uma legalidade de dominação política interpretada em termos positivistas⁷⁸. O problema, segundo HABERMAS, é que o direito objetivo ainda não conseguiu esclarecer de onde obtém sua legitimidade. E, é certo que ela só pode ser extraída do processo legislativo democrático, que por sua vez, como já foi dito anteriormente, se apoia na soberania do povo. Contudo, para HABERMAS, a forma como o positivismo jurídico introduz o princípio da soberania do povo não preserva a independência do conteúdo moral dos direitos subjetivos, de modo que não atinge a intersubjetividade das liberdades de ação subjetivas, nem consegue estabilizar a relação entre autonomia privada e autonomia pública.

⁷⁸ HABERMAS, 2010, p. 122.

Há uma tensão entre a soberania do povo e os direitos humanos⁷⁹, de modo que acabam figurando como elementos concorrentes, em vez de complementares. A visão liberal alerta para o risco de uma “tirania da maioria”, defendendo o primado dos direitos humanos como forma de garantir as liberdades pré-políticas dos sujeitos e também como forma de impor barreiras à vontade do legislador político. Esta vontade seria soberana, por isso o temor de que ela se voltasse contra os direitos dos cidadãos revestida da legitimidade do apoio da maioria. Nesta visão os direitos humanos assumem forma nos direitos fundamentais. A visão republicana valoriza a auto-organização dos cidadãos, de modo que os direitos humanos só se tornariam obrigatórios a partir do momento em que fossem conscientemente incorporados na tradição da comunidade política⁸⁰, isto é, a partir do momento em que fossem incorporados nas leis criadas pela própria comunidade. Devido a esse embate, muitos pensam ser necessário estabelecer uma hierarquia entre direitos humanos e soberania popular para fundamentar normativamente o Estado democrático de direito. Por um lado, as leis são legítimas quando coincidem com os direitos humanos e o legislador democrático poderia decidir sem se preocupar com a soberania do povo. Por outro lado, as leis são legítimas apenas quando surgem da formação democrática da vontade, o que poderia resultar na criação de uma constituição arbitrária. Trata-se de uma contraposição equivocada. Na opinião de HABERMAS, os direitos humanos, convertidos na forma de direitos fundamentais, não podem ser impostos ao legislador soberano como uma limitação, de fora para dentro, mas também não podem se subordinar ao processo legislativo democrático. Por isso, ele afirma que o princípio dos direitos humanos e o da soberania popular são cooriginários, de modo que, um não é possível sem o outro. HABERMAS afirma, ainda, que esta cooriginariedade também se evidencia na relação entre autonomia pública e privada. Segundo HABERMAS:

Para fazerem um uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os “cidadãos da sociedade” (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor”.⁸¹

⁷⁹ HABERMAS faz esta análise de acordo com a experiência constitucional norte-americana, contrapondo a visão liberal e a visão republicana. (2010, p. 133)

⁸⁰ HABERMAS, 2010, p. 134.

⁸¹ HABERMAS, 2003, p. 155.

Sendo assim, o nexu interno entre a soberania do povo e os direitos humanos será estabelecido a partir do momento em que o sistema dos direitos oferecer condições favoráveis para a institucionalização jurídica das formas de comunicação. Para HABERMAS, quando o modelo da autolegislação é decifrado através da teoria do discurso é que a cooriginariedade da autonomia pública e privada se expressa, pois com a formação discursiva da opinião e da vontade os destinatários das leis são, ao mesmo tempo, os autores de seus direitos e deveres⁸². A autolegislação é responsável por estabelecer um nexu interno entre a razão e a vontade, pois os sujeitos ligam sua vontade às leis que dão a si mesmos como resultado de uma vontade comum, obtida por meio de um discurso⁸³. Por esses motivos que a autonomia privada dos cidadãos não pode se subordinar nem se sobrepor à sua autonomia pública.

Dessa forma, a autolegislação só é possível por meio do princípio do discurso. Esse princípio a partir do momento em que é institucionalizado juridicamente assume a forma de um princípio da democracia, que, por sua vez, é o que confere legitimidade ao processo de normatização. Para HABERMAS, o princípio da democracia é resultado de uma interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica. O princípio democrático é “o mecanismo para a produção de direito legítimo”⁸⁴, portanto, o código do direito e o princípio democrático também são cooriginários. Sendo assim, o princípio da democracia, reitera HABERMAS, só pode ser o núcleo de um sistema de direitos. Em outros termos, o princípio democrático é que confere legitimidade ao direito, de modo que não pode haver direito legítimo que não se forme por meio do princípio democrático. Para HABERMAS, os direitos fundamentais são consequência direta do princípio democrático, pois “nascem da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito enquanto tal”. HABERMAS afirma que os direitos fundamentais determinam o *status* dos sujeitos de direito, por isso, consistem em “categorias de direitos que geram o próprio código jurídico”⁸⁵.

O princípio democrático, na medida em que permite ao sistema de direitos assegurar tanto a autonomia pública quanto a privada, operacionaliza a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito, isto é, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade. Nesse sentido, HABERMAS afirma que não é paradoxal a legitimidade surgir a partir da legalidade, só o sendo para os que pensam o sistema do direito como um processo

⁸² HABERMAS, 2010, p. 139.

⁸³ HABERMAS, 2003, p. 155.

⁸⁴ HABERMAS, 2010, p. 158.

⁸⁵ Idem, p. 159.

circular que se fecha recursivamente e legitima-se a si mesmo⁸⁶. Como já foi dito, para HABERMAS, o princípio democrático e o código do direito são cooriginários, e o primeiro legitima o segundo, sendo que o primeiro surge quando o segundo institucionaliza o princípio do discurso. E, quanto à conversão do princípio do discurso em princípio democrático, HABERMAS faz o seguinte alerta:

O princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes, por si mesmos, para a fundamentação de qualquer tipo de direito. O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o *medium* do direito, *formando* um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca.⁸⁷

Nessa linha, HABERMAS afirma que é possível haver um estado de direito e um estado social sem democracia⁸⁸. Contudo, ele só será legítimo se observar o princípio democrático, portanto, um Estado de Direito apenas terá legitimidade se for Democrático.

⁸⁶ HABERMAS, 2010, p. 168.

⁸⁷ *Idem*, p. 165.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 109.

3 AS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

3.1 A relação interna entre política e direito para a teoria discursiva

Além de o processo discursivo na forma do direito envolver as liberdades subjetivas das pessoas privadas e as liberdades comunicativas dos cidadãos, na opinião de HABERMAS, ele deve se estender também ao poder político, como forma de garantir que o entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro. A importância de envolver o poder político nesse processo é que, segundo HABERMAS, dele depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito⁸⁹. Para HABERMAS, direito e poder político também se constituem de forma cooriginária e a interligação entre eles necessita de outra forma de legitimação, que seria a canalização do poder político executivo pelas vias do direito.

Segundo HABERMAS, os direitos subjetivos só são estatuídos e podem ser impostos por meio de instituições que tomam decisões, as quais obrigam toda a coletividade. Essas decisões, por sua vez, só obrigam toda a coletividade por se revestirem em uma forma jurídica. É dessa forma que se estabelece o nexos interno entre o direito e o poder político. Os direitos fundamentais são a concretização do direito a iguais liberdades subjetivas de ação. Pelo fato de serem direitos positivos, os direitos fundamentais podem se impor por meio de sanções em casos de violações às normas. Sendo assim, eles necessitam do poder de sanção de uma organização que possa fazer um uso legítimo da coerção, para que as normas jurídicas sejam respeitadas. Esse papel cabe ao Estado, que também figura como a instância central autorizada a agir em nome do todo, algo necessário para a coletividade que se constitui enquanto comunidade de direito.

Os direitos fundamentais também pressupõem o direito à proteção jurídica individual, que necessita de uma justiça independente e imparcial para a qual pretensões serão submetidas para julgamento. Nesse sentido há a necessidade de instalação de tribunais, que serão responsáveis por aplicar o poder de sanção do Estado, com o fim de proteger o direito em casos litigiosos. Os direitos fundamentais também pressupõem o direito à participação em processos legislativos democráticos, que, segundo HABERMAS⁹⁰, devem ser instaurados pelo poder politicamente organizado. A formação da vontade política se

⁸⁹ HABERMAS, 2010, p. 169.

⁹⁰ Idem, p. 171.

concretiza na forma do legislativo, que, por sua vez, depende de um poder executivo, que irá realizar e implementar o que for acordado em seu âmbito. Portanto, o Estado, para HABERMAS, justifica-se pela necessidade de um poder de organização, de sanção e de execução, haja vista que a formação da vontade política cria programas, que assim como os direitos, devem ser implementados; e a comunidade necessita de uma jurisdição organizada para reivindicar seus direitos e para punir a desobediência aos direitos criados pela formação da vontade política. Nota-se que HABERMAS está falando sobre os três poderes do Estado. Todavia, para ele, esses poderes não consistem em complementos funcionalmente necessários, mas sim em implicações jurídicas objetivas contidas nos direitos subjetivos. HABERMAS justifica sua visão afirmando que o poder organizado politicamente não se liga ao direito a partir de fora, haja vista que é pressuposto por ele, pois o próprio poder organizado politicamente se estabelece em formas do direito. Para HABERMAS, o “poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”⁹¹.

HABERMAS⁹² chama a atenção para o fato de que não é a forma do direito que confere legitimidade ao poder político, mas sim a ligação com o direito que está legitimamente estatuído. E só se considera como legítimo o direito que foi fruto da formação discursiva da opinião e da vontade, obtendo aceitação racional por parte dos membros do direito, haja vista que o sentido normativo pleno do direito não é obtido por meio de sua forma, nem de algum conteúdo moral dado *a priori*, mas sim por meio de um procedimento que o instaura, conferindo-lhe legitimidade. É dessa forma que a soberania popular, já interligada internamente com as liberdades subjetivas, também se interpenetra com o poder politicamente organizado. Sendo assim, o princípio “todo o poder político parte do povo” será materializado por meio de procedimentos discursivos da formação da opinião e da vontade. A soberania do povo não se resume mais a uma reunião de cidadãos autônomos e identificáveis, passando a fazer parte de círculos comunicativos destituídos de sujeitos. Para HABERMAS, no Estado de direito sob os contornos da teoria do discurso, o poder comunicativamente diluído da soberania do povo apenas pode estabelecer uma ligação entre vontade dos cidadãos e poder administrativo do aparelho estatal se for de uma forma anônima.

⁹¹ HABERMAS, 2010, p. 171.

⁹² Idem, p. 172.

A relação entre direito e poder político acaba por se refletir também na tensão entre facticidade e validade. Inicialmente a tensão entre facticidade e validade se apresenta na dimensão da validade do direito, como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito, e também no interior do sistema de direitos, como a tensão entre autonomia pública e privada. A partir da aplicação reflexiva do direito ao poder político há um deslocamento da tensão entre facticidade e validade para outro patamar, se expressando dentro do próprio poder político. A tensão entre facticidade e validade no âmbito do poder político, constituído conforme o princípio democrático, caracteriza-se da seguinte forma: ao passo que a dominação política se reveste de um potencial de ameaça, que se apoia em meios coercitivos, ela também pode ser legitimamente autorizada pelo direito.

Ficou claro que o poder político precisa legitimar-se através do direito. Contudo, devido à importância do Estado como organização garantidora dos direitos fundamentais, o direito perde a exclusividade quanto à legitimação do poder político. O Estado também pode exercer essa função, servindo-se do direito como meio de organização. O Estado, por meio dessa função instrumental do direito, adquire competência para tomar decisões juridicamente obrigatórias. Ao passo que o Estado se vale do direito, o direito também se vale do Estado para estabilizar expectativas de comportamento. HABERMAS⁹³ distingue, dessa forma, entre as funções próprias do direito e do poder, e as funções que eles exercem um em relação ao outro. O direito ao emprestar forma jurídica ao poder político forma um código de poder binário, funcionando como meio de organização do poder do Estado. Já o poder ao reforçar as decisões judiciais forma um código jurídico binário, servindo para a institucionalização política do direito, de modo que os tribunais decidem sobre o que é e o que não é direito. HABERMAS alerta que as relações entre o código do direito e o código do poder podem levar ao equívoco de que há uma troca equilibrada entre o direito e o poder político. Todavia, o que HABERMAS denomina de “profanação do poder”⁹⁴ demonstrou que a forma do direito não é suficiente para a legitimação do exercício do poder. O direito deve funcionar como uma fonte da justiça para conseguir manter sua força legitimadora, considerando-se que o poder político é dotado de meios coercitivos como fonte de força. Essa problemática ainda não é a mais complexa dentre as que surgem da relação entre direito e poder político.

⁹³ HABERMAS, 2010, p. 182.

⁹⁴ Idem, p. 184.

A “profanização do poder”, a qual HABERMAS se refere, diz respeito ao momento em que o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. Nesse momento, essa conversão pode ocorrer de uma forma deficiente, em que influências externas ao poder comunicativo acabam se impondo. HABERMAS sugere que essa conversão seja feita pelo *medium* do direito, de modo que seja tal qual uma procuração no quadro de permissões legais. Dessa conversão do poder comunicativo em poder administrativo, HABERMAS extrai a ideia do Estado de direito, que, em sua concepção, pode ser interpretada como:

[...] a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. [...] Do ponto de vista sociológico, a ideia do Estado de direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade.⁹⁵

Nesse sentido, o legislador político apenas pode utilizar suas autorizações de normatização jurídica se for para fundamentar leis compatíveis com o sistema de direitos, que sejam elaboradas de acordo com a formação comunicativa da opinião e da vontade. Além disso, essas leis devem se encaixar no sistema jurídico vigente, de modo que, tendo em vista o aspecto jurídico, devem ser submetidas a um exame de coerência para preservar a unidade e segurança do direito. Esse exame de coerência seria feito pelo próprio legislador, admitindo revisão por um tribunal, seguindo também a lógica de adequação com o sistema jurídico vigente, no caso, a conformidade das leis com a constituição especificamente. HABERMAS trata dessas relações dissertando sobre a divisão de poderes do Estado.

3.2 A Divisão dos Poderes de acordo com a teoria habermasiana

Para HABERMAS, as funções do Estado são estabelecidas “de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes”⁹⁶, ou seja, cada função possui uma forma de comunicação que lhe é própria. A racionalidade da atividade administrativa se opera por meio de discursos pragmáticos⁹⁷, a da atividade legislativa se opera por meio de discursos de fundamentação, enquanto que a racionalidade da atividade

⁹⁵ HABERMAS, 2010, p. 190.

⁹⁶ *Idem*, p. 238.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 232.

judiciária se opera por meio de discursos de aplicação. HABERMAS⁹⁸ reconhece que razões pragmáticas podem justificar uma divisão entre os poderes, contudo, para ele, a distinção entre as formas comunicativas de discursos é mais decisiva.

A formação política da vontade tem por fim uma legislação, pois ela só se traduz em um sistema de direitos a partir do momento em que os cidadãos atribuem direitos uns aos outros, o que se concretiza através de leis. Além do mais, o Estado, que é parte necessária para agir em nome do todo dentro da comunidade jurídica, será organizado e dirigido somente através de leis. A competência legislativa, que originalmente cabe aos cidadãos como um todo, é assumida pelos parlamentares, que representam esses cidadãos. No âmbito do parlamento, as leis são “fundamentadas” de acordo com um processo legislativo democrático. Essas leis fundamentadas pelo legislativo constituem o apoio para pretensões jurídicas individuais. Quando estas provocam o judiciário, este “aplica” as leis aos casos singulares.

HABERMAS afirma que a justiça a fim de impor suas decisões se vale dos meios de repressão do Estado, de modo que, ela, de certa forma, também passa a ter um poder administrativo. Por isso, a justiça precisa ser separada da legislação de modo a ser impedida de uma autoprogramação. HABERMAS⁹⁹ também afirma que a relação entre o poder legislativo e o executivo deve obedecer ao primado da lei, isto é, a administração não pode interferir nas decisões que legitimam uma lei em um processo democrático. Trata-se de uma consequência da obediência ao princípio da legalidade pela administração. Sendo assim, a justiça nem a administração poderia fazer uso do poder legislativo. Já o emprego do poder administrativo pelo legislativo e pela justiça, segundo HABERMAS, não representa preocupações se for usado somente para a institucionalização dos discursos correspondentes a cada um desses poderes. A administração, por sua vez, não pode fazer o mesmo e fazer uso das funções legislativa e judiciária, pois, nesta hipótese, feriria os pressupostos comunicativos dos discursos legislativos e jurídicos, de modo a viciar os processos de entendimento dirigidos pela argumentação. Em síntese, o que HABERMAS propõe é uma superação de uma diferenciação funcional quanto à divisão dos poderes, introduzindo a noção de diferenciação quanto às formas de comunicação. HABERMAS esclarece, ainda, que:

[...] a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao

⁹⁸ HABERMAS, 2010, p. 215.

⁹⁹ Idem, p. 216-217.

direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos.¹⁰⁰

Todavia, essa separação entre os poderes, para HABERMAS, só faz sentido se garantir a primazia da legislação democrática, ao passo que também garanta a retroligação do poder administrativo ao comunicativo¹⁰¹. Nesse ponto, é pertinente a crítica que muitos doutrinadores fazem à divisão dos poderes como garantia de liberdade. Muitos Estados organizados de acordo com a divisão dos poderes implementaram regimes totalitários e a separação dos poderes não foi suficiente para garantir um regime democrático, apesar de sempre constar como um dos requisitos para um regime que respeite as liberdades democráticas. Nesse sentido, FERREIRA FILHO cita o exemplo da Grã-Bretanha, na qual a prática constitucional não se configura como uma “receita” de liberdade nos moldes da doutrina de separação dos poderes, pois o parlamentarismo elimina a independência do Executivo em relação ao Legislativo. Contudo, de acordo com FERREIRA FILHO, “nem por isso a Grã Bretanha deixa de ser talvez o mais livre de todos os Estados contemporâneos”¹⁰². A clássica doutrina da separação dos poderes enquanto tal, realmente, não consegue garantir que um Estado seja democrático. Por isso, a importância da valorização do princípio democrático que HABERMAS faz no âmbito da divisão dos poderes, de modo que, de fato, não faz sentido uma divisão dos poderes que não prima pela legislação democrática.

HABERMAS afirma que a “interpretação da teoria do discurso não se afina com as interpretações clássicas”¹⁰³. E, reitera que a justiça da lei é garantida pela gênese democrática¹⁰⁴. A divisão liberal dos poderes, entretanto, faz uma interpretação estreita do conceito de lei. A lei é vista de acordo com princípios semânticos gerais e abstratos, de modo que sua legitimidade se deve à sua forma gramatical e não ao princípio democrático. A interpretação da divisão dos poderes é feita de acordo com uma lógica de subsunção. Nesse sentido, a relação do legislativo com a constituição e a do executivo com a lei se daria apenas nos termos de uma subordinação dos conteúdos normativos mais específicos aos mais gerais¹⁰⁵. Para HABERMAS, a divisão dos poderes não pode ser explicada a partir de pontos de vista semânticos, mas a partir dos discursos e negociações pelos quais se forma a vontade

¹⁰⁰ HABERMAS, 2010, p. 216.

¹⁰¹ Idem, p. 233.

¹⁰² FERREIRA FILHO, 2009, p. 138.

¹⁰³ HABERMAS, 2010, p. 231.

¹⁰⁴ Idem, p. 235.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 236.

do legislador. Nesse sentido, o legislativo e o judiciário dividem entre si o trabalho de fundamentação e de aplicação das normas. Nessa seara a administração não pode fazer contribuições próprias por ser limitada a discursos pragmáticos, contudo extrai dela as premissas normativas que legitimam suas decisões empíricas. Portanto, a divisão dos poderes deve ser interpretada de acordo com as formas de comunicação correspondentes a cada poder.

HABERMAS se preocupa também com o modo como se estabelece a relação entre os poderes no que diz respeito às suas funções, principalmente entre o legislativo e o judiciário. HABERMAS analisa a possibilidade de haver uma espécie de usurpação de um poder por parte de outro, especificamente do poder judiciário em relação a atribuições exclusivas do legislativo. O estudo de HABERMAS se dá nessa direção porque há um grande debate permeado por muitas divergências no que tange à legitimidade do controle constitucional abstrato de normas feito pelo judiciário, de modo que ele investiga a possível confusão entre o discurso de aplicação e o de fundamentação das normas.

O processo judicial, segundo HABERMAS¹⁰⁶, é um procedimento que regula discursos. Nesse sentido, o processo judicial se depara com procedimentos de argumentação, que possuem uma lógica própria. Dessa forma, o processo judicial deve possibilitar e institucionalizar discursos de aplicação, sem normatizar a argumentação. Como ordens processuais estruturam espaços dentro dos quais ocorrem argumentações, há na prática judicial uma curiosa interligação entre dois tipos de procedimento: um procedimento jurídico institucionalizador e um processo de argumentação que em sua estrutura interna escapa à institucionalização jurídica. Segundo HABERMAS, este cruzamento entre os procedimentos demonstra que o direito pode se abrir para argumentações, que levam argumentos pragmáticos, éticos e morais até a linguagem do direito, contudo, sem comprometer o jogo argumentativo nem o código jurídico.

HABERMAS afirma que a inserção de discursos em processos jurídicos não atinge a sua lógica interna. Na verdade, a institucionalização do processo é que submete os discursos a determinadas limitações, haja vista que são normas de procedimento que regulam a participação em processos de formação da opinião e da vontade. É dessa forma que, para HABERMAS, os meios do direito são introduzidos reflexivamente no processo argumentativo. E o propósito disso é criar expectativas sociais quanto ao discurso que normatiza o direito e quanto ao discurso que o aplica. Em outras palavras, espera-se que fique claro o que é

¹⁰⁶ HABERMAS, 2010, p. 222.

atribuição da função de normatizar o direito e o que é atribuição da função de aplicá-lo. Todavia, como se trata de uma relação muito íntima pode haver uma confusão entre o discurso de fundamentação e o de aplicação das normas, gerando uma tensão que se expressa no controle de constitucionalidade abstrato das normas. Tendo em vista que a justiça não pode usurpar as competências legisladoras, HABERMAS investiga qual a legitimidade do controle de constitucionalidade, o que será tratado a seguir.

3.3 O controle judicial de constitucionalidade das normas

Para HABERMAS, a autorização para o exercício do controle da constitucionalidade é o ponto de referência para o estudo da relação entre justiça e legislação. HABERMAS alerta que sua análise tem por base a experiência do tribunal constitucional no contexto alemão e norte-americano. Tanto em um caso como no outro há muitas divergências sobre a competência e a legitimidade das decisões do tribunal constitucional. Segundo HABERMAS, isso é uma evidência de que essas relações entre o legislativo e a justiça devem ser clarificadas.

O tribunal constitucional tem a função de uniformização do direito. Ele analisa se uma determinada norma editada pelo parlamento se coaduna com a constituição ou, pelo menos, não contradiz o do sistema de direitos. Todavia, essa avaliação sobre uma possível contrariedade da norma à constituição, segundo HABERMAS¹⁰⁷, até a votação, é uma questão a ser decidida pelo parlamento. Por isso, em sua opinião, seria interessante se considerar a possibilidade desse reexame da decisão parlamentar ser feito pelo próprio legislador, em um autocontrole, que poderia ser realizado no âmbito de uma comissão parlamentar formada por juristas especializados. No caso brasileiro, há nas casas legislativas do Congresso Nacional a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, responsável por fazer um exame da constitucionalidade dos projetos de lei ou propostas de emenda à Constituição antes de serem submetidos à votação, desempenhando um importante papel no processo legislativo. Contudo, trata-se de um controle preventivo de constitucionalidade, não faz reexame da decisão parlamentar após a votação.

Na opinião de HABERMAS, essa autorreflexão do legislador levaria a um incremento da racionalidade do processo de legislação. HABERMAS¹⁰⁸ afirma que a lógica da

¹⁰⁷ HABERMAS, 2010, p. 300.

¹⁰⁸ Idem, p. 301.

divisão de poderes, na visão da teoria do discurso, incentiva a autorreflexão da legislação, bem como que seja dotada da competência do autocontrole de sua própria atividade. Originariamente, o controle abstrato de normas caberia ao legislador. Todavia, há uma transferência dessa competência para um tribunal constitucional, que se justifica por meio de uma complexa fundamentação. HABERMAS cita KELSEN, que se manifestara pela institucionalização de um tribunal constitucional com base em argumentos políticos. Segundo KELSEN, o parlamento e o governo se tornam litigantes na maioria dos casos em que há transgressão da constituição, de modo que uma terceira instância, impossibilitada de exercer o poder, deveria resolver o litígio, no caso essa instância seria o judiciário. KELSEN reconhece que isso confere certo poder a essa instância, de modo que ela passa a ter o controle sobre a constituição. Contudo, para KELSEN, “o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhe o controle da constituição”¹⁰⁹. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das normas pelo judiciário se encaixa no esquema de freios e contrapesos, necessários para que os poderes mantenham sua independência e não interfiram na seara um dos outros.

Segundo HABERMAS, o tribunal constitucional entra em cena com um discurso apoiado em direitos fundamentais. Entretanto, não foi sempre assim. Como bem fala CONTINENTINO¹¹⁰, o controle judicial quando surgiu nos Estados Unidos, em 1803, com o caso paradigma *Marbury vs. Madison*, estava mais atrelado à preservação da forma federativa. Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que o poder judicial se expandiu e a atividade do controle judicial de constitucionalidade se fortaleceu como garantidora dos direitos fundamentais. Foi a partir desse momento que os questionamentos acerca de uma possível usurpação das competências legisladoras por parte do judiciário se tornaram cada vez mais recorrentes, pois em nome da defesa dos direitos fundamentais o judiciário estaria agindo como um legislador positivo, sendo que seu papel se restringiria apenas ao de legislador negativo. Esse fenômeno ficou conhecido como judicialização da política, bem como ativismo judicial.

HABERMAS afirma que, em última instância, o controle judicial da constitucionalidade serve para a manutenção de uma ordem jurídica coerente¹¹¹. Também afirma que a discussão sobre direitos fundamentais antecede a expansão da atuação judicial

¹⁰⁹ HABERMAS *apud* KELSEN, 2010, p. 302.

¹¹⁰ CONTINENTINO, 2006, p. 57.

¹¹¹ HABERMAS, 2010, p. 302.

no âmbito do controle de constitucionalidade, de modo que, é preciso investigar de que maneira o judiciário incorporou a discussão sobre os direitos fundamentais passando a defendê-los no âmbito do controle de constitucionalidade. Tal investigação se faz necessária para saber qual a legitimidade do judiciário para exercer o controle da constitucionalidade das normas, bem como até que ponto os discursos de aplicação e o de fundamentação das normas se mantêm independentes. HABERMAS explica essa mudança por meio do abandono do paradigma liberal de sociedade.

De acordo com o modelo liberal, deveria haver uma divisão entre a esfera econômica e privada do indivíduo da esfera pública, que era identificada como a esfera estatal, destinada a cuidar dos assuntos pertinentes ao bem comum. Constitucionalmente, portanto, não havia a ideia de combinar essas duas esferas. As tarefas típicas do Estado eram vistas como restringidas à atividade política, não eram vistas como passíveis de normatização pelo direito constitucional. Em consequência disso os direitos fundamentais eram considerados direitos de defesa, direcionados ao Estado. Dessa forma, eles fundamentariam pretensões dos cidadãos contra o Estado quando este se omitisse no cumprimento de tais direitos. A partir do momento em que há uma busca pela materialização do direito, há também uma “remoralização”, de modo que a argumentação jurídica se abre para argumentos morais de princípio. HABERMAS esclarece que as normas de princípio exigem que o caso concreto seja interpretado de uma forma construtiva¹¹². Isso significa que a aplicação das normas pode favorecer a liberdade e a responsabilidade dos que agem comunicativamente. Entretanto, no que tange ao interior do sistema do direito, isso pode levar a um crescimento do poder atribuído à esfera judicial, pois haverá ampliação do espaço decisório na justiça, o que se por um lado representa um aumento da autonomia dos cidadãos, por outro representa uma ameaça à estrutura clássica do Estado de direito.

Nas sociedades complexas, que são plurais e horizontalmente diferenciadas, o efeito protetor dos direitos fundamentais não comporta mais a ideia segundo a qual eles configuram apenas direitos negativos. Os direitos fundamentais passam a se traduzir em exigências de garantias positivas, sendo vistos como princípios norteadores de toda a ordem jurídica. Sendo assim, há uma mudança na concepção sobre direitos fundamentais que, inevitavelmente, se reflete na jurisprudência constitucional. Como os direitos fundamentais são dotados de eficácia jurídico-objetiva, a sua concretização [criadora do direito] no tribunal constitucional se assemelha à normatização do direito, isto é, à formação

¹¹² HABERMAS, 2010, p. 306.

parlamentar do direito. Segundo HABERMAS¹¹³ se estabelece uma relação de concorrência entre legislação e jurisprudência quanto à formação do direito, de modo que a legitimidade democrática do tribunal constitucional passa a ser a questão central.

Com o paradigma liberal do direito, muitos pensavam que a lei pudesse ser aplicada sem recurso algum a princípios necessitados de interpretação, havia a ideia de que tão-somente uma subsunção da lei ao caso concreto garantia a aplicação do direito satisfatoriamente. HABERMAS afirma que não há como uma ordem que se justifique por princípios não se valer de uma interpretação construtiva destes. Os direitos fundamentais, que são reclamáveis judicialmente, exigem uma decisão da justiça, que se debruçará sobre questões de princípios com o fim de decidir o caso, haja vista que os direitos fundamentais possuem determinações muito abstratas, abertas e carregadas de ideologia¹¹⁴. Nesse sentido, é inevitável que as decisões da jurisdição constitucional adquiram uma configuração criativa, pois toda interpretação contém um caráter criativo. Mas nem por isso deixa de ser interpretação¹¹⁵. Sendo assim, toda “a decisão de princípios ultrapassa uma interpretação do texto da lei, necessitando de uma justificação externa”¹¹⁶, o que, de certo modo, confere um caráter de indeterminação do direito.

HABERMAS critica o modo como o tribunal constitucional alemão busca a justificação externa para a interpretação dos princípios. Para o tribunal constitucional a Lei Fundamental alemã consiste em uma ordem de valores, de modo que os princípios são interpretados como valores. Dessa forma, o tribunal constitucional alemão faz, para HABERMAS, uma compreensão metodológica falsa do que seria a interpretação construtiva, pois esta não admite que direitos sejam assimilados a valores. Segundo HABERMAS, essa assimilação não pode ser feita porque princípios ou normas mais elevadas possuem um sentido deontológico à medida que valores possuem um sentido teleológico. Enquanto as normas válidas obrigam todos os destinatários indistintamente a um determinado comportamento revelando um sentido absoluto, valores são entendidos a partir de relações de preferência, revelando um sentido relativo¹¹⁷. Nessa linha, HABERMAS prossegue afirmando que normas diferentes dentro de um mesmo círculo de destinatários não podem contradizer umas às outras, enquanto que valores distintos, mesmo dentro do mesmo círculo,

¹¹³ HABERMAS, 2010, p. 309.

¹¹⁴ Idem, p. 301.

¹¹⁵ Ibidem, p. 303-304.

¹¹⁶ HABERMAS, 2010, p. 313-314.

¹¹⁷ Idem, p. 316.

se tornam concorrentes com o fim de um obter primazia em relação ao outro. Portanto, normas e valores não devem ser aplicados da mesma forma. Normas e valores possuem papéis diferentes na lógica da argumentação, de forma que a interpretação de normas como valores representaria, para HABERMAS, um mascaramento teleológico de direitos.

Segundo HABERMAS, quando os princípios do direito são equiparados a bens, finalidades e valores, as garantias constitucionais passam a concorrer com princípios contraditórios, tanto em seu conteúdo quanto em toda a sua estrutura, de modo que em uma determinada decisão um princípio sucumbe em relação a outro. Todavia, quando os direitos fundamentais realmente são considerados em seu sentido deontológico, um princípio não sucumbe em relação ao outro, simplesmente há uma avaliação sobre qual princípio se adapta melhor a uma determinada situação, de tal forma que as normas são vistas como adequadas ou não adequadas. Nessa linha, os princípios não são vistos como valores concorrentes, mas sim como integrantes de um sistema coerente, segundo o qual quando uma norma é considerada pertinente ao caso, a outra passa para um pano de fundo. Essas considerações, segundo HABERMAS¹¹⁸, são importantíssimas para avaliar o problema da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade.

HABERMAS¹¹⁹ afirma que não é porque a jurisprudência é dirigida por princípios que ela irá ferir a estrutura de decisão hierarquicamente organizada. O poder político não pode se legitimar pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador se legitima por meio da obediência às normas processuais da constituição ou por meio da vontade popular, que o antecede. O legislador não obtém sua legitimidade de uma simples lei, que fora elaborada por ele mesmo. A instância que se legitima pelo simples direito é a instância que aplica o direito. Pelo fato de se legitimar pelo simples direito, a instância que aplica não pode normatizá-lo. Dessa forma, o fato de tanto o tribunal constitucional quanto o legislador político se ligarem às normas processuais não significa que eles se encontram em posição de concorrência, haja vista que essa ligação se estabelece a partir de perspectivas diferentes. O tribunal constitucional legitima suas decisões por meio de argumentos extraídos da constituição. Nesse sentido, esses argumentos são dados preliminarmente ao tribunal constitucional na perspectiva de aplicação do direito, que difere da perspectiva do legislador, que configura o sistema dos direitos. Assim, o tribunal decidirá o caso que lhe foi submetido de forma coerente com o sistema dos direitos, sem, é claro, configurá-lo. Nessa

¹¹⁸ HABERMAS, 2010, p. 322-323.

¹¹⁹ Idem, p. 324.

linha, se uma determinada norma não permite uma aplicação coerente com o sistema dos direitos, se ela contradiz a constituição, obviamente deve ser afastada, entrando em cena o controle abstrato das normas.

A polêmica é introduzida nessa questão porque se questiona a legitimidade do tribunal constitucional para afastar uma norma criada pelo legislativo, que fora elaborada observando todos os procedimentos do processo legislativo. Contudo, afirmar que as leis criadas pelo legislativo são legítimas pelo simples fato de terem sido criadas por este poder significa que se parte do pressuposto que o processo legislativo está livre de qualquer influência externa que lhe cause alguma deformidade. Esse posicionamento também desconsidera que a legitimidade das leis não se deve ao fato de terem sido elaboradas pelo legislativo, mas sim de terem sido elaboradas de acordo com a observância do princípio democrático. Apenas “as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito”¹²⁰, e não a atividade do legislativo enquanto tal.

Podem ocorrer deformidades no processo legislativo e, na prática, pode ocorrer sim que leis que contrariam a constituição sejam editadas. Uma lei que contradiz a constituição, não respeita o princípio democrático, haja vista que ela vai contra o projeto acordado pelos cidadãos no âmbito do exercício de seu direito de autodeterminação no momento em que elaboraram a constituição. Diante da lógica da divisão dos poderes que atribui à justiça a função de aplicar o direito, nada mais coerente que a justiça tenha a prerrogativa de aplicar ou não uma determinada norma conforme sua compatibilidade ou não com a constituição. Nessa linha, HABERMAS afirma que o sentido para as competências do tribunal constitucional é extraído dessa compreensão democrática, de tal maneira que “o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”¹²¹. Devido a esses fatores, o tribunal constitucional realmente precisa avaliar o conteúdo de normas controversas, principalmente no que diz respeito a seus pressupostos comunicativos e às condições procedimentais sob as quais se desenrolou o processo legislativo democrático. Trata-se do que HABERMAS denomina de *compreensão procedimentalista* da constituição, que é responsável por uma “virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição”¹²².

Diante da virada procedimentalista, os direitos de participação, que são pressupostos para a formação democrática da vontade, passam a ocupar um espaço

¹²⁰ HABERMAS, 2010, p. 326.

¹²¹ Idem.

¹²² Ibidem.

privilegiado, de modo que leis que estabeleçam algum tipo de discriminação a minorias étnicas, religiosas, grupos sociais como homossexuais, portadores de necessidades especiais, idosos, dentre tantos outros, infringem o princípio do igual tratamento. É possível que leis que tenham esse cunho discriminatório sejam promulgadas devido a deformidades no processo político, de modo que o tribunal constitucional deverá zelar pelo princípio democrático tanto quanto pelas condições procedimentais democráticas. Sendo assim, HABERMAS afirma que:

[...] 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.¹²³

Dessa forma, pessoas e grupos que se consideram marginalizados passam a reivindicar seus direitos e o exercício de sua autonomia pública, isto é, de sua autodeterminação. Trata-se de um fenômeno que HABERMAS denomina “luta por reconhecimento”, pois “pessoas, incluindo pessoas do direito, só são individualizadas por meio da coletivização em sociedade”, de forma que “uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem exigir exatamente a política do reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo”¹²⁴. Essa luta pelo reconhecimento está diretamente ligada ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, os quais são pressupostos de uma ordem democrática. Nessa esteira, HABERMAS afirma:

[...] como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe uma defesa jurídica individual e abrangente.¹²⁵

Esse fenômeno que fez crescer a polêmica em torno da possível apropriação do discurso de fundamentação por parte do judiciário, ao qual apenas cabe o discurso de

¹²³ HABERMAS, 2010, p. 327-328.

¹²⁴ HABERMAS, 2004, p. 243.

¹²⁵ Idem, p. 251.

aplicação, pois a ação judicial se tornou um dos principais meios para se reivindicar esse reconhecimento. Consequentemente, houve a chamada “descoberta do judiciário”, havendo a sedimentação de uma “visão do sistema judicial como canal de articulação de conflitos sociais e políticos”¹²⁶. Em razão disso, o judiciário realmente adquiriu destaque e se fortaleceu como meio garantidor das demandas sociais, mas isso não implica em uma intromissão em funções típicas dos outros poderes. No Brasil, esse fenômeno ganhou evidência com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O professor MARCUS FARO DE CASTRO¹²⁷ diz que o Poder Judiciário adquiriu as características de uma “arena política”. De fato, isso é inevitável, pois a partir do momento em que um grupo reivindica certos direitos, outro, geralmente o estabelecido, se considera prejudicado por conta disso, mesmo que seu *status* não se altere com o reconhecimento dos direitos dos grupos que se encontram marginalizados. Esse é o motivo da enorme resistência às ações afirmativas, por exemplo. HABERMAS, nesse sentido, sabiamente diz que:

[...] os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter clareza quanto aos interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e desigual o que for desigual.¹²⁸

Por certo que o debate sobre o risco de sobreposição entre os discursos de fundamentação e de aplicação das normas é inesgotável. E, é bom que assim o seja, pois a prática do debate sempre deve ser incentivada como algo saudável. Todavia, o que não se pode fazer é tentar bloquear os canais por meio dos quais as minorias ou grupos marginalizados reivindicam seus direitos e lutam por reconhecimento. É sobre esse contexto que o próximo capítulo se dedicará, tratando sobre a PEC nº 03/2011.

¹²⁶ CONTINENTINO, 2006, p. 59.

¹²⁷ CONTINENTINO *apud* CASTRO, 2006, p. 59.

¹²⁸ HABERMAS, 2004, p. 242.

4 A PEC N° 03/2011: ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS

4.1 A Proposta de Emenda à Constituição n° 03/2011

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição de n° 03/2011 (PEC n° 03/2011), de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, cujo objetivo é conceder ao Congresso o poder de sustar atos normativos do Poder Judiciário que exorbitem a competência legislativa delegada.

A pretensão da referida PEC é mudar a redação do inciso V do art. 49 da Constituição Federal. O texto atual diz que é competência exclusiva do Congresso Nacional “sustar os atos normativos *do Poder Executivo* que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. A proposta do texto é substituir onde se lê “do Poder Executivo” por “dos outros poderes”, com o fim de alcançar também os atos do Poder Judiciário.

A justificação para a mencionada Proposta de Emenda à Constituição é embasada no art. 49, caput, e seu inciso XI, segundo o qual o Congresso Nacional possui competência exclusiva para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição normativa dos outros poderes”. De acordo com a Proposta há uma desigualdade entre as relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, haja vista que o Poder Legislativo pode sustar atos normativos do Poder Executivo, mas não pode fazê-lo em relação aos atos do Poder Judiciário. Haveria, desse modo, um desequilíbrio entre os três Poderes, o qual deveria ser corrigido.

Trata-se de pequena mudança no texto da Lei Maior, entretanto seus efeitos no mundo jurídico-político podem ameaçar o Estado Democrático de Direito, em vez de contribuir para o equilíbrio entre os três Poderes. O que está em xeque, primordialmente, é o papel contramajoritário do STF. Nas palavras do relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Deputado Nelson Marchezan Junior, que deu parecer favorável à tramitação da PEC: “Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário – mormente no exercício do controle de constitucionalidade - , tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador”¹²⁹. Apesar de afirmar que o fenômeno descrito não seja o escopo da PEC em

¹²⁹ Parecer do Relator n° 1 CCJC sobre a procedência da PEC n° 03/2011, p. 6.

exame, se o Poder Legislativo entender que em determinada decisão o STF, por exemplo, agiu como criador de direito novo poderá sustar a decisão alegando que se trata, em verdade, de ato normativo. As consequências geradas por esta PEC são muito mais sérias e complexas do que a justificação da Proposta dá a entender.

4.2 O inciso V do Art. 49 da Constituição Federal de 1988

A redação do Art. 49, V, da Constituição Federal de 1988 se expressa nos seguintes termos:

Art. 49 - É da Competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

A Constituição Federal de 1988 pretendeu com o supracitado artigo, que cuida da competência exclusiva do Congresso Nacional, o fortalecimento do Poder Legislativo, que estivera enfraquecido por conta da atuação autoritária do Poder Executivo durante o regime da Ditadura Militar. A concessão de um poder regulamentar ao Poder Executivo e a prerrogativa de outro Poder sustar esses atos se inserem na sistemática de freios e contrapesos, com o fim de estabelecer um equilíbrio entre os poderes. Na Constituição anterior, essa prerrogativa de sustar atos normativos do Poder Executivo era atribuída ao Poder Judiciário. Segundo MICHEL TEMER¹³⁰, todas as nossas Constituições dizem que o decreto regulamentar deve obedecer fielmente à lei, de modo que não pode extravasar dos limites impostos pela própria lei. Caso se verificasse esse extravasamento da atividade regulamentar, era competência do Poder Judiciário declarar a ilegalidade imediata e a inconstitucionalidade mediata entre o regulamento e a lei, bem como entre o regulamento e o Poder regulamentar concedido pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo.

O constituinte de 1988 transferiu essa competência do Poder Judiciário para o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional. A Constituição de 88 prestigiou a noção de que o “primeiro fiscal da delegação é o próprio delegante”¹³¹, isto é, a competência legislativa originalmente cabe ao Poder Legislativo, portanto, se é ele que delega a competência, nada mais coerente que seja ele o primeiro a fiscalizar se o outro poder extrapolou os limites da delegação legislativa.

¹³⁰ LOCATELLI *apud* TEMER, 2008, p. 326.

¹³¹ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p. 923.

Como o inciso V do Art. 49 da CF/88 trata, ainda, apenas dos atos normativos do Poder Executivo cabe investigar sobre a dimensão de tais atos. Há a competência legislativa cuja iniciativa é comum e a que é reservada ou privativa. O processo legislativo apenas pode ter início se algum ente apresenta uma proposta no sentido de criação do direito. A iniciativa é considerada comum quando a proposta normativa é apresentada por membro do Congresso Nacional. Mas, quando a Constituição reserva a possibilidade de iniciativa do processo legislativo a órgãos ou autoridades específicas, configura-se a iniciativa reservada ou privativa. Esta iniciativa é, na verdade, uma exceção, que se justifica pela conveniência e oportunidade do titular de tal iniciativa legislar sobre o assunto reservado.

O art. 61, §1º da Constituição dispõe sobre quais leis são de iniciativa privativa do Presidente da República. Sendo assim, cabe ao Presidente da República a iniciativa de leis que tratem sobre fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas; sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, por exemplo. Contudo, nesse caso, o Presidente da República utiliza apenas de sua prerrogativa para a *iniciativa* da lei, que será submetida ao processo legislativo da mesma forma que as outras leis de iniciativa de membros do Congresso Nacional. Os atos normativos do Poder Executivo, por sua vez, não se encaixam nesse caso. Os atos normativos são deliberações do Poder Executivo, que não se submetem ao processo legislativo no Congresso Nacional. São eles portarias ou resoluções, que visam tratar de assuntos administrativos ou regulamentar alguma lei. Por óbvio que não é o fato de não ser submetido ao processo legislativo no Congresso Nacional que o ato normativo deixará de observar a Constituição, bem como a lei que regulamenta. Caso seja constatada alguma ofensa à Constituição ou à lei, o ato normativo deverá ser invalidado. Os atos normativos no âmbito do Poder Executivo têm uma ampla aplicação e um grau de criação do direito relativamente grande dependendo da matéria, como é o caso da legislação ambiental e do direito regulatório, por exemplo. A prerrogativa do Presidente da República de exercer tal atividade é concedida pela Constituição em seu art. 84, IV, que lhe atribui a competência privativa para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Cabe neste ponto estabelecer uma diferença entre regulamento e lei.

4.2.1 O Poder Regulamentar

O poder regulamentar é o meio mais importante, por meio do qual, o Presidente da República exerce atividade normativa. Segundo ANNA FERRAZ¹³², os regulamentos são prescrições práticas cuja finalidade é preparar a execução das leis. A distinção entre lei e regulamento, segundo GILMAR MENDES, não se limita apenas à origem ou à supremacia de uma sobre a outra. Para ele:

A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto que o regulamento não o altera, mas tão-somente fixa as *‘regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada’*.¹³³

Nesse sentido, os regulamentos se inserem logicamente no ordenamento jurídico, pois, como bem diz ANNA FERRAZ, além de ser inconveniente, também seria até mesmo impossível que o Poder Legislativo, ao editar uma lei, previsse e pormenorizasse todos os detalhes para a sua execução. Como se presta à execução da lei, o regulamento não pode ultrapassar os limites da lei que regulamenta, muito menos desrespeitar a Constituição, bem como a legislação em geral. O regulamento que ultrapasse esses limites implica abuso de poder, usurpação de competência, de modo que o ato administrativo proveniente do uso do poder regulamentar torna-se nulo.

ANNA FERRAZ chama a atenção para o fato de que nos sistemas constitucionais presidencialistas, que se assentam no princípio da separação dos poderes, não se cogita sobre se a competência para regulamentar as leis deveria pertencer ao Legislativo, muito pelo contrário, ela é considerada ínsita ao Poder Executivo, haja vista que se cabe ao legislativo fazer as leis, ao executivo cabe executá-las. Executar as leis é, nas palavras de ANNA FERRAZ, “a missão precípua do Poder Executivo no quadro institucional da separação dos poderes”¹³⁴. FERRAZ observa que o poder regulamentar não deriva da delegação legislativa, pois não é o Poder Legislativo que o concede ao Poder Executivo. É a Constituição que estabelece as funções de legislar e de regulamentar leis para um e outro poder em regras de competência. Nessa esteira, FERRAZ considera que:

¹³² FERRAZ, 1994, p. 68.

¹³³ MENDES, COELHO & BRANCO, 2009, p. 957.

¹³⁴ FERRAZ, 1994, p. 73.

[...] tem o poder regulamentar duplo fundamento: um político-constitucional, decorrente da concepção do princípio da separação de poderes, outro constitucional, derivado da atribuição constitucional expressa dessa faculdade ao Poder Executivo.¹³⁵

Quanto às limitações ao poder regulamentar, ANNA FERRAZ distingue duas ordens de limitações: uma geral e outra específica. De acordo com a geral, o poder regulamentar não pode exceder os limites da função executiva, isto é, não pode atuar tal qual a função legislativa formal, de modo a modificar ou ab-rogar normas formais. De acordo com a limitação específica, o poder regulamentar não pode ultrapassar os limites específicos da lei que regulamenta, ou seja, não pode dispor em um sentido *ultra* ou *extra legem*, apenas *secundum legem*. Os regulamentos são sempre atos normativos secundários, pois se destinam a propiciar ou facilitar a execução da lei, a esta estando subordinados. Quando o regulamento possui algum vício quanto aos limites específicos ocorre a ilegalidade do ato, ao passo que quando o vício diz respeito à limitação geral ocorre a inconstitucionalidade do ato.

ANNA FERRAZ posiciona-se de maneira contrária à prerrogativa do Congresso de sustar atos normativos do Executivo no que toca ao poder regulamentar. Em sua opinião, o poder regulamentar é função típica e exclusiva do Poder Executivo, de modo que, se o Legislativo tem a prerrogativa de sustá-lo, significa que o Poder Legislativo além de legislar está determinando “o campo e o alcance da função presidencial de execução das leis”¹³⁶. Nesse sentido, o poder regulamentar se encaixa dentro do discurso pragmático, que é a forma de comunicação típica da atividade administrativa. De modo que, não deveria sofrer interferências do Legislativo, cujo discurso é o de fundamentação das normas.

4.2.2 A Delegação Legislativa

As leis delegadas são o instrumento por meio do qual o Legislativo concede ao Chefe do Executivo o poder de editar normas primárias, temporariamente, em um caso específico. Há que se levar em conta que a delegação legislativa é um instituto excepcional dentro do quadro da separação dos poderes. Conforme dispõe o art. 68 da Constituição Federal, o Presidente da República deve solicitar a delegação ao Congresso Nacional. O

¹³⁵ FERRAZ, 1994, p. 73.

¹³⁶ Idem, p. 87.

termo “solicitar” significa que o Presidente da República não tem um direito à delegação, de modo que o Congresso avaliará se a concede ou não.

Se o Congresso Nacional decidir por conceder a delegação legislativa, deverá fazê-lo na forma de uma resolução, que, por sua vez, deverá especificar qual o conteúdo e quais os termos do exercício da delegação. O conteúdo da delegação já é delimitado pela Constituição, segundo a qual não serão objeto de delegação legislativa os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal; bem como a matéria reservada à lei complementar e legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, planos plurianuais e orçamentos. Quanto aos termos do exercício da delegação, estes devem ser entendidos no sentido de se estabelecer a delimitação temporal, haja vista que a delegação é uma transferência transitória de competência e não definitiva. Nesse caso, ANNA FERRAZ afirma que a separação dos poderes é respeitada em sua essência, pois o Legislativo não concede ao Executivo o uso do poder normativo de forma indiscriminada, além do mais é transitório e deve ser específico¹³⁷.

FERRAZ¹³⁸ observa que as limitações impostas à delegação legislativa se dividem em condicionamentos formais e limites materiais, de modo que, dessa divisão podem ser extraídos dois tipos de controle: o controle formal, que diz respeito à inobservância dos limites formais; e o controle substancial ou material, que diz respeito à inobservância dos limites materiais ou temporais. Tanto a lei delegada quanto a resolução delegatória podem ser objeto de controle pelo Judiciário, inclusive no que tange à constitucionalidade. E caso o Executivo exceda os limites da resolução delegatória, o Congresso pode se valer da prerrogativa do inciso V do art. 49 e sustar a lei delegada por meio de decreto legislativo, com eficácia *erga omnes*. ANNA FERRAZ considera adequada essa prerrogativa do Congresso no que tange à delegação legislativa, pois, em sua opinião, “é a delegação que converte a relação delegante-delegado em controlador e controlado”¹³⁹. O fundamento do controle está no fato de que o titular de uma competência ao transferi-la ou compartilhá-la tem o poder-dever de fiscalizar o uso que é feito dela.

FERRAZ elogia o constituinte de 1988 por transferir do Poder Judiciário para o Legislativo a prerrogativa elencada no inciso V do art. 49, no que tange ao controle da delegação legislativa. Assim, enuncia:

¹³⁷ FERRAZ, 1994, p. 101.

¹³⁸ *Idem*, p. 116.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 118.

O poder de fiscalizar e controlar, politicamente, a delegação legislativa é, sem dúvida, tarefa indisputável do Poder Legislativo delegante, já se disse alhures. Quem transfere funções próprias a outrem tem o direito e mesmo o dever de verificar o uso que delas é feito pelo delegado. Louvável, pois, a preocupação do constituinte de 1988, de procurar instituir meios de controle da legislação governamental.¹⁴⁰

No caso da delegação legislativa há um exercício do discurso de fundamentação das normas, próprio do Legislativo, pelo Poder Executivo. Contudo, como foi dito por ANNA FERRAZ, não há riscos de usurpação da forma comunicativa de um Poder pelo outro porque o exercício do discurso de fundamentação das normas é feito pelo Executivo de forma limitada, específica e transitória. Há previsão constitucional para tal exercício, que, por sua vez, depende de concessão do Poder Legislativo, que ainda pode sustar a lei delegada que ultrapasse os limites da delegação, ou seja, invalida a lei delegada na qual o exercício do discurso de fundamentação foi feito de maneira imprópria.

4.3 Os Atos Normativos do Poder Judiciário

A Constituição prevê possibilidades de iniciativa privativa dos tribunais para legislar, tal qual acontece com o Executivo. Os tribunais, por exemplo, têm competência para propor a criação de novas varas judiciárias, conforme o art. 96, I, *d*, da CF/88. Entretanto, como já foi dito, nesses casos há apenas a iniciativa de propor a lei, que tramitará no Legislativo como qualquer projeto de lei. Já com os atos normativos não acontece o mesmo. De fato, o Congresso Nacional não possui controle algum sobre atos normativos do Poder Judiciário e não há porque ter. Os atos normativos do Judiciário em muito diferem dos atos do Executivo, que, por sua vez, realmente exerce tanto o poder regulamentar quanto a delegação legislativa. As resoluções e portarias emitidas pelo Poder Judiciário não têm o sentido de regulamentar alguma lei, de executá-la tal qual acontece com o Executivo. Os atos normativos do Judiciário possuem caráter de regulamentação em um sentido mais administrativo, para organização interna do tribunal, por exemplo, do que de normatização. Não há criação do direito por meio desses atos, que em nada comprometem a atividade legislativa. Por isso, não faz sentido a pretensão da PEC nº 03/2011 em alterar o inciso V do art. 49 da Constituição Federal para incluir o Judiciário dentro da prerrogativa do Legislativo para sustar atos normativos. Não se trata de um contexto, no qual há riscos de uma

¹⁴⁰ FERRAZ, 1994, p. 139.

sobreposição entre discursos de fundamentação e de aplicação das normas, tal qual acontece no âmbito do controle de constitucionalidade, conforme foi estudado.

O relator do parecer emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sobre a PEC nº 03/2011 fez a seguinte declaração:

Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um “*arquiteto constitucional*” com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, “*redesenhar*” outras instituições e a própria Constituição. Não obstante tais constatações fáticas, a presente PEC, como já frisado, tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros Poderes. Por essa razão, não cabe, nesta análise, tecer considerações adicionais a respeito de soluções para outras facetas do ativismo judicial.¹⁴¹

Apesar de o relator afirmar que o alvo da PEC nº 03/2011 não é frear uma suposta legislação positiva por parte do Poder Judiciário, ela é vista com muita desconfiança nesse sentido. Primeiramente, se a PEC tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros Poderes, a redação atual do inciso V do art. 49 já satisfaz o objetivo da PEC sem a necessidade de nenhuma alteração. Conforme já foi explicitado, a delegação legislativa ocorre apenas entre os Poder Legislativo e Executivo. A Constituição é taxativa ao estabelecer em seu art. 68 que as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, uma vez que tenha solicitado ao Congresso Nacional, e este tenha concedido. Não há delegação legislativa ao Poder Judiciário, que, por sua vez, tampouco possui poder regulamentar. Sendo assim, não haverá atos normativos do Poder Judiciário que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa porque o Judiciário não exerce o poder regulamentar, muito menos edita leis delegadas. Os atos normativos do Poder Judiciário se restringem à organização administrativa de varas e tribunais, que em nada invadem a competência do Poder Legislativo. É evidente, dessa forma, que o interesse do Congresso Nacional na alteração do inciso V do art. 49 da CF é político, podendo mascarar outros objetivos que não o zelo pela sua competência, haja vista que esta não se encontra ameaçada com a atual redação do inciso V do art. 49/CF.

Nesse sentido, a desconfiança quanto à PEC nº 03/2011 se concentra na seara da hermenêutica, que, por sua vez, tem importância crucial na criação, aplicação e estudo do direito, haja vista que é a interpretação que dá sentido à letra da lei. Se o objetivo é sustar atos dos outros poderes que configurem eventual abuso do poder normativo, caso a PEC seja aprovada e se torne uma Emenda à Constituição, o Congresso poderá pretender invalidar

¹⁴¹ Parecer do Relator nº 1 CCJC sobre a procedência da PEC nº 03/2011, p. 6.

decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nas quais o Tribunal, no entendimento do Congresso, tenha se portado tal qual um legislador positivo fazendo uso do poder normativo na decisão judicial, cometendo um abuso, uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, de modo a invadir a competência do Legislativo. É notória e crescente a insatisfação do Legislativo com as decisões da Suprema Corte que reconhecem e garantem direitos nunca antes concedidos a certos segmentos da população. Sendo assim, é preciso salvaguardar os procedimentos democráticos de modo a evitar estratégias políticas no sentido de inviabilizar o uso de canais para o reconhecimento de direitos.

Conforme o exposto a fundamentação da PEC não justifica seu objeto, além de ser um possível estratégia para bloquear a atividade da Suprema Corte como defensora dos direitos fundamentais, de modo que não deve prosperar. Todavia, caso a PEC seja votada e aprovada, é provável que um dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade assim o faça. Não é possível prever qual o posicionamento do Supremo. Todavia, trata-se de um cenário que seria interessante, tendo em vista o debate e os argumentos que seriam levantados. Há que se ressaltar, também, que o real impacto da referida PEC no ordenamento jurídico brasileiro somente seria conhecido com sua introdução, de fato, no cenário jurídico, isto é, transformando-se em Emenda à Constituição. Pode ser que ela não cause tantos problemas quanto se teme, mas se os Poderes começarem a lançar mão de estratégias para aumentar seu poder em face dos demais, as relações institucionais entre os Três Poderes ficarão cada vez mais caóticas.

CONCLUSÃO

Ao longo de tudo que foi discutido nesta monografia, o que mais fica claro é que não há direito legítimo que não seja democrático. Nessa mesma esteira, não há Estado de Direito legítimo que não se configure como Estado Democrático de Direito. O respeito e a observância aos direitos fundamentais são pressupostos essenciais do Estado Democrático de Direito, de modo que o Poder Judiciário que se presta a garantir o respeito aos direitos fundamentais no âmbito do controle de constitucionalidade não está agindo contra o princípio democrático, mas sim em consonância com ele.

A legitimidade do Judiciário em exercer o controle de constitucionalidade está no sentido de garantir e zelar pelos procedimentos democráticos. A legitimidade de uma determinada lei editada pelo Legislativo não se encontra no simples fato de ter sido editada pelo Legislativo enquanto tal, pois o poder político não pode legitimar a si mesmo. A legitimidade do Legislativo se apoia no princípio da soberania do povo, que implica em uma formação discursiva da vontade e da opinião por parte dos cidadãos no exercício de sua autonomia pública, de sua autodeterminação, que se institucionaliza na forma do direito. O princípio da soberania do povo, a sua vez, exige o respeito aos direitos fundamentais e ao princípio democrático. Nesse sentido, se o Judiciário garante o respeito aos direitos fundamentais, quando afasta uma norma inconstitucional, o Judiciário apenas está descartando uma norma que contradiz a constituição e vai contra o sistema dos direitos, não significa que esteja afastando o mandato do legislador político.

Nesse sentido, o Poder Judiciário é legítimo no âmbito do controle de constitucionalidade como canal para a reivindicação de direitos fundamentais e por reconhecimento, de modo que o primeiro critério norteador para o controle judicial de constitucionalidade é a observância às condições da gênese democrática das leis, preservando suas estruturas comunicativas. É dessa compreensão democrática que o Poder Judiciário extrai sua legitimidade, assumindo o papel de protetor da autonomia pública e privada dos sujeitos de direito. Não se pretende neste trabalho afirmar a legitimidade do Poder Judiciário em agir tal qual um legislador positivo, criando normas gerais e abstratas. De fato, cada Poder deve respeitar o âmbito de atuação do outro, isto é, um determinado Poder não pode invadir a competência dos demais. Contudo, os direitos fundamentais devem ser protegidos e respeitados, de modo que, se um segmento não se sente devidamente

representado pelo Legislativo, pode provocar o Judiciário para que seus direitos sejam concretizados.

A peculiaridade da PEC nº 03/2011 é que surgiu como uma reação da bancada religiosa do Congresso Nacional a decisões inovadoras do Supremo Tribunal Federal. Nessas decisões foram reconhecidos os direitos ao aborto de fetos anencéfalos¹⁴² e à união homoafetiva¹⁴³, por exemplo. Tais direitos contrariam a moral cristã, por isso a forte pressão de segmentos religiosos para que não fossem reconhecidos. Tendo em vista essas questões, a PEC nº 03/2011 pode não ser tão inofensiva quanto sua fundamentação dá a entender. As instituições jurídicas devem manter sua independência e não podem se submeter a preceitos morais e religiosos que possam usurpar de certos segmentos sociais direitos que são fundamentais. Como bem assevera HABERMAS, existe uma relação entre direito e moral. Todavia, “essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas”. Dessa forma, “a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca”. O direito positivo, em nível institucional, separa-se dos usos e costumes, que são “desvalorizados como simples convenções”¹⁴⁴. Isso ocorre a partir dos processos de diferenciação decorrentes da desestruturação dos fundamentos sagrados que entrelaçavam direito tradicional e moral. Sendo assim, por mais que muitas pessoas ainda tenham uma racionalidade típica das sociedades arcaicas, atualmente, a moral não pode subjugar o direito.

Frise-se que a preocupação deste trabalho quanto à PEC nº 03/2011 é apontar a ilegitimidade de seu objetivo, haja vista que o Congresso Nacional está tratando os atos normativos do Poder Judiciário como se fossem capazes de se apropriarem do discurso de fundamentação das normas, sendo que o contexto do inciso V do art. 49/CF, como já muito explicado, não permite que isso aconteça. Atualmente há um grande conflito quanto à sobreposição dos discursos de fundamentação e de aplicação das normas por parte do Poder Judiciário. De fato, esse risco existe no âmbito do controle de constitucionalidade. Contudo, no âmbito do inciso V do art. 49/CF, especificamente, não há esse risco, pois o poder regulamentar assim como a legislação delegada não estão inseridos dentro das atividades do Poder Judiciário. Dessa forma, o Congresso Nacional pretende adquirir uma prerrogativa cujo foco é de alguma forma cercear a atividade do Judiciário. Considerando que os Poderes

¹⁴² Vide ADPF 54, julgada pelo STF, em 20/04/2012. Publicação: DJ Nr. 79 do dia 24/04/2012.

¹⁴³ Vide ADI 4277 e ADPF 132, julgadas em conjunto pelo STF, em 05/05/2011. Publicação decisão final: Acórdão, DJ 14.10.2011.

¹⁴⁴ HABERMAS, 2010, p. 141.

são iguais entre si, as relações que se estabelecem entre eles devem ser isonômicas e respeitadas, de maneira que nenhum Poder invada a competência do outro. Todavia, a busca pela maior efetivação de direitos fundamentais provocou uma verdadeira disputa pelo poder entre os Três Poderes. Esse tipo de configuração é comum em sociedades complexas, haja vista que quando surge uma solução para um determinado problema, esta solução gera outros problemas, com os quais a sociedade terá que lidar buscando novas soluções, que por sua vez gerarão novos problemas, e assim sucessivamente. Os conflitos decorrentes das relações atuais entre os Poderes da República geram um profundo debate, que deve ser conduzido de modo a não comprometer o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais. Não se pode permitir que nenhum dos Três Poderes – seja o Executivo, seja o Legislativo ou o Judiciário –, haja de modo a desrespeitar a soberania do povo, a autodeterminação dos sujeitos e o princípio democrático.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 03 de 2011**. Da nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal. Brasília: 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=839055&filename=Tramitacao-PEC+3/2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Parecer do Relator nº 1 CCJC**. Brasília: 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=915739&filename=Tramitacao-PEC+3/2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

CASTRO, Marcus Faro de. **Política e Relações Internacionais: fundamentos clássicos**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade: uma Crítica Democratizante à Prática Judicial Brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010a.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *In: Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 2ª ed. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe & Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Da Organização dos Poderes. *In: Constituição Federal*: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Coord. Ives Gandra Martins, Francisco Rezek. São Paulo: Revista dos Tribunais: CEU- Centro de Extensão Universitária, 2008.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

TOMAZI, Nelson Dacio (coord.). **Iniciação à Sociologia**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atual, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.